

XIV Congreso Nacional de Derecho Político

**DERECHO Y POLITICA EN LA
DEMOCRACIA.**

Tensiones y Debates

AADP

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO POLÍTICO

XIV Congreso Nacional de Derecho Político: Derecho y Política en la Democracia. Tensiones y debates / Ernesto Castrelos ... [et al.] ; compilado por Héctor Zimmerman ; Alvaro Monzón Wyngaard ; Carlevaro Agustin ; editado por Héctor Zimmerman ; Alvaro Monzón Wyngaard ; Agustin S. Carlevaro. - 14a ed revisada. - Corrientes: Universidad Nacional del Nordeste, 2018.

DVD-ROM, PDF

ISBN 978-987-3619-33-5

1. Derecho. 2. Democracia. 3. Argentina. I. Castrelos, Ernesto II. Zimmerman, Héctor, comp. III. Monzón Wyngaard, Alvaro, comp. IV. Agustin, Carlevaro, comp. V. Zimmerman, Héctor, ed. VI. Monzón Wyngaard, Alvaro, ed. VII. Carlevaro, Agustin S., ed.

CDD 340.1

AUTORIDADES

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO POLÍTICO. COMISIÓN DIRECTIVA 2016-2019

El 22 de septiembre de 2016 se realizó en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, la Asamblea de elección de autoridades de la Asociación Argentina de Derecho Político - AADP para el período 2016-2019. La actual Comisión Directiva de la Asociación Argentina de Derecho Político está integrada por:

Presidente:

Alvaro MONZÓN WYNGAARD (UNNE)

Vicepresidente 1°:

Consuelo PARMIGIANI DE BARBARÁ (UNC)

Vicepresidente 2°:

Solange DELANNOY (UNR)

Vicepresidente 3°:

Ricardo DEL BARCO (UNC)

Vicepresidente 4°:

Miguel DUARTE (UNC)

Secretario General:

Héctor ZIMERMAN (UNNE)

Prosecretario General:

Gustavo PONCE ASAHAD (UNR)

Tesorero:

Omar Ulises D'ANDREA (UNNE)

Protesorero:

Marcelo MONAYAR (UNCa)

Vocales titulares:

- 1°. *Jorge Edmundo BARBARÁ (UNC)*
- 2°. *Adriana MACK (UNR)*
- 3°. *Edgar Gustavo FERNÁNDEZ SUÁREZ (UNC)*
- 4°. *Gustavo GONZALEZ (UBA)*
- 5°. *Julio PLAZA (UNTucumán)*

Vocales suplentes:

- 1°. *Ernesto CORDEIRO GAVIER (UCC)*
- 2°. *Magali MIRANDA (UNC)*
- 3°. *Noelia DI MONTE (UNR)*
- 4°. *Cecilia CARRERA (UNC)*
- 5°. *Alejandro CASSANI (UNC)*

La defensa del orden constitucional y el sistema democrático en el marco de una nueva concepción de la soberanía popular.

[20] Jakobs, Gunther ob. cit pag.26/29.

[21] Silva Sánchez, Jesús María “la expansión del derecho penal-Aspectos de la política criminal en la sociedades postindustriales” Ed. B de F, Buenos Aires, 2006 y, en “ La expansión del Derecho penal, 2.ª ed., Civitas , Madrid, 2001, pags. 163-167

[22] Ferrajoli, Luigi “la democracia a través de los derechos “ Ed Trotta España 2014...” cap IV la crisis actual de la democracia constitucional donde pone esta cuestión como uno de los grandes males que afectan al sistema. Pág. 135 y sig.

[23] Diputado Asseff: proyecto de ley para establecer la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de los funcionarios públicos establecidos en el art. 36 de la Constitución 6/12/2013.

[24] Expte 4461-D-2014- legislación penal- Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

[25] Voto del Dr Gemigniani en la causa IBM/ BANCO NACION año 2014

[26] Solimine Marcelo A “Bases del nuevo código procesal penal de la nación. Ley 27.063” Ed Ad Hoc Buenos Aires 2015. Pag.65

[27] Ya lo señalaron antes Jose Severo Caballero en “ el enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos después de la reforma constitucional de 1994” LA LEY 1989; y Lascano, Carlos Julio “ el tipo objetivo del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos “ en Academia Nacional de Dcho y Ciencias sociales, Córdoba.

[28] Ferrajoli, Luigi “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal” Ed.Trotta España, 2009, pag.933.

Comisión:

Estado de Derecho: Discusiones en torno a la división de poderes.

Resumen— La siguiente presentación discute sobre la evolución del estado y las sociedades en torno a la soberanía, el poder, entre otros institutos fundamentales. En un primer momento se determinan los conceptos fundamentales que operan en el trabajo. Luego, se delimitan los antecedentes en torno a la

Matias Aquino

*Facultad de Derecho y Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste.
arafa41@hotmail.com*

soberanía popular, los principios constitucionales que la regulan como la situación de este fenómeno en la actualidad. Las conclusiones de trascendencia establecidas son, a saber: a) que la soberanía se ensancha y se traduce en el fortalecimiento de los derechos humanos en un universo global donde el hombre es ciudadano del mundo, donde el derecho humano a la paz dentro del cual se destaca el art. 5 derecho a la desobediencia civil y el el art.6 el derecho de resistencia a la opresión señala que “Toda persona y todo pueblo tienen derecho a resistir y oponerse a todos los regímenes que cometan crímenes internacionales u otras violaciones graves, masivas o sistemáticas de los derechos humanos, incluido el derecho a la libre determinación de los pueblos, de acuerdo con el derecho internacional,y; b) Las personas y los pueblos tienen derecho a oponerse a la guerra; a los crímenes de guerra, genocidio, agresión, apartheid y otros crímenes de lesa humanidad; a las violaciones de otros derechos humanos universalmente reconocidos; a toda propaganda a favor de la guerra o de incitación a la violencia; y a las violaciones del derecho humano a la paz. La glorificación de la violencia y su justificación como necesaria para construir el futuro y permitir el progreso debe ser prohibida por ley.

PALABRAS CLAVES: Derecho – Político – Justicia – División – Poder

I. LA EVOLUCIÓN DEL ESTADO Y LAS SOCIEDADES

La evolución del estado y las sociedades: las distintas épocas del desarrollo de la humanidad en comunidades organizadas estuvo signada por distintos factores determinantes en su formación, como forma o nexo aglutinante, así vemos que en Grecia (la ciudad-estado) el vínculo principal fue político; en Roma el jurídico; en el feudalismo el ideológico, que dada su desigualdad generó una burguesía que se rebeló y quitó privilegios al monarca absoluto.¹³⁹

Si bien la monarquía absoluta expresó el concepto de soberanía, como expresión cualitativa del poder concentrado en una persona; posteriormente al calor de la pretendida igualdad y libertad surgió la novel concepción de una soberanía estatal que ya no estaba en manos del monarca absoluto como titular y depositario de la misma, sino en el conjunto de la población (pueblo-nación) que delegaba la misma a representantes.

Las teorías contractualistas, principalmente Rousseau y Locke, como también Sieyes, dieron fundamento a la conformación de los distintos estados que se formaron dando origen a los modelos contemporáneos, donde se reconocieron de manera expresa los derechos fundamentales del hombre.

Las constituciones dejaron de ser la hoja de ruta de las formas de gobierno, o el mero diseño del poder estatal sino que partieron de la base de la articulación del contrato social colectivo donde el epicentro del sistema fue, y es, reconocer los derechos del soberano: el pueblo.

Tomando la concepción de Rousseau, para comprender y explicar la novel concepción de soberanía en la actualidad y de la Locke la forma y modo en que la misma se puede (o debe) defender a la luz de nuestro mandato constitucional, partiendo de tal base es que adelantamos nuestra opinión de una concepción de democracia deliberativa, amplia, plural que se comunica a través del dialogo como lo predicen Habermas y Nino y en base a tal presupuesto se colige la concepción de soberanía y la forma de defenderla.

Sostenemos pues, que el denominador común o esa base del dialogo que tiene un consenso previo, articulado y elemental es la constitución nacional de la que emergen garantías individuales pero también formas de tutela para los bienes colectivos, principalmente el orden constitucional y el sistema democrático sin el cual es imposible la realización plena de otros derechos fundamentales.

