

POSITIVIZACION DEL DERECHO DE RESISTENCIA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ALEMAN¹

Marta Salazar Sánchez

Profesora Ayudante de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho
Universidad de Chile y Universidad del Sur (Temuco)

1. INTRODUCCION

El establecimiento de un derecho de resistencia en el propio texto constitucional no deja de sorprendernos. Se podría pensar que tal "legalización" significa una invitación al quebrantamiento permanente del orden jurídico, con la excusa de ejercer un derecho constitucional. Esto ocurre porque estamos acostumbrados a calificar todo desde el prisma del constitucionalismo clásico. De acuerdo a éste, el derecho de resistencia se ejerce una vez, contra el tirano —que en los siglos XVIII y XIX era el monarca— y para siempre, esto es, se agota con su primer ejercicio. Entonces la soberanía pasa a la nación o al pueblo, del cual emanan las leyes que, por tanto, no pueden ser injustas. Por consiguiente, no cabe derecho de resistencia contra leyes que necesariamente son justas, puesto que emanan del pueblo y son hechas para él. En este marco doctrinario resulta impensable que el pueblo se convierta en tirano de sí mismo.

En Alemania estas ideas eran aún más dominantes, por dos razones: (1) por la gran influencia del racionalismo: de acuerdo a las teorías insracionalistas —sobre todo de Althusius² y de Grotius³, que son los escritores más influyentes en esta materia—, a la ley natural, existente en el estado de naturaleza y que tiene vigencia antes de la constitución del Estado, pertenece el *ius resistendi*; sin embargo, después del surgimiento del Estado, mediante contrato, este derecho natural es sustituido por el derecho social y ya no se puede invocar. De

esta manera, el Derecho Constitucional del siglo XIX "juridizó" el poder del Estado, encerrándolo en el marco del derecho, de suerte que el *ius resistendi* pasó a ser algo totalmente incomprensible⁴; (2) el constitucionalismo alemán⁵ del siglo XIX es la expresión jurídica del Estado absoluto⁶, de modo que el ejercicio ilegítimo del poder estatal es algo desconocido, "cosa de doctores⁷ y de teólogos⁸".

Consecuentemente con este desarrollo doctrinal, la Constitución de Weimar (1919) no contemplaba el derecho de resistencia, pues una actuación antijurídica del Estado resultaba impensable, algo que en el estado de derecho no se podía presentar. El positivismo jurídico⁹, que imperó en Alemania antes de la II Guerra, prefiere la seguridad jurídica abso-

⁴ Cfr. J. SCHMUDE: Das Widerstandsrecht (artículo), en Evangelisches Staatslexikon, tomo II, 1987, columna 3981.

⁵ Acerca del constitucionalismo alemán, ver H. BOLDT: Konstitutionalismus (artículo), en Staatslexikon, 7ª ed., tomo 5, 1987, columnas 641 y ss.

⁶ K. STERN: Das Taatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, tomo II. Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushalverfassung, Notstandsverfassung, 1980, p. 1491.

⁷ K. WOLZENDORFF: Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes gegen rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt, 1916, p. 240.

⁸ J.L. KLÜBERS: Öffentliches Recht des Deutschen Bundes und der Bundesstaaten, 4ª ed., 1840, p. 357 y nota B, p. 358.

⁹ Sobre el derecho de resistencia ante el positivismo jurídico, ver J. Speir: Das Widerstandsrecht in der Verfassungsgeschichte, en Unterrichtsblätter für die Bundeswehrverwaltung, 1969, p. 81. E. Stein (Staatsrecht, 11ª ed., 1988, párr. 40 V) señala que la "soberanía del positivismo" originó la retirada de la doctrina del derecho de resistencia.

¹ La voz "positivización" no ha sido aún aceptada por la Real Academia de la Lengua Española; sin embargo, como se verá, es un neologismo indispensable en este trabajo, pues expresa la acción legislativa de convertir una norma suprapositiva en Derecho positivo.

² *Polithica methodica digesta atque exemplis sacris et profanis illustrata*, 1603.

³ *De iure belli ac pacis libri tres*, 1625.

luta al establecimiento del derecho justo¹⁰. La doctrina del derecho de resistencia aparece nuevamente en la historia alemana con el movimiento de resistencia contra el nacionalsocialismo.

La idea que el derecho del Estado está siempre en lo correcto, es también acorde con el derecho constitucional democrático, donde el detentador del poder estatal asegura la paz, la seguridad jurídica y la libertad¹¹. Sin embargo, no se considera un dato indispensable y es que en la democracia representativa y en el actual "Estado de partidos" (*Parteienstaat* lo denomina la ciencia política alemana) todo funcionario público que ejerce una parcela del poder estatal puede hacer mal uso de él, excederse y devenir así el ejercicio de su poder en ilegítimo. Concretamente, en la República Federal de Alemania (RFA) se introdujo en la Carta Fundamental el derecho de resistencia, pues se trataba de evitar que grupos determinados —que siguiendo a la Ciencia Política chilena podríamos denominar "antisistema"— llegaran al poder y lo utilizaran para destruir el orden constitucional. Después de todo, luego de la toma democrática del poder por los nacionalsocialistas en 1933, existe en Alemania una sensibilidad especial en este sentido, que indudablemente ha gravitado en favor de la inclusión constitucional explícita del *ius resistendi*.

2. LA ELABORACION JURISPRUDENCIAL DE LA POSGUERRA

Después de 1945 los tribunales alemanes debieron conocer casos de resarcimiento de perjuicios causados por el régimen nacionalsocialista y resolver cuestiones anexas acerca del derecho de resistencia ejercido durante el período 1933-1945¹². Hacia comienzos de la década de 1960 estaba ya totalmente configurada la elaboración jurisprudencial relativa al derecho de resistencia en la época mencionada¹³.

