

EL DERECHO DE RESISTENCIA EN LA DOCTRINA ALEMANA CONTEMPORÁNEA DEL ESTADO Y LA CONSTITUCION*

PATRICIO CARVAJAL A.
Universidad Gabriela Mistral

I. INTRODUCCION

1. El futuro de la democracia como sistema político¹, del Estado constitucional como institución reguladora del sistema democrático², y de la Constitución como norma jurídica pactada entre los distintos grupos que conforman la sociedad³, depende de un modo principal de la aceptación, reconocimiento y protección de los derechos fundamentales. En otras palabras, sin derechos fundamentales, sin derecho natural, este último, raíz doctrinal directa de los derechos humanos, no cabe hablar de democracia ni de Estado Constitucional⁴.

2. Si bien la presente monografía refiérese al derecho de resistencia en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo, tiene, empero, un indiscutible significado paradigmático para nuestro ordenamiento jurídico. Hoy, cuando se debate intensamente sobre el proceso de reforma del Estado⁵, las funciones respectivas del Estado

* El presente artículo corresponde a una monografía que actualmente preparo sobre el tema: "El derecho de resistencia en la cultura jurídica alemana. Desde la Reichspublizistik medieval a la Staatslehre contemporánea". Agradezco aquí los comentarios y sugerencias de las siguientes personas: Prof. Dr. J. García-Huidobro (U. de Valparaíso); Prof. Dr. J. Abellán (U. Complutense, Madrid); Prof. Dr. M. Kriele (U. de Köln); Prof. Dr. K.O. Freiherr von Aretin, director del Institut f. Europäische Geschichte, Mainz (Alemania). El fue leído como ponencia en las XXIV Jornadas de Derecho Público, celebradas en la Pontificia Universidad Católica de Chile (Santiago, noviembre de 1993).

¹ Vid. M. KRIELE, *Die Demokratische Weltrevolution* (München 1988).

² Vid. W. BOCKENFORDE, *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht* (Frankfurt am Main 1991).

³ Vid. D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung* (Frankfurt am Main 1991).

⁴ Vid. mi artículo, *Teoría de la democracia sin teoría de los Derechos Fundamentales. Una crítica a las Teorías Procedimentales del Positivismo Jurídico - Político Contemporáneo* (en preparación).

⁵ Vid. J. L. CEA EGAÑA, *Una tesis para la Reforma del Estado de Chile, en XXIII Jornadas Chilenas de Derecho Público* (Concepción 1993), pp. 42-49; P. Carvajal, Proyecto Programa para un Instituto de Ciencia Política, en *Revista de Ciencias Sociales* (en prensa).

y la sociedad, resulta pues de particular interés reflexionar sobre una norma milenaria en la teoría jurídica y en la filosofía política: el *ius resistendi*.

3. En relación al punto anterior, y concretamente sobre el tema de la reforma del Estado, de cuyos resultados depende por cierto la justicia constitucional en sí, este proceso no es posible sin un debate doctrinal profundo, crítico, multidisciplinario. La reforma del Estado no es un problema exclusivamente jurídico. En efecto, el tema de los derechos económicos y sociales, para referirnos a la base del actual proceso de reforma, supone una reflexión económica permanente en la doctrina y en la formulación del discurso constitucional. Este tema que en el derecho constitucional europeo y norteamericano tiene ya décadas de reflexión y formulación doctrinaria, recién se insinúa en Chile tímidamente⁶.

4. El análisis de las teorías de los juristas alemanes Isensee, Stern y Kriele, nos puede ayudar a una fundamentación y renovación del cambio que necesita urgentemente nuestro derecho público y la administración de la justicia. El hasta ahora dominante paradigma kelseniano en nuestras Escuelas de derecho y en los manuales está en crisis, por no decir derechamente obsoleto.

Antes de comenzar nuestra exposición sobre el tema del derecho de resistencia, deseo formular tres proposiciones que están íntimamente ligadas con el tema de la justicia constitucional.

Proposición 1. Sin derecho natural no sería -históricamente hablando- posible una teoría constitucional.

Proposición 2. Sin derecho natural no sería posible una teoría de la obligación política.

Proposición 3. Sin derecho natural no sería posible una teoría de la democracia moderna.

Estas tres proposiciones ilustran, a mi juicio, claramente la relación entre derecho natural y derecho positivo, tal como esta relación se ha dado en el curso de la historia moderna del derecho público. Sin embargo, tanto en la ciencia jurídica como en la ciencia política no podríamos sostener que los especialistas de estas disciplinas aceptarían la base jusnatural que sirve de fundamento a los principios de las tres proposiciones arriba señaladas. Pero si atendemos al contenido de la teoría de los derechos fundamentales -Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), Derechos Humanos (1948)-, se puede comprobar que los derechos fundamentales no sólo históricamente han tenido una base jusnatural, sino también normativamente esta base es incontrovertible⁷.

Ahora bien, la relación entre derecho natural y derecho positivo es particularmente estrecha en el tema del derecho de resistencia. En efecto, el derecho de resistencia como norma jusnatural y como norma positiva comprende tanto los aspectos normativos como positivos que en sí tiene la teoría de los derechos fundamentales. En este sentido cabe sostener que el derecho de resistencia es derecho positivo en la

⁶ Vid. J. L. CEA EGANA, *Tratado de la Constitución de 1980, características generales. Garantías constitucionales* (Santiago 1988), Cap. IX: La Constitución Económica, pp. 155-180.

⁷ Vid. M. J. LACEY and K. HAARONSEN (Eds), *A Culture of Rights: The Bill of Rights in Philosophy, Politics, and Law - 1791 and 1991* (Cambridge 1991).

medida en que ha sido fijado en distintos textos constitucionales⁸. Además, es derecho natural en cuanto a las fuentes normativas que le sirven de base. Sin embargo este carácter dual derecho natural - derecho positivo no siempre ha sido aceptado por la teoría política y jurídica pública. Basta citar aquí, a modo de ejemplo, los nombres de H. Kelsen⁹, H. Hart¹⁰, A. Ross¹¹, N. Bobbio¹², R. Dreier¹³, como los representantes más importantes del positivismo jurídico contemporáneo. Para algunos de estos juristas no existe más derecho que la legislación positiva del Estado. El derecho natural en general, y los derechos fundamentales en particular, no tienen mayor atención en sus escritos. Sin embargo se da el hecho, paradójico en sí, que a estos juristas debemos las teorías procedimentales más completas de la democracia contemporánea. Entonces, cómo explicar pues esta *contradictio in terminis* en sus teorías, cuando por un lado se defiende la democracia como sistema político que mejor garantiza las libertades, desconociendo a la vez sus bases normativas. Es ésta una de las paradojas más interesantes que presenta la teoría jurídico-política pública moderna¹⁴.

Ahora bien, como respuesta a la *interpretatio* positivista del derecho se ha desarrollado últimamente toda una corriente representada por autores de distintas tendencias, entre los cuales destacan M. Kriele¹⁵, R. Dworkin¹⁶, F. Ermacora¹⁷, C.S. Nino¹⁸, G. Birtsch¹⁹. Para estos autores es la ética la que juega el papel fundamental en la base normativa de toda teoría jurídica y política. En relación a la obediencia al derecho positivo, ésta es sólo posible en la medida en que la norma positiva se ajusta a un contenido mínimo de justicia. Quien define claramente los principios que inspi-

8 Los textos clásicos en el constitucionalismo francés son los siguientes: "Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ce droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression" (art. 2. Declaration des Droits de L'Homme et du Citoyen); "Tout acte excersé contre un homme hors de cas et sans les formes que la loi détermine, est arbitraire et tyrannique; celui contre lequel ou voudrait l'exécuter par la violence a le droit de le reposer por la force" (Art. 11. Constitution de 1793); "La résistance à l'oppression est la conséquence des autres droits de l'homme (Art. 33. Constitution 1793); "Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs" (Art. 35. Constitution de 1793); "Quand le gouvernement viole les libertés et les droits garantis par la Constitutions, la résistance sous toutes ser formes est le plus sacré des droits et le plus imperieux des devoirs" (Art. 21. Constitution de 1946).

9 H. KELSEN, *Teoría general del Derecho* (México 1959).

10 H. KART, *The concept of law* (Oxford 1961).

11 A. ROSS, *On law and justice* (London 1958).

12 N. BOBBIO, *El problema del positivismo juridico* (Buenos Aires 1965).

13 R., DREIER, *Recht, Moral, Ideologie* (Frankfurt am Main 1978).

14 Vid. CARVAJAL (Nº 4).

15 M. KRIELE, *Einführung in die Staatslehre* (Opladen 1975, 1981); *Die demokratische Weltrevolution* (München 1988).

16 R. DWORKIN, *Los derechos en serio* (Trad. Barcelona 1984).

17 F. ERMACORA, *Menschenrechte in der sich Wandelnden Welt* (Wien 1974). 2 Vols.

18 C.S. NINO, *Ética y Derechos humanos* (Buenos aires 1984).

19 G. BIRTSCH (Hg.), *Grund- und Freiheitrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte* (Göttingen 1981, 1987), 2 Vols.

ran a esta corriente es el jurista norteamericano R. Dworkin. Al respecto sostiene Dworkin: "En una democracia, o al menos en una democracia que en principio respeta los derechos individuales, cada ciudadano tiene un deber moral general de obedecer todas las leyes, aun cuando podría gustarle que algunas de ellas se cambiara. Pero este deber general no puede ser un deber absoluto, porque es posible que incluso una sociedad que en principio es justa produzca leyes y directrices injustas, y un hombre tiene deberes aparte de sus deberes para con el Estado. Un hombre debe cumplir sus deberes con su Dios y con su conciencia, y si estos últimos se hallan en conflicto con su deber hacia el Estado, es él, en última instancia, quien tiene derecho a hacer lo que juzga correcto"²⁰.

La cita precedente de las palabras de Dworkin nos servirá de introducción para explicar las tres proposiciones en relación a los fundamentos jusnaturalistas de los derechos fundamentales, y del derecho de resistencia en particular. Cuando Dworkin habla de un deber moral de obedecer la legislación en la democracia se refiere implícitamente a que esa obligación está fundada en una base normativa supra positiva, que sirve de límite a la legislación positiva. Precisamente el argumento siguiente de Dworkin, en el sentido que el individuo tiene que "cumplir sus deberes con su Dios y su conciencia" nos aclara aún más que la base normativa de la ley positiva está más allá de la mera voluntad del legislador humano. Esto no quiere decir, y Dworkin es claro en ello, que se puede mantener una conducta política permanente de desobediencia al derecho, afectando con ello gravemente la estabilidad y legitimidad del orden institucional; pero, en ciertas circunstancias muy concretas la apelación al fundamento normativo sirve para corregir y mantener el orden que la legislación positiva aspira a crear y mantener. En el fondo, subyace a esta relación entre derecho natural y derecho positivo la antigua controversia en la relación entre moral y derecho²¹.

Revisemos ahora las tres proposiciones formuladas.

Prop. 1. Sin derecho natural no sería posible una teoría constitucional.

Al referirnos aquí a una teoría constitucional lo hacemos concretamente a las teorías constitucionales de los siglos XVII y XVIII -alemana, inglesa, francesa, norteamericana- que bien podríamos llamar clásicas, y que sirven de fundamento al constitucionalismo contemporáneo²². Precisamente los teóricos de aquellos siglos buscaron -y encontraron- en el derecho natural, tanto clásico como en el formulado por ellos mismos, la estructura normativa que sirviera de base al desarrollo de una teoría constitucional.