Así las cosas podemos colegir que el único sistema que con todas sus debilidades es capaz de realizar y concretar los derechos fundamentales es la democracia que manifiesta su potestad en la soberanía popular, pero entendida con el respeto a las minorías, de pase plural, que tiene contenido mínimo y universal que ninguna mayoría puede avasallar. Desde esta concepción garantista y con límites se concibe una democracia garantista de base constitucional.

La soberanía: Podemos decir que la noción de soberanía a nuestro juicio no ha menguado para el pueblo como titular, sino que cambio la forma y modo de concebirla, y por ello de defenderla.

¹³⁹ De Cabo Martín, Carlos “Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico” Ed Trotta España 2014

El origen de la misma con la concepción de los llamados estados-nación y las expresiones de los regímenes absolutistas pues en 1576 en la obra “ los seis libros de la república” donde Jean Bodin¹⁴⁰ sistematiza el concepto que se gestó durante este largo proceso donde se perfiló el concepto bifronte del término soberanía; suzeraineté y de souveraineté, “ en tanto la primera alude a un poder que se basa en lazos personales que unen a los vasallos con su señor, la suverainete, por el contrario representa una idea abstracta, surgida del derecho público y referida al poder que se ejerce sobre territorio dominado” expresa Laclau¹⁴¹.

El rey, en aquella época, es quien se ubica en la cúspide del poder ejerciendo

dicha soberanía, en estos términos, y los señores feudales tienen un poder derivado del rey que le reconoce potestad sobre sus fundos, pero son estos los que dependen del rey.

Este proceso además de social-político y económico también tuvo transformación en las relaciones jurídicas donde se intentó trocar el duelo como forma de dirimir conflictos por el proceso inquisitivo y donde el ordenamiento jurídico basado en costumbres viró lentamente en la potestad legislativa del rey, que logró amalgamar el poder real en el ejercicio concreto del mando con la unidad estatal mediante leyes abriendo camino a la identificación del Estado y soberanía ejercida por el monarca que expresaba mediante leyes la voluntad de la nación.

Del poder fragmentado, parcial, de base contractual y subjetivo, además de local ejercido por los señores feudales, se pasó a la concentración del mismo en unidad territorial, objetivo, racional y general mediante una legislación que emanaba del reino lo que da lugar al nacimiento del Estado Moderno.

En la última etapa es donde el Rey-soberano, ejerce en plenitud las funciones por sobre la otrora fragmentación del poder en feudos, ya que oficia de legislador supremo y de administrador asumiendo también facultades judiciales de última instancia como muestra palmaria de la concentración de un poder omnímodo¹⁴².

Esto cambia radicalmente con las revoluciones inglesas y francesas y hay un “cambio de mando” en la titularidad de la soberanía, lo que antes era expresión del monarca absoluto, ahora es ejercido por un titular: el pueblo.

El catecismo laico y libertario de la revolución francesa de 1793 tiene plena actualidad en cuanto reconoce en su art. 25 que “ la soberanía reside en el pueblo. Es una e indivisible, imprescriptible e inalienable”, art. 26 “ninguna parte del pueblo puede ejercer el poder del pueblo entero, aunque cada parte del pueblo soberano debe gozar del derecho a expresar su voluntad con entera libertad”, para rematar en su art. 27 que “ todo individuo que usurpare la soberanía sea ejecutado, inmediatamente, por los hombres libres”,¹⁴³ son definiciones de una soberanía que hunde sus raíces en el pueblo todo.

Para Rousseau la urdimbre de un contrato social de la población de una nación instituye al soberano. En su perspectiva el término soberano designa que la legitimidad de su poder está en el pueblo y no en la persona o asamblea de personas como planteaba Hobbes. Rousseau establece una distinción entre gobierno (monárquico, aristocrático y democrático) y soberanía puesto que el derecho a gobernar emana del pueblo y se ejerce mientras éste lo desee.

La manifestación de todo el cuerpo social es “la voluntad general” y como

cuerpo moral y colectivo dirige las fuerzas del Estado persiguiendo el bien común. La soberanía pues, sólo se ejerce a través de ella. El soberano es el cuerpo colectivo que actúa de fuerza motora y no puede ser representado sino por él mismo.

Es decir, la soberanía no puede ser enajenada. En cuanto a los límites del poder soberano encontramos que para Rousseau el contrato social da al cuerpo político un poder absoluto sobre los suyos. Este poder es dirigido por la voluntad general

El aporte de Rousseau fue clave para el constitucionalismo y fue el numen inspirador de la revolución francesa y para la adecuada concepción del concepto de soberanía del Estado contemporáneo.

¹⁴⁰ Zimmerman Héctor Jose, “Derecho Político” T.Iº Ed Amerindia.

¹⁴¹ Laclau, Martín “Soberanía y Estado de derecho” Ed Astrea Bs, As. 2014, pag.2

¹⁴² Zimmerman Hector- Aquino Britos Armando “ manual de derecho político” Ed Contexto 2017.

¹⁴³ Gonzalez Pacheco, Antonio “La revolución francesa (1789-1799) Ed Ariel Barcelona 1998 pag.142

En la actualidad los principales factores del debilitamiento del concepto de la soberanía son 1º, la crisis del Estado-nación por los cuestionamientos a la unidad nacional por parte de las reivindicaciones autonomistas y federalistas, así como por disgregación social y étnica como ocurrió en Europa del este; 2º, la crítica a la soberanía percibida como «dogma», por la supervivencia del autoritarismo nacionalista; 3º la presencia de organismos e instituciones internacionales que limitan la soberanía externa de los estados y acotan decididamente el *ius belli* y asimismo intervienen en el interior de las fronteras nacionales; 4º la afirmación y positivización de valores y principios (DD HH. y paz) que dan un fundamento normativo y forma jurídica al acotamiento del poder;

5º la tercera revolución tecnológica, con su intensificación de las comunicaciones a nivel global; 6 el proceso de globalización de la economía que reduce el ámbito de manejo de la macroeconomía y cuestiona la tradicional función estatal de aseguramiento de la estabilidad del ciclo económico y del consenso social», 7º la pérdida del monopolio de los recursos estratégicos, que en nuestra época no son la potencia militar ni la industrial sino primordialmente los recursos financieros” expresa con lucidez Attili Cardamone¹⁴⁴.

Esto se advierte claramente en la puja poder –derecho, donde está claro que el Estado-Nación en términos de otrora no ejerce la misma gravitación, sobre todo en el marco de una sociedad globalizada que ha borrado las barreras y fronteras a través de la fluida comunicación instantánea y los procesos de integración que tienen como correlato una doble fuente de derechos : la nacional y autóctona, y la adoptada por los tratados internacionales, que en algunos casos, tienen la misma jerarquía que la nacional con lo que por la adopción, está más que claro que la mentada crisis de la soberanía, si bien obliga a controversias jurídico- política no ponen en crisis lo medular o sustancial del concepto de soberanía.

El estado nación “adopta” un régimen legal justamente porque es soberano, no es imposición sino adopción, ya que está claro que no resigna su orden internacional sino que fortalece el sistema de derechos fundamentales para los nacionales, este proceso permitió señalar con agudeza que estamos en un proceso de “constitucionalización del derecho internacional o internacionalización del derecho constitucional” como postula Albanese¹⁴⁵.

Dijimos en otro lugar que “La soberanía estatal que se da por la omnipotencia del legislador local cede ante estos noveles postulados, no porque el Estado pierda esa cualidad modal del poder- la soberanía- sino justamente porque la ejerce, pues el tema central es donde reside la soberanía – y quien es tu titular- no quien la ejerce, en que órgano estatal reside la representación modal, y como lo hace, recordando los interrogantes de Carre de Malberg de la soberanía del estado, soberanía en el estado, y soberanía del órgano.

Lo que no caben dudas es quien es el titular como lo expresa Carpizo ya que “...en una teoría democrática no existe ninguna otra posibilidad: el titular de la soberanía es el pueblo, ya que, como se ha dicho, la libertad es al hombre lo que la soberanía al pueblo, es su esencia misma, y aquí se encuentra el mérito del pensamiento de Rousseau”¹⁴⁶.

El Estado justamente porque es soberano (representando a su población) se integra, amplía su comunidad, teje otros límites y expande sus fronteras; y lo propio ocurre con el derecho, claro que este repercute y pone en crisis estos conceptos y sobre todo y en particular el sistema de fuentes del derecho, lo que pasa a ser un derecho dúctil con un doble sistema de fuentes como bien lo postula Zagrebelski¹⁴⁷ más orientada a materializar la justicia como postulado de tal sistema de derecho.

