

LA PARADOJA DEL DERECHO DE RESISTENCIA

MARIA LUISA PIQUÉ - ANTONIA M. SIMBER

El 10 de diciembre de 2003 nuestra democracia constitucional cumplió veinte años de eficacia ininterrumpida. Por este motivo nos vemos obligadas a reflexionar sobre el derecho de resistencia ante gobiernos antidemocráticos, consagrado a partir de 1994 en nuestra Carta Magna.

Sirva entonces este trabajo como homenaje a nuestra Constitución y a todas esas personas que pelearon para que su contenido no fuera letra muerta.

I. INTRODUCCION

Con este trabajo nos proponemos hacer una posible interpretación del art. 36 CN, y, en particular, acerca del derecho de resistencia¹. Para ello, resulta ineludible analizar conceptos como "eficacia" y "vigencia" de las normas jurídicas, ya que el marco en que debe ser ejercido este derecho es el de un gobierno antidemocrático, que tomó el poder por la fuerza. Es por eso que la consagración de este derecho en la Carta Magna pareciera que no tiene sentido, ya que su ejercicio está previsto, precisamente, para cuando la Constitución no es eficaz: los gobiernos *de facto* suelen "derogar" la Constitución Nacional mediante algún "instrumento" (acta, decreto, estatuto, etc.). Entonces, ¿es posible ejercer este derecho? ¿En qué circunstancias?

Ensayaremos algunas respuestas que nos da la propia Constitución y la dogmática penal. Posiblemente no demos "la" respuesta a las cuestiones que se suscitan con el análisis de este artículo. Sin embargo, nos confirma-

¹ El art. 36 CN, en su texto y al menos varias veces. Sin embargo, como nuestra objetivo es circunscribir el análisis al derecho de resistencia, usará la definición que, en la vía que mencionamos "artículo 36" nos estamos refiriendo a su tercer párrafo que es precisamente, el que consagra la resistencia.

mos con generas inquietudes que pueden dar lugar a una discusión en un tema tan sensible como lo es la vigencia de nuestra democracia constitucional.

II. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR "DERECHO DE RESISTENCIA"?

Es importante, antes que nada, preguntarnos de qué se trata el "derecho de resistencia", ya que se lo puede relacionar con otros conceptos similares, como la "desobediencia civil", la "objección de conciencia" y la "resistencia constitucional" ante situaciones de "alienación legal". Empezaremos, por lo tanto, diferenciándolo de ellos.

La desobediencia civil, en pocas palabras, suele ser caracterizada como una actuación "ilegal, pública y no violenta llevada a cabo con el objetivo de cambiar una ley o política gubernamental"³. Otra de las características de la desobediencia civil es que aquellos que la ejercen no se sustraen a la acción de la justicia. El motivo principal de esta sumisión es que es una prueba del respeto al derecho vigente: la desobediencia se concentra, precisamente, en una ley o política en particular, que contradice los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Un claro ejemplo de esto, fue Martin Luther King, quien se alzó contra las leyes segregacionistas porque contradecían los derechos constitucionales.⁴

La objeción de conciencia, por otra parte, tiene que ver con alguna norma cuyo cumplimiento se rechaza porque contradice las convicciones más íntimas de alguna persona. Es decir, apela a principios individuales, y no "a las convicciones de justicia de la comunidad"⁵. Por esto, la objeción de conciencia, no necesariamente debe ser pública, por ejemplo.

Por último, la resistencia constitucional se da en una situación de *alienación legal* "es una situación en 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 nuestro designio y control, que afecta a los intereses más básicos de una mayoría de la población, pero frente al cual la misma aparece sometida. ..."⁶. A diferencia de los casos anteriores, en éste se discute la validez de las normas vigentes, cuya aplicación estricta es injusta. Ante esta situación, esas personas reaccionan de manera violenta y pública.

³ Ver Escobar Azaola, José A., *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Tomo I, p. 22.

⁴ Bloch, citado por Escobar Azaola, J. A., en la obra citada en nota 3.

⁵ Ver González A., Roberto, "La última carta: El derecho de resistencia en situaciones de alienación legal", presentado en el Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, (1987).

⁶ González A., "La última carta", cit.