La necesidad de formular una teoría jurídica pública que limitase las facultades reconocidas al monarca por la teoría jurídica absolutista dominante, concebida esta última bajo el nombre de *iura majestatis*, donde la voluntad del legislador positivo,

20 R. DWORKIN, *Los derechos en serio* (Trad. Barcelona 1984), p. 279.

21 Vid. E. GARZÓN VALDÉS, *Algo más acerca de la relación entre Derecho y Moral*, en *Doxa*, 8 (1990).

22 Vid. GRIMM, *Entstehung- und Wirkungsbedingungen des Modernen Konstitutionalismus, en Akten des 26. Dt. Rechtshistorikertages* (D. SIMON Hg. Frankfurt am Main 1987); *Verfassung II*, en O. BRUNNER W. CONZE, R. KOSELLECK (Hg.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur Politisch-Sozialen Sprache ind Deutschland* (Stuttgart 1990), Band 6.

según la fórmula romanista: *princeps legibus solutus*²³, aparece como la fuente principal del derecho positivo moderno. Frente a esta teoría reaccionan un grupo de juristas, teólogos y filósofos formulando una teoría del derecho público bajo el nombre de "*Derechos del Hombre y del Ciudadano*" (1789). La principal base doctrinal de esta teoría es el derecho natural. Así, leemos en la declaración de 1789, lo siguiente: "*Les représentants du peuple français... ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme...*"²⁴

La referencia al derecho natural como fuente de derechos y deberes es explícita. Sin embargo este texto es frecuentemente olvidado por la teoría constitucional posterior. Más explícita todavía es la siguiente referencia al derecho natural que encontramos en la Constitución de 1791:

"La Constitution garantit, comme droits naturels et civils:

1. Que tous les citoyens sont admissibles aux places et emplois, sans autre distinction que celle des vertus et de talents; 2. Que toutes les contributions seront réparties entre tous les citoyens également en proportion de leurs facultés; 3. Que les memes délits seront punis des memes peines, sans aucune distinction des personnes.

*La Constitution garantit pareillement, comme droits naturels et civils -la liberté à tout homme d'aller, de rester, de partir, sans pouvoir être arrêté, ni détenu, que selon les formes déterminées par la Constitution; -La liberté à tout homme de parler, d'écrire, d'imprimer et publier ses pensées, sans que les écrits puissent être soumis à aucune censure ni inspection avant leur publication, et d'exercer le culte religieux auquel il est attaché; la liberté aux citoyens de s'assembler paisiblement et sans armes, en satisfaisant aux lois de police; - La liberté d'adresser aux autorités constituées des pétitions signées individuellement"*²⁵.

Los textos citados arriba, tanto de Dworkin como los del constitucionalismo francés, ilustran sin duda que el derecho natural es la base normativa de la teoría jurídica pública que comienza en 1789²⁶. Sin embargo, el positivismo jurídico,

23 Vid. D. WYDUCKEL, *Princeps legibus solutus. Eine Untersuchung zur Frühmodernen Rechts- und Staatslehre* (Berlin 1979); *Princeps legibus solutus* en A. FRIEDER u. A. KAUFMANN (Hg.), *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte* (Berlin 1984), Band 4.

24 *Declaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789), en J. GODECHOT (Ed.), *Les constitutions de la France depuis 1789* (Paris 1979).

25 *Constitution de 1791* (Año 1), en: J. GODECHOT (Ed.), *Les constitutions de la France depuis 1789* (Paris 1979).

26 Vid. A. BARUZZI, *Einführung in die Politische Philosophie der Neuzeit* (Darmstadt 1993). 2. 2. 1. Menschenrechte sind Naturrechte: "Unter dem Titel Naturrecht ist geschichtlich viel angesprochen. Es besagt zunächst, daß es sich bei den Menschenrechte um aus der menschlichen Natur vorhandene, nicht von außen, beispielsweise von Gesellschaft und vom Staat, verliehene Rechte handelt. Das Recht ist natürlich gegeben, es ist angeboren. Daher auch native rights genannt. Wenn man aber den Titel Naturrecht beansprucht, bleibt man, auch wenn man es nicht will, auf die ungeheure Dimension aller bisherigen Naturrechtsbegriffe verwiesen.

Vorstaatlich, vorsozial den Menschen immer schon zukommend, können die mit dem Menschen selbst gewachsenen und so natürlichen Rechte in das Gewebe von Natur überhaupt eingebunden werden. Der Mensch wird als Mensch nicht von einer Institution, also beispielsweise vom Staat, geschaffen, sondern von der Natur. In diesem Sinne ist es ein aus der Natur mitgegebenes und mitwachsendes Recht selbst. Weiterhin kann der

desde Kant a Kelsen, ha desconocido y negado una y otra vez estos fundamentos. Los mismos planteamientos se encuentran en la Declaración de Derechos que precede a la Constitución de 1791. La invocación a los derechos naturales que se hace en esta Carta fundamental es explícita:

*"Le Peuple français convaincu que l'oubli et mépris des droits naturels de l'homme, sont les seules causes des malheurs du monde, a résolu d'exposer dans une déclaration solennelle, ces Droits sacrés et inaliénables, afin que tous les citoyens pouvant comparer sans cesse les actes du gouvernement avec le but de toute institution sociales, ne se laissent jamais opprimer, avilir par la tyrannie; afin que le peuple ait toujours devant les yeux les bases de sa liberté et de son bonheur; le magistrat la règle de ses devoirs, le législateur l'objet de sa mission"*²⁷.

Podríamos finalizar este punto señalando -quizás de un modo un tanto fuerte para algunos- que la teoría constitucional puede bien sin ningún problema existir y seguir jugando un papel fundamental en la teoría jurídica pública sin el concurso de algunos temas de las teorías positivistas del derecho, especialmente las de inspiración kelseniana; pero, por otro lado somos también claros en afirmar que el constitucionalismo no tendría ningún futuro sin la base normativa jusnaturalista que está en su origen.

Prop. 2. Sin derecho natural no sería posible una teoría de la obligación política

La Declaración de 1789 contiene los principios generales de una teoría de la obligación política democrática moderna, cuando señala:

"leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs, afin que les actes du pouvoir législatif et eux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et

Mensch mit der These vom Naturrecht sich einer göttlichen und so ewigen Natur entsprossen sehen und diesen Naturrahmen für sich beanspruchen. Hier läge dann einerseits ein göttlicher Ursprung des Naturrechts, wobei aber die Rede von diesem göttlichen Naturrecht nur eine Metapher sein könnte, durch welche er sich von Gott her getragen weiß. Andererseits versucht nun aber der neuzeitliche Mensch, dieses göttliche Naturrecht voll in sich selbst zu übernehmen, indem er es an sich selbst hervorbringt. Es ist der Übergang vom Naturrecht zum neuzeitlichen Vernunftrecht mit der höchsten Entfaltung bei Hegel, der in seiner Rechtsphilosophie den Weg vom Naturgesetz zum Rechtsgesetz weist. "Die Rechtsgesetze sind Gesetze, von Menschen Herkommendes". Diese Rechtsphilosophie wächst nicht aus dem Boden der Natur, sondern steht auf dem "Boden des Geistes". Damit hebt Hegel den Gedanken des Naturrechts auf. Er vermittelt ihn mit dem positiven Recht, d.h. mit dem Recht, das der Mensch setzen kann. Aber dies bleibt insofern eine Frage, als in der Rezeption und Position von Menschenrechten in Staatsverfassungen bis heute die Positivierung immer noch schwierig ist. Die amerikanische Verfassung leitet mit ihnen die Verfassung ein. Sie läßt sie Bedacht am Anfang und als Ursprung, aber eben vor der Verfassung. Ebenso die französische. Und wenn wir einen Sprung bis heute machen, kennen wir lediglich das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, in welchem die Menschenrechte voll integriert erscheinen. Wir stehen also vor die Frage, daß Menschenrechte als Naturrechte alles andere Recht übersteigen und beinahe hinsichtlich dem positivierten Recht einen nicht nur über ihnen stehenden Rang, sondern einen vorrechtlichen Charakter haben" (pp. 137-138).

²⁷ *Declarations des droits de l'homme et du citoyen*, en J. GODECHOT (Ed.), *les constitutions de la France depuis 1789* (Paris 1979).

incontestables, tournent toujours au maintien de la constitution et au bonheur de tous"²⁸.

Más explícita aún es la Declaración de derechos que acompaña a la Constitución de 1795, donde derechos y deberes -bases de la obligación política- cuentan con sus respectivos artículos²⁹. La obligación política se define generalmente como la

²⁸ *Declarations des droits de l'homme et du citoyen*, en J. GODECHOT (Ed.), *les constitutions de la France depuis 1789* (Paris 1979).

²⁹ *Constitution du 5 fructidor an III (1795). Droits*:

- Art. 1. Les droits de l'homme en société sont la liberté, l'égalité, la sûreté, la propriété.
- Art. 2. La liberté consiste à pouvoir faire ce qui nuit pas aux droits d'autrui.
- Art. 3. L'égalité consiste en ce que la loi est la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. L'égalité admet aucune distinction de naissance, aucune hérédité de pouvoirs.
- Art. 4. La sûreté résulte du concours de tous pour assurer les droits de chacun.
- Art. 5. La propriété est le droit de jouir et de disposer de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie.
- Art. 6. La loi est la volonté générale, exprimée par la majorité ou des citoyens ou de leurs représentants.
- Art. 7. Ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché. Nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.
- Art. 8. Nul ne peut être appelé en justice, accusé, arrêté que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites.
- Art. 9. Ceux qui sollicitent, expédient, signent, exécutent ou font exécuter des actes arbitraires sont coupables et doivent être punis.
- Art. 10. Toute riqueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de la personne d'un prévenu doit être sévèrement réprimée par la loi.
- Art. 11. Nul ne peut être jugé qu'après avoir été entendu ou légalement appelé.
- Art. 12. La loi ne doit décerner que des peines strictement nécessaires et proportionnées au délit.
- Art. 13. Tout traitement qui aggrave la peine déterminé par la loi, est un crime.
- Art. 14. Aucune loi, ni criminelle, ni civile, ne peut avoir d'effet rétroactif.
- Art. 15. Tout homme peut engager son temps et ses services; mais il ne peut se vendre ni être vendu; sa personne n'est pas une propriété aliénable.
- Art. 16. Toute contribution est établie pour l'utilité générale; elle doit être répartie entre les contribuables, en raison de leurs facultés.
- Art. 17. La souveraineté réside essentiellement dans l'universalité des citoyens.
- Art. 18. Nul individu, nulle réunion partielle de citoyens ne peut s'attribuer la souveraineté.
- Art. 19. Nul ne peut, sans une délégation légale, exercer aucune autorité, ni remplir aucune fonction publique.
- Art. 20. chaque citoyen a un droit légal de concourir, immédiatement ou médiatement, à la formation de la loi, à la nomination des représentants du peuple et des fonctionnaires publics.
- Art. 21. Les fonctions publiques ne peuvent devenir la propriété de ceux qui les exercent.
- Art. 22. La garantie sociales ne peut exister si la division des pouvoirs n'est pas établie, si leurs limites ne sont pas fixées, et si la responsabilité des fonctionnaires publics n'est pas assurée.

observación y cumplimiento de las normas del sistema legal positivo. Así, en la Declaración de Derechos del año 1795 en los artículos 5 y 6 se habla explícitamente de la obediencia al derecho. Incluso en el artículo 6 se menciona que quien viola el derecho se pone en guerra con la sociedad misma. Artículo importante, pues se señala en él la obligación de observar la legislación positiva, so pena de declararse enemigo de la sociedad. La mención expresa de "*guerre avec la société*", y no contra el Estado, también es importante de destacar. En efecto, no se alude en ella al posible transgresor de la legislación positiva como enemigo del Estado (= enemigo del soberano). Si los derechos humanos son de la comunidad, del hombre, su violación afecta directamente la esencia de la sociedad. Aquí radica una diferencia esencial entre la violación de la normativa jurídica absolutista (= Derechos de la Majestad), que siempre fue considerada como un ataque al Estado, y sus transgresores fueron asimismo considerados como enemigos del soberano. Ahora bien, esta obligación de obedecer al derecho tiene límites muy concretos: si la ley es inicua -injusta, de acuerdo a la teoría jusnatural-, cesa toda obligación política de obedecer al derecho y existe, como las mismas Declaraciones que citamos aquí lo señalan, la facultad -deber moral- de resistir al poder.