Esto se da porque la soberanía tiene como titular indiscutible al pueblo, a toda su comunidad, y es esta la que quiere-a través de sus representaciones estatistas- ver ampliados sus derechos, garantizadas sus conquistas y lo hace a través de estos procesos de integración, con más derechos, mejores tutelas o egidas que se logran con este proceso de integración donde las fronteras o muros del

¹⁴⁴ Attili Cardamone, Antonella “Derecho y poder en la crisis de la soberanía” Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 103. Enero-Mareo 1999

¹⁴⁵ Albanese Susana “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional” en el “Control de convencionalidad” AA VV, Ed Ediar, Bs. As. 2008 pag. 14y sig

¹⁴⁶ Carpizo, Jorge “ la Soberanía del pueblo en el derecho interno y en el derecho internacional” Revista de Estudios Políticos (nueva época) N° 28 julio- agosto- 1982

¹⁴⁷ Zagrebelsky Gustavo “el derecho dúctil “ Ed Trotta España 1995 y “ La ley y su justicia” Ed. Trotta. España 2014

Estado de policía ceden ante el Estado de derecho para concretar la dignidad del hombre, por ello se pasa del Estado legal de Derecho se pasa al Estado Constitucional de Derecho, donde la Constitución, mucho más que la ley, se convierte en el centro de todo el sistema normativo. La centralidad del Estado y de sus prerrogativas, cede su lugar a la consideración de la persona humana y sus derechos como ejes del sistema jurídico, de la soberanía del legislador se pasa a la palabra final a cargo de los jueces, como noveles paradigmas de comportamiento estatal como formas de concretar efectivamente la dignidad humana en el ejercicio de la soberanía por parte de los habitantes que de esta manera buscan limitar el poder que ejercen sus representantes en aras de más y mejores libertades.

Vale rescatar que el pueblo en ejercicio de su potestad constituyente, de manera indisimulable, consagra de manera soberana un sistema jurídico con el que se garantiza, más aun, los derechos fundamentales que en tiempos de otrora los había constitucionalizado, estos ahora se robustecen con la incorporación de los tratados de derechos humanos con la misma jerarquía del resto de la normativa constitucional.

Podemos decir entonces que hoy día los derechos fundamentales constituyen “una esfera de lo indecible”¹⁴⁸, como postula Ferrajoli, lo que nadie puede tocar, lo que no se puede modificar por gobierno alguno, lo que no está sujeto a mayorías circunstanciales, es también lo que Garzón Valdés llama el “coto vedado” y Norberto Bobbio “el territorio infranqueable” y esto se da justamente porque el “soberano” así lo decide, el soberano lejos de perder poder jurídico cualificado en su más alta expresión, lo gana con más y mejores derechos

Lo que antes era soberanía en el monarca, después fue la soberanía de quienes representaban al pueblo en base a la ley estatal, luego a quienes representan al ciudadano en base al mandato constitucional y de tratados internacionales que enaltecen los derechos humanos y extiende su “soberanía” sin fronteras caducas extendiendo con ello la búsqueda de la dignidad y la tutela de los derechos fundamentales y los derechos humanos en todo el orbe.

Es de destacar que el pueblo en ejercicio de su potestad constituyente, de manera indisimulable, consagra de manera soberana un sistema jurídico (producción propia y externa que se adopta) con el que se garantiza, más aun, los derechos fundamentales que en tiempos de otrora los había constitucionalizado, estos ahora se robustecen con la incorporación de los tratados de derechos humanos con la misma jerarquía del resto de la normativa constitucional¹⁴⁹.

En nuestro texto constitucional no caben dudas que la soberanía popular se expresa a través de los arts.1, 33, se manifiesta conforme el art.37 y se la defiende conforme el art. 21 y 36, y se garantizan más aun los derechos humanos con el art.75 inc.22 de la Constitución Nacional.

Se consagra como expresión de la defensa del orden constitucional y el sistema democrático en el marco de nuevos derechos y garantías en 1994.

II. LOS MANDATOS CONSTITUCIONALES QUE HACEN A LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN COMO EXPRESIÓN DE LA SOBERANÍA POPULAR.

Los constituyentes de 1853/60 estamparon el mandato constitucional en el art.21 que dispone “Todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la patria y de esta constitución, conforme a las leyes que al efecto dicte el congreso y los decretos del poder ejecutivo nacional. Los ciudadanos por naturalización son libres de prestar o no este servicio por el termino de diez años desde el día que obtengan su carta de ciudadanía.”

Con simpleza se ha señalado que el mandato constitucional se reducía a la obligación constitucional de prestar un servicio militar obligatorio (ley 17.531- después dejada sin efecto) para todos los ciudadanos varones mayores de edad, cuando adquirieran dicho estado, por el término de un periodo (año o fracción) donde se lo instruyera para tal cometido.

Tal obligación era inherente a la calidad de ciudadano o nacionalizado conforme lo indica el mandato constitucional, más teniendo en cuenta el mandato constitucional está claro que la reducción

¹⁴⁸ Ferrajoli, Luigi “Derechos y garantías. La ley del más débil “ Ed Trotta Madrid 1999. Pag 27 y sig.

¹⁴⁹ Aquino Britos, Armando Rafael “la interpretación conforme del art.75 inc.22 de la Constitución Nacional” en AAVV “Derechos Humanos y control de convencionalidad” Mario Midon director Ed Contexto 2016, pag.49 y sig.

conspira con la finalidad del mismo, ya que se señalaba que tal obligación se inscribía en el cumplimiento del mandato preambular de “contribuir a la defensa común, y consolidar la paz interior”¹⁵⁰.

Se sostuvo que la obligación de realizar el servicio militar era una carga pública que debe ser repartida sobre la base de la igualdad, por lo que resultaría contrario al principio de igualdad admitir la excepción al servicio militar por razones de conciencia, u otros motivos.

Mas cuando hubo tensión entre la objeción de conciencia –como derecho- con la obligación mencionada, la CSJN señaló que “el incumplimiento de la obligación constitucional de armarse para defender la Nación no conllevaba un peligro grave o inminente a los intereses protegidos por el Estado, ya que el servicio requerido debía cumplirse en tiempos de paz; y sostuvo que no era absolutamente necesario limitar la libertad de conciencia del ciudadano para que el sujeto cumpliera con sus deberes y a la vez le fuera respetada su autonomía, como ocurriría de prestarse un servicio alternativo. La Corte reconoció que no puede desconocerse tal ámbito de autonomía, ni debilitar la eficacia de la ley de servicio militar permitiendo que ciertos ciudadanos sean obligados por lo que manda la ley, cuando en realidad no puede hacer lo que la norma impone.

La Corte sostuvo que si bien los derechos son relativos y encuentran razonable limitación en las leyes que los reglamentan, resaltó que las obligaciones también lo son, entonces la libertad de conciencia, relativa, debe conciliarse con la obligación, relativa, de armarse.

El máximo Tribunal expreso que “armarse en sentido propio es vestir las armas, pero en un sentido análogo es ponerse a disposición de auxiliar a quienes la visten mediante una gran gama de servicios que por su naturaleza permiten al ciudadano satisfacer su débito con el Estado y a la vez conservar sin lesiones su ámbito de autonomía como persona religiosa o ética”¹⁵¹.

Abona esta situación que el mismo art.22 de la carta magna señala “el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes” y, además se dispusieron nuevos tipos penales a través de sus representantes.

Se suma a ello que ley 23077 a fin de sancionar los delitos de rebelión y sedición estableció un nuevo capítulo en el Código Penal “atentados al orden constitucional y a la vida democrática” sustituyendo al viejo delito de rebelión ya que es evidente que ninguna de las conductas punibles en este sentido que atentaron contra el orden constitucional y el sistema democrático desde el fatídico 6 de septiembre de 1930 fueron efectiva puesto que la forma más simple y sencilla del acceso al poder hasta 1983 fue siempre el golpe de estado, que a la postre, fue convalidado por el poder judicial quien tenía –y tiene- la augusta misión de aplicar la ley. En ello se inscriben las acordadas de la Corte Suprema cuando convalidaron dicho acto lesivo a las instituciones republicanas¹⁵².

