Tanque carapintada detenido por manifestantes

Necesariamente debemos empezar hablando minimamente sobre el poder que, como bien dice Gregorio Peces-Barba Martinez , es el hecho fundante del derecho. Como tercer elemento del estado consiste en la capacidad, competencia o energía del estado para cumplir sus fines . Para ser puesto en acto , conforme con la logica hegeliana , requiere del cuarto elemento del Estado: el gobierno .
Este gobierno debe tener legitimidad de origen y de ejercicio . El primer concepto, preferido por el ius positivismo, alude a la causa eficiente de Aristóteles planteando que el acceso y la transmisión del gobierno deben hacerse conforme a la ley positiva . Aquí, según la teoría pura del derecho kelseniana, la constitución actua como norma identificadora de normas . Sin embargo la violación de la norma de acceso es subsanada por el ius positivismo recurriendo a la idea de la norma alternativa permisionaria de la violación, expediente intelectual criticado por Nino como ilógico y ridiculo, no obstante reconocer alguna razón al mismo.
La legitimidad de ejercicio remite a la causa final aristotélica y es el concepto preferido por las doctrinas iusnaturalistas: alude a que el gobierno para ser legitimo debe propender al bien comun, a la realización del valor justicia. La falta de esta legitimación en circunstancias extremas hace surgir el derecho de resistencia a la opresión y a la ley injusta.

Más alla de las diferencias doctrinales acerca de la denominación podemos decir que cuando hay legitimidad de origen hay gobierno de iure y cuando no la hay, el gobierno es de facto, así como cuando hay legitimidad de ejercicio hay gobierno y cuando no la hay solo tenemos tiranía.
Aunque Constantineau (oscuro jurista canadiense, en el decir de Nino) no lo advierta podemos señalar diferencias entre el gobernante de facto y el mero usurpador: el primero tiene una envestidura irregular o viciada que puede ser admitida mediante algún título de reconocimiento (necesidad, consenso, obediencia, reconocimiento por organos de iure, etc.) y se somete, de alguna manera, a la ley, en palabras de Fink. En cambio el usurpador no se somete a ninguna ley y no podra obtener título de reconocimiento alguno.

Debemos también referirnos mínimamente a la soberanía, mencionada en nuestros artículos 33 y 37.
Bidart Campos sostiene que la soberanía del pueblo y el sistema representativo son ideas impracticables, compartiendo el recelo que provocan estas expresiones en alguna doctrina católica (Royo Marín).
La idea de soberanía fue resucitada por Jean Boudin en 1576 (Six Livres de la

République) como desarrollo de una expresión de Ulpiano: “lo que quiere el príncipe tiene vigor de ley porque el pueblo, mediante la ley regia, le ha transferido su imperium y su potestas.”
Esta noción había sido combatida por los teólogos medievales por abusiva y se había creado la idea de que el rey sólo era un depositario del poder que el pueblo no le daba ni total ni permantemente. Destácanse aquí: Tomás de Aquino, Agustín de Hipona, Suárez, De Vitoria, Mariana y De Salisbury.
Sin embargo Boudin y Hobbes retoman la noción para convalidar la monarquía absolutista señalando que el Rey recibe el poder del pueblo, pero en propiedad, de forma absoluta, completa y para siempre, asemejando el rey al padre de familia.
Boudin sólo reconoce que la soberanía real deba subordinarse al derecho divino y al derecho natural, lo cual, señala Bidegain, era más contenedor que subordinarla, como hoy, al derecho positivo.
Tomás de Aquino dirá que el Estado es el máximo principalis en el orden temporal por su misión de máxime architectonica pero sólo en las regiones externas de la conducta y no en los planos íntimos. Postura reafirmada por León XIII en la encíclica Diuturnum illud de 1881.
Será Rousseau quien encuentre la noción de soberanía del pueblo que se deja explicar de la siguiente manera: la soberanía absoluta individual, mediante el contrato social, se convierte en soberanía colectiva atomizándose en cada individuo que recogerá una porción de la misma, por eso para ejercer la soberanía será necesario el concurso de la mayoría de las voluntades.
Como dato de interés señalemos que en Argentina la idea de la soberanía popular es receptada como primera verdad de las veinte verdades peronistas.
Será el abate Sieyès quien hable de soberanía de la nación que se ejerce no por el pueblo sino por los gobernantes por él electos, surgiendo la teoría representativa del gobierno.
Ésta última es la noción de soberanía que nuestra Constitución recepta en la combinación de los artículos 33 y 37 con los artículos 1 y 22.
Para Bidegain soberanía del pueblo en la CN es igual al consentimiento popular imprescindible para el ejercicio legítimo del poder.
Badeni señala que las violaciones constitucionales se basan en la tentación de separar Constitución y Estado, y así violar la Constitución por la razón de Estado.
Al surgir la crisis constitucional se suplantan los valores constitucionales por idearios transpersonalistas que devuelven al hombre la seguridad que la Constitución en crisis no le daba.
Podemos señalar algunos tipos de crisis constitucionales con Paul Leroy y Linares Quintana:

-Situaciones que ponen en peligro la subsistencia, independencia o integridad territorial del Estado
-Situaciones de intensa voluntad de reformar el régimen político por la subversión o la insurrección
-Situaciones de crisis económicas y sociales
-Situaciones de crisis institucionales (las instituciones funcionan mal en manos de gobernantes incapaces).