Ahora bien, junto a los principios sobre la obligación política que contienen las Declaraciones de la época de la revolución recién citadas, existe además toda una corriente político-jurídica-teológica que, con Suárez en España, Althusius en Alemania y Locke en Inglaterra, contribuyen decisivamente en el proceso de formulación de la teoría de la obligación política que, reafirmando las bases jusnaturalistas de la misma, insiste también además en principios de carácter positivo. Uno de esos principios es el de *mutua obligatio*, basado parcialmente en teorías teológico-bíblicas y jurídicas privadas romanistas, y en la legislación positiva de sus propias comunidades. Estos autores han señalado que la obligación política se funda en una relación correlativa de derechos y deberes -*mutua obligatio*- que se pacta a través de una constitución, dando así origen a una forma democrática en la generación y ejercicio del poder político. Si una de las partes no cumple con su obligación, el contrato -constitución- se disuelve dando origen a otro gobierno. Esto último significa, a dife-

Art. 1. La Déclaration des droits contient les obligations des législateurs: la maintien de la société demande que ceux qui la composent connaissent et remplissent également leurs devoirs.

Art. 2. Tous les devoirs de l'homme et du citoyen dérivent de ces deux principes, gravés par la nature dans tous les coeurs: Ne faites pas à autrui ce que vous ne voudriez pas qu'on vous fit. Faites constamment aux autres le bien que vous voudriez en recevoir.

Art. 3. Les obligations de chacun envers la société consistent à la défendre, à la servir, à vivre soumis aux lois, et à respecter ceux qui en sont les organes.

Art. 4. Nul n'est bon citoyen, s'il n'est bon fils, bon père, bon frère, bon ami, bon époux.

Art. 5. Nul n'est homme de bien, s'il n'est franchement et religieusement observateur des lois.

Art. 6. Celui qui viole ouvertement les lois se déclare en état de guerre avec la société.

Art. 7. Celui qui, sans enfreindre ouvertement les lois, les élude par ruse ou par adresse, blesse les intérêts de tous: il se rend indigne de leur bienveillance et de leur estime.

Art. 8. C'est sur le maintien des propriétés que reposent la culture des terres, toutes les productions, tout moyen de travail, et tout l'ordre social.

Art. 9. Tout citoyen doit ses services à la patrie et au maintien de la liberté, de l'égalité et de la propriété, toutes les fois que la loi l'appelle à les défendre.

rencia de lo que postuló Hobbes, no una vuelta al estado de naturaleza sino simplemente el cambio de gobierno (= administración).

Quisiera ahora finalizar este punto sobre la teoría de la obligación política con un comentario crítico a ciertas corrientes que últimamente han pretendido desacreditar la teoría de los derechos humanos. En esta crítica a los derechos humanos se manifiesta, de un modo ciertamente sutil, un ataque a los fundamentos doctrinales mismos de la democracia moderna. Uno de los principales representantes de esta corriente fue el jurista francés M. Villey³⁰. Villey ha insistido una y otra vez que la teoría de los derechos humanos es sólo un reconocimiento de derechos para la comunidad, pero sin que esos derechos irroguen alguna forma correlativa de deber. Incluso Villey afirma categóricamente: "*Chacun des prétendus droits de l'homme est la négation d'autres droits de l'homme, et pratiqué séparément est générateur d'injustices*"³¹.

Ahora bien, si se examina, por ejemplo, la Declaración de Derechos del año 1789 y las siguientes, como hemos señalado, en ellas se encuentra una completa y equilibrada teoría de la obligación política, basada en la existencia correlativa de derechos y deberes tanto para la comunidad como para los que gobiernan en su representación³².

Prop. 3. Sin derecho natural no sería posible una teoría de la democracia moderna.

Que los fundamentos de la democracia moderna tienen en el derecho natural su raíz, resulta indiscutible, y se encuentra así claramente establecido en las Declaraciones de Derechos de la época de la revolución³³. La Declaración de Derechos de 1789 señala la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia como derechos naturales (Art. 2). La Declaración que acompaña a la Constitución de 1791 establece la igualdad, la libertad, la seguridad, la propiedad como derechos naturales (Art. 2). La Declaración de Derechos que precede a la Constitución de 1795 precisa como derechos naturales: la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad (Art. 1). A todos estos derechos también se añade el de la fraternidad, sin estatuto jurídico en las Declaraciones anteriores, pero que sirve de corolario a los restantes derechos naturales.

Estos derechos o principios jusnaturalistas sobre los cuales se funda la democracia moderna han sido incorporados prácticamente en todas las constituciones que se redactan según el paradigma constitucional revolucionario. Sin embargo el desarrollo teórico e institucional de estos principios ha sido asimétrico, tanto en el derecho político y constitucional como en la ciencia política. Incluso se da el caso paradójico, ya mencionado, de teorías de la democracia sin teoría de los derechos fundamentales.

Ahora bien, una revalorización de los fundamentos jusnaturalistas de la democracia moderna se encuentra en la teoría jurídico-política del constitucionalista ale-

30 M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme* (París 1983).

31 M. VILLEY, (Nº 29).

32 Vid. M. J. LACEY and K. HAAKONSEN (eds.), *A Culture of Rights. The Bill of Rights in Philosophy, Politics and Law 1797-1991* (Cambridge 1991).

33 Vid. J. M. KELLY, *A short History of Western Legal Theory* (Oxford 1992); K. HAAKONSEN, *Vom Naturrecht zu den Menschenrechte*, en *Studia Philosophica* 51 (1992), pp. 203-220.

mán M. Kriele. Al analizar la filosofía política y jurídica de la Ilustración, sostiene Kriele derechamente: *"Die politische Aufklärung war Naturrechtslehre"*³⁴. Ciertamente esta afirmación de Kriele podría resultar para algunos exagerada, especialmente para aquellos que sostienen que la Ilustración como movimiento filosófico, al proclamar el triunfo y dominio absoluto de la razón como fuente exclusiva del conocimiento, habría desechado definitivamente cualquiera otra vía distinta, como la jusnaturalista aquí referida, como fundamento de una teoría social. No cabe duda que una tal tendencia doctrinal se da en la Ilustración, pero su significado, a mi juicio, al menos en el ámbito específico de la teoría política y jurídica pública, es más secundario³⁵. El núcleo doctrinal de la filosofía político-jurídica de la Ilustración, como lo señala Kriele en el texto arriba citado, es precisamente el derecho natural. En otro texto Kriele explica más detalladamente su argumentación. Así sostiene: *"Die politische Aufklärung ging aus der Naturrechtslehre hervor. Sie hat sie dreierlei hinsicht umgestaltet: ertsens hat sie sie universalisiert. Sie löste das Naturrecht endgültig aus seiner Verflechtung mit dem Recht des mittelalterlichen Reiches. Zweitens hat sie das Naturrecht zugleich emanzipiert: Es kann nun für die rechtliche Anmerkung nicht mehr darauf an, ob der Mensch zur Kirche gehört, ob er christ oder heide ist. Drittens hat sie das Naturrecht dynamisiert: dieses legitimierte nun nicht mehr nur den Widerstand gegen tyrannischen Entartung mit dem Ziel der Wiederherstellung des guten alten Rechts. Es wurde vielmehr zur treibenden Kraft der Umgestaltung des positiv geltenden Rechts mit dem Ziel seiner Annäherung am Freiheit und Gleichheit, also zur Kraft der demokratischen Revolution und der Rechtsreformen innerhalb der Demokratien"*³⁶. La cita sin es duda extensa, pero ella nos ahorra los comentarios. Se resume en ella una de las tesis centrales de la teoría krieleana sobre el origen de la democracia moderna y del papel que juega en todo este proceso el derecho natural.

Deseo concluir este punto con las palabras de un jurista, N. Bobbio, que por su línea de pensamiento -positivismo jurídico- se ubica casi en las antípodas del pensamiento de Kriele y del jusnaturalismo. Al referirse a la relación entre derechos fundamentales y democracia Bobbio sostiene lo siguiente: *"Cualquiera que sea el fundamento filosófico de estos derechos, ellos son el supuesto necesario del correcto funcionamiento de los mismos mecanismos fundamentalmente procesales que caracterizan un régimen democrático. Las normas constitucionales que atribuyen estos derechos no son propiamente reglas de juego; son reglas preliminares que permiten el desarrollo del juego"*³⁷.

II. EL DERECHO DE RESISTENCIA Y SU FIJACION CONSTITUCIONAL

En el derecho constitucional contemporáneo alemán está fijado el derecho de resistencia como norma positiva tanto en algunas constituciones federales como en la

34 M. KRIELE, *Die Demokratische Weltrevolution* (München 1988).

35 Vid. S. GOYARD FABRE, *Philosophie Politique* (Paris 1987).

36 M. KRIELE, *Die Demokratische Weltrevolution* (München 1988), p. 22.

37 N. BOBBIO, *El futuro de la democracia* (Trad. Bogota 1992), p. 15

Carta Fundamental de Bonn. Es necesario reiterar aquí que el derecho de resistencia sí ha sido fijado positiva y constitucionalmente, a diferencia de lo que sostienen algunos manuales de derecho político³⁸.

En la Constitución de Berlín (1950) el derecho de resistencia está fijado en la sección de los derechos fundamentales (Sec. II). LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Art. 23. Incs. 3: "*Werden die in der Verfassung festgelegten Grundrechte offensichtlich verletzt, ist jedermann zum Widerstand berechtigt*"³⁹.

La Constitución de Bremen (1947), también en la parte de los Derechos Fundamentales (PRIMERA PARTE PRINCIPAL. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEBERES FUNDAMENTALES), se refiere a la obligación de la resistencia (*Widerstandspflicht*). Art. 19: "*Wenn die in der Verfassung festgelegten Menschenrechte durch die öffentliche Gewalt verfassungswidrig angetastet werden, ist Widerstand jedermanns Recht und Pflicht*"⁴⁰.

En la Constitución de Hessen (1946) el derecho de resistencia está fijado en la parte X (LA PROTECCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN); se señala la obligación de la resistencia (*Widerstandspflicht*). Art. 147: "*Widerstand gegen verfassungswidrig ausgeübte öffentliche Gewalt ist jedermann Recht und Pflicht*"⁴¹.

Finalmente, en la Carta Fundamental de Bonn (1949), y de acuerdo a la debatida reforma constitucional del año 1968, el derecho de resistencia es fijado como norma positiva constitucional: art. 20. Abs. 4: "*Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist*"⁴².