Asimismo, la sentencia más importante sobre este tópico emana del Tribunal Constitucional Federal (TCF) y es la referida a la prohibición del Partido Comunista alemán, en

que éste invocó el derecho de resistencia¹⁴. Primeramente, la Corte constitucional constata que el texto de la Ley Fundamental (LF) no contempla expresamente el derecho de resistencia y, por tanto, éste no pertenece al derecho positivo constitucional alemán; sin embargo, reconoce un derecho de resistencia inmanente a la Constitución de 1949. Continúa haciendo un análisis del derecho de resistencia suprapositivo y explica que éste sólo puede tener carácter conservativo, esto es, que se trata de un derecho excepcional, para proteger o restaurar el orden jurídico. Asimismo, el ilícito combatido debe ser evidente y los recursos y acciones del orden jurídico deben ofrecer tan poca efectividad, que el ejercicio de la resistencia sea el último recurso para la conservación o restauración del derecho¹⁵.

3. INCORPORACION DEL DERECHO DE RESISTENCIA AL TEXTO DE LA LEY FUNDAMENTAL

Mediante una reforma constitucional¹⁶ fue incorporado a la Ley Fundamental, en 1968, como compensación a las normas constitucionales sobre estados de excepción, y conjuntamente con ellas. La incorporación de las normas de excepción se consideró, entonces, necesaria, por una parte, debido a los sucesos internacionales de la época: la guerra de Corea hacía temer que Alemania se viera envuelta en un conflicto bélico, sin que la Constitución contemplara reglamentación alguna de estados de excepción. Por otra parte, en el ámbito interno, por el fundado temor ante posibles disturbios en tiempos de paz, tan comunes en la convulsionada Europa de 1968. Ya antes existían leyes de emergencia simples de 1965, pero su constitucionalidad había sido con razón puesta en duda. La coalición que en ese momento detentaba el poder era la llamada "Gran Coalición", integrada por demócratacristianos (CDU) y socialistas (SPD), de manera que la normativa contaba con un amplio apoyo político.

¹⁴ ISENSEE: Das legalisierte Widerstandsrecht, 1969, pp. 52 y ss.; Stern, p. 1499.

¹⁵ Tribunal Constitucional Federal, tomo 5, p. 377.

¹⁶ La ley es la 17. Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes de 24 de junio de 1968, en Bundesgesetzblatt (Diario Oficial) I, p. 709. Sobre la historia de la incorporación, ver HERZOG: Grundgesetz Kommentar, tomo 2, 1990, Art. 20 N^{os} 2 y ss.; asimismo ver STERN, pp. 1504 y ss., con abundante bibliografía sobre el punto.

¹⁰ P. ej., H. Kelsen: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1923, p. 438; el mismo autor Allgemeine Staatslehre, 1925, pp. 335 y ss.

¹¹ Cfr. M. KRIEGL: Einführung in die Staatslehre, 1975.

¹² STERN, pp. 1499 y s.

¹³ STERN, p. 1503.

En el Derecho Constitucional de los Länder, el derecho de resistencia no era una novedad, pues estaba incorporado a tres constituciones estatales, de Berlín (Art. 23), de Bremen (Art. 19) y de Hessen (Art. 147). Asimismo, el Tribunal Constitucional Federal (TCF) había proclamado, en la mencionada sentencia contra el Partido Comunista, la existencia de un derecho de resistencia no escrito, "inmanente" a la Constitución. En la formulación de la disposición constitucional se recogió la doctrina contenida en dicho fallo¹⁷.

4. DERECHO DE RESISTENCIA SUPRAPPOSITIVO

El derecho de resistencia contemplado en la Ley Fundamental alemana no es el derecho de resistencia en sentido clásico¹⁸ —cuyo origen se encuentra en la filosofía cristiana—, que se dirige contra el orden establecido, por considerarse injusto o contra derecho. Por el contrario, el derecho de resistencia del artículo 20 inc. 4º tiene por objeto defender el orden fundamental, aun contra los órganos constitucionales mismos¹⁹. El derecho de resistencia positivizado de la LF es considerado también un derecho parcial²⁰, pues es la expresión sólo de una parte o porción del derecho de resistencia suprapositivo²¹, considerado general²².

La convicción de que existe un derecho de resistencia suprapositivo e inmanente a la LF, elaborada después de 1945 por el Tribunal Supremo y por el TCF, continúa inalterable después de la introducción del derecho de resistencia positivizado. Considerando que la existencia del derecho suprapositivo no depende del derecho positivo, como contrapartida, el derecho de resistencia del artículo 20 inc. 4º es autónomo e independiente del derecho suprapositivo²³. La doctrina mayoritaria

está de acuerdo en que este derecho positivizado deja intacto el derecho de resistencia suprapositivo, cuya existencia, inmanente a la LF, había quedado ya demostrada por el TCF.

5. EL BIEN JURIDICAMENTE PROTEGIDO: EL ORDEN FUNDAMENTAL DE LIBERTAD Y DEMOCRACIA

El derecho de resistencia es un medio extremo para defender el orden fundamental de libertad y democracia —llamado *freiheitliche demokratische Grundordnung*— contemplado en el artículo 20 incs. 1º al 3º LF²⁴. Tales disposiciones son, además, irreformables: esto significa que no son susceptibles de enmienda constitucional, según lo dispone el artículo 79 inc. 3º LF, como se verá más adelante. Antes de la reforma de 1968, el orden fundamental sólo estaba protegido por esta cláusula de irreformabilidad del artículo 79 inc. 3º, llamada también *Ewigkeitsnorm*. De manera que el derecho de resistencia vino a robustecer el sistema de defensa constitucional.