El cambio de paradigmas entre el modelo de una sociedad autoritaria a otra que se dió en el marco de la transición a la democracia se advierte cuando se sancionó esta normativa penal y se dio el proceso de juicio a los que tomaron el poder por la fuerza imponiendo un orden sobre la base de la represión brutal e ilegal.

La clave de bóveda para la ingeniería institucional que diera respuesta de justicia a toda la sociedad fue el art.29 de la constitución nacional que declara infames traidores a la patria a quienes “concedan facultades extraordinarias, o la suma del poder público, ni otorguen supremacías por las que la vida, el honor de los argentinos queden a merced de gobierno o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable y sujetaran a los que los formulen, consientan o firmen a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”.

Carlos Nino¹⁵³ hace una prolija descripción de la abundante legislación y el diseño institucional adoptado para cumplir el propósito del “nunca más” y con ello terminar con la argentina autoritaria de base corporativa lo que se dió en diversas fases, como bien se explica, no sin retrocesos, pero la transición a la democracia logro su cometido.

¹⁵⁰ González, Joaquín V., Manual de la Constitución Argentina de 1853-1860. Bs. As. Ed Estrada, 1897

¹⁵¹ CSJN Portillo Alfredo fallo del 18/4/89

¹⁵² Acordadas de la CSJN Nros de 1930

¹⁵³ Nino Carlos Santiago “Juicio al mal absoluto” Ed Ariel Bs As.2006, pags.119 en adelante. El enjundioso fundamento moral y legal expuesto en el capítulo siguiente tiene una profundidad y simpleza digna de las mejores causas que merece una atenta y detenida lectura.

Contra los pronósticos y sugerencias más convenientes –y menos costosas por cierto- se edificó una transición a la democracia sin claudicaciones morales y éticas que revalorizo el derecho, tomado siempre para los sectores más humildes dividido en un “derecho civil que justifica la transferencia del riqueza del pobre al rico; y el derecho penal que sanciona al pobre cuando le saca algo al rico”, a punto tal que los derechos humanos como ideales sociales se fueron concretando con el único poder que tenía el presidente Alfonsín que era de naturaleza moral y popular, evoca Fiss para quien esto se realizó mediante la autonomía del derecho como “un campo de la actividad humana que no sirve a ningún amo más que a la justicia. Por esa misma razón valoramos el derecho y lo celebramos proclamando que todos deben someterse al imperio de la ley¹⁵⁴”.

Claramente se evidencia el tránsito de una sociedad autoritaria a una pretensión democrática e igualitaria que erradicara privilegios.

Este proceso se consolida –legalmente- cuando en la reforma constitucional de

1994 se incorpora el art.36 en el marco de los “nuevos derechos y garantías” y aparece este mandato-garantía colectivo- de la defensa del orden constitucional y el sistema democrático.

La tensión política y social de la crisis del año 2000 demostró la consolidación del sistema democrático cuando se superó en el marco de la ley y la constitución una de las más severas crisis institucionales que soporto el país.

Sin embargo la riqueza conceptual y el abanico de posibilidades que permite el art.36 son variadas y genera expectativas aun el desarrollo y avance sobre esta cuestión para consolidar la democracia sobre la base de la igualdad y la libertad como sustento de la dignidad humana como predica Dworkin¹⁵⁵.

El orden constitucional y el sistema democrático tiene formas y modos de

defenderse, por la propia disposición constitucional como una suerte del derecho sobre el derecho, cuando predica “que la 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”.

De esta manera el sistema se preserva. Esto es la unidad estructural del ordenamiento jurídico que “solo” puede ser variable o variado conforme “ese” ordenamiento jurídico y no por imperio de la fuerza externa sobre el mismo. La conservación de dicho sistema es lo que se resguarda y garantiza, ya que este prevé las tensiones que puede soportar, más no su ruptura.

Por ello es que se penaliza a los autores de tal acto que atentaran contra el mismo estableciendo la máxima responsabilidad sancionatoria expresando nítidamente la obligación constitucional colectiva.

Pero el mandato del art.36 de la C. Nacional reconoce expresamente “ todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo” con lo cual el derecho de resistencia a la opresión – de antiguo pedregree- cobra una relevancia superlativa. .-

III. LA RESISTENCIA A LA OPRESIÓN

Este renovado derecho, consustancial a la libertad y dignidad del hombre que ahora está expresamente reconocido, fue concebido y analizado desde antaño, dado que su naturaleza y amplitud fue objeto de debates y consideraciones diferentes según quienes le reconocerían.

Aunque su alcurnia y linaje vienen con la revolución inglesa de 1668 y la francesa de 1789 no es menos cierto que en la actualidad sus límites están en la esfera de las disposiciones legales, aunque valga la aclaración ya no es legítimo encontrar límites en esta cuando ella es injusta; de allí que preferimos señalar que debe darse dentro del marco de la constitución y como expresión del estado constitucional de derecho donde la soberanía popular se realiza y cobra la magnitud que esta le reconoce.

Así esta situación fue reconocida cuando en los organismos internacionales se discutía la naturaleza del mismo en función del art. 21 de la constitución se señaló que el “... Estado sostiene que la disposición citada es clara, y que no permite que cada ciudadano interprete el método o la oportunidad de defender la patria y su Constitución. Ello llevaría a una situación incontrolable a un

¹⁵⁴ Fiss Owen “Los mandatos de la justicia. Ensayos sobre derecho y derechos humanos” Ed Marcial Pons. Pag.57

¹⁵⁵ Dworkin, Ronald “ la democracia posible” Ed Paidós Barcelona 2008

gobierno democrático limitado por el imperio de la ley...la tentativa de desconocer la voluntad del pueblo, violando lo dispuesto en la Constitución Nacional para la designación de autoridades y la sanción de normas, constituye uno de los más graves crímenes que pueden cometerse contra los derechos de los individuos y los intereses del país Hace referencia a la exposición de motivos 23077¹⁵⁶

Ley 23.077, que establece una pena de 5 a 15 años de prisión para quienes ...se alzaren en armas para cambiar la Constitución, deponer alguno de los poderes públicos del gobierno nacional, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporariamente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales o su formación o renovación en los términos y plazos legales.

La pena para la rebelión varía de 8 a 25 años de prisión cuando los delitos arriba mencionados fueran cometidos...con el fin de cambiar de modo permanente el sistema democrático de gobierno, suprimir la organización federal, eliminar la división de poderes, abrogar los derechos fundamentales de la persona humana o suprimir o menoscabar, aunque sea temporalmente, la independencia económica de la Nación...

La consagración legal de la defensa del orden constitucional no es la única vía de la defensa del mismo; no descansa únicamente en los representantes que estipula el art.22 de la Constitución Nacional, sino también en toda la sociedad como señala el art. 33 al consagrar expresamente los derechos no enumerados que surgen de la soberanía popular, y ahora se reconoce expresamente entre ellos a la resistencia a la opresión que señala el art.36 incorporado en 1994.

Se concreta así aquella expresión del art.33 de la Constitución Francesa de 1793 cuando señalaba que “la resistencia a la opresión es la consecuencia de los demás derechos del hombre”, y ello procede cuando (art 34) “ existe opresión contra el cuerpo social cuando se oprime a alguno de sus miembros. Existe opresión contra cada miembro cuando se oprime al cuerpo social” y como corolario del espíritu fraterno se expresa en el art.35 “cuando el gobierno viola los derechos del pueblo, la insurrección es para el pueblo y para cada parte del pueblo el más sagrado de sus derechos y el más indispensable de sus deberes”.-

3.1.- *El origen del concepto.*

Para abordar esta cuestión, dijimos debíamos mirar a Locke y su concepción de la soberanía pues este incorpora el concepto del “imperio de la ley” en desmedro de la voluntad omnimoda del soberano: “siempre que la ley acaba la tiranía empieza, si es la ley transgredida para el daño ajeno; y cualquiera que hallándose en autoridad excediere el poder que le da la ley, y utilizare la fuerza a sus órdenes para conseguir sobre el súbdito lo que la ley no autoriza, cesará por ello de ser magistrado; y pues que obra sin autoridad podrá ser combatido como cualquier otro hombre”¹⁵⁷.