III. EL CONCEPTO DE DERECHO DE RESISTENCIA

Un concepto jurídico puro de derecho de resistencia no es posible de formular, menos aún en la historia del derecho público alemán. El derecho de resistencia abarca en sí también otras disciplinas. En este sentido cabe más bien establecer algunas diferencias importantes entre el derecho de resistencia y otras instancias juridico-constitucionales, que suponen la desobediencia a la legislación positiva vigente. En primer lugar se debe señalar claramente que derecho de resistencia y derecho a la rebelión no son actos humanos políticos dirigidos a una misma finalidad. En efecto, mientras el derecho de resistencia constituye una *actio juridica* destinada al reestablecimiento de la norma constitucional básica de un sistema político, el derecho a la

38 M. VERDUGO M. A. M. GARCÍA BARZELATTO, *Manual de derecho político* (Santiago 1988), Vol I: *Instituciones Políticas*: "Después de la Segunda Guerra Mundial las constituciones dictadas en Europa no consagran este derecho debido a la dificultad en encontrar fórmulas adecuadas para su institucionalización." (sic). p. 294.

39 *Verfassung von Berlin*, en Ch. PESTALOZZA (Hg.), *Verfassungen der Deutschen Bundesländer* (München 1991), p. 147.

40 *Landesverfassung der freien Hansestadt Bremen*, en Ch. PESTALOZZA (Hg.), *Verfassungen der Deutschen Bundesländer* (München 1991), p. 181.

41 *Verfassung des Landes Hessen*, en Ch. PESTALOZZA (Hg.), *Verfassungen der Deutschen Bundesländer* (München 1991), p. 456.

42 *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, en Ch. PESTALOZZA (Hg.), *Verfassungen der Deutschen Bundesländer* (München 1988), p. 456.

revolución -abiertamente, revolución política- tiende, en cambio, al remplazo de esa norma básica. En segundo lugar, tampoco es homologable el derecho de resistencia con la desobediencia civil. La desobediencia civil se define por la ausencia de violencia -en todo nivel de su ejercicio como conducta política- para la modificación de una parte de la legislación o norma básica considerada injusta⁴³.

El derecho de resistencia contempla el uso de la violencia como un instrumento gradual, que va desde la acción exclusivamente verbal o pasiva hasta la más extrema: el tiranicidio. Aun cuando éste, como última *ratio política*, en una democracia puede ser sólo excepcionalmente invocado y ejercido legítimamente, dado el carácter procedimental del sistema democrático para el control del poder político. Esto último, claro, está, no significa, como pretenden ciertos autores, la invalidez del derecho de resistencia en un sistema democrático. Sobre este tema nos extenderemos cuando estudiemos la teoría de M. Kriele.

Ahora bien, en cuanto al punto central en debate sobre el derecho de resistencia. H. Münkler ha señalado con razón: "*Im Mittelpunkt der Debatte um die Legitimität des Widerstandes steht darum die Frage, wer der wahre Auführer und wer der wahre Verteidiger der Ordnung sei. So gehen die meisten antiken und mittelalterlichen Tyrannislehren davon aus, daß der Tyrann der Auführer und sein Morder der Wiederhersteller der Ordnung sei*"⁴⁴.

IV. EL PROBLEMA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.

Ahora bien, ¿cómo se relaciona el tema de la presente Jornada de Derecho Público, la justicia constitucional, con el derecho de resistencia? Una primera respuesta a esta pregunta puede ser formulada a partir del texto constitucional mismo que sirve de epígrafe a estas Jornadas:

"La soberanía reside esencialmente en la nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes" (Constitución de 1980. Cap. I. Bases de la institucionalidad. Art. 5).

El segundo párrafo de este artículo nos da la clave hermenéutica que nos permite precisar la posibilidad de una justicia constitucional en el marco del derecho público chileno. El límite que dicho artículo señala frente a la soberanía -concepto propio del derecho público absolutista- está dado por los derechos fundamentales. Ahora bien, el desarrollo de una justicia constitucional depende principalmente del régimen de garantía, desarrollo y protección que esos derechos tienen en un ordenamiento jurí-

⁴³ Vid. J. MALEM, *Concepto y justificación de la desobediencia civil* (Barcelona 1988).

⁴⁴ H. MÜNKLER, *Widerstand*, en D. NOHLEN (Hg.), *Wörterbuch Staat und Politik* (München 1991), p. 790.

dico determinado. Y con ello entramos en otro plano para una respuesta a la interrogante arriba formulada.

Desde la publicación de la obra del filósofo norteamericano J. Rawls⁴⁵, el tema de la justicia como base de la sociedad democrática moderna o sociedad altamente desarrollada, ha dado nuevos fundamentos sobre el tema en el ámbito de la teoría jurídica⁴⁶. Sin entrar a considerar aquí las particularidades de la compleja teoría ética formulada por Rawls, sí podemos sostener con el filósofo norteamericano que la realización de la justicia no sólo requiere de una formulación teórica específica sino también de una institucionalidad adecuada⁴⁷. Sin duda el paradigma de Rawls deja fuera de un auténtico desarrollo de la justicia en la sociedad a todos aquellos sistemas políticos que no cumplen con un mínimo material-institucional para la realización de la misma, y que se define por la llamada "posición original".

Al referirse a la relación entre justicia política y constitución, Rawls señala lo siguiente. "*Political justice has two aspects arising from the fact that a just constitution is a case of imperfect procedural justice. First, the constitution is to be a just procedure satisfying the arrangements of equal liberty; and second, it is to be framed so that of all the just arrangements which are feasible, it is more likely than any other to result in a just and effective system of legislation. The justice of the Constitution is to be assessed under both headings in the light of what circumstances permit, these assessments being made from the standpoint of the constitutional convention*"⁴⁸.

Históricamente resulta incuestionable que la justicia necesita para su realización un minimum material. Sin ese minimum material, sobre el cual la teoría política cristiana, desde Sto. Tomás de Aquino hasta la actual *doctrina social* de la Iglesia han señalado una y otra vez como elementos imprescindibles para el bien común, la justicia en la sociedad y la justicia constitucional, fruto esta última de una pactación contractual específica, no son realizables. En otras palabras, y siguiendo a Rawls, sin justicia constitucional no puede haber sociedad bien ordenada ni democracia.

Ahora bien, el tema de la justicia constitucional no se agota meramente en una cuestión procedimental-jurídica. Sin duda si la constitución con sus instituciones es capaz de satisfacer adecuadamente las necesidades que impone el tema de la justicia en una sociedad organizada constitucionalmente, estará con ello contribuyendo de un modo importante en la realización de la justicia. Pero también se vincula de un modo más estrecho el tema de la justicia constitucional, esto es, el cumplimiento de los derechos humanos, a una cuestión más específicamente económica. En efecto, ¿hasta qué punto es capaz la teoría económica y las instituciones económicas de proporcionar respuestas y resultados éticamente aceptables para la sociedad? La experiencia histórica reciente nos revela dramáticamente las limitaciones y fracasos de la teoría económica, tanto de los sistemas comunistas -colapsados y desintegrados- como de los sistemas capitalistas -altas tasas de cesantía, aprox. 40 millones, sólo en la CEE- en el cumplimiento de una parte de la justicia constitucional: el derecho al trabajo, la remuneración justa, la mantención de subsidios y seguros, etc. Algunas formulacio-

45 J. RAWLS, *A Theory of Justice* (Cambridge 1971).

46 Vid. O. HÖFFE, *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia* (Trad. Barcelona 1988).

47 J. RAWLS, *A Theory of Justice* (Cambridge 1971), Part. II.

48 J. RAWLS, *A Theory of Justice* (Cambridge 1971), p. 221.

nes para responder a los desafíos económicos de la justicia constitucional, los encontramos en los escritos de los filósofos alemanes del derecho O. Höffe⁴⁹ y A. Baruzzi⁵⁰.

O. Höffe ha desarrollado algunas de las tesis de Rawls, especialmente la relación entre economía y derecho. Resumiendo los argumentos de Höffe, diremos que este autor ha impugnado uno de los dogmas de la ciencia económica -que los tiene, y en abundancia-, al señalar lo incorrecto del principio de la escasez de bienes, por un lado, y por otro la paradoja de la sobreproducción y destrucción de los mismos por la sociedad materialmente sobresatisfecha en sus demandas de bienes básicos. Ante esta gravísima deficiencia Höffe propone un nuevo paradigma económico: *El orden económico como una institución social*⁵¹. En este nuevo paradigma los derechos humanos ocupan el lugar central. Así sostiene Höffe: "Cuando un orden político toma realmente en serio los derechos personales de libertad y los derechos políticos de coparticipación, tiene que preocuparse también por sus condiciones empíricas generalmente válidas"⁵². El punto clave aquí es el de la coparticipación, tanto más importante cuanto más específica es la relación económica. Si la participación política -aspecto básico en la teoría de los derechos humanos- ha debido recorrer un largo camino en su lucha contra el Absolutismo, la Dictadura, el Autoritarismo, el Totalitarismo y otras formas, antiguas y modernas, de opresión política, la participación económica recién comienza a plantearse como un tema de carácter social, y no limitado al círculo reducido de los expertos. En este sentido la economía sigue sujeta a una concepción autoritaria de su función en una sociedad democrática constitucional.

Ahora bien, ¿existe un camino, una solución para este problema? Höffe propone la siguiente alternativa: "Dicho brevemente: a través de la vinculación de estos cuatro elementos: los principios de la justicia, la racionalidad científica, el consenso experimental y la relación de cooperación con la política, la actuación pública adquiere una considerable oportunidad de realizar concretamente la justicia económica, también bajo las actuales condiciones de las sociedades complejas"⁵³. La teoría de Höffe nos enfrenta con el problema clave para la realización de la justicia constitucional, a saber: la justicia constitucional jamás puede reducirse a un método meramente procedimental, como siguen sosteniendo algunos positivistas que creen que la constitución en su parte orgánica y en la perfección de sus instituciones es suficiente. Lamentablemente esta es la opinión de algunos de los miembros de esta

© 2007 por el autor

49 O. HÖFFE, *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia* (Trad. Barcelona 1988).

50 A. BARUZZI, *Einführung in die Politische Philosophie der Neuzeit* (Darmstadt 1993).

51 O. HÖFFE, *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia* (Trad. Barcelona 1988). Sostiene Höffe: "Como tarea general de la economía suele indicarse la satisfacción de la demanda humana de bienes y servicios, eventualmente con el agregado de que la satisfacción de la demanda debe realizarse sobre el trasfondo de una escasez de bienes condicionada naturalmente. Por lo general, una tal afirmación constituye el fundamento de las ciencias económicas académicas. La definición es correcta pero decididamente demasiado estrecha, pues omite tareas esenciales del orden económico. Esta omisión conduce no sólo a una conciencia sensiblemente abreviada de las ciencias económicas con respecto a los problemas que debe tratar, sino a una peligrosa reducción del complejo de cuestiones de la justicia económica" (p. 43).

52 O. HÖFFE, *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia* (Trad. Barcelona 1988), p. 55.

53 O. HÖFFE, *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia* (Trad. Barcelona 1988), p. 62.

comisión en la cual me ha correspondido participar. Los ataques a la historia del pensamiento jurídico como disciplina dentro del currículo de los estudios de derecho, y al derecho de resistencia en sí, en el sentido que no es necesario su fijación constitucional, pues está implícito en la esencia de la Constitución misma, es una prueba de la miopía doctrinal de algunos discípulos tardíos de Kelsen en nuestra patria. Para concluir este punto, deseo todavía señalar lo siguiente. Me parece, y estoy absolutamente convencido de ello, que el problema de la justicia constitucional pasa en primer lugar por la garantía y protección de los derechos fundamentales, y por la vinculación estrecha entre teoría de los derechos humanos, ciencia económica y ciencia política. No se olvida que la esencia de la Constitución son los derechos humanos. En otras palabras, sin derechos humanos no sería posible de hablar de constitucionalismo ni de Estado constitucional democrático; menos aún de justicia constitucional. Una argumentación meramente procedimental, sólo a partir de la orgánica constitucional, podría significar a lo más una buena institucionalización administrativa para su desarrollo, pero no sería plenamente un régimen de justicia constitucional, aspiración mayor del sistema democrático.