El texto de las disposiciones que conforman el orden fundamental o "principios constitucionales", como son denominados en el epígrafe del artículo 20, es el siguiente:

(1) *La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social.*

(2) *Todo poder público emana del pueblo. Ese poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones por intermedio de órganos particulares de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.*

(3) *El Poder Legislativo está sometido al orden constitucional; los Poderes Ejecutivo y Judicial a la ley y al derecho.*

A continuación el inc. 4º, incorporado en 1968, contempla el derecho de resistencia, en los siguientes términos:

(4) *Contra cualquiera que intente derribar ese orden les asiste a todos los alemanes el derecho a la resistencia cuando no fuera posible otro recurso.*

De manera que el orden defendido es el conformado por los llamados principios estructurales: República, Estado federal, demo-

¹⁷ P. BADURA, Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 1986, p. 172.

¹⁸ Desde el punto de vista de la teoría del Estado, K. Doehring (Allgemeine Staatslehre, 1991, p. 104, Nº 246) sostiene que el derecho de resistencia del art. 20 inc. 4º es uno totalmente diferente del derecho de resistencia en sentido clásico. Sin embargo, pensamos, con la mayoría de la doctrina, que el derecho incorporado a la LF es una expresión parcial del derecho de resistencia general.

¹⁹ STERN, p. 1508.

²⁰ ISENSEE, 11 y s.; STERN, pp. 1507 y s.

²¹ P. Badura, p. 172.

²² HERZOG, Art. 20 Nº 9.

²³ HERZOG, Art. 20 Nº 9.

²⁴ HERZOG, Art. Nº 13; ISENSEE, p. 15; E. Schunck/H. DE CLERCK: Allgemeines Staatsrecht und Staatsrecht des Bundes und der Länder, 10ª ed., 1981, p. 210; STERN, pp. 1511 y ss.

cracia parlamentaria, estado de derecho, estado social, división de poderes, primacía de la Constitución, cumplimiento de las resoluciones judiciales²⁵. De acuerdo a la cláusula del artículo 79 inc. 3º, estos principios, que dan una determinada forma al Estado, son irreformables. El artículo 20 inc. 4º es levemente diferente, pues no protege sólo los principios formadores de ese orden, sino la totalidad del mismo. El artículo 20 inc. 4º es subsidiario respecto del artículo 79 inc. 3º, pues tiene aplicación sólo cuando éste ha fallado²⁶.

Para que se pueda ejercer legítimamente la resistencia, es condición indispensable que alguien pretenda destruir el orden fundamental. Por tanto, el derecho de resistencia tiene una función conservativa²⁷. Y es precisamente tal característica lo que lo diferencia de la revolución, pues ésta pretende sustituir el orden existente por uno nuevo. Por el contrario, el fin de la resistencia consiste únicamente en la defensa del orden fundamental o en su restauración y no es un instrumento para modificarlo²⁸. El derecho de resistencia sólo se encamina a defender la Constitución, no a mejorarla ni a sustituirla.

El ejercicio de este derecho no procede contra cualquier intento de destrucción del orden jurídico, ni de la legalidad o constitucionalidad, sino únicamente contra el intento de destrucción de este orden fundamental de libertad y democracia del artículo 20 incs. 1º a 3º. Por último, el artículo 20 inc. 4º no extiende su protección al artículo 1, pese a que éste forma parte del núcleo constitucional, y está protegido por la cláusula de irreformabilidad del artículo 79 inc. 3º.

6. REVOLUCION Y DERECHO DE RESISTENCIA

El fin las distingue claramente: la revolución pretende acabar con el orden jurídico existente, derribarlo e instaurar uno nuevo. El objetivo del derecho de resistencia es la pre-

²⁵ STERN, p. 1512. Cfr. HERZOG, Art. 20 N.ºs. 13 y ss.

²⁶ STERN, p. 1512. HERZOG (Art. N.º 16) hace ver que, en esta hipótesis, el Art. 20 inc. 4º sólo tendrá aplicación en un caso extremo.

²⁷ BADURA, p. 172; K. Doehring, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1976, p. 262.

²⁸ DOHRING, Allgemeine Staatslehre, p. 104 N.º 247.

servación o restauración del orden preexistente²⁹.

Hasta hace poco la última revolución que había vivido Alemania era la de 1918. Los acontecimientos recientes en la República Democrática Alemana (RDA) constituyen, sin duda, una revolución, esta vez pacífica. Una revolución no es necesariamente violenta, aunque la mayoría de las revoluciones que conoce la historia lo han sido. La doctrina alemana se refiere a la llamada "marcha sobre las instituciones"³⁰, en que se alcanza paulatinamente el fin revolucionario, a través de las propias instituciones constitucionales. Lo que caracteriza a una revolución y hace que sea tal, es su finalidad, pues se dirige, por todas las vías, posibles a cambiar el orden institucional.

La revolución implica un cambio, no sólo del orden constitucional, sino también de los órdenes social, económico y cultural. Toda revolución presenta un problema de legitimación. Se libera de esta falla en su origen, con la imposición y reconocimiento del nuevo orden. Así el poder se legitima y se convierte en fuente de Derecho³¹. Por el contrario, la resistencia no legitima un nuevo orden, sólo legitima la conservación del antiguo.

La revolución persigue el logro de un orden considerado "mejor". Habitualmente aparecen como títulos de la legitimación revolucionaria el derecho natural, los derechos humanos y el derecho a la autodeterminación de los pueblos. Evidentemente, el título invocado muchas veces obedece sólo a razones propagandísticas, de manera que una revolución nos coloca frente a una cuestión de valores³².

Para explicar la enorme diferencia que existe entre revolución y derecho de resistencia, Isensee señala gráficamente que la revolución es como el negativo fotográfico del derecho de resistencia³³, su contrapartida.

7. LA ACCION CONTRA LA CUAL SE DIRIGE EL DERECHO DE RESISTENCIA

Hay que dejar en claro que se trata siempre de un derecho de excepción, aplicable solamente en una situación de extrema anor-

²⁹ BADURA, p. 172; Isensee, pp. 52 y ss.; ver texto de la decisión TCF mencionada.