El art. 36 de nuestra Constitución, sin embargo, no se refiere a ninguno de los tres conceptos mencionados. No hay dudas de que es sensiblemente diferente a la desobediencia civil y a la objeción de conciencia, situaciones en las que se reconoce la legitimidad del gobierno y del sistema jurídico; como ya hemos dicho, lo que se discute es la validez de alguna ley o política particular, ya sea porque es contraria a la Constitución o a las convicciones íntimas de una persona. Nosotras, por el contrario, pretendemos analizar situaciones en las que la Constitución no es eficaz, es decir, en las que no rigen los derechos que ella consagra. Y, en ese caso, la resistencia no es ante alguna norma particular, sino ante un sistema jurídico que se considera inválido y ante un gobierno que pretende legitimarse por medio de él. Con la resistencia constitucional, el derecho de resistencia del art. 36 puede llegar a guardar más afinidad, pero existe una diferencia básica. El art. 36 CN, se refiere a las situaciones en donde el ejercicio de los derechos ha sido suspendido por fuerzas armadas, que han usurpado el poder. Es decir, ante gobiernos antidemocráticos.

Este derecho de resistencia tiene su origen en la "resistencia a la opresión" a la que hacían referencia los autores del constitucionalismo clásico,⁴ que culminó con su consagración en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, por la Revolución Francesa: "el fin de toda acción política es la conservación de los derechos naturales e imprescindibles del hombre. Esos derechos son la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión" (art. 2°).

III. OPINIONES PARA TENER LOS OJOS

Antes de desarrollar el tema central de este trabajo, es conveniente hacer una reseña del contexto en el que fue introducido el art. 36 en nuestra Constitución Nacional y los fundamentos que se dieron para ello. Ésta tuvo lugar con la reforma de julio del año 1994. Llevada a cabo por la Convención Constituyente en la provincia de Santa Fe. En el debate acerca de este artículo, los convencionales emitieron su opinión sobre la conveniencia para

⁴Fueron estos los autores que se preocuparon por el derecho a la resistencia a la opresión, en la formación de los Estados modernos. Sin embargo, como explica Gargarella en el trabajo citado, las antecedentes de esta discusión se remontan a antiguos oradores, que fundamentaban la resistencia no sólo como un derecho natural, sino también como un deber religioso respecto a los gobiernos tiránicos. Finalmente, en la modernidad, John Locke se preocupó por este tema, y lo vinculó con los casos en los que tenía lugar el abuso crónico del poder. Claro está, desde su perspectiva contractualista, esto podía equivaler a una ruptura del contrato por parte del gobernante. El momento a todos los autores que se aventuraron sobre estos temas, especialmente en esa época, es que tenía un carácter, al menos para los límites de este trabajo, Para una exposición más completa ver GARGARELLA, R., "La última...", cit.

algunos, e inconveniencia para otros, de la introducción de esta norma en la Ley Fundamental. Veamos, entonces, cuáles fueron algunas de las cuestiones debatidas.

Algunos han encontrado un fin “pedagógico” en la incorporación de este artículo y han expresado que: “...una forma también eficaz de contribuir al fortalecimiento de las instituciones es educar a los jóvenes en las ideas de libertad, en los valores de la República, la moral, la ética y la democracia... Por supuesto que en la educación damos como implícito el valor de la libertad en términos de contenidos educativos. Nos parece que en la medida que queremos reafirmar esta convicción, hoy sería útil y saludable que lo contengamos como un valor principal en esta cláusula de defensa de las instituciones”⁷. En otra orilla, algún convencional ha llegado a expresar lo siguiente: “No voy a negar aquí la gravedad que implica que se quiebre el orden constitucional, pero vamos a poner en claro que la patria es el ser, y el orden democrático es el modo de ser, modo de ser que hoy es éste y mañana puede ser otro. La democracia es un accidente de la patria; en cambio la patria en sí y la Nación, en sus valores culturales, es el ser”⁸.

Otros legisladores se preguntaron sobre la justificación del art. 36. CN: “ Toda la respuesta que he encontrado... es que más allá de la lógica jurídica existe otra lógica o fundamentación, otro conjunto de principios que dan sustento a las normas jurídicas y que están en la propia realidad, en la historia y en los acontecimientos. Es decir que más allá de la lógica interna que tiene esta cláusula —y la tiene, por cuanto se establece un conjunto de actitudes que si se realizan tienen la condigna y correlativa sanción— también hay que buscar el fundamento, más allá del estricto campo normativo”⁹.