V. EL DERECHO DE RESISTENCIA EN LA TEORÍA DE J. ISENSEE, K. STERN Y M. KRIELE

El análisis que sigue comprende las teorías de los derechos fundamentales -derecho de resistencia- de tres destacados profesores alemanes de derecho constitucional: J. Isensee, K. Stern y M. Kriele. Estos tres constitucionalistas representan una corriente jurídica pública y política que ha revalorizado la teoría de los derechos fundamentales en el contexto de un sistema político democrático y como base normativa del mismo. Esta revaloración de los derechos fundamentales debe ser destacada, pues en la historia constitucional de Alemania en el presente siglo, concretamente durante la República de Weimar (1919-1933), tanto en el derecho público como en la ciencia política de aquella época -Kelsen, Weber, Smend, Heller, Schmitt, etc.-, los derechos fundamentales no jugaron un papel destacado ni en la doctrina ni en la jurisprudencia.

La Staatslehre y el Verfassungsrecht alemán contemporáneo han vuelto sobre el tema del derecho de resistencia como norma propia de la comunidad para la cautela de los derechos fundamentales. Desde la fijación del derecho de resistencia en algunas constituciones de los Länder, como también en la Carta Fundamental de Bonn, según ya vimos, el derecho de resistencia ocupa un lugar destacado en la Staatslehre y el Verfassungsrecht⁵⁴.

54 Vid. E. SCHUNK, D. CLERK, *Allgemeines Staatsrecht des Bundes und der Länder* (1989); H. VON ERNIM, *Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland* (München 1984); E. STEIN, *Staatsrecht* (Tübingen 1991); J. ISENSEE, *Das legalisierte Widerstandsrecht* (Berlin 1969); Ch. STARCK, *Das bonner Grundgesetz Kommentar* (München 1985); B. SCHMIDT-BLEITREU, F. KLEIN, *Kommentar zum Grundgesetz* (Neuwied 1990); K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (München 1980, 1990); M. KRIELE, *Recht und Praktische Vernunft* (Göttingen 1979); *Die Rechtfertigungsmodelle des Widerstands*, en *Aus Politik und Zeitgeschichte. Oktober 1983*, pp. 12-31; J. ISENSEE u. P. KIRCHHOF (Hg.), *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (Stuttgart 1987-1993); V. ANDING, *Das Spannungsverhältnis zwischen art. 20 IV- und*

Ahora bien, lo más interesante, a mi juicio, desde la óptica de la ciencia jurídica pública es el reconocimiento implícito que el legislador hace del derecho natural como norma supra positiva pero a la vez positivada del derecho de resistencia en el ordenamiento jurídico constitucional. Esto supone preguntarse por la siempre vigente norma de derecho natural y de su significado como fundamento normativo del estado de derecho y de la democracia contemporánea. Cabe aquí también la pregunta al positivismo jurídico más extremo -Kelsen, Ross, Dreier-: ¿por qué la ciencia jurídica se interesa todavía por el derecho natural? ¿Acaso el positivismo jurídico no supone, como lo pretenden sus defensores, la superación definitiva de todo pensamiento y la formulación apriorística de la ciencia jurídica, de la eliminación de todas las llamadas ideologías jurídicas, principalmente del derecho natural, como fuente normativa del derecho positivo?

La Staatslehre ha incorporado el derecho de resistencia como norma positiva al conjunto de derechos fundamentales -base del sistema democrático- y cuyas raíces doctrinales son los principios jusnaturalistas de la Declaración de 1789. Así, por ejemplo, el Art. 1, Abs. 2, de la GG prescribe: "*Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt*". La alusión aquí hecha a los derechos inalienables e imprescriptibles constituye un reconocimiento de los principios jusnaturalistas de 1789.

Hoy no se podría discutir que en la RFA el sistema democrático ha alcanzado uno de sus estudios de desarrollo más perfectos en cuanto a la formulación, defensa y protección de los derechos fundamentales⁵⁵. Y precisamente ha sido ese mismo legislador que, consciente de estos logros, ha optado empero una vez más por el reconocimiento del derecho natural como norma positivada para protección del orden jurídico democrático-constitucional.

VI. EL DERECHO DE RESISTENCIA EN LA TEORÍA DE J. ISENSEE

J. Isensee es probablemente uno de los primeros, entre los constitucionalistas alemanes, en dedicar un detallado análisis al tema de la fijación -positivación- del derecho de resistencia. Para Isensee la fijación de este derecho es una preocupación del legislador por incorporar un nuevo derecho a los derechos fundamentales ya integrados en la Carta Fundamental de Bonn, con el propósito de evitar toda tendencia autoritaria que pudiera darse en el sistema político alemán: "*Das Motiv für die späte Positivierung des Widerstandsrechts war das Bestreben des Gesetzgebers, gegenüber den umstrittenen Freiheitsbeschränkungen für den Notsfall ein neues Individualgrun-*

art. 79. III. GG. (Dis. Marburg 1973); F. W. BECKMANN, *Gewährt art. 20. abs. 4 GG ein Widerstandsrecht unter Berufung auf Völkerrecht?* (Diss. Heidelberg 1971); K. F. BERTRAM, *Das Widerstandsrecht des Grundgesetzes* (1970); G. V. D. BRELIE, *Staatsnothilfe und Widerstandsrecht. Ein Beitrag zur Auslegung des art. 20 IV des Grundgesetzes* (Diss. Kiel 1969).

⁵⁵ Vid. E. W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Gesellschaft, Freiheit zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht* (Frankfurt a. Main 1976); *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht* (Frankfurt a. Main 1991).

*drecht als Äquivalent zu bieten...*⁵⁶ Isensee señala aquí, aunque no se extiende sobre el tema, un aspecto esencial para la vigencia de los derechos humanos. En efecto, en la teoría constitucional positivista siempre se ha defendido la doctrina de la limitación parcial o total de los derechos fundamentales por el llamado estado de excepción y otras formas de emergencia constitucional que limitan los derechos básicos de la comunidad. Esta teoría del estado de excepción, residuo ciertamente del positivismo jurídico absolutista, la que también ha sido recepcionada por el positivismo jurídico contemporáneo, supone indudablemente un conflicto normativo. En efecto, si los derechos fundamentales son imprescriptibles e inalienables, ¿puede por consiguiente, el Estado suspender su vigencia? Desgraciadamente la historia contemporánea nos da una y otra vez testimonios trágicos no sólo de la suspensión de estos derechos, sino de su violación una vez que han sido suspendidos por las así eufemísticamente llamadas emergencias constitucionales. Ahora bien, precisamente para prever esta situación es que el legislador alemán ha decidido incorporar el derecho de resistencia como un derecho fundamental. En relación a las fuentes que inspiran este derecho de resistencia, la principal sin duda es el derecho natural. Así sostiene Isensee: "*Die eigentliche Quelle dieses umgeschriebenen Rechts bildet das Naturrecht*"⁵⁷ Afirmación importante, pues se trata, según ya señalamos, no sólo de una norma del derecho natural ahora positivada por una fijación constitucional de la misma, sino también y especialmente por la íntima relación que establece entre derecho constitucional positivo, como base del ordenamiento jurídico de un Estado de derecho, y el derecho natural, que sirve en este caso como protección de los principios democráticos que inspiran a ese estado de derecho. Para reafirmar más aún el significado del derecho natural como base de este derecho constitucional, sostiene todavía Isensee: "*Die längst totgesagte Naturrechtsrenaissance hat in der Positivierung des Widerstandsrechtes einen späten Sieg errungen. Es steht allerdings zu fragen, ob es nicht ein Pyrrussieg gewesen ist*"⁵⁸. Probablemente Isensee puede tener razón cuando habla de una victoria tardía y pírrica, pero lo relevante es aquí destacar que ese derecho natural ha sido positivado. Pero también hay que reconocerlo, aunque Isensee no alude al tema, la positivación de este derecho de resistencia viene a resultar de una positivación más temprana del mismo derecho realizada en la Carta de los Derechos Humanos de 1948, la cual ha sido incorporada paulatinamente como derecho positivo por casi todos los Estados miembros de la comunidad internacional.

Ahora bien, ¿qué función cumple el derecho de resistencia, por ejemplo, en un Estado democrático? Primeramente el derecho de resistencia está concebido para protección del orden constitucional. Más específico aún, para la protección del orden constitucional que establece el Art. 20. Abs. 1. de la GG: "*Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundestaat*". Todo quien pretenda modificar las bases de ese Estado, sea a título individual, sea a título de autoridad constituida, activa la invocación y ejercicio -legítimo- de ese derecho. Isensee señala claramente que el derecho de resistencia opera como una norma protectora del orden constitucional, basado en lo que prescribe el art. 20. Abs. 1 de la GG arriba

⁵⁶ J. ISENSEE, *Das legalisierte Widerstandsrecht* (Bad Homburg 1967), p. 8.

⁵⁷ J. ISENSEE, *Das legalisierte Widerstandsrecht* (Bad Homburg 1969), pp. 8-9.

⁵⁸ J. ISENSEE, *Das legalisierte Widerstandsrecht* (Bad Homburg 1969), p. 9.

citado, y no en casos de violación constitucional o inconstitucionalidad: "*Bei Art. 20 IV GG geht nicht die Verfassungsverletzung, welche die Geltung des Grundgesetzes an sich nicht in Frage stellt, sondern um den Kampf gegen die Ordnung selbst, nicht um die verfassungswidrige, sondern um die verfassungsfeindliche Aktion*"⁵⁹. A mi juicio esta interpretación de Isensee es incorrecta. En efecto, cómo establecer en realidad cuándo se trata de una acción inconstitucional y cuándo estamos en presencia de un enemigo abierto del orden constitucional? Reducir la invocación del derecho de resistencia sólo frente al caso de un enemigo declarado del orden constitucional es ignorar la amplia variedad de conductas anticonstitucionales que el derecho de resistencia contempla para un apelativo a esta norma en protección del orden jurídico lesionado. Sólo en una situación podría ser cierta la afirmación de Isensee: cuando estamos en presencia de un usurpador del mandato político del pueblo alemán, o cuando los otros poderes del Estado no se ajusten a la ley y al derecho, como lo establece claramente el Art. 20 Abs. 3. de la GG alemana.

Ahora bien, ¿cuáles son los potenciales atacantes del Estado Constitucional? Isensee distingue dos tipos: "*Das Unternehmen kann aus dem Innern der Staatsorganisation durch Organwähler geführt werden (Staatstreich von oben Putsch) wie von außen her durch private (Staatstreich von unten, Aufstand)*"⁶⁰. Esta distinción de Isensee nos parece importante, porque sitúa el tema del derecho de resistencia frente a los dos tipos principales de agresión que pueden afectar al Estado democrático constitucional, y que la historia tanto de Europa como de Latinoamérica nos ilustra con abundancia de trágicos ejemplos. Detengámonos en estas dos figuras que constituyen los potenciales enemigos del orden constitucional. Es interesante destacar que en relación a estos dos tipos de conducta política propias del Estado moderno y contemporáneo, Isensee las compara con las de la tiranía antigua y medieval. La analogía resulta sin duda interesante, pues se trata de hacer operativa una doctrina propia de la filosofía política clásica en torno a la figura del tirano por un lado, y a la capacidad jurídica del pueblo para invocar y ejercer el derecho de resistencia, por otro lado. Con esta relación entre la conducta política enemiga del sistema constitucional contemporáneo y la doctrina clásica de la tiranía, Isensee afirma implícitamente que el fenómeno de la corrupción de la Constitución, según la forma pervertida de la misma como es la tiranía, tiene vigencia en el contexto del estado constitucional moderno.