³⁰ STERN, p. 1502.

³¹ STERN, p. 1501.

³² STERN, p. 1502.

³³ ISENSEE, p. 53.

malidad³⁴, en que se ha puesto en peligro concreta y evidentemente bienes jurídicos protegidos, lo que justifica el ejercicio del derecho de resistencia. En consecuencia, una conspiración no basta³⁵, como tampoco simples preparativos³⁶. La intensidad debe ser tal que realmente revista un gran riesgo para el orden fundamental; no se trata sólo de afectar el orden, sino que se tienda efectivamente a su destrucción³⁷. Según la doctrina, basta sólo atacar un elemento del orden y no es necesario dirigirse contra todos ellos³⁸. En este mismo sentido, Herzog indica que el objetivo de la acción debe ser la destrucción de la "sustancia constitucional"³⁹.

El ejercicio del derecho de resistencia se dirige contra la acción destinada a la destrucción del orden fundamental de libertad y democracia. Esta acción es denominada en alemán *unternehmen*, consiste en emprender o acometer una determinada empresa. No procede contra preparativos, pues no basta que se esté planeando su destrucción. *Unternehmen* significa tanto la perpetuación concreta de la destrucción, como el intento encaminado a ella. La destrucción tampoco está constituida por atentados aislados en su contra. Aquí los constitucionalistas utilizan conceptos elaborados por el Derecho Penal⁴⁰, así, dentro del término *unternehmen*, se engloba *Vollendung* —consumación— y *Versuch* —intento o tentativa⁴¹.

Dado que para saber si se presenta la condición de tratarse de un intento tendiente a destruir el orden fundamental no existe ninguna instancia que pueda decidir con autoridad el cumplimiento de tal condición, se dice que ésta debe ser pública o evidente (la expresión alemana empleada es *offenkundig*)⁴².

El derecho de resistencia se dirige contra todo intento de destrucción del orden fundamental, por parte de los detentadores del poder estatal o de fuerzas sociales revolucionarias.

En el primer caso, se habla del "golpe desde arriba" (*Staatsstreich von oben*)⁴³; entonces la resistencia se dirige contra el o los poderes estatales que atentan contra este orden. En el segundo del "golpe desde abajo" (*Staatsstreich von unten*)⁴⁴, en que el ejercicio del derecho se dirige contra los ciudadanos insurgentes.

El ataque puede ser "desde adentro" (*von innen*)⁴⁵ o "desde afuera" (*von aussen*)⁴⁶, según provenga desde el interior del país o desde el extranjero. De la historia del establecimiento del precepto, se colige que el derecho de resistencia se dirige únicamente contra un ataque "desde dentro"⁴⁷. Tal interpretación es criticada por Stern⁴⁸, quien señala que el enemigo externo muchas veces se encamina a destruir el orden interno, a reemplazarlo por otro orden, por otro régimen político, por otro gobierno. Así puede usar el método de la infiltración, apoyando a los enemigos del orden, que se hallan "dentro". Hoy día, muchas guerras civiles —continúa este autor— consisten en ataques "desde adentro", pero apoyados "desde afuera". Por el contrario, Herzog señala que si el ataque es foráneo, se aplicará más bien el llamado *Verteidigungsfall*, que es el caso de defensa externa, contemplado en el artículo 115 A LF⁴⁹, concebido para una confrontación bélica, regida por las reglas del Derecho Internacional. En este caso, la defensa sólo corresponde a las Fuerzas Armadas y a las autoridades establecidas⁵⁰.

⁴³ Ver HERZOG, Art. 20 N^o 30.

⁴⁴ Ver HERZOG, Art. 20 N^o 32; HESSE, párr. 23 N^{os} 758 y s.

⁴⁵ Ver sobre él HERZOG, Art. 20 N^o 22.

⁴⁶ Ver HERZOG, Art. 20 N^o 21.

⁴⁷ ISENSEE, p. 19; STERN, p. 1517.

⁴⁸ STERN, pp. 1517 y s.

⁴⁹ El texto es el siguiente:

"Artículo 116:

(1) A los efectos de la presente Ley Fundamental y salvo disposición legal en contrario, es alemán el que posea la nacionalidad alemana o haya sido acogido en el territorio del Reich alemán en los límites del 31 de diciembre de 1937 con carácter de refugiado o expulsado étnicamente alemán, o de cónyuge o descendiente de aquél".

La traducción tiene carácter oficial y corresponde a la edición española de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, realizada por el Departamento de Prensa e Información del Gobierno Federal.

⁵⁰ HERZOG, Art. 20 N^o 21.

³⁴ T. MAUNZ/R. ZIPPOLIUS: *Deutsches Staatsrecht*, 1991, párr. 21 N^o 2 II; STERN, p. 1511.

³⁵ STERN, p. 1516.

³⁶ JARASS/PIEROTH, Art. 20 N^o 10.

³⁷ STERN, p. 1517.

³⁸ ISENSEE, p. 19; STERN, p. 1517.

³⁹ HERZOG, Art. 20 N^o 23.

⁴⁰ STERN, p. 1516.

⁴¹ HERZOG, Art. 20 N^o 26.

⁴² HERZOG, Art. 20 N^o 27; K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 17^a ed., 1991, párr. 23, nota N^o 758; ISENSEE, pp. 22 y s.; STERN, p. 1516.

8. CONTRA QUIEN SE DIRIGE EL DERECHO DE RESISTENCIA

El sujeto pasivo, por llamarle de alguna forma, es "cualquiera". El texto de la LF señala la *Gegen jeden*, esto es, "contra cualquiera". Aquí encontramos una importante diferencia con el derecho de resistencia clásico, que se encamina sólo contra los órganos del Estado; en el caso del artículo 20 inc. 4º, el derecho se dirige también contra ciudadanos, en el caso del "golpe desde abajo". Esto se relaciona con el pensamiento de la democracia militante o combativa del artículo que informa la Ley Fundamental alemana, y reafirma la convicción que el derecho de resistencia es parte integrante del sistema de protección o defensa constitucional.