No fue casualidad que, dentro de este artículo que se propone defender las instituciones democráticas, se consagrara el derecho de resistencia. Precisamente, este derecho es la herramienta más inmediata que tenemos los ciudadanos frente a un eventual gobierno *de facto*¹⁰. Por esto mismo, algu-

⁷ Exposición del convencional Barrios.

⁸ Se trata de un fragmento de las ideas expuestas por el convencional Frontoni. Otro legislador comentó a esta interpretación del siguiente modo: “Quiero decir que la democracia es un accidente, después de lo que ha pasado en la Argentina y de lo que hemos vivido en los últimos años, evidentemente ha ocurrido en Miami”.

⁹ Convencional Rosari.

¹⁰ En adelante, nos vamos a referir a la distinción que hace Carlos S. Nino entre gobiernos *de iure* y gobiernos *de facto*. El mencionado autor según a dicha clasificación relevancia de índole moral y la otorga a los gobiernos democráticos y gobiernos autoritarios, respectivamente. De no entenderse la distinción de sus formas, explica Nino, ella debería abarcar ya que todo gobierno es *de facto* y *de iure* a la vez en el sentido de que todo gobierno tiene el poder para hacer cumplir sus normas —*poder de facto*— y la está ejerciendo al ejercicio de dicho poder a través de normas jurídicas que el mismo dicta —*poder de iure*— (Nino, Carlos S., “La calidad del derecho”, Astrea, Buenos Aires, 2000, pp. 89 y 90).

nas voces del recinto hicieron referencia específica al derecho de resistencia: "Establecer una convocatoria a la resistencia a la opresión es una cosa; pero especificar en el texto constitucional, en manos indiscriminadas de la población argentina, el derecho a resistir un acto de quebrantamiento, es otra. ¿Quién va a calificar el acto de quebrantamiento? ¿Cuál será la normativa? ¿Cuál va a ser la dirección en virtud de la cual esa orden se podrá cumplir por parte del autorizado?"¹¹ Es sumamente válido y oportuno preguntarse sobre estas cuestiones, especialmente si de incorporar el derecho de resistencia a la Constitución Nacional se trata. Aun así, ninguno de los convencionales intentó siquiera darles alguna respuesta.

Si bien no dudamos acerca de las buenas intenciones de algunos de los convencionales al defender el orden democrático, lo cierto es que ninguno de ellos ha fundamentado consistentemente el sentido de la incorporación del art. 36, CN. Menos aún, ninguno ha intentado explicar cómo podría ser aplicado y qué consecuencias se pueden derivar del eventual ejercicio del derecho de resistencia contra un orden antidemocrático. Parece más bien que la incorporación del artículo respondió a un sentimiento de nobleza hacia la democracia, pero que ninguno de los constituyentes consideró que, algún día, podrían darse los presupuestos para que este derecho entre en juego.

IV. QUÉ NOS DICE LA CONSTITUCIÓN

Ya hemos dicho que es necesario ahondar en los conceptos de "vigencia" y "eficacia". Pero, antes que eso, debemos diferenciar los términos empleados por el mismo texto al mencionar que la Constitución: "...mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza...". A simple vista pareciera que esos dos términos se excluyen, ya que resulta difícil pensar que, simultáneamente, la observancia de una norma pueda ser interrumpida a la vez que mantiene su imperio. Claro está, este problema se traslada a todos los derechos consagrados en la Constitución y, especialmente, es en el derecho de resistencia que entra en juego, precisamente, cuando se producen esos actos de fuerza que la derogan.

El término "imperio", en el lenguaje corriente, alude a la potestad suprema del emperador de mandar que trasciende los órdenes sociales específicos de cada población sujeta a su dominio. O sea, cuando una norma tiene imperio sobre un contexto determinado, su mandato va a extenderse más allá de cualquier circunstancia de hecho.

¹¹ Convención Yaguajay.

Por su parte, el término "observancia" se identifica comúnmente con el cumplimiento de una norma por parte de sus destinatarios, esto es, se trata de un concepto referido a una cuestión puramente empírica.