La ruptura del orden constitucional admite distintas posibilidades:
-La revolución que suprime la constitución
-El golpe de Estado que suspende pero, por su propia voluntad o por factores de contención, no suprime la constitución.
-Transformación de la Constitución normativa en nominal por el incumplimiento de gobernantes y gobernados.
El progresivo proceso de desconstitucionalización típico del siglo XX se explica por el recurso a medios antidemocráticos justificados por sus prácticos aludiendo a los fines perseguidos.
Lowestein (Teoría de la Constitución) advierte dos fenómenos contemporáneos:
-En todo el mundo los gobernantes no observan con la veneración decimonónica las constituciones
-Los pueblos se muestran indiferentes frente a ellas (a lo cual ha contribuido, sin duda, la demagogia gatopardista de los constituyentes).

Nuestro artículo 36 recepta las hipótesis de la ilegitimidad de origen y de ejercicio.
Es un artículo, según Bidart Campos, de “rostro docente y catequístico” que apunta a suscitar valores democráticos en la comunidad.
El artículo tiene más ribetes de amenaza que de norma. Creer que una cláusula pueda evitar la consumación de los quiebres constitucionales es, por lo menos, infantil. Sin duda, como señala Bidegain, es mejor pensar en mejorar las condiciones económicas, sociales y educativas.
El Salvador y Guatemala han tenido cláusulas similares. La nuestra ha sido tomada casi textualmente del artículo 136 de la Constitución Mexicana.
Sus intenciones estaban preanunciadas en el artículo 1º de la Constitución cuando se habla de la forma republicana de gobierno que incluye: división de poderes, elección popular, temporalidad y alternancia, publicidad de los actos de gobierno, igualdad ante la ley, responsabilidad de los gobernantes, etc.
Sus ideas estaban también dispersas en los artículos 22, 109 y 29, de este último dice pesimistamente Bidegain que ya sancionaba todo lo que intenta sancionar el

36.
Sin embargo la Constitución usa la palabra democracia recién a partir de 1994 (arts. 36, 38, 75 incs. 19 y 24), pese a que los convencionales del 53 se definieran como “cristianos y demócratas”. Para Bidart Campos, como sabemos, la democracia es uno de los tan discutibles contenidos pétreos que tan maleables han sido en su doctrina.

El artículo habla de Actos de Fuerza: serían golpes de Estado y revoluciones, pero también otros no violentos como la permanencia en el poder sin convocar a elecciones, esto en una interpretación teleológica / finalista que no requiere que haya fuerza en los actos.
Sin embargo no todo acto que interrumpa la observancia de la Constitución caerá en este artículo (violaciones de derechos individuales o desconocimiento de garantías constitucionales en casos concretos, abusos de decretos de necesidad y urgencia, etc) sino sólo los dirigidos contra el orden institucional (para Sagüés es sinónimo de orden constitucional y para Badén es el que regula el acceso a los cargos electorales y la forma federal de Estado) y contra el sistema democrático (participación popular, respeto, tolerancia, dignidad). Badén propicia interpretar finalistamente la conjunción Y como disyunción O, para mejor protección del sistema.
Estos actos serán insanablemente nulos. Esta disposición es claramente demagógica pues anular retroactivamente los actos ocasionaría la caída de derechos adquiridos de los particulares, lo cual no sería posible si el gobernante de facto ostentó atributos del poder, conforme la jurisprudencia de la Corte en “Baldomero Martínez”.
En cuanto a la sanción es triple: pena del artículo 29 (“la remisión aporta sobriedad al texto”, señaló el miembro informante, sin que sepamos qué quiso decir) la cual se halla fijada en el artículo 214 del Código Penal; inhabilitación perpetua para ocupar cargos públicos (la carta orgánica de la UCR recepta en su artículo 38 un impedimento por cinco años para ser candidato); y la exclusión de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. No se les excluye de la amnistía, pero Bidart Campos entiende que ningún delito constitucionalmente tipificado es pasible ni de indulto, ni de conmutación, ni de amnistía, por no estar los poderes constituidos capacitados para enmendar la plana al poder constituyente.
Estas sanciones no sólo van dirigidas a los autores de los actos de fuerza sino también a quienes como consecuencia de estos actos usurpen funciones constitucionales, a los cuales añade la responsabilidad civil y penal personal imprescriptibles.