Isensee concibe el derecho de resistencia como un derecho subsidiario. Esto viene a significar que en situaciones de normalidad constitucional sólo le es jurídicamente posible a la comunidad expresarse en contra de la medida administrativa a través de los mecanismos que la propia constitución dispone para tales efectos. Por esta razón el derecho de resistencia aparece como un derecho subsidiario frente a estos otros organismos constitucionales⁶¹. Pero el mismo Isensee reconoce que la diferencia entre una situación de anormalidad constitucional es tan compleja de precisar que en consecuencia esto también plantea un problema no menor para definir

59 J. ISENSEE, *Das legalisierte Widerstandsrecht* (Bad Homburg 1969), p. 21.

60 J. ISENSEE, *Das legalisierte Widerstandsrecht* (Bad Homburg 1969), p. 22.

61 Vid. J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht Eine Studie über das regulativ des Verhältnis von Staat und Gesellschaft. Schriften zum öffentlichen Recht* (Berlin 1968), Band 80.

con exactitud los límites del derecho de resistencia como norma subsidiaria en el sistema jurídico de un Estado constitucional, y cuando deja de serlo para convertirse en una auténtica norma con carácter prioritario para reestablecer la constitucionalidad lesionada. En todo caso al concebir el derecho de resistencia como una norma subsidiaria, esto significa que su empleo constituye siempre una *ultima ratio politica*: "*Die Subsidiaritätsklausel läßt sich die Stellung des Widerstandsrechts im Rahmen der Rechtsordnung erkennen: Es ist die ultima ratio des Rechts schlechthin, das staatliche mit unstaatlichen Mitteln retten zu wollen*"⁶².

Otro tema importante analizado por Isensee en relación al derecho de resistencia en un sistema democrático constitucional es el que se refiere a los medios que caracterizan la resistencia. La complejidad de la vida social moderna amplía considerablemente el número de relaciones y las formas de éstas entre el Estado y la sociedad. Por esta razón la variedad de medios de resistencia que presenta la sociedad moderna es incomparable con otras épocas de la historia. En efecto, mientras en la sociedad del Antiguo Régimen el derecho de resistencia se vincula fundamentalmente con una cuestión de carácter confesional, esto es, la tolerancia de los distintos disidentes religiosos en relación a la religión oficial del Estado, y su incorporación a la estructura social en igualdad de derechos frente a la práctica privada del culto, en la sociedad contemporánea en cambio el tema religioso en sí ha dejado de ser objeto directo para la invocación y ejercicio del derecho de resistencia, pasando este último a tener mayor importancia en el contexto de las relaciones económico-sociales. De este modo la complejidad social antes señalada proporciona otras y más sofisticadas formas y medios para resistir a la autoridad. Así señala Isensee: "*Die Skala der Deutungen reicht von der bloß selichen, nach außen unerkennbaren Ablehnung des Unrechts bis hin zum brutalen Gewaltakt, von innerlichen Gebet gegen die Feinde bis hin zum Tyrannenmord*"⁶³. Por otro lado sostiene el mismo autor: "*Die Grundformen des Widerstandes sind deshalb Ungehorsam und Gewalt*"⁶⁴. Esta última opinión debe ser destacada como una importante precisión. Al afirmar que las dos formas fundamentales de la resistencia son la desobediencia y la violencia, Isensee ha incluido implícitamente, a mi juicio, el tema de la desobediencia civil en la esfera del derecho de resistencia, como una especie de esa forma genérica de derecho fundamental.

Isensee diferencia también entre un derecho de resistencia y un derecho de resistencia activo. Para el primero, la forma característica de su ejercicio es la desobediencia civil⁶⁵. Para el segundo, señala como métodos de una resistencia activa, los siguientes: "*Die Möglichkeiten des aktiven Widerstandes sind ebenso wenig normativ bestimmbar, wie der Verlauf der künftigen Widerstandsfälle Vorhersehbar ist, formen des Widerstandes können viele Maßnahmen werden, die nach dem Recht der Normalage Straftaten oder zivilrechtlich unerlaubte Handlungen wären, Sabotage, Aufruhr, Landesfriedensbruch, Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte, Verrat von Staatsgeheimnissen, etc.*"⁶⁶ Entre las formas de resistencia activa aquí mencio-

62 J. ISENSEE, *Das legalisierte Widerstandsrecht* (Bad Homburg 1969), p. 37.

63 J. ISENSEE, *Das legalisierte Widerstandsrecht* (Bad Homburg 1969), p. 58.

64 J. ISENSEE, *Das legalisierte Widerstandsrecht* (Bad Homburg 1969), p. 61.

65 J. ISENSEE, *Das legalisierte Widerstandsrecht* (Bad Homburg 1969), p. 62.

66 J. ISENSEE, *Das legalisierte Widerstandsrecht* (Bad Homburg 1969), p. 63.

nadas por Isensee indudablemente la del sabotaje merece ser calificada como una forma de terrorismo y no de resistencia. El sabotaje por las consecuencias materiales y humanas sobre la propiedad y la vida de los miembros de la comunidad, jamás podría, a mi juicio, ser considerada como una forma activa de resistencia. Definitivamente el sabotaje es más propio de actos de tipo revolucionario-terrorista. Cabría sí considerarlo excepcionalmente como acto de resistencia si se tratara de la lucha por liberar la patria de un dominio extranjero tiránico, como ocurrió en Francia, por ejemplo, durante la ocupación alemana nazi. Pero se trata ciertamente de una situación excepcionalísima, más próxima a un estado de guerra.

En relación al tiranicidio como última etapa de los métodos de resistencia violenta, está aún en discusión si se puede proceder a él en el contexto de la democracia constitucional. Los instrumentos de sanción política, desde la amonestación hasta la destitución, probablemente han vuelto inapropiado el tiranicidio como medio de resistencia, pero su empleo debe siempre mantenerse como *ultima ratio* en caso de que las sanciones contempladas por la ley en contra de la autoridad no resulten positivamente efectivas. El mismo Isensee señala: "*Im arsenal des Widerstandsrechts lagern äußert gefährliche Waffen. Deshalb kann sich die Rechtsordnung nicht damit begnügen, die Voraussetzungen des Widerstandsfallens zu erfassen, vielmehr muß sie auch im Rahmen des widerstandsfallens den Einsatz der Mittel an strenge Kautelen binden*"⁶⁷. Ahora bien, la cautela en el empleo de tales medios que son propios de la resistencia dependerá en último caso del género de conducta anticonstitucional que el titular del poder manifieste. En consecuencia, frente a la usurpación, el tiranicidio no sería de ningún modo un arma peligrosa, sino más bien urgentemente necesaria. Ahora bien, decidir sobre el empleo del derecho de resistencia como instrumento político para reestablecer el orden constitucional ya alterado es una de las más complejas decisiones políticas. Se debe aquí destacar el papel principal que juega en la esfera decisional del derecho de resistencia, la política como ciencia, donde la virtud y la sabiduría deben orientar el juicio sobre una tal decisión. Así lo sostiene claramente Isensee: "*Das Widerstandsrecht steh somit unter den gesetzen des staatlichen Ermessens. Höchstens Richtmaß der Oportunität ist allerdings nicht eine juristische Kategorie, sondern die politische Klugheit, die (was trotz Aristoteles und Thomas die meisten Staatsdenker vergessen haben) Tugend ist*"⁶⁸.

Que la decisión de resistir es en última instancia una decisión más política que jurídica, lo afirma explícitamente Isensee en el siguiente texto: "*Die Entscheidung über den Widerstandsrecht folgt weniger der juristischen ratio als dem politischen Gewissen*"⁶⁹. La condición de la decisión política viene dada por la misma naturaleza del derecho de resistencia -derecho natural, derecho fundamental- que constituye una aclaración de tipo eminentemente política sobre el contenido de las normas de un ordenamiento constitucional. Además está aquí presente el tema de la obligación política que el derecho natural mismo prescribe. Una vez que cesa la causa de la legítima obediencia -deber- al derecho, de su observación, la resistencia se convierte en un mandato -deber- inexcusable.

67 J. ISENSEE, *Das legalisierte Widerstandsrecht* (Bad Homburg 1969), p. 66.

68 J. ISENSEE, *Das legalisierte Widerstandsrecht* (Bad Homburg 1969), p. 78.

69 J. ISENSEE, *Das legalisierte Widerstandsrecht* (Bad Homburg 1969), p. 81.

VII. EL DERECHO DE RESISTENCIA EN LA TEORÍA DE K. STERN

K. Stern analiza el tema del derecho de resistencia desde una óptica histórico-constitucional. En este sentido su exposición presenta una adecuada perspectiva para comprender cómo este derecho de resistencia ha sido incorporado al ordenamiento jurídico constitucional del Estado, y cómo, a la vez, este derecho desde una perspectiva eminentemente teológica ha ido adquiriendo un contenido y una fundamentación más jurídica-constitucional.

Stern establece dos características de este derecho de resistencia: como *Nothilfe* y como *Notwehrrecht*: "*Stellt man diese Angriffsrichtung in Rechnung, so wird zugleich ein zweiter wesentlicher Punkt des grundgesetzlichen Widerstandsrecht im Vergleich zum überpositiven Widerstandsrecht deutlich: Sein Character als Nothilfe-recht oder Notwehrrecht der verfassungsmäßigen staatslichen Ordnung. Diese Deutung war in der Entstehungsgeschichte niemals umstritten, und sie ist auch in der Literatur nicht angezweifelt. Das Widerstandsrecht des art. 20. Abs. 4 GG ist also prostaatlich, während des klassische Widerstandsrecht einen antistaatlichen affekt, zumindest einen solchen gegen die Staatsgewalt hatte. Der Widerstand darf nach 20. Abs. 4 GG nur ausgeübt werden, um der Bewahrung oder Wiederherstellung der vom Grundgesetz konstituirten Ordnung zu dienen. Seine Zielrichtung ist damit klar und positivrechtlich präzisiert*"⁷⁰. Consideremos los argumentos de Stern. En primer lugar, la concepción del derecho de resistencia como un *Nothilfe-recht* y *Notwehrrecht*. No cabe duda que el derecho de resistencia puede ser definido según los dos tipos propuestos por Stern y que en general corresponden a una clasificación tipo en la Staatslehre alemana contemporánea para aludir a este derecho. Pero comúnmente olvidan los constitucionalistas alemanes que el derecho de resistencia debería ser defendido en primer lugar como un derecho fundamental -inalienable e imprescriptible-, según fue fijado por el Legislador de 1789 y 1948, y que constituye la principal fuente moderna de su positivación. Pero generalmente este hecho se omite o se ignora. ¿Por qué sucede así? Se trata sin duda, a mi juicio, de una siempre incómoda aceptación del derecho natural como fuente primaria y principal de este derecho. En este sentido se podría todavía agregar que, a pesar de que el derecho de resistencia se encuentre positivado y fijado constitucionalmente, y por consiguiente, tiene fuerza vinculante, su esencia como norma es siempre intangible para el Legislador y los jueces. Más aún, si este derecho de emergencia o derecho de legítima defensa o derecho subsidiario, como también se le suele mencionar en la doctrina, tuviera el carácter de una norma secundaria, como es el que se pretende darle con estas definiciones, entonces su positivación no habría tenido sentido. En resumen, a mi juicio, el derecho de resistencia es un derecho fundamental y natural, cuyo objeto principal es la custodia de los otros derechos fundamentales y naturales, imprescriptibles e inalienables. En segundo lugar, sobre el pretendido proestatalismo del derecho de resistencia según la GG. Art. 20 Abs. 4., a diferencia del derecho de resistencia que habría sido antiestatal, lo que daría el valor específico a la positivación de

⁷⁰ K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (München 1980) Band II, pp. 1500-1509.

este moderno *ius resistendi*, cabe señalar que sin pretender negar totalmente esta afirmación de Stern, se debe tener también presente que el señalado carácter antiestatal del otro derecho de resistencia sólo fue tal en la medida en que el Estado estaba representado por la figura del soberano, o en otras palabras, cuando el derecho público europeo se encontraba en la etapa de los derechos de la majestad. Actualmente se puede hablar de un derecho de resistencia proestatal, o en defensa del Estado constitucional, pero aun cuando esta sea la realidad no se debe prescindir del carácter suprapositivo de este derecho, pues ahí radica su verdadera esencia como norma.