Ya delimitados el campo de aplicación de ambos términos, podemos concentrarnos en la significación que cobran dentro del art. 36 CN, y que nos remite a los conceptos de "vigencia" y "eficacia" de las normas. Así, "mantendrá su imperio" es más próximo a la noción de "vigencia" de la Constitución, mientras que "observancia" o "eficacia". De hecho, el "Consejo para la Consolidación de la Democracia", en su dictamen preliminar, consideró oportuno "que se añada al art. 23 una cláusula que incorpore el principio de que "la Constitución no perderá vigencia si se dejara de observar por acto de fuerza o fuere derogada o abrogada por un medio distinto al que ella prevé"¹².

Así como la Constitución se autoproclama vigente, aunque ella sea ineficaz, explica también qué valor van a tener los actos que atenten contra su vigencia, es decir, contra el orden institucional y el sistema democrático: "Estos actos serán insanablemente nulos" (art. 36, CN, párr. 1°, última parte).

En este punto, es donde nos surge una inquietud: ¿los actos que sancionan a aquel que se resiste son nulos aunque tengan pleno efecto durante el momento en que se realizan?

V. EFICACIA Y VIGENCIA DEL INSTRUMENTO QUE "DEROGA" A LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Esta solución que da la Constitución sobre el valor que merecen los actos de un gobierno que toma el poder mediante el uso de la fuerza no es azarosa, sino que se relaciona con los conceptos de eficacia, vigencia y validez de las normas *de facto*. Aquello que se entienda por cada uno de estos conceptos repercutirá en el juicio que se haga sobre esas normas y, particularmente, sobre los actos que sancionan el ejercicio del derecho de resistencia y a la resistencia misma.

Primero, entonces, debemos aclarar cuáles son los conceptos de "vigencia" y "eficacia", sobre los que reposa esta solución constitucional al valor de la norma *de facto* y cómo es la conexión entre ellos, es decir, si son dependientes o autónomos entre sí.

¹² Publicación por Echeburu, p. 44. Finalmente, si bien se optó por redactar una cláusula específica que consagra este principio, se inspiró la idea propuesta por el Consejo.

1. Eficacia

El análisis de este concepto es el punto de partida, ya que producir la eficacia o ineficacia de una norma nos permite nada más y nada menos que a verificar su efectivo cumplimiento o incumplimiento por parte de sus destinatarios. Que una norma sea eficaz nos indica que, en el plano fáctico, ella rige, más allá de la valoración jurídica o moral que merezca, tanto en su favor como en su contra.

En este sentido, al situar el concepto de eficacia en correlación con el mundo del "ser" estamos prescindiendo de cualquier valoración acerca de si la norma eficaz es "buena" o "mala". Si criterios de análisis de índole sustancial nos conducen a "creer" o "valorar" que ese "ser" eficaz no "debería ser" eficaz no va a alterar el hecho de que ese sistema normativo efectivamente goce o no de eficacia; este último tiene que ver con un campo de análisis de mera constatación. Esa valoración sustancial recién cobrará sentido si intentamos efectuar un correlato entre el "ser" y el "deber ser", para constatar si la norma eficaz está vigente y, en su caso, si es válida o inválida, justa o injusta.

En consecuencia, José Luis Serrano señala que se trata de un juicio sociológico o externo al sistema jurídico, ya que la verificación acerca de la eficacia o ineficacia de una norma se podría plantear del siguiente modo: "Constato que en el entorno social de un sistema jurídico una norma se cumple o no por sus destinatarios, cuyo incumplimiento se sanciona o no, que alcanza o no sus fines y que es eficiente o no para la sociedad"¹³, con lo cual su cumplimiento sólo prueba la eficacia "social" pero no su validez ni su vigencia.

En esta línea de análisis, no podemos negar que existen altas probabilidades de que el instrumento implementado por el gobierno antidemocrático sea eficaz, ya que, seguramente, los ciudadanos cumplirán con las disposiciones del acta, estatuto, etc., motivados por la detentación de la fuerza y la amenaza de sanción.