Por último, el artículo 20 inc. 4º no se aplica al caso de resistencia contra una fuerza extranjera de ocupación⁵¹, pues el gobierno ocupacional no está limitado por el Derecho Constitucional del Estado, sino por el Derecho Internacional, concretamente por los artículos 42 y sgtes. de la Convención de La Haya sobre el Derecho de la Guerra. En consecuencia, el derecho de resistencia contra el gobierno ocupacional sólo se podría fundar en el derecho de resistencia suprapositivo.

9. LA CLAUSULA DE SUBSIDIARIEDAD

Condición fundamental es que el ejercicio del derecho de resistencia sea el último recurso, el último auxilio, el único medio, *ultima ratio* de que se dispone, que se hayan agotado todos los medios para defender el orden fundamental, que, como señala el artículo 20 inc. 4º, no sea posible otro recurso⁵². En este punto se recogió la doctrina elaborada por el TCF en el fallo contra el Partido Comunista citado. Se habla del carácter subsidiario del derecho, porque se ejerce sólo cuando todos los otros medios se encuentran agotados⁵³.

Este recurso se ha entendido como el último auxilio del Estado destinado a la defensa del orden institucional⁵⁴. Así la cláusula de subsidiariedad significa que los órganos esta-

tales no están en condiciones o no quieren mantener el orden fundamental⁵⁵. De modo que el derecho del artículo 20 inc. 4º no se dirige contra el Estado, sino a su favor. La resistencia no legitima un orden nuevo, sino que se dirige a la defensa del orden anterior.

La doctrina de la subsidiariedad tiene su fundamento en la convicción de que el derecho de resistencia es expresión de la soberanía del pueblo y los órganos estatales son agentes de la soberanía, de manera que la resistencia sólo se ejerce cuando los órganos ya no pueden o no quieren actuar. Esto no significa que se haya eliminado el orden constitucional, como parece señalarlo Isensee⁵⁶, quien recoge en esto la doctrina tradicional del retóro de sus derechos al pueblo, cuando el gobernante no puede hacerse cargo de sus funciones. En el caso del artículo 20 inc. 4º, el orden estatal existe; pero o bien lo han traicionado sus detentadores o han fracasado en su defensa. Teóricamente, los ciudadanos deben recurrir a los órganos estatales, pero de este llamado se puede prescindir cuando se prevé que no tendrá éxito, porque han cesado en sus funciones o porque no pueden imponer más sus decisiones⁵⁷.

En todo caso, está claro que se entiende por "último recurso" sólo el que procede de órganos estatales, no de fuerzas no estatales. Procurar los medios necesarios para la defensa del orden fundamental es tarea de cada órgano estatal, especialmente del TCF, en su calidad de guardián de la Constitución. De manera que no cabe la resistencia, en tanto los órganos estatales —aun cuando sólo parte de ellos— puedan brindar protección al orden fundamental, en tanto estén en condiciones de actuar y dispuestos a hacerlo⁵⁸. Se trata de mantener el sistema en que el Estado tiene el monopolio de la coacción y la exclusividad en el uso de la fuerza. En suma, el recurso es "posible", en tanto los órganos estatales —todos o sólo algunos de ellos— son capaces y tienen la voluntad de defender y restaurar el orden constitucional.

En lo referente al "golpe desde abajo", se admite el derecho de resistencia sólo cuando los medios que contempla el estado de excepción constitucional no son capaces de enfrentar la acción inconstitucional.

⁵¹ Sobre esta problemática, ver STERN, p. 1519.

⁵² BADURA, p. 172; HERZOG, Art. 20 Nº 34; ISENSE, pp. 32 y ss.; STERN, p. 1519.

⁵³ Tribunal Constitucional Federal, tomo 5, p. 377.

⁵⁴ SCHUNCK/DB CLERCK, p. 210.

⁵⁵ DOHRING, Allgemeine Staatslehre, p. 105 Nº 248.

⁵⁶ ISENSE, p. 33.

⁵⁷ STERN, p. 1521.

⁵⁸ STERN, p. 1520.

10. SUJETO ACTIVO DEL DERECHO

Es considerado como un derecho fundamental de todos los alemanes —se entiende por tales aquellos que define el párrafo 116 inc. 1º LF⁵⁹— y, por tanto, no corresponde a los extranjeros, a diferencia de las constituciones estatales mencionadas, en que el derecho sí puede ser ejercido por no-alemanes⁶⁰. Esta limitación a los alemanes es una lógica consecuencia del principio de la soberanía popular, pues son sólo los ciudadanos de esa nacionalidad quienes forman el pueblo alemán, que es el titular de la soberanía, de la que emana el derecho de resistencia⁶¹.

Es un derecho ciudadano clásico⁶² y, por lo tanto, individual, como el sufragio o el servicio militar⁶³. Por consiguiente, no corresponde a personas jurídicas⁶⁴; otra cosa es que las personas naturales se asocien para ejercerlo en común, pues es evidente que el ejercicio de la resistencia tendrá más probabilidades de éxito si proviene de un grupo numeroso. De manera que es un derecho individual que puede ser ejercido en forma colectiva por un conjunto de individuos, lo cual no lo convierte en derecho de una asociación⁶⁵.

Se presenta el problema de saber si el ejercicio corresponde también a alemanes que se encuentran fuera del ámbito de vigencia de la LF, esto es, fuera del territorio de la RFA⁶⁶. Esta interrogante tenía especial importancia cuando aún existía la RDA. Se llegó a la conclusión que todo alemán tiene el derecho, pero su ejercicio corresponde sólo a quienes viven en el ámbito territorial de vigencia de la Constitución y tienen derecho a sufragio.