Finalmente se consagra el derecho de resistencia ciudadana, que Bidart Campos asemeja al deber del artículo 21. Para Linares Quintana este derecho no surge de la norma sino a pesar y al margen de ella.
Frente a un gobierno que se aparta de la letra (iuspositivismo) o del espíritu (iusnaturalismo) de la Constitución, el pueblo puede actuar de la misma manera frente a la ley de él emanada.
Esta idea de la resistencia surge de la doctrina cristiana. Asi Tomas de Aquino dice que cuando la ley milite contra el bien comun desobedecerla es acatar a un legislador idealmente justo que hubiese querido el bien común. Y agrega, en palabras de Farell que: “Nuestra desobediencia como ciudadanos también debe orientarse al bien común.” Se señalan como requisitos la probabilidad de éxito y el consenso, pues se trataría de un derecho colectivo y no individual.
La pura doctrina de la resistencia cristiana se fue pervirtiendo con el tiempo y las conveniencias políticas de la Iglesia Católica hasta dejarla en un supuesto excepcionalísimo sostenido entre nosotros por Sagüés. Como ejemplo vaya lo que manifiesta Pablo VI en la Populorum Progressio cuando dice que “la insurrección revolucionaria –salvo tiranía evidente y prolongada que atente gravemente los derechos fundamentales de la persona y dañe peligrosamente el bien común del país- sólo engendra nuevas injusticias, nuevos desequilibrios, nuevas ruinas…”
La revolución francesa, junto con la libertad, la igualdad y la solidaridad, planteó el principio intencionalmente olvidado: el derecho de resistencia a la opresión.
Pero más atrás aún Aristóteles dejaba traslucir en su Ética a Nicómaco que desobedecer la ley injusta era restablecer la equidad.
La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) señala en su Preámbulo que es esencial la protección de los derechos humanos para que el hombre no se vea obligado a recurrir al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión.
La resistencia puede ser activa o pasiva. La Pasiva consiste en la desobediencia civil, que ha sido propuesta por Dworkin como derecho moral de la sociedad (no del ciudadano). La Activa consisten en participar de marchas, concentraciones, protestas y en sus versiones más importantes: rebelión, revolución, tiranicidio.
Es que el derecho de resistencia a la opresión es sólo una variable del estado de necesidad.
Sin embargo el miembro informante en la Convención Nacional Reformadora señaló “no nos estamos refiriendo al concepto clásico de resistencia a la opresión, sino al derecho de resistencia. Hay un estilo argentino de resistir que no consiste en tomar las armas”. El convencional que ignoraba la década del 70 luego citaba como parte del estilo, la abstención electoral de la UCR y los votos en blanco del PJ.

Otros temas:

· La doctrina de facto en la jurisprudencia nacional

· Ley 23077

· CIDH – Caso “Abella” – La Tablada

· Caso Maqueda

· Caso Bussi – Cámara de Diputados

“Habrá entonces la omnipotencia de una Constitución, pero no la omnipotencia de un hombre, y entonces habrá limitaciones más o menos opresoras, pero nunca caprichosas, injustas, vejatorias. Lo peor del despotismo no es su dureza, sino su inconsecuencia, y sólo la constitución es inobjetable. La patria se salvará por la ley y no por la razón del Estado.” (Amancio Alcorta)

Artículo 36.- Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.
Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el articulo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.
Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles.
Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este articulo.
Atentara asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.
El Congreso sancionará una ley sobre ética publica para el ejercicio de la función.

Ley 24309 – Art. 3º, inc. J.
Garantias de la democracia en cuanto a la regulacion constitucional de los Partidos politicos, sistema electoral y defensa del orden constitucional.
* Por habilitación de artículos nuevos a incorporar en el capítulo segundo de la

Primera Parte de la Constitución Nacional.

Ley 23077, Artículo 15: juzgarán en instancia única los delitos previstos en el artículo 210 bis y en el título x del libro II, del código penal, las Cámaras federales de apelaciones con competencia en el lugar del hecho.