Por lo tanto, cuando es un gobierno antidemocrático el que asume el poder político, será el sistema por él implantado el que cobre eficacia, mien-

¹³ Serrano, José L., *Vigencia y validez: La operatividad perenne o la operatividad de la norma jurídica*. Trilce, 1999. En el desarrollo que efectúa el citado autor al explicar el juicio de eficacia, comienza una serie de conceptos a los que se hace referencia en la definición transcrita. Entre aquellos del concepto de eficacia está la efectividad que refiere que los fines expresados por una norma se alcanzan; la eficacia de cumplimiento que significa que una norma es eficaz porque se cumple; la eficacia de sanción, es decir cuando la violación de una norma es sancionada; y la eficiencia, que se da cuando una norma alcanza los fines que se propone con un costo razonable (p. 2021).

tras que el sistema que regía anteriormente pasará a ser incompatible con el primero —el constitucional— y devendrá ineficaz. Como consecuencia de ello, esa ineficacia va a extenderse a todos los derechos contenidos en el sistema normativo anterior, entre los cuales estaría incluido el derecho de resistencia. En los términos usados por la propia Constitución, tanto ella como los derechos y garantías que conlleva serán “intertemporalmente su observancia”, mientras que cobrarán eficacia o serán observadas las normas impuestas por el gobierno *de facto*.

2. Vigencia

Mientras que un gobierno *de facto* ocupa el poder, la Constitución Nacional es ineficaz. Todo el conjunto de derechos y garantías que conlleva suele ser dejado sin efecto a través de algún instrumento¹⁴. A su vez, nace un nuevo sistema de normas que reemplaza al orden depuesto¹⁵.

¹⁴ A modo de ejemplo, la junta militar que tomó el poder el 24 de marzo de 1976 llevó un “Acta para el Proceso de Reorganización Nacional” (publicado el 28/3/1976) mediante la cual pretendió “derogar” la Constitución Nacional. Entre otras cosas, dispuso la siguiente: “En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los veinticuatro días del mes de marzo del año mil novecientos setenta y seis, reunidos en el Comando General del Ejército, el Comandante General del Ejército, Teniente General D. Jorge Rafael Videla, el Comandante General de la Armada, Almirante D. Emilio Eduardo Massera y el Comandante General de la Fuerza Aérea Argentina, Brigadier General D. Orlando Ramón Agosti, vista el estado actual del país, proceden a formar un cuerpo del Gobierno de la República. Por ello resuelven: 1. Constituir la Junta Militar con los Comandantes Generales de los Fuerzas Armadas de la Nación, la que asume el poder político de la República. 2. Declarar caducos los mandatos del presidente de la Nación Argentina y de los gobernadores y vicegobernadores de las provincias. 3. Disolver el Congreso Nacional. 4. Retirarse a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al presidente y al vicepresidente de la Nación. 5. Suspender la actividad política y de los partidos políticos, a nivel nacional, provincial y municipal. 6. Suspender las actividades gremiales de trabajadores, empresarios y de profesionales. 7. Designar al candidato que ejercerá el cargo de presidente de la Nación...”

¹⁵ De hecho, con el golpe militar de 1976, se inauguró una nueva praxiología legislativa. En la misma no obstante, no estaba la Constitución Nacional, sino los siguientes instrumentos: 1) Decreto para el Proceso de Reorganización Nacional (comunicado oficialmente el 28/3/1976); 2) Acta para el Proceso de Reorganización Nacional (comunicado oficialmente el 28/3/1976) y basada en la nota anterior; 3) Acta que fijaba el propósito y los objetivos básicos del Proceso de Reorganización Nacional (comunicado oficialmente el 11/5/1976). El Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional dispuso, entre otras cosas, lo siguiente: “Considerando que es necesario establecer las normas fundamentales a que se ajustará el Gobierno de la Nación en cuanto a la estructura de los poderes del Estado y para el desarrollo del mismo a fin de alcanzar los objetivos del mismo y recomponer la estructura de la República, la Junta Militar, en ejercicio del poder constituyente, establece: Art. 1. La Junta Militar... derogando el contenido que en el título de presidente de la Nación suplen los artículos 81 y 82 de la Constitución de la Nación, Art. 7. La Junta Militar podrá, cuando por razones de Estado lo considere conveniente, remover al candidato que se designó como presidente de la Nación, designando a su reemplazante... Resolvió... recomponer y derogando a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación... Resolvió, además, las de aludidos que son: 15, 17, 18 y 19 del art. 86 de la Constitución Nacional excepto el 19º, con lo cual también las que son: 21, 22, 23, 24, 25 y 26 del art. 87 artículos del Congreso Art. 8; Las Asambleas Intermedias que la Constitución Nacional otorga al Congreso... están ejercidas por el pre-

José Luis Serrano define al juicio sobre la vigencia de las normas como aquel que va referido a *"la mera constatación de la existencia de una norma en el interior de un sistema jurídico. Es un juicio de hecho o técnico, pues se limita a constatar que la norma cumple los requisitos formales de competencia, procedimiento, espacio, tiempo, materia y destinatario; y cómo tal juicio de hecho es susceptible de verdad y falsedad"*¹⁶.