⁵⁹ En lo que nos interesa, tal disposición señala:

"Artículo 115 A:

(1) La constatación de que el territorio federal está siendo atacado con las armas o que se halla bajo la amenaza directa de tal ataque (caso de defensa)..."

⁶⁰ STERN, p. 1514.

⁶¹ HERZOG, Art. 20 Nº 46.

⁶² STERN, p. 1514.

⁶³ HERZOG, Art. 20 Nº 52; ISENSEE, p. 51; H. SCHNEIDER: *Widerstand im Rechtsstaat*, 1969, p. 16.

⁶⁴ Sobre este punto, ver HERZOG, Art. 20 Nº 47; ISENSEE, pp. 45 y s.; STERN, pp. 1514 y s.

⁶⁵ HERZOG, Art. 20 Nº 48.

⁶⁶ Análisis de esta problemática en STERN, pp. 1515 y s.; ver también HERZOG, Art. 20 Nº 51 y ss.

Tampoco corresponde a funcionarios dotados de poder estatal⁶⁷, en el ejercicio de éste, pues tal cosa sería entregarles un poder excesivo; esto, obviamente, sin perjuicio de que puedan actuar en su calidad de personas privadas⁶⁸. Además, estos funcionarios, como tales, tienen ya la obligación de defender el orden fundamental de libertad y democracia⁶⁹.

Es pensable también que órganos estatales y fuerzas sociales, que han permanecido leales al orden institucional, se unan para defender el orden conjuntamente⁷⁰. En esta hipótesis se trata de órganos que están funcionando en el límite de sus capacidades y que solos son incapaces de enfrentar con éxito a los elementos anticonstitucionales. En todo caso, los órganos estatales pueden actuar solamente dentro de su esfera de acción.

Por último, el hecho que la mayoría —pasajera o no— esté en contra de aquellos que, leales al orden fundamental, ofrecen resistencia, disminuye las posibilidades de éxito de estos últimos, pero no les resta legitimación. Así el derecho de resistencia se ejerce incluso por una minoría⁷¹.

11. OBJETIVIDAD DEL EJERCICIO

El derecho de resistencia debe ser objetivo, en el sentido que sus condiciones se deben presentar objetivamente; las opiniones subjetivas de quienes ofrecen resistencia no bastan⁷². Por tanto, no tiene cabida la desobediencia civil⁷³, basada en cuestiones de conciencia, en opiniones. Si, por el contrario, se cumplen las condiciones objetivas, se justifican incluso comportamientos de resistencia a la ley.

⁶⁷ K. H. SEIFERT/D. HÖMIG (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Art. 20 Nº 10) admiten que, aunque es controvertido en doctrina, el ejercicio corresponde también a los funcionarios investidos de poder estatal en su calidad de tales.

⁶⁸ HERZOG, Art. 20 Nº 49; ISENSEE, p. 51; STERN, p. 1516.

⁶⁹ STERN, pp. 1515 y s.

⁷⁰ Sobre esta problemática ver HERZOG, Art. 20 Nº 41.

⁷¹ Cfr. HERZOG, Art. 20 Nº 33.

⁷² HERZOG, Art. 20 Nº 28; JARASS/PIEROTH, Art. 20 Nº 10.

⁷³ Sobre la desobediencia civil, ver DEGENHART: *Staatsrecht I*, 1989, p. 138; SCHMÜDE, columnas 3990 y ss.; C. STARCK: *Widerstandsrecht* (artículo), en *Staatslexikon*, columnas 992 y s.; ver también esta materia muy resumidamente en SCHMALZ: *Verfassungsrecht*, 1984, Nº 224.

12. EL DERECHO DE RESISTENCIA ES UN DERECHO INDIVIDUAL

El derecho de resistencia suprapositivo deriva su condición de la naturaleza humana, por tanto, es un derecho natural⁷⁴. El derecho de resistencia del artículo 20 inc. 4º es un derecho fundamental garantizado por la LF⁷⁵. Así lo demuestra la formulación misma del texto. En un comienzo, durante la discusión parlamentaria, se pensó en incorporarlo al catálogo de derechos⁷⁶, pero, en definitiva, se decidió incluirlo en el artículo donde están los principios constitucionales fundamentales. La soberanía, por ejemplo, con la cual se encuentra tan íntimamente ligado, está en el artículo 20 inc. 2º. Esa coincidencia en la ubicación del derecho de resistencia con la soberanía y los principios democráticos fundamentales no es casualidad, sino que se ha pretendido dar al ciudadano un *status activus*, poniendo de relieve que el derecho de resistencia procede de la soberanía popular⁷⁷.

Por último, a diferencia de lo que ocurre en las constituciones de Bremen y Hessen, en que el derecho de resistencia es una obligación, en el artículo 20 inc. 4º no lo es, lo cual se desprende de su misma condición de derecho individual, que es siempre un derecho facultad⁷⁸. En consecuencia, como es derecho y no obligación, los ciudadanos pueden decidir libremente si lo ejercen o no.

13. ERRADA APRECIACION SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES

Una errada apreciación en cuanto al cumplimiento de las condiciones que permiten el ejercicio del derecho de resistencia debe ser subsumido dentro de las normas aplicables al

error en Derecho Penal⁷⁹; así, quien haya efectuado acciones antijurídicas, en la creencia de estar ejerciendo resistencia constitucional, quedará o bien eximido de pena o ésta le será rebajada. Isensee es de la opinión contraria y no es partidario a la aplicación de las normas penales del error al caso de error⁸⁰.