De esta condición de derecho natural positivado, Stern infiere algunas consecuencias importantes. Primero, el carácter de subsidiariedad. Frente a todos los mecanismos institucionales e instancias procesales de que dispone el Estado constitucional contemporáneo para garantizar la constitucionalidad del sistema jurídico y social, este derecho de resistencia tiene un carácter subsidiario frente a estos mecanismos. Sólo cuando todas las instancias hubieren resultado ineficaces, entonces la *apelatio* a este derecho está abierta.

Una segunda consecuencia es el papel que juega este derecho de resistencia como protección del orden constitucional. Es este uno de los aspectos que más destaca Stern al referirse al papel del *ius resistendi* en el contexto del estado constitucional. Así sostiene Stern: "*Der Schutz der Verfassung hat damit seine Perfektionierung erhalten: Nicht nur sie Staatsorgane sind dazu verpflichtet, auch der Einzelnen ist ex constitutione berechtigt, in äußerten Fällen für ihre Aufrechterhaltung aktiv zu werden, er braucht ihrer Zerstörung nicht tatenlos zuzusehen*"⁷¹. A pesar de que, como bien lo señala Stern, el reconocimiento del *ius resistendi* en la GG alemana no supone una obligación correlativa a la resistencia, parece aquí que el Legislador ha optado por dejar a la conciencia moral de cada ciudadano la posibilidad de decidir sobre la obligatoriedad de invocar y ejercer un tal derecho. En todo caso, si la GG no contempla esta obligación a la resistencia, ella sí está expresa en las constituciones de algunos Länder que también han positivado el derecho de resistencia. Ahora bien, la obligación aquí de resistir nos parece de carácter secundario. Si consideramos que las bases doctrinales de este derecho están en la teología moral cristiana (católica-protestante), en consecuencia, entre estos grupos de ciudadanos de la BRD la obligación de resistir está implícita en sus propias confesiones, haciendo innecesaria la declaración expresa del Legislador de una tal obligación para su cumplimiento. Se podría sostener en este sentido que el derecho de resistencia fijado en la GG está dirigido a los ciudadanos que no tienen una confesión definida. Para aquellos que profesan una confesión, católica o reformada, el texto constitucionalmente fijado tendría un significado meramente secundario.

Ahora bien, ¿puede la invocación y ejercicio del derecho de resistencia, según lo fija el Legislador alemán en la GG, y de acuerdo a cómo lo interpreta Stern, desatar la guerra civil? Stern afirma lo siguiente: "*Das Widerstandsrecht richtet sich nach dem Verfassungswortlaut lapidar gegen "jeden", der die Beseitigung verfassungsmäßigen Ordnung unternimmt. An diesem Punkt wird die Abwandlung des positivierten Widerstandsrechts von überpositiven am deutlichsten: Widerstand kann nicht nur gegen eine unrechtmäßige Staatsgewalt geleistet werden, sondern schlech-*

⁷¹ K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (München 1980), pp. 1509.

*thin gegen jedermann, d.h., auch gegen andere Bürger, und zwar nicht nur solche, die sich Zuständigkeiten anmaßen oder sie mißbrauche, wie in den Beratung teilweise verlangt wurde. Diese veränderte Adressierung läßt die dadurch herausbeschwo-rene Gefahr, Instrument für einen Bürgerkrieg zu sein, nicht gering erscheinen"*⁷². Este peligro que ve Stern, a nosotros nos parece infundado, no sólo porque de una situación de resistencia es improbable que se derive hacia una guerra civil, pues la resistencia exige la casi unanimidad y consenso de los ciudadanos frente a un caso de injusticia por parte del poder; además, hay que tener presente que la guerra civil se aparta totalmente de los fines del derecho de resistencia, pues si en el uso de la violencia se llega al extremo de la revolución, lo que se pretende con ella en último término es la alteración del orden constitucional por uno nuevo, y no una restauración del antiguo orden, objeto del derecho de resistencia. Ciertamente aquí juegan un papel prioritario el tipo de medios que se empleen para la resistencia, pero aun cuando se trataran de los más extremos, tiranicidio, por ejemplo, esta violencia siempre será en contra de un individuo, no alcanzando jamás el carácter de aniquilación masiva de un sector de la comunidad por la otra parte de la misma, como ocurriría con la guerra civil o la revolución. Tampoco resulta convincente que el derecho de resistencia pueda ser utilizado contra cualquier ciudadano particular.

VIII. EL DERECHO DE RESISTENCIA EN LA TEORIA DE M. KRIELE

En la Staatslehre alemana contemporánea, M. Kriele ocupa sin duda un lugar destacado⁷³. Probablemente sea uno de los pocos constitucionalistas que analiza el tema de una teoría de la Constitución y de la democracia en estrecha unión con una teoría de los derechos humanos, superando así la limitada visión del positivismo político-jurídico⁷⁴. Especial significado tiene para nosotros la interpretación de Kriele sobre el derecho de resistencia. Así sostiene el constitucionalista germano: "*Der Rechtspositivismus richtete sich stets mit besonderer Schärfe gegen ein Widerstandsrecht, sei diese nun auf Naturrecht, auf die Bibel, auf das Gewissen, auf aliierlifferte Rechte oder revolutionäre Ideen gegründet*"⁷⁵. La cita precedente es una confirmación de todo cuanto venimos sosteniendo en relación a las pretensiones de cierto positivismo jurídico en contra de los derechos fundamentales, especialmente en contra del derecho de resistencia.

La teoría jurídica de M. Kriele, se podría afirmar, está en una situación de transición entre una teoría del derecho de resistencia y una teoría de la desobediencia civil en un Estado democrático constitucional. En este sentido cabe afirmar que para

⁷² K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (München 1980), p. 1512.

⁷³ Vid. M. KRIELE, *Einführung in die Staatslehre* (Opladen 1980); *Die Demokratische Weltrevolution* (München 1988); *Recht und Praktische Vernunft* (Göttingen 1979); *Befreiung und Politische Aufklärung. Pläyoder für Würde des Menschen* (Freiburg 1980).

⁷⁴ Vid. P. CARVAJAL, *Estado, democracia, derechos humanos en la Staatslehre de M. Kriele* (en preparación).

⁷⁵ M. KRIELE, *Recht und praktische Vernunft* (Göttingen 1979), p. 111.

Kriele el derecho de resistencia y la desobediencia civil pueden ser utilizados como conceptos homólogos.

En la interpretación de Kriele sobre el derecho de resistencia me interesa destacar principalmente dos aspectos. En primer lugar, el análisis histórico-doctrinal que Kriele hace del *ius resistendi*. En este sentido Kriele se ubica en la línea doctrinal de los constitucionalistas contemporáneos para quienes toda teoría jurídica pública debe estar unida a una reflexión de tipo histórico sobre las raíces o principios en que esa teoría se funda. En segundo lugar, la relación directa entre derecho de resistencia y derechos fundamentales. Para M. Kriele, como veremos, este es un punto sobre el cual cabe una y otra vez volver para la fundamentación de una teoría democrática del derecho. Y, finalmente, en tercer lugar, la consideración del derecho natural como base de los derechos fundamentales. En este punto Kriele se aparta del positivismo hasta hace poco dominante en la Staatslehre alemana para proponer una reinterpretación de los principios del derecho natural como fundamento de los derechos humanos, del Estado constitucional y del sistema político democrático contemporáneo.

Al comentar los casos más radicales de opresión en la historia contemporánea, Kriele sostiene: "*Der Widerstand der Bevölkerung gegen die Bolschewisierung etwa Afghanistans, Angolas oder Nicaraguas, gegen Militärdiktaturen in Chile oder gegen die Rassenpolitik Südafrikas stellt uns vor die Frage, ob und unter welchen Umständen Widerstand prinzipiell gerechtfertigt ist. Davon hängt ab, ob es überhaupt eine Rechtsfertigung dafür geben kann, dem Widerstand moralische, politische, finanzielle oder gar militärische Unterstützung zu gewähren, oder ob wir verpflichtet sind, ihn im Stich zu lassen und zuzusehen, wie der Totalitarismus ihn endgültig erstickt und sich selbst irreversibel etabliert*"⁷⁶. Se tratan ciertamente de experiencias históricas recientes, donde la democracia ha sido reinstaurada, en algunos casos; en otros, se encuentra en proceso de formulación y consolidación. Lo interesante a destacar aquí es la vigencia que el autor reconoce al derecho de resistencia como norma jurídica en contra de las arbitrariedades del poder.

En un escrito del año 1983 formuló Kriele una *interpretatio* de la doctrina clásica del derecho de resistencia considerando -y actualizando- concretamente la diferencia entre tiranía por ejercicio y tiranía por falta de título (= usurpación). En relación a la primera forma, sostiene Kriele que ella corresponde a la moderna quiebra del orden constitucional por golpe de Estado (quiebre desde arriba); por rebelión (quiebre desde abajo), según la doctrina acunada por la Ilustración⁷⁷. La posibilidad de un derecho de resistencia constitucional, frente a estas conductas anti sistema, está contemplado en estos casos, específicamente en la GG alemana, según sostiene Kriele⁷⁸. Es interesante aquí señalar que Kriele identifica la tiranía en ejercicio, según el paradigma de la filosofía política medieval, con la contemporánea forma de

76 M. KRIELE, *Die demokratische Weltrevolution* (München 1988), p. 133.

77 M. KRIELE, *Die Rechtsfertigungsmodelle des Widerstands*, en *Aus Politik und Zeitgeschichte. Oktober 1983*: "Die Herrschaft verliert ihre Legitimität durch Entartung zur Tyrannis. Dem entspricht in der modernen, von der Aufklärung geprägten Staatslehre der Ausbruch aus der demokratischen Verfassungsordnung durch Staatsstreich oder Rebellion" (p. 12).