La vigencia de una norma, para este mismo autor, es un concepto autónomo que va más allá de su eficacia, porque esta última tiene que ver con circunstancias fácticas, de las que no pueden deducirse prescripciones normativas.

Decir que una norma jurídica está vigente equivale a decir que esa norma existe, y, por lo tanto, está disponible para el operador jurídico: "la norma sólo es tal norma, sólo existe, a partir del juicio de disponibilidad (vigencia) emitido por el intérprete autorizado, de manera que un elemento existe jurídicamente si y sólo si está vigente y, al contrario, si está vigente es porque existe. La existencia no es, pues, un atributo más de la norma jurídica, sino su propia condición de tal. Decir "norma jurídica vigente" es un pleonismo, porque atribuimos dos predicados idénticos al mismo sustantivo"¹⁷.

Si adoptamos esta concepción acerca del juicio de vigencia, desde ya que el instrumento del que se trate (acta, estatuto, decreto, etc.) no sería una "norma jurídica", ya que no cumpliría con los requisitos formales de competencia, procedimiento, espacio, tiempo, materia y destinatario a los que aludimos: en síntesis, no estaría vigente. Que su dictado no se corresponde con el mecanismo constitucional previsto para su modificación (art. 30, CN) resulta una obviedad. Por lo tanto, considerarla como "norma jurídica" aunque "no vigente", sería un oxímoron, ya que se trata de un instrumento inexistente para el orden jurídico.

¿Influye que este instrumento del que se trate sea eficaz? De ninguna manera. Ya hemos dicho por qué el juicio de vigencia es autónomo del de eficacia ya que el primero es un juicio interno al sistema jurídico, mientras que el segundo es un juicio basado en conceptos empíricos.

instrumento de la Nación... Art. 12: El PFN pertenece la constitución a los gobiernos provinciales, y depende de los gobernadores, quienes ejercen sus facultades conforme a los mandatos que impone la Junta Militar... Art. 14: Los gobiernos nacional y provinciales ejercen su acción a los efectos del texto que fue de Juan Manuel el entonces Estado y a los Constitucionales Nacional y provinciales en tanto no se opongan a aquéllos".

¹⁶ Serrano, J. L., *Vigencia...*, cit., p. 51

¹⁷ *Ibid.*, p. 102

Dada la incapacidad de este instrumento para negarle la existencia a la Constitución, ésta mantendrá su vigencia. Lo mismo sucederá con el derecho de resistencia. Más allá de que durante el período en que se mantenga en el poder el "régimen de facto" su ejercicio sea aparentemente ineficaz, su vigencia se mantiene intacta. Y aunque el régimen antidemocrático expresamente elimine este derecho y condene "cualquier transgresión a la ley u oposición al proceso" que instaura, estos actos no tendrán valor alguno: "...serán insanablemente nulos...".

Generalmente, atrás de los conceptos de "eficacia" y "vigencia", se suele analizar la "validez" de las normas. Pero este caso, es diferente: si, como ya hemos dicho, la vigencia de una norma es sinónimo de existencia, sólo son normas jurídicas los instrumentos disponibles del sistema. Y esa disponibilidad depende de que, para su sanción, se hayan respetado los recaudos formales. Una vez comprobada la vigencia de alguna norma, tiene sentido hablar de su validez. Pues bien, no cabe duda, la herramienta de la que se valdría el grupo armado para tomar el poder, deponer a las autoridades legítimas e instaurar un gobierno *de facto* no es una norma jurídica. Y analizar su validez, por lo tanto, es un sinsentido: este juicio está reservado para analizar normas jurídicas, y no cualquier instrumento que regule conductas, por más eficaz que sea.