14. LIMITACIONES EN EL EJERCICIO DEL DERECHO

El ejercicio del derecho tiene ciertas restricciones o pautas de acción formuladas por la doctrina para evitar caer en arbitrariedades. Sólo si se respetan ciertas normas de actuar, la acción es considerada jurídica y protegida por el Derecho: los medios empleados deben ser los apropiados, necesarios y guardar relación con las circunstancias⁸¹. La doctrina señala que se debe usar los medios más suaves (*milder*⁸²), en tanto éstos sean efectivos. Evidentemente tales características son muy difíciles de determinar en la práctica. No conviene teorizar mucho al respecto, porque se corre el riesgo de tratar de resolver desde un escritorio, en la pasividad de una situación de normalidad institucional, cuestiones prácticas impredecibles y que se desarrollará en una situación de extrema anomalía. Una reglamentación exhaustiva escapa, por tanto, a las posibilidades del Derecho.

En todo caso, nos parece que hay un imperativo claro: el ejercicio del derecho de resistencia debe dirigirse a su fin a la defensa del orden fundamental de libertad y democracia. Toda acción tiene, en consecuencia, que encaminarse mediata o inmediatamente a él. Lo que se aparte de la consecución de la finalidad, se aleja también del ámbito protegido por el Derecho.

Una condición que está fuera de discusión, pues se ha exigido históricamente al derecho de resistencia general y, por tanto, también al positivizado, es la de tener probabilidades de éxito⁸³. Asimismo, en el caso del "golpe de

⁷⁴ F. ERMACORA: *Allgemeine Staatslehre*, tomo 1, 1970, p. 256; A.L. EWING: *The Individual, the State and World Government*, 1947, pp. 68 y ss.; G.F. RUHE: *Widerstand gegen die Staatsgewalt*, 1958, p. 85; W. WETENBRUCH: *Festsache E.v. Hippel*, 1965, p. 333.

⁷⁵ HERZOG, Art. 20 N.º 4 y 47; ISENSEE, pp. 81 y ss.; Jarass/Pieroth plantean una opinión parecida (Art. 20 N.º 10): El derecho de resistencia es un derecho semejante o parecido a un derecho individual.

⁷⁶ STERN, p. 1510.

⁷⁷ HERZOG, Art. 20 N.º 35; ISENSEE, p. 34, nota 70; STERN, pp. 1510 y s.

⁷⁸ STERN, p. 1511.

⁷⁹ Acerca de la problemática del error ver HERZOG, Art. N.º 44.

⁸⁰ ISENSEE, pp. 90 y s.

⁸¹ ISENSEE, pp. 70 y ss.; C. O. LENZ, *Kommentar*, 1971, Art. 20 N.º 17; H. SCHOLLER, 1969, *Der Staat*, tomo 8, p. 37; STERN, p. 1521; muy resumidamente en: SCHMALZ, N.º 223.

⁸² H. JARASS/B. PIEROTH: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 2ª ed., 1992, Art. 21.

⁸³ STERN, p. 1523.

arriba", es igualmente injusto instaurar, en el lugar de la autoridad ilegítima, otra autoridad igualmente ilegítima; tal cosa no se dirigió, por lo demás al fin de restaurar el orden fundamental. Lo que no es recomendable es caer en la casuística, porque siempre la realidad es mucho más variada que la imaginación de los juristas.

En suma, para hacer un juicio acerca de cada acción es necesario probar si se dirige al fin, qué posibilidades de éxito tiene, esto es, de lograr sus objetivos mediano e inmediato y comprobar si con ella se causa el menor daño posible.

Hay ciertas acciones encaminadas concretamente a resistir, pero que, como son de normal aplicación dentro del orden jurídico en situación de normalidad, no están cubiertas, ni por el derecho de resistencia del artículo 20 inc. 4º, ni tampoco por el derecho de resistencia suprapositivo⁸⁴. Dentro de esta categoría caben acciones tales como la expresión de opiniones, interposición de recursos judiciales, protestas, manifestaciones, huelga, huelga patronal, renuncia al cargo y otras⁸⁵.

Desde el punto de vista jurídico sólo constituyen ejercicio del derecho de resistencia acciones que, en circunstancias de normalidad, serían antijurídicas, pero cuya legitimación proviene precisamente de ser expresión de este derecho⁸⁶. Así, el artículo 20 inc. 4º, como extrema norma de excepción, permite y legitima ciertas actuaciones que, de otra manera, serían ilícitas.

Se distingue entre las acciones contra los destructores del orden y aquellas que perjudican a terceros⁸⁷. En relación a este punto, se presenta el problema de la eventual indemnización a terceros, una vez que se ha vuelto a la normalidad y han triunfado los defensores del orden. I sensee considera que la indemnización procede siempre⁸⁸. En contrario, Herzog opina que se debe aplicar la regla de los daños ocasionados por guerra; en el caso de una guerra civil total —explica este autor—, el sacrificio recae sobre la totalidad de la comunidad y cada cual debe cargar con su parte⁸⁹.

15. PREPARACION PARA EL CASO DE RESISTENCIA

Se plantea el problema de saber si, en tiempos "pacíficos", es lícito a los particulares, individualmente o en grupo, prepararse para el ejercicio eventual del derecho de resistencia⁹⁰. Por cierto, conviene al Estado tener ciudadanos alertas y dispuestos a defender el orden fundamental de libertad y democracia. Si, por ejemplo, los estatutos de una asociación señalan que sus miembros se comprometen a defender el orden constitucional, haciendo uso del derecho de resistencia si fuera necesario, tal conducta es perfectamente lícita. Algo muy distinto es que, para estar preparados a defender el orden, ciertos grupos realicen un adiestramiento paramilitar. Tal preparación supone quebrantar el monopolio estatal de la fuerza y, por tanto, es antijurídica.

16. REFORMABILIDAD

El poder constituyente originario de 1949 estableció, en el artículo 79 inc. 3º, la irreformabilidad del artículo 20 LF, en los siguientes términos:

(3) "Es inadmisibile toda modificación de la presente Ley Fundamental que afecte... a los principios consignados en los artículos 1 y 20".