Claramente ubica al “poder soberano en la sociedad civil, esto es la mayoría” postula Macpherson, y lo diferencia en tal sentido con Hobbes, puesto que Locke no se oponía al concepto de “soberano perpetuo, sino al un soberano personal o colectivo que se perpetuara a sí mismo” que es la característica saliendo del modelo absolutista.

“Señala el germen, en consecuencia del modelo de la democracia liberal, limitada a aquellos que eran propietarios y varones, esto es de marcado signo aristocrático donde el poder pasaba a un clase privilegiada¹⁵⁸.

Locke, además de distinguir la división de tres poderes estatales, al igual que Montesquieu, también confirma la tesis de que el poder soberano es indivisible e inalienable. A pesar de haber hecho varias referencias en su trabajo a la posibilidad de desobediencia civil y revocación del pacto social, dividir el poder soberano o transferir prerrogativas que son inherentes a la soberanía no pueden considerarse formas de desobediencia civil o desconstitución del contrato social, una vez que el Estado sigue existiendo, independientemente de una posible pérdida de poderes.

¹⁵⁶ Corte I.D.H INFORME N° 55/97 CASO 11.137 JUAN CARLOS ABELLA ARGENTINA 18 de noviembre de 1997

¹⁵⁷ Locke, John (1690), “Tratado sobre el gobierno civil” (reimpresión) Ed. Aguilar, Madrid, 1986, pags.224 y sig.

¹⁵⁸ Macpherson, Crawford Brough “la teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke” Ed Trotta Madrid 2005, pag 95 a 96

El acto de transferencia estatal de poderes que provienen de la soberanía o de la división interna de poderes no impide que el contrato social siga teniendo efectos e incluso realizando sus objetivos iniciales. La desobediencia civil, según Locke, no debería tener propósitos sediciosos, ya que es una facultad que el individuo tiene para resistir y reaccionar contra el monarca que haya transgredido sus limitaciones constitucionales, pudiendo también ser utilizada como control contra la suprema autoridad de la legislación cuando se ha violado la vida, la libertad o la dignidad individual.

La resistencia a la opresión no es un acto contra la soberanía, sino contra la autoridad que al no respetar las pautas del pacto social usa el poder con fines impropios, es contra la persona, no contra el Estado que se mantiene por el pacto social

Por ello señalamos que derecho-acción emergió claramente con modelo del Estado contemporáneo o, al menos, vio la luz con este, bien podríamos decir que las revoluciones inglesas, americana y francesa son hijas dilectas del derecho de la resistencia a la opresión, sin perjuicio de la justificación teórica que tiene que ver con el proceso del poder juridificado con que el hombre se asegura la libertad y el poder ejercido por el gobernante encuentra límites claros y precisos, en la constitución y en la ley, más allá de las llamadas razones de Estado.

Sin perjuicio de este aporte sustantivo para las ciencias sociales; siguiendo a Bidart Campos¹⁵⁹, podemos decir que el derecho de resistencia a la opresión “se remonta al pensamiento griego, a Platón y Aristóteles en el análisis de la tiranía, mas no apporto esta cultura al derecho de resistencia”.

La “Antígona” de Sófocles lo menciona concretamente, señalando que la ilegitimidad de quien manda, y lo pretendido por este violando el criterio de lo debido o lo justo, activa la potencia de resistirse o de incumplir con lo que se pretende por quien ejerce el poder. El Cristianismo pone la nota de justicia en el ejercicio del poder como valor y compele al poder temporal a ejercer el mismo cuidando este fin, como también se puede encontrar en las causas de la ruptura del contrato de vasallaje otro esbozo de mencionado derecho de resistencia a la opresión, y producto de las relaciones estamentales si el Rey no cumplía con el Pacto las resistencia estaba plenamente justificada; diferencias entre ellos provocó la sanción de la Carta Magna de 1215 para asegurar los derechos de los súbditos.

El incumplimiento del Rey desligaba a los súbditos de la fidelidad jurada y la Iglesia tenía el poder incluso de la excomunión para el Príncipe que violara el comportamiento conforme los valores y principios que surgían de este credo.

El pensamiento de la Escolástica rescata la resistencia a la opresión y aparecen expresas manifestaciones cuando se gobierna sin título y por usurpación, pero también se señala la falta de “legitimidad en el ejercicio” cuando se hace ejercicio del gobierno y se cae en el mal uso del mismo violando el “bien común”, lo que aparece consagrado expresamente en la constitución de Florencia en 1508.

Dice Carvajal que “el derecho de resistencia tiene una base doctrinal sólida y precisa, fundada en el derecho natural y en una teoría de la justicia, con lo cual los diversos grados de resistencia, desde la resistencia pasiva al tiranicidio, tienen unos fundamentos éticos concretos, lo que hace posible la invocación y ejercicio siempre legítimo de un tal derecho”¹⁶⁰ y es que se encuentra en ello una formulación que protege la libertad de los individuos frente al poder y las pretensiones del Estado.

Ante el incumplimiento de gobernar correctamente y en función del bien común surgen matices y formas de ejercer este derecho que van desde la resistencia pasiva hasta el tiranicidio.

La gradación jerárquica de la resistencia a la opresión ha sido fundamentada por el pensamiento católico de entonces en función de los deberes de lealtad, 1º a Dios, y después a los hombres, en caso de pecado la ley humana puede ser desobedecida y en base a tal premisa se construye el fundamento de la resistencia; mas desde otra concepción, tal el derecho divino de los reyes se estimó que estos están liberados de toda responsabilidad ante los súbditos ya que solo rinde cuenta a Dios, y contra esta posición surge la expuesta en “Vindiciae contra tyrannos” del siglo XVI que

¹⁵⁹ Bidart Campos, German J “Derecho Politico “ Ed Aguilar Bs As 1972, pag.493

¹⁶⁰ Carvajal, Patricio “Derecho de resistencia, derecho a la revolución, desobediencia civil “ Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 76. Abril- Junio 1992. Madrid. España.

parte de un doble pacto de Dios con el Rey y su pueblo, netamente religioso y del Rey y su pueblo de carácter político, donde la desobediencia del rey exime de la obligación de cumplimiento de obediencia de los súbditos.

Se deducía de ello que si el Rey no cumplía con la protección y seguridad, o peor aún, cuando oprime a los súbditos, los trata como esclavos, se considera que el Rey muda su condición a Tirano, señalando que en tal caso los pueblos pueden deponerle y elegir a otro en su lugar.

Más tarde Locke señala que si el pueblo es sometido a la miseria y padece las injusticias del poder arbitrario y que se encuentre "...maltratado y gobernado contra Derecho, estará siempre dispuesto a quitarse de encima una carga que le resulta pesadísima" consagrando el derecho de resistencia a la opresión. Por ello se preguntaba "¿qué es mejor para el género humano: que el pueblo se vea expuesto siempre a la voluntad omnímoda del tirano, o que los gobernantes se hallen expuestos en ocasiones a encontrar resistencia cuando abusan con exceso de su poder y lo emplean en la destrucción y no en la salvaguardia de las propiedades de su pueblo?"¹⁶¹.

Cabe colegir que estas ideas expuestas por Locke no tenían lo originalidad sino la continuidad de la llamada "Escuela de Salamanca" conformada por la doctrina de los teólogos Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Martín de Azpilcueta, Tomás de Mercado quienes reivindicaban el derecho a la libertad algo insólito en aquellas épocas. Así se esbozó la teoría del tiranicidio, clásico del pensamiento escolástico.

Sobresalen posiciones como la de Santo Tomas de Aquino, como las de Juan de Salisbury y del Padre Mariana como posiciones más extremas.

Mariana reconoció el derecho a la insubordinación al justificar el tiranicidio, aunque siempre en situaciones muy concretas, expuestas en su obra *Del Rey y de la Institución real* (1598 -1599). En igual sentido Francisco Suárez en la obra *Discurso de leyes* (1612) reconocía la posibilidad de desobedecer y derrocar a quien detenta la autoridad cuando, ejerciendo el mando, incumple y vulnera sus funciones, y también Hugo Grocio en *Las leyes de la guerra y de la paz* (1625) señalaría que todo ser humano posee la facultad de defender su vida y rechazar aquello que puede amenazarle.