VI. LA RESISTENCIA A UN GOBIERNO ANTIDEMOCRÁTICO: UN DERECHO PARADÓJICO

... El derecho de resistencia presenta algunas particularidades con relación a los restantes derechos y garantías constitucionales que lo transforman en un derecho paradójico. Mientras que el ejercicio del derecho aludido está condicionado según el tipo de gobierno que está en el poder, ya que se debe dar determinados presupuestos para su ejercicio, no sucede lo mismo con los restantes derechos. Precisamente, la aplicación del derecho de resistencia está prevista para cuando el gobierno democrático ha sido depuesto por la fuerza. Así, a simple vista, este derecho no encontraría cabida bajo ninguna circunstancia: durante el gobierno *de iure* no entra en juego, porque el gobierno es democrático y, durante el mandato de un gobierno *de facto*, se suele "derogar" a la Constitución (al menos, en lo que se contradiga con sus normas). Por lo tanto, ésta pierde eficacia y arrastrarla consigo a todos los derechos y garantías que contiene. Es más, seguramente, el gobierno antidemocrático no sólo suspenda el ejercicio de la Constitución, sino que también considere como delitos lo que la Constitución consagra como dere-

chos. Esto es lo que sucede con el derecho de resistencia, ya que difícilmente un gobierno antidemocrático lo mantenga¹⁸.

VII. DERECHO DE RESISTENCIA: PUJA ENTRE UN DERECHO VICENTE

Y DE APARENTE INEFICACIA CONTRA UN SISTEMA NO VICENTE PERO EFICAZ

Una vez aclarados los conceptos de eficacia y vigencia, y analizados en función del instrumento que "detoga" la Constitución Nacional, durante un gobierno *de facto*, es conveniente analizar qué sucede con el derecho de resistencia. Ya hemos adelantado que, aparentemente, al igual que el resto de la Constitución Nacional, durante el período en que el gobierno antidemocrático ocupa el poder, pierde su eficacia, aun cuando conserva su vigencia. De hecho, queda fuera de dudas que aquel que se resista a un gobierno *de facto* sufrirá las consecuencias mientras éste perdure. El problema se suscitará, sin embargo, en el momento en que retorne la democracia. ¿Qué valor merece ese acto a la luz de un gobierno constitucional? ¿Es una ofensa que debe ser perdonada o se trata de un acto que siempre fue "conforme al derecho"?

La teoría del delito, en este sentido, ilustra esta discusión. De hecho, dentro de este campo de análisis, la cuestión que se debate es si el derecho de resistencia es una causa de justificación y, como tal, excluye la anti-juridicidad de una conducta, o bien es una excusa absolutoria, por lo que el acto de resistencia sería antijurídico y culpable, pero no punible, es decir, "perdonable".

Particularmente, la dogmática alemana se ha ocupado con ahínco de este tema, ya que con la reforma de la Constitución de ese país en 1969, se introdujo en dicho texto un artículo similar al nuestro: "Todos los alemanes tienen el derecho de resistencia, cuando no sea posible la ayuda de otras instancias defensivas" frente a cualquiera que intente eliminar el orden fundamental liberal y democrático (definido en su art. 20 I-III). Claus Roxin, al igual que Hans Welzel, sostiene que se trata de una causa de justificación, una suerte de "estado de necesidad" del Estado, por lo que, junto a dicho artículo, también es posible recurrir al derecho de necesidad

¹⁸ A modo de ejemplo, el general Videla, una vez consumado el golpe militar del 12 de marzo de 1976, dijo lo siguiente: "... A partir de ese momento, la responsabilidad asumida recae el ejercicio soberano de la autoridad para erradicar definitivamente los virus que afectan al país. Por ello, el país que se consumara combatiendo sin tregua la delincuencia subversiva... se declara totalmente demagogo... no se tolera la corrupción o la venalidad... ni tampoco, cualquier transgresión a la ley o injuria al proceso de reparación que se inicia...". Esto no sólo vale para el derecho de resistencia, que, por otra parte, en aquella época no estaba positivizado en nuestro texto constitucional, sino también para otros derechos como la libertad de expresión, de reunión, de asociación, de tránsito, etc.

justificante del art. 34 del Código Penal alemán ²¹. Hans-Heinrich Jescheck también incluye al derecho de resistencia dentro de los supuestos de estado de necesidad justificante: "el Derecho Penal debe atenerse a la situación legal y, por ello, ha de resolverse cómo haya de tratarse jurídicamente el derecho de resistencia y, en especial, el error sobre el mismo. El art. 20 IV GG tiene como objeto una parte del estado de necesidad concerniente al Estado" ²².