Carta Orgánica UCR
Artículo 38º: (…) No podrán ser candidatos partidarios ni integrar las listas de candidatos a representaciones electivas de la Unión Cívica Radical, los ciudadanos que a partir del 25 de marzo de 1976 y hasta el establecimiento del régimen constitucional hubieren desempeñado funciones de Presidencia de la Nación, Gobernadores de Provincias, Ministro, Secretario y Subsecretario de la Nación y de las provincias, Comandante en Jefe, Embajador designado sin pertenecer a la Carrera del Servicio Exterior de la Nación, Rector o Decano de las Universidades Nacionales y todo otro cargo que por su jerarquía, importancia institucional o política o que por sus facultades de decisión importe una directa participación en los gobiernos de facto. Estos impedimentos tendrán una duración de cinco años a partir de la aprobación de la presente. (1983)
Usurpación de la autoridad o de la soberanía
En los textos de las diferentes constituciones latinoamericanas

ARGENTINA
Artículo 22.- El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta
Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de este,
comete delito de sedición.
Artículo 36.- Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra
el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.
Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el articulo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y
excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.
Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades
de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas
serán imprescriptibles.

Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este
articulo.
Atentara asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve
enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.
El Congreso sancionará una ley sobre ética publica para el ejercicio de la función.

BOLIVIA
Artículo 4.- El pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y de las autoridades creadas por ley.
Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya la soberanía del pueblo comete delito de sedición.
Artículo 31.- Son nulos los actos de los usurpen funciones que no les competen, así como los actos de los ejerzan jurisdicción
o potestad que no emane de la ley.

COSTA RICA
Artículo 3.- Nadie puede arrogarse la soberanía; el que lo hiciere cometerá el delito de traición a la Patria.
Artículo 4.- Ninguna persona o reunión de personas puede asumir la representación del pueblo, arrogarse sus derechos, o
hacer peticiones a su nombre. La infracción a este artículo será sedición.

CUBA
Artículo 3.- En la República de Cuba la soberanía reside en el pueblo, del cual dimana todo el poder del Estado. Ese poder es
ejercido directamente o por medio de las Asambleas del Poder Popular y demás órganos del Estado que de ellas se derivan,
en la forma y según las normas fijadas por la Constitución y las leyes. Todos los ciudadanos tienen el derecho de combatir por
todos los medios, incluyendo la lucha armada, cuando no fuera posible otro recurso, contra cualquiera que intente derribar el
orden político, social y económico establecido por esta Constitución.

MÉXICO
Artículo 133.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de

acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la
Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglaran a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las
disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.
Artículo 136.- Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia.
En caso de que por cualquier trastorno público se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego
como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se
hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren
cooperado a esta.

PARAGUAY
Artículo 3.- DEL PODER PÚBLICO
El pueblo ejerce el Poder Público por medio del sufragio. El gobierno es ejercido por los poderes legislativo, Ejecutivo y
Judicial en un sistema de separación, equilibrio, coordinación y recíproco control. Ninguno de estos poderes puede atribuirse,
ni otorgar a otro ni a persona alguna, individual o colectiva, facultades extraordinarias o la suma del Poder Público.
La dictadura está fuera de ley.
Artículo 138.- DE LA VALIDEZ DEL ORDEN JURIDICO
Se autoriza a los ciudadanos a resistir a dichos usurpadores, por todos los medios a su alcance. En la hipótesis de que esa persona o grupo de personas, invocando cualquier principio o representación contraria a esta constitución, detenten el poder público, sus actos se declaren nulos y sin ningún valor, no vinculantes y, por lo mismo, el pueblo en ejercicio de su derecho de resistencia a la opresión, queda dispensado de su cumplimiento.
Los estados extranjeros que, por cualquier circunstancia, se relacionen con tales usurpadores no podrán invocar ningún pacto, tratado ni acuerdo suscrito o autorizado por el gobierno usurpador, para exigirlo posteriormente como obligación o compromiso de la República del Paraguay.

PERÚ

Artículo 45.- … Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición.
Artículo 46.- Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes.
La población civil tiene el derecho de insurgencia en defensa del orden constitucional.
Son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas.

REPÚBLICA DOMINICANA
Artículo 3.- La Soberanía de la Nación dominicana, como Estado libre e independiente es inviolable. La República es y será siempre libre e independiente de todo poder extranjero. Por consiguiente, ninguno de los poderes públicos organizados por la presente Constitución podrá realizar o permitir la realización de actos que constituyan una intervención directa o indirecta en los asuntos internos o externos de la República Dominicana o una injerencia que atente contra la personalidad e integridad del Estado y de los atributos que se le reconocen y consagran en esta Constitución. El principio de la no intervención constituye una norma invariable de la política internacional dominicana.
La República Dominicana reconoce y aplica las normas del Derecho Internacional general y americano en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado, y se pronuncia en favor de la solidaridad económica de los países de América y apoyará toda iniciativa que propenda a la defensa de sus productos básicos y materias primas.
Artículo 99.- Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos. Toda decisión acordada por la requisición de la fuerza armada es nula.