Dado que la remisión del artículo 79 inc. 3º es genérica al artículo 20 y que en 1968 se incorporó al inc. 4º de esta disposición el derecho de resistencia, se plantea el problema de saber si este derecho, incorporado posteriormente a la Constitución, es también irreformable o si la irreformabilidad sólo se refiere a los llamados "principios fundamentales" del artículo 20, que son únicamente los contenidos en los tres primeros incisos.

Para responder a esta interrogante, es necesario distinguir entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado. La doctrina⁹¹ ha concluido que el poder constituyente derivado no puede introducir un artículo irreformable o declarar una disposición preexistente como no susceptible de enmienda. No puede ampliar el ámbito de normas a las cuales se aplica la cláusula de irreforma-

⁸⁴ STERN, p. 1522.

⁸⁵ J.V. GIERKE: *Widerstand und Obrigkeit*, 1956, pp. 6 y 24.

⁸⁶ HERZOG, Art. 20 Nº 56; K. KRÖGER: *Widerstandsrecht und demokratische Verfassung*, 1971, p. 15; WERTENBRUCH, p. 323; STERN, p. 1522.

⁸⁷ Ver HERZOG, Art. 20 Nº 61.

⁸⁸ ISENSEE, pp. 91 y s.

⁸⁹ HERZOG, Art. 20 Nº 62.

⁹⁰ Ver HERZOG, Art. 20 Nº 65 y s.

⁹¹ HERZOG, Art. 20 Nº 10; HESSE: *das neue Notstandsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 1968, pp. 16 y s.; ISENSEE, pp. 96 y s.

bilidad. Así el límite de irreformabilidad establecido por el artículo 79 inc. 3º está en el conjunto del orden constitucional originario y sólo a tal normativa queda restringido, no extendiéndose a modificaciones posteriores de la Ley Fundamental, como la de 1968.

De tal manera que tal como el poder constituyente derivado no puede eliminar o reformar el artículo 79 inc. 3º LF, las limitaciones que esa disposición contempla tampoco pueden ser ampliadas o restringidas. Así el artículo 79 inc. 3º LF engloba sólo los principios fundamentales de la Constitución que contempla el artículo 20 incs. 1º al 3º LF y el derecho de resistencia no es uno de ellos, siendo, por tanto, reformable⁹². Aun si se considera que el derecho de resistencia significó una ampliación de los principios fundamentales —como sostiene otro sector de la doctrina—, esto no significa que sea irreformable, debido a la distinción entre poder constituyente originario y derivado.

En suma, pese a que existen opiniones minoritarias divergentes, la doctrina mayoritaria sostiene que el derecho de resistencia positivizado es reformable y, en consecuencia, también susceptible de ser eliminado.

17. CRITICA Y DEFENSA DE LA POSITIVIZACION

Algunos autores se preguntan qué se ha ganado con la positivización del derecho de resistencia⁹³ en las dos hipótesis que se pueden presentar. Si el ataque al orden fundamental de libertad y democracia no tiene éxito, no se requiere una posterior justificación a la defensa del orden que, de todos modos, ha seguido en vigencia. Por el contrario, si el ata-

que triunfa, el derecho de resistencia no regirá más, pues la Constitución habrá perdido su vigencia y, con ella, el párrafo 20 inc. 4º⁹⁴.

Con respecto a los órganos estatales, se dice que éstos no necesitan la legitimación del derecho de resistencia para actuar, pues están obligados a defender el orden constitucional y esa es su legitimación. Así, respecto de ellos, el derecho de resistencia resulta ocioso.

Se teme además que esta disposición pueda ser usada para dar a acciones antijurídicas la apariencia de legalidad y, de esta forma, provocar el estado de excepción o agravarlo⁹⁵. El mismo Stern manifiesta sus aprensiones en este sentido, pues si, en virtud del ejercicio de la resistencia, el ciudadano se puede dirigir "contra cualquiera", surge el peligro de iniciar una guerra civil⁹⁶. Este problema se planteó en la discusión legislativa del año 1968⁹⁷; finalmente, se concluyó que el fin protegido —la defensa del orden fundamental de libertad y democracia— es más importante que el eventual riesgo que se corre.

En realidad, recién cuando el ejercicio del derecho de resistencia ha tenido éxito y el orden estatal funciona nuevamente, se puede retrospectivamente tomar este derecho como una justificación de las acciones ejercidas, teniendo como título, precisamente, el derecho de resistencia⁹⁸.

El derecho de resistencia se inscribe, junto a la cláusula de irreformabilidad y a la democracia militante, dentro del mecanismo de defensa constitucional del orden fundamental de libertad y democracia. Su establecimiento requiere ciudadanos alertas y dispuestos a defender los principios constitucionales. En todo caso, estamos en presencia de un verdadero estado de derecho, cuando los ciudadanos no se ven en la situación de defenderlo ejerciendo el derecho de resistencia.

⁹² HESSE, párr. 23 Nº 761.

⁹³ Una crítica muy dura y parcialmente injusta en Schmüde, columna 3985 y ss. E. STERN: Staatsrecht, 1988, párr. 40 V señala que el derecho de resistencia es de escasísima importancia para la realidad política y ha sido únicamente tema de discusiones académicas.

⁹⁴ C. DEGENHART, Staatsrecht, tomo I, 1989, pp. 138 y s.

⁹⁵ Cfr. HESSE, párr. 23 Nº 760.

⁹⁶ Cfr. STERN, p. 1518.

⁹⁷ HERZOG, Art. 20 Nº 3; STERN, p. 1518.

⁹⁸ Cfr. MAUNZ/ZIPPELIUS, párr. 22 II. En esta misma línea, Herzog (Art. 20 Nº 8) habla del efecto psicológico de esta norma.