Se podría señalar que la "resistencia pasiva" tenía fundamento en 1º) no obedecer al mandato del soberano cuando es contrario a la ley divina; 2º) tiene fundamento la resistencia o desobediencia cuando la ley es injusta; 3º) pero se deberían obedecer las leyes (injustas) de ser posible, para no producir caos o perturbación en la sociedad, con lo que se reconoce claramente la prudencia como valor y virtud, 4º) se destacan como injustas las leyes que son contrarias al bien común; cuando la autoridad excede sus facultades, cuando se violan la equidad o la igualdad.

En tanto que la resistencia activa en el pensamiento escolástico tienen pautas rectoras, tal las de Sto. Tomas de Aquino (*De regimine principum*) quien señala que es preferible soportar una tiranía relativa por corto tiempo, que proceder agravando el mal que se procura evitar o morigerar; solo es válido un acto de fuerza o resistencia si antes se han agotado todos los medios previos a una rebelión, la que será legítima si esta se presenta como el único camino viable para sortear la opresión a la ciudadanía puesto que impiden cualquier medio para la solución del problema; y la iniciativa debe siempre estar en la autoridad pública y no ser tomada por cualquier particular; por lo que en este punto Juan de Mariana señala etapas para llegar a este extremo lo que puede hasta llegar al tiranicidio más aquí se levanta la prudencia de Sto. Tomas cuando señala que puede llegar al extremo que la tentativa por resistir a la tiranía, sin éxito, termine agravando la situación.

Existe coincidencia en la última etapa, la destitución del tirano, debe proceder como última ratio, ultimando todas las etapas previas. Juan De Mariana sostiene que antes de admitir el tiranicidio – propuesto por Juan De Salisbury- se debe dar un juicio previo llevado ante la Asamblea en caso de que se viole la ley de Dios, se saquee la Nación, o se apropie de las fortunas privadas de los particulares, donde la autoridad recibe las quejas públicamente, y si no enmienda su actitud públicamente, la Asamblea tiene potestad para destituirlo, y si existe resistencia del destituido, armarse en armas para cumplir el mandato colectivo para que el tirano abandone el cargo, y si ante esta resistencia cualquier persona puede suprimir al tirano ya que se transformó en "enemigo público" esto es justificar el "tiranicidio".

¹⁶¹ Locke, John (1690), "Tratado sobre el gobierno civil" ob cit.

Las manifestaciones que aportaron en este sentido Calvino y Lutero dieron fundamento para arraigar la idea de la resistencia a la opresión como derecho que protege la libertad de todos los ciudadanos.

Ya la Carta Magna Inglesa de 1215 reconocía en su artículo 25 a un comité de resistencia, compuesto de 25 barones con el derecho de intervenir contra el rey en caso de trasgresión jurídica de éste”.

De allí se colige siempre que el presupuesto factico indispensable para el ejercicio legítimo de tal derecho es un acto del poder público, ilegítimo e injusto, que se vaya a aplicar o ejecutar y que no exista un mecanismo jurídicamente viable para suspender su ejecución como ultima defensa-fundado en los valores de justicia y libertad- para impedir los abusos del poder y como egida ante violaciones más graves de otros derechos fundamentales.

Esta concepción se ve concretada con episodios revolucionarios ante el absolutismo monárquico y marca el fin de una época, al mismo tiempo que significa un cambio de época de formas de gobierno y sistemas políticos, también es ilustrativa surge con singular protagonismo en las cartas pactos o declaraciones que se dieron en las revoluciones inglesa (1679) Americana(1777- en diversos estados miembros de lo que serían después E.E.U.U) y la Francesa (1789) en la declaración de los derechos del hombre y el ciudadano.

3.2.-Reconocimiento en el derecho positivo como norma jerárquica superior.

En Inglaterra las ideas iusnaturalistas se imponen en el Bill of Rights de 1689, las trece colonias de América se rebelan “contra un poder legítimo en origen, pero ilegítimo en ejercicio (imposición de impuestos a quienes no tienen representación en el Parlamento) y en Francia la revolución es contra un poder ilegítimo porque desconocía por completo los derechos naturales. Las consecuencias prácticas de las 3 experiencias históricas pioneras son distintas, pero en todas ellas se ejerce una resistencia que tiene características revolucionarias sustituyendo los usos convencionales (normas de ejercicio del poder) por otros nuevos. En Inglaterra se actualizan las libertades y se da supremacía al Parlamento, en E.E.U.U se consagra el régimen democrático independiente y en Francia se instala una monarquía constitucional que rápidamente es dejada sin efecto por traición de Luis XVI que es castigada con la guillotina” enseña Canosa Usera¹⁶².

Es la Declaración de 1789 en Francia y las Constituciones que siguen a esta fundamental declaración de principios de la libertad política supone el fin del Antiguo Régimen y la inauguración del Estado constitucional con la separación definitiva de las funciones que conforman la estructura administrativa del Estado, y de sus postulados que tienen en cuenta la libertad, la igualdad y la fraternidad surgen mandatos claros, entre los que surgen el derecho a resistir y alzarse contra la tiranía, justamente para proteger estos derechos.

Carvajal señala que “aquí estamos ya en presencia de dos corrientes que sintetizan la tradición jurídico-política francesa (derecho de resistencia) y la nueva vía abierta por la revolución, y que se manifiesta como una radical posición de lo que puede llegar a ser una conducta política legítima en la comunidad (derecho a la revolución), en caso de que sus derechos subjetivos sean preteridos por el poder. De este modo, en relación al derecho a la revolución y la desobediencia civil, podríamos argumentar que se trata de manifestaciones o conductas políticas que han derivado del derecho de resistencia debido, entre otras causas históricas, al proceso inexorable de secularización de la sociedad moderna”

En tanto que la Declaración de Derechos de Virginia en 1776 en el art.1º sienta el postulado de igualdad y legitimidad de los gobiernos que deben proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos al disponer “...cuando un gobierno resulta inadecuado a estos principios, la mayoría de la comunidad tiene el derecho inalienable e irrevocable de reformarlo, alterarlo o abolirlo de la manera que se juzgue más conveniente al bien público” con lo que consagra el derecho de resistencia a la opresión con la máxima jerarquía legal.

¹⁶² Canosa Usera, Raúl “El derecho de Resistencia” en AAVV. “El Derecho a la Resistencia en el constitucionalismo moderno” Ed. Universidad católica de Guayaquil. Facultad de jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas. Guayaquil Ecuador. 2011 pag.37 y sig

Se replica en la Constitución de Pennsylvania (1776), Massachusetts (1780) New Haspire (1784) y la de Maryland en 1776 define el derecho de resistencia por su descalificación señalando que “la doctrina de la no-resistencia al poder arbitrario y a la opresión es absurda, es propia de esclavos y destructiva para el bien común y la felicidad del género humano”, aquí se consagra el derecho como expresión positiva y no como mera respuesta a la opresión.

En la misma línea de pensamiento se inscribe la declaración de la independencia de los EEUU redactada por Jefferson de neto corte iusnaturalista y cuando expresa “Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad”.

Aparece ya un derecho-deber de “derrocar al gobierno” que viole estos principios.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: adoptada por los representantes del pueblo francés el 26 de agosto de 1789, establece en su artículo 2 que “el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”. La resistencia a la opresión por los revolucionarios de 1789 fue considerado un derecho natural en sí mismo.

Luego del tiranicidio a Luis XVI la Constitución Francesa de 1793 la reconoce sin la precisión de su antecesora en el art.11 al disponer “cualquier actuación ejercida contra un hombre fuera de los casos y de las formas determinadas por la ley, es arbitraria y tiránica, aquel contra quien se quiera ejercer dicho acto de violencia, tiene derecho a rechazarlos por la fuerza”, dándole un carácter individual al derecho, empero, más adelante en el art. 35 señala que “ cuando el gobierno contraviene los derechos del pueblo, la insurrección es para el pueblo y cada una de sus porciones el más sagrado de sus derechos y el más indispensable de sus deberes” lo que debe interpretarse con el derecho-deber que enuncia el art. 33 al definir que “ la resistencia a la opresión es la consecuencia de los demás derechos del hombre. Hay opresión contra el cuerpo social cuando uno solo de sus miembros es oprimido. Hay opresión contra cada miembro cuando el cuerpo social este oprimido”.

La evolución del constitucionalismo y las garantías a los derechos fundamentales ha relegado el análisis y ponderación de la importancia de este derecho- deber que fue el germen de las libertades públicas garantizadas por la ley al constituir un pacto de Estado entre sus ciudadanos y definir modos, formas y órganos de gobierno.