78 M. KRIELE, *Die Rechtsfertigungsmodelle des Widerstands*, en *Aus Politik und Zeitgeschichte. Oktober 1983*: "Für diesen Fall sieht auch das Grundgesetz ein Widerstandsrecht vor" (p. 12).

rebelión y golpe de Estado. Frente a todas las otras formas de despotismo cabe la resistencia legítima e incluso el tiranicidio, según la doctrina del derecho natural: "*Hingegen ist der Widerstand in Despotien aller Art -in absolutischen Systemen, Führerdiktaturen, Militärdiktaturen, Parteidiktaturen usw-ohne weiteres legitim, wenn er auf Herstellung eines Rechtszustands gerichtet und erfolgverprechend ist. Selbst der Tyrannenmord gilt als naturrechtlich gerechtfertigt*"⁷⁹. En este punto la teoría jurídica de Kriele traslada su base doctrinal desde una óptica estrictamente jurídica positiva a una fundamentación jusnatural -ética- del derecho de resistencia. En efecto, ¿cuál debe ser la norma que decida en última instancia la resistencia en una comunidad democrática? ¿La jurídica o la moral? Consecuente con los principios que inspiran el Estado constitucional democrático -Declaraciones de 1789 y 1948- Kriele no duda en optar por la norma moral como regla básica para decidir sobre la resistencia. Esta opción nace de la fundamentación jusnatural del Estado constitucional democrático moderno, que señala en sus principios la prelación de la norma natural sobre la positiva. Esta posición de Kriele ha sido criticada en Alemania especialmente por el jurista R. Dreier, quien, sin embargo, reconoce: "*...el comprometido voto de Kriele en favor del Estado constitucional democrático merece la más decidida aprobación. Pues si tiene sentido hablar de progreso jurídico, la formación de las instituciones de este tipo de Estado constituye su más claro ejemplo*"⁸⁰. Dreier sostiene que la tesis de Kriele del primado de la moral sobre el derecho para apelar a la resistencia debe ser corregida, especialmente cuando se trata de un Estado de derecho democrático donde existen diversas instancias procesales que garantizan la incolumidad de los derechos fundamentales. Así afirma Dreier que, según los mismos argumentos de Kriele y con una precisión -reserva- del concepto de resistencia, se puede afirmar que la resistencia está justificada no sólo moralmente sino también y de un modo más claro, jurídicamente, pues en un Estado democrático la garantía de los derechos fundamentales está organizada a través de un sistema judicial independiente⁸¹. Se puede sostener que Dreier argumenta desde algunos capítulos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, sobre algunos fallos dictados en relación a diversos actos políticos donde está involucrado el tema de la resistencia a las normas del Estado. Pero aquí se plantea claramente

79 M. KRIELE, *Die Rechtsfertigungsmodelle des Widerstands*, en *Aus Politik und Zeitgeschichte*. Oktober 1983. (p. 12).

80 R. DREIER, *Derecho y moral*,; en E. GARZÓN VALDÉS (Comp.), *Derecho y Filosofía* (Barcelona 1988).

81 R. DREIER, *Derecho y Moral*, en E. GARZÓN VALDÉS (Comp.), *Derecho y Filosofía* (Barcelona 1988): "De acuerdo con los propios presupuestos de Kriele y bajo la reserva de una explicación del concepto de resistencia, no es correcto sostener que en un estado constitucional democrático la resistencia contra leyes e instituciones jurídicas particulares no pueda ser fundamentada jurídicamente sino tan solo moralmente. Pues Kriele mismo señala quien practica la resistencia o incita a la misma tiene que aceptar un control judicial del Estado de derecho con respecto a su forma de actuar y a la aducida justificación de la misma teniendo que asumir el deber de su fundamentación y correr con la carga de la prueba. En realidad, puede sostenerse justo lo contrario de la tesis de Kriele, es decir, que justamente porque al Estado constitucional democrático incumbe la garantía de los derechos fundamentales y la protección jurídica a través de los tribunales independientes, la resistencia en él puede ser fundamentada no sólo moralmente sino también jurídicamente, sobre todo invocando los derechos fundamentales". p. 96.

una diferencia entre la perspectiva de argumentación de Kriele y de Dreier. Mientras este último como buen positivista argumenta desde la jurisprudencia, según acabamos de señalar; Kriele, en cambio, como constitucionalista y defensor de la primacía de la norma moral sobre la norma jurídica argumenta desde la doctrina. En este sentido me parece que la posición de Kriele es más convincente que la de Dreier, pues los derechos fundamentales -derechos humanos- son derechos naturales, y aun cuando se encuentren positivados en el constitucionalismo democrático, mantienen ese carácter de tal, por lo tanto escapan a la interpretación que el Legislador o un Tribunal quisieran realizar sobre el contenido de los mismos. En otras palabras, la interpretación del legislador desde una óptica meramente jurisprudencial resulta irrelevante en cuanto a la esencia de los mismos, esto es, su condición de inalienables e imprescriptibles.

Más claro es todavía el siguiente argumento de Dreier en su crítica de Kriele, y que revela una vez más lo limitado de los argumentos positivistas: *"Al respecto hay que tener presente que 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 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. Esto hace pensar en la tesis que de al menos allí, donde como en la república federal de Alemania, existe, primero, una codificación completa de derechos fundamentales y segundo, una protección jurídica completa, ya no hay ninguna necesidad de reconocer un derecho de resistencia"*⁸² Señalamos recién que lo que diferencia a Kriele de Dreier es la perspectiva de argumentación que uno y otro utilizan respectivamente: doctrina y jurisprudencia. En el texto recién citado de Dreier se aprecia más aún esta diferencia. Podemos contradecir aquí a Dreier señalando que, a pesar de que la historia del moderno Estado de derecho sea un testimonio de la positivación de los derechos fundamentales, no por eso el derecho de resistencia -derecho natural- deja de tener vigencia. En segundo lugar el derecho de resistencia clásico no fue nunca definido exclusivamente por la doctrina del derecho natural como un derecho tal, donde ciertamente están sus raíces doctrinales, sino que como derecho en sí es un derecho también positivo, con lo que Dreier no sólo confunde los términos sino también muestra un desconocimiento de la historia de los derechos fundamentales. En tercer lugar, cabe señalar que el derecho de resistencia no es un derecho preestatal, sino más bien supraestatal, según su condición de derecho natural. En cuarto lugar, finalmente, es del todo irrelevante y a la vez erróneo sostener, que por existir una completa codificación de los derechos fundamentales en la GG alemana y su respectiva garantía y seguridad por medio de distintas instancias procesales, la existencia de un derecho de resistencia es innecesaria. Precisamente por la condición de derechos inalienables e imprescriptibles ni el Legislador humano ni los tribunales pueden declarar que tales derechos son ya innecesarios. Semejante pretensión positivista demuestra lo peligroso y estrecho que resulta cierto positivismo jurídico cuando se trata de garantizar los derechos fundamentales sólo de acuerdo a la norma básica del ordenamiento jurídico del Estado. La historia demuestra claramente que cuando la

82 R. DREIER, *Derecho y moral*, en E. GARZÓN VALDÉS (Comp.), *Derecho y Filosofía* (Barcelona 1988), p. 98.

custodia de los derechos fundamentales -inalienables e imprescriptibles- sólo se deja a la interpretación del Legislador o de los tribunales, terminan siempre en su preterición y violación. Dos ejemplos demuestran la debilidad del argumento positivista defendido por Dreier. Primero, el caso de la República de Weimar. Weimar es el paradigma por excelencia en la historia contemporánea donde el positivismo jurídico jugó un rol sin contrapeso, especialmente inspirado en la doctrina de Kelsen. Conocemos perfectamente bien en qué termina la República de Weimar y su constitución⁸³. Segundo, los regímenes militares en Latinoamérica⁸⁴.

Si hemos citado aquí los argumentos de Dreier ha sido con el propósito de presentar la actual controversia en el derecho constitucional alemán entre los miembros representantes de una corriente juspositivista y jusnaturalista.

Cuando Kriele escribe sus consideraciones sobre el derecho de resistencia lo hizo en el contexto de la década de 1980, especialmente a raíz del emplazamiento de los cohetes nucleares americanos de mediano alcance: Pershing. Hoy, ciertamente, el derecho de resistencia puede ser invocado preferentemente por temas relacionados con la crisis económica en la cual se encuentra el mundo⁸⁵. Y este será, sin duda, como dejan ver los actuales acontecimientos en Alemania, el tema principal para la invocación y ejercicio del derecho de resistencia. La actual crisis económica pone nuevamente en discusión la vigencia de un derecho de resistencia como protección de los otros derechos fundamentales y de la condición y existencia del Estado social en Alemania. ¿Serán suficientes los mecanismos procesales que defiende Dreier para la solución de la crisis? O bien, la resistencia a las medidas gubernamentales superará el plano meramente jurídico para encontrar su justificación, finalmente, en la norma moral? Lo que está en juego es un derecho fundamental: el derecho al trabajo y todos los demás derechos que están vinculados con él. Bien sabemos que todos los derechos sociales que contemplan y fijan constitucionalmente las Leyes Fundamentales de los Estados miembros de la EG, para limitar el tema a aquellos Estados donde existe una garantía y protección de tales derechos, el derecho al trabajo es hasta ahora el más difícil de garantizar y proteger.

En todo caso es necesario reconstruir la historia del derecho de resistencia en la Staatslehre y en el Verfassungsrecht alemán moderno y contemporáneo. De este modo podremos precisar cuáles son las características que del derecho de resistencia clásico aún se conservan y cuáles son las nuevas temáticas que han sido incorporadas a él.

Para finalizar nuestra exposición proponemos el siguiente resumen histórico del derecho de resistencia y los principales motivos para su invocación. En la historia del derecho de resistencia moderno (s. XV -XX), se distinguen al menos tres temas principales para su invocación y ejercicio: primero, el tema religioso. En el largo y sangriento capítulo de las guerras de religión, el derecho de resistencia jugó un papel esencial en la formulación de unos principios de tolerancia religiosa, que luego se transformarán en el derecho fundamental de libertad religiosa, tal como hoy está

83 Vid. Ch. GUSY, *Weimar, die Wehrlose Republik?* (Tübingen 1991).

84 Vid. *Informe de la Comisión Nacional sobre la desaparición de personas. Nunca más* (Argentina) (1985); *Informe Rettig* (Chile) (1991).

85 Sólo para los países miembros de la Comunidad Europea las estadísticas, por cierto muy conservadoras, señalan en 36 millones de personas los cesantes.

establecido en casi todas las constituciones del mundo. Segundo, la lucha por la libertad política, manifestada concretamente en la libertad de pensamiento y opinión. La historia de la libertad política es casi paralela con la de la libertad religiosa. En ésta también el derecho de resistencia jugó un papel principal como custodio de los principios de esa libertad. Tercero, la propiedad individual. Precisamente fue el derecho de resistencia el que posibilitó a los súbditos, especialmente en Inglaterra, luchar con un instrumento jurídico doctrinalmente irrefutable para oponerse a la política de expropiación y secuestro patrimonial de los monarcas absolutistas. La solución a estos tres grandes temas de la época Moderna: libertad religiosa, libertad política y propiedad individual, sólo se alcanzó a través de una prolongada lucha. Además su éxito no sólo dependió de su fijación y garantía constitucional, sino también del desarrollo principalmente de una filosofía política y social -el Liberalismo- que defendiera tales principios en una sociedad democrática. Bien sabemos que éste ha sido un proceso largo y dolorosísimo. Estos tres fueron los grandes temas de la filosofía política moderna. A partir de su fijación constitucional como derechos naturales, inalienables e imprescriptibles, se formularán respectivamente las bases teóricas de la democracia contemporánea.

Para el caso de nuestro país, y especialmente en relación al tema de la justicia constitucional, una norma como el derecho de resistencia, que debería ser fijada constitucionalmente -o al menos jurisprudencialmente, en cuanto implícitamente contenida en los derechos esenciales del Art. 5- lo antes posible, constituiría una garantía de los derechos fundamentales de la sociedad frente a las todavía muy amplias facultades de un Ejecutivo más propio del Antiguo régimen que de un sistema político democrático. Es probable que la transición a la democracia haya efectivamente concluido. Pero nuestro sistema político democrático aún es muy débil como para sostener que la justicia constitucional constituye una parte consolidada en nuestra comunidad. Este es uno de los principales desafíos que tienen las ciencias sociales en el país: derecho público, ciencia política y economía.