El sufragio de carácter universal, los derechos plenamente reconocidos fueron la consigna de aquella época, aunque se relegara la igualdad.

El derrotero histórico que siguió el constitucionalismo clásico o burgués como también los ordenamientos constitucionales y la afectación de sus derechos fundamentales por revoluciones que se dieron en cada Estado- Nación dejaron atrás las posiciones iusnaturalistas que albergaron estos propósitos por poderes constituyentes que expresaron ordenes jurídicos cerrados con la premisa que una generación pasada no puede imponer su criterio a generaciones futuras. Así surgieron revoluciones de la más variada índole que postularon ideologías colectivistas, comunismo o fascismo, haciendo surgir la “tiranía de la mayoría” sobre los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, máxime aquellos que fueran minoría o no compartieran el modelo impuesto con características discriminatorias.

Este proceso, luego de la 2ª guerra mundial hace que en la Declaración de las

Naciones Unidas en 1948 cuando en su preámbulo señala “ considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana... considerando esencial que los hombres sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”

No caben dudas que Alemania incorpora, en 1968, en el art.20 de su constitucion federal, dentro de los fundamentos del orden estatal y derecho de resistencia prescribiendo que “ 1° La Republica de Alemania es un Estado federal democrático y social.

2°.-Todo poder del estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones por intermedio de órganos especiales 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.

4°.-Contra cualquiera que intente eliminar ese orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia, cuando no fuere posible otro recurso”.

La clara adscripción al modelo social y democrático de derecho de Alemania quedo plasmado en esa norma y también dejo en potencia una herramienta legal (expreso reconocimiento del derecho colectivo) para que no existan pretensiones totalitarias con ánimos de repetir errores de un pasado luctuoso.

Aparece en el tratado internacional más importante el reconocimiento expreso como un último recurso contra la tiranía y la opresión cuando se afecta la dignidad humana. Otros tratados internacionales y regionales siguen este derrotero, mas se entendía que las constituciones de los Estados Naciones ya no permitirían la opresión y la tiranía como forma de manejo de sus gobiernos sobre los ciudadanos, la fuerte constitucionalizacion de los tratados internacionales, o si se quiere la internacionalización de la constitución (declaración Universal de los Derechos Humanos) importa una garantía para la humanidad de la protección y tutela de los derechos humanos como premisa universal, con lo que se puede señalar que esta “constitucionalizado el supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”.

3.3.- *Formas y distintos aspectos que puede adquirir el ejercicio del derecho.*

Bien se podría señalar que en Estado social y democrático de derecho el derecho de resistencia a la opresión quedo como un “derecho de museo” que conforma la “arqueología jurídica”, mas está inscripto dentro de las garantías convencionales de los tratados, establecidas como orgánicas(propias de la división de poderes del sistema constitucional y democrático de derecho) donde se prevén tutelas efectivas ante eventuales lesiones de los derechos fundamentales de los ciudadanos, ya que hoy por hoy, todo Estado debe ejercer su gobierno investido con justos títulos (electos por mayoría) y su acción subordinarse a la ley, (legalidad) y no afectar la dignidad humana de ningún integrante de dicha comunidad(legitimidad).

Este derecho en la actualidad tiene una característica de derecho de excepción que cobra vida cuando existen actos o hechos de características arbitrarias o despóticas en que puede devenir el accionar de un gobierno.

Así, dependerá del accionar de este gobierno y la intensidad de la lesión que causa en el cuerpo social para que se den distintas circunstancias como ser: a) desobediencia civil cuando toda la sociedad resiste un acto despótico y resuelve no obedecer el mismo; b) desobediencia activa y manifestación en claro sentido contrario al acto que se reputa despótico donde el accionar colectivo se levanta y manifiesta claramente en contra del gobierno, insurrección, o; c) rebelión como manifestación en contra de la autoridad ya que la intensidad de la afectación del cuerpo social por el gobierno afecta a todos.

La desobediencia civil tiene que ver con la manifestación de disconformidad con un acto puntual del gobierno, que no se comparte, reconocido por Rawls en su “teoría de la justicia” con el que se busca inducir a un cambio en normas jurídicas o políticas gubernamentales que se consideran ilegítimas a la luz de los principios que rigen la vida social, es decir, ésta pretende identificarse con los fundamentos constitucionales del Estado democrático ya que considera que el cambio se logra porque a través de la protesta por lo que se apela al sentido de justicia de la mayoría, es decir a ciertos valores que son comúnmente compartidos por los ciudadanos; y también por Dworkin cuando señala que este comportamiento es propio de ciudadanos que, en principio, aceptan la legitimidad de un gobierno como de la comunidad, y actúan para complementar más que para desafiar.

Esta desobediencia puede canalizarse con acciones positivas que pueden cambiar, y mejorar la situación política, social o económica de un sector o minoría, sin cuya manifestación o acción no sería posible.

Henry David Thoreau en “Del deber de la desobediencia civil”(1849) sentó las bases teóricas de la resistencia pasiva, un método de protesta que, más adelante, adoptaría el político indio Mahatma Gandhi como táctica contra los británicos.

Estévez, señala que “la imposible justificación jurídica de la desobediencia civil presupone que las instituciones estatales detentan el monopolio de la interpretación de la constitución. Así, los ciudadanos que tienen dudas acerca de la constitucionalidad de una ley deben seguir obediéndola mientras una decisión no declare la inconstitucionalidad y si la autoridad restringe el ejercicio de derechos, se debe acatar su decisión y usar los recursos legales. Sin embargo, este planteamiento que niega toda posible justificación jurídica de la desobediencia sólo puede sustentarse desde los presupuestos de un positivismo estricto o un decisionismo de corte autoritario”¹⁶³, incompatible con el sistema democrático.

No configura pues, el derecho de resistencia a la opresión en sus variantes, etapas y formas, una garantía de tipo subjetivista por la violación concreta de un derecho fundamental para lo cual el ordenamiento jurídico contemporáneo tiene vías directas de tutela jurisdiccional, tal el caso de habeas corpus, amparo, habeas data etc., sino que se trata de definir este derecho de resistencia como “una garantía de carácter reactivo, pero no jurisdiccional, subsidiario e inorgánico frente a violaciones graves y manifiestas de principios básicos del orden constitucional democrático” explica Canosa Usera.

3.4.- *Reconocimiento constitucional.*

Sin perjuicio de los avances en el reconocimiento del derecho en el plano internacional es preciso señalar que cada ordenamiento estatal moderno puede o no tener expresamente consagrado tal derecho de manera expresa, mas ello no significa que no exista como derecho concreto reconocido.

Ugartemendia Eceizabarrena, por esta situación expresa que “cabe concluir que el derecho de resistencia constitucional, ya esté o no formalizado en la Constitución o en las Leyes, se configura como una institución (bien como derecho-deber o bien como simple acto) de garantía constitucional, de carácter reactivo pero no jurisdiccional, subsidiaria e inorgánica, frente a las violaciones (graves y manifiestas) de los principios básicos del orden constitucional democrático. No se trata ahora de un derecho del ciudadano contra el poder del Estado (como lo es, básicamente, el derecho de resistencia preconstitucional), ahora constitucional-democrático, sino de un derecho-competencia para defender dicho orden”¹⁶⁴.

Nuestra constitución originaria de 1853/60 concebía este derecho dentro de los derechos políticos y no enumerados que nacen de la soberanía popular y la forma republicana de gobierno, amparados en el art.33, mas la reforma constitucional de 1994 ampliando el contenido de la concesión de poderes tiránicos del art.29 incorporó el art.36 ya que la práctica de las interrupciones institucionales carecían de sanción efectiva.

Por ello es que Sánchez Viamonte señalaba que: “el derecho de resistencia a la opresión es el derecho que tiene toda sociedad de hombres dignos y libres para defenderse contra el despotismo, e incluso destruirlo. En realidad, más que un derecho es un principio político, congruente con la teoría del contrato social y con la soberanía popular, que es otro principio político”¹⁶⁵.

Linares Quintana, nos ilustra que “el derecho de resistencia a la opresión es el derecho inherente al pueblo para resistir por la fuerza y derrocar a un gobierno despótico. Es el derecho de legítima defensa del pueblo contra el despotismo en salvaguardia de su libertad. Ante un gobierno que se coloca al margen de la Constitución el pueblo se aparta también de las normas constitucionales que reglan la sucesión gubernativa y empleando la fuerza derroca a quienes dirigían el Estado tiranizándolo”¹⁶⁶.

¹⁶³ Estevez, José A., La Constitución como proceso y la desobediencia civil, Madrid, Trotta, 1994.

¹⁶⁴ 26 Ugartemendia Eceizabarrena, Juan Ignacio “El derecho de resistencia y su constitucionalización” Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Nº 103. Enero Marzo de 1999. España.

¹⁶⁵ Sánchez Viamonte, Carlos. “Revolución y gobierno de facto” Ed. Claridad Bs. As. 1946, pag.37

¹⁶⁶ Linares Quintana Segundo V. “tratado de la ciencia del Derecho Constitucional” Ed. Plus Ultra

El actual art.36 de la constitución Nacional dispone “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 artículo 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 artículo.

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 pública para el ejercicio de la función pública”. En América Latina, la constitución de Bolivia protege el sistema y reconoce el derecho de resistencia a la opresión en sus arts., 4 y 31; la constitución del Paraguay lo hace en sus arts. 3 y 138 ; en tanto que la constitución de México lo hace en los arts 133 y 136; también la constitución de Costa Rica en su art, 3y 4; Venezuela art. 333 y la novel reforma de Ecuador en el art.98 que incorpora expresamente el derecho de resistencia a la opresión, entre otros países.

En Europa lo consagra la Constitución de Portugal en su art. 21(reformada en 1976) Grecia en su art.120 inc.4; Lituania en 1992 expresamente lo consagra en el art.3; entre tantas.

3.5.- *la situación en la actualidad.*

El panorama descrito nos lleva a señalar que para la protección de los derechos fundamentales existen las garantías constitucionales específicas –conocidas como garantías primarias- y la actividad del juez que las aplica – garantías secundarias- al decir de Ferrajoli¹⁶⁷ que constituyen ello una clave para formular el principio de una garantía para la democracia.

Ahora bien, no menos cierto resulta la situación de “alineación legal” que soportan algunos sectores de la sociedad, en cierta situaciones de crisis, donde se da el hecho “ de una situación donde el derecho no representa una expresión más o menos fiel de nuestra voluntad como comunidad sino que se presenta como un conjunto de normas ajeno a nuestros designios y control, que afecta a los intereses más básicos de una mayoría de la población, pero frente al cual la misma aparece sometida” apunta Gargarella¹⁶⁸ que reformula el concepto como “resistencia a la autoridad”, forma más actual de analizar este proceso político e institucional.

La irrupción de los sectores más desfavorecidos mediante el ejercicio de petición a las autoridades y de reunión que se manifiestan claramente con un reclamo activo y en claro sentido contrario al acto que se reputa despótico donde el accionar colectivo se levanta en oposición al mismo, a menudo se reprime mediante la aplicación dura de la ley punitiva- sin ponderar la especial situación del sector- o la lisa y llana represión para acallar la protesta es motivo de análisis de los politólogos y juristas de esta época ya que entraña una moderna resistencia constitucional a actos que- este sector- creen o “sienten que el orden legal trabaja en su contra. La distinción entre este moderno enfoque y el tradicional está en que el “acto o actividad opresiva del gobernante de otrora era contra toda la comunidad, en este caso, el acto lesivo u omisivo sin consideración alguna, contra el sector es convalidado por la mayoría de la población.

Es claro que “aquellos que sufren situaciones de marginación severa y sistemática pueden ser razonablemente agregados a la lista de individuos viviendo en situaciones de alienación legal” explica Gargarella, que encuentra en estas situaciones dos tipos de resistencia, “resistencia pasiva o no-cooperación, y resistencia activa o confrontación. La primera forma de resistencia, se refiere a las omisiones de actuar en los modos prescriptos por el Estado (una negativa a cumplir con sus

Buenos Aires 1977

¹⁶⁷ Ferrajoli, Luigi “Democracia y garantismo” Ed. Trotta, España 2010 pag. 64.

¹⁶⁸ Gargarella Roberto “Resistencia a la autoridad” en AAVV “Derecho político profundizado” dir. Guido L. Risso Ed Hammurabi, 2014, Bs.As. pag. 131 y Gargarella Roberto “El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema” Astrolabio. Revista internacional de filosofía Año 2007. Núm. 4. ISSN, 1699-7549

órdenes), mientras que la segunda forma de resistencia se refiere a acciones destinadas a desafiar ciertas prohibiciones legales. Ambas formas de resistencia (que se encuentran indudablemente asociadas) deben ser consideradas, prima facie, como formas de resistencia admisibles. Ante todo, los oprimidos deben considerarse moralmente libres de desobedecer aquellas órdenes que causan o fortalecen su situación de opresión” .

Para situaciones angustiantes y delicadas donde están en juego la vida, la supervivencia por el hambre o el trabajo y se reclama por estas cuestiones no es legítima la aplicación de la sanción punitiva sin comprender la naturaleza del reclamo.

En este caso “cuando el Estado comienza a utilizar su fuerza a favor del mantenimiento de una situación institucional fundamentalmente injusta, es que pueden aparecer o pueden resultar justificadas acciones de resistencia: el grado en que ello sea así dependerá, por supuesto, del mayor o menor nivel de “alineación legal” existente...El derecho de resistencia aparece entonces como la última carta posible, a jugar por la ciudadanía, en situaciones de alineación legal...” explica Gargarella.

Estas posiciones de desobediencia civil y resistencias constitucionales provocaron cambios significativos en diversos sistemas, tal los sistemas de educación y transporte públicos en los EEUU que tenían una matriz discriminatoria inadmisibile.

Se supone, que la constitucionalización de los derechos fundamentales hoy reconoce los derechos de las minorías, recepta las demandas sociales de los sectores más vulnerables y por lo tanto el sistema es capaz de tolerar tales demandas, mas como lo señalara Ugartemendia Eceizabarrena “...esta constitucionalización del derecho de resistencia no implica, sin embargo, la desaparición de la resistencia legítima contra el poder público (buena prueba de ello es la existencia de las modalidades de derecho de resistencia que acabamos de analizar), esto es, la imposibilidad de legitimar una resistencia al mismo. Lo que sí implica es la imposibilidad de llevar a cabo (de forma legítima) una resistencia al margen o en contra de los principios de justicia que fundamentan el ordenamiento jurídico- constitucional ya que, como se ha visto, en un Estado constitucional-democrático, tanto la función de garantía del Derecho como el fundamento de la legitimidad para desarrollar tal función residen en la Constitución democrática y/o en los principios de justicia que la caracterizan.

IV. CONCLUSIONES

Justamente por lo que señalamos como premisa de que la soberanía se ensancha y se traduce en el fortalecimiento de los derechos humanos en un universo global donde el hombre es ciudadano del mundo es que en Santiago de Compostela los días 9 y 10 de diciembre del año 2010 “ Foro Social Mundial sobre la Educación para la Paz” se destacó el derecho humano a la paz dentro del cual se destaca el art. 5 derecho a la desobediencia civil y el el art.6 el derecho de resistencia a la opresión señalándose que “ Toda persona y todo pueblo tienen derecho a resistir y oponerse a todos los regímenes que cometan crímenes internacionales u otras violaciones graves, masivas o sistemáticas de los derechos humanos, incluido el derecho a la libre determinación de los pueblos, de acuerdo con el derecho internacional.

2.- Las personas y los pueblos tienen derecho a oponerse a la guerra; a los crímenes de guerra, genocidio, agresión, apartheid y otros crímenes de lesa humanidad; a las violaciones de otros derechos humanos universalmente reconocidos; a toda propaganda a favor de la guerra o de incitación a la violencia; y a las violaciones del derecho humano a la paz, según se define en la presente Declaración. La glorificación de la violencia y su justificación como necesaria para construir el futuro y permitir el progreso será prohibida por ley.

El derecho de resistencia a la opresión es una manifestación en favor de la paz y no de la violencia, siendo esta el recurso extremo motivo por el cual se debería estipular una garantía colectiva que acoja la pretensión de la defensa de la constitución y la vigencia del ordenamiento jurídico con una acción de tutela efectiva para que jueces constitucionales puedan mantener el orden constitucional cuando es vulnerado o se efectivice de manera efectiva , en nuestra zona el compromiso