Más allá de esto, lo cierto es que afirmar que los actos de resistencia son conductas típicas que están justificadas, implica afirmar que los actos de resistencia no merecen ningún perdón, ya que son conductas que, desde el principio, están "autorizadas" porque constituyen el ejercicio de un derecho. De hecho, si la resistencia es llevada a cabo a través de conductas subsanibles en algún tipo penal, como, por ejemplo, dar muerte a la persona que atenta contra la democracia, no podremos negar la tipicidad de esta conducta (siempre y cuando, claro está, concurren todos los elementos, objetivos y subjetivos). Es así que, en el plano de la antijudicialidad, llegamos a la conclusión de que concurre una causa de justificación, el derecho de resistencia, a partir de la cual dichas conductas se considerarían como autorizadas. El hecho de que aún así y previo a ello la conducta sea considerada típica no es contradictorio: la tipicidad implica la subsunción de un hecho en una descripción normativa. Sin embargo, en ese plano de análisis todavía nada se afirma en relación con la cuestión de si esa conducta atenta, o no, contra el sistema jurídico. Precisamente, el ver al derecho de resistencia como una causa de justificación implica afirmar que esa conducta no atenta contra el ordenamiento jurídico. Y las causas de justificación no actúan como un "perdón" (lugar que ocupan las excusas absolutorias o las causas de infirme reproche) otorgado al infractor por el sistema, sino que son "autorizaciones" para actuar.

Suponer que el derecho de resistencia devendría ineficaz durante ese período, al igual que toda la Constitución, nos puede llevar a extraer dos conclusiones: o bien el derecho de resistencia no tiene ninguna utilidad, y su introducción en el texto constitucional se debió únicamente a las buenas intenciones de los legisladores, o bien, los actos ejercidos en resistencia contra un gobierno antidemocrático son conductas que quebrantan la "ley" (se trate de las normas impositivas, penales, contravencionales, etc.) pero que, en el retorno de la democracia, merecerán el "perdón". Volviendo al paralelismo

²¹ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. 1, pp. 314 y ss.

²² Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Comares, Granada, 1998, 34, 194.

mo con la teoría del delito, esta conclusión equivaldría a sostener que se trata de una excusa absolutoria.

Llegar a esta solución, especialmente a la segunda, significa afirmar que la resistencia a un gobierno *de facto* es una infracción a una "norma". A punto tal es una infracción que debe ser "perdonada" por el sistema jurídico. La resistencia, entonces, acarrearía consecuencias jurídicas que, como tales, merecen una respuesta desde lo jurídico. De ser así, el art. 36 CN, debería expresarse de la siguiente manera: "Todos los ciudadanos que se resistan contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo serán perdonados, una vez que retorne el sistema democrático".

Sin embargo, debemos tener en cuenta que la diferencia entre un gobierno democrático y un gobierno que toma el poder por actos de fuerza, radica en que el primero estará amparado por un sistema constitucional, mientras que el segundo estará caracterizado por la primacía de la fuerza, que es, precisamente, la forma en que llegan al poder y lo mantienen. Como explicamos antes, sus actos no van a ser normas jurídicas, sino que, a la luz del sistema constitucional, son inexistentes. Entonces, ¿cómo es posible que el gobierno democrático "perdone" ofensas hechas a un gobierno ilegítimo? En todo caso, es el ofendido quien debe perdonar. Así, sería el mismo representante del gobierno antidemocrático quien debería decir al resistente, en un acto de benevolencia: "perdono que hayas incumplido las órdenes que he decretado".

Esto es así ya que como el gobierno antidemocrático, en este caso el ofendido, está fuera del sistema jurídico, las consecuencias de los actos del ofensor que actúa en resistencia no pueden tener tampoco ninguna consecuencia jurídica. La diferencia entre considerar el derecho de resistencia como un perdón o como un acto que de ninguna manera contradujo al sistema jurídico, es simplemente un juego de palabras.

No es casualidad que el art. 36 CN, nos indique que "todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia...". Con lo cual, no se trata de una acción ilícita que debe ser "perdonada". Antes bien, es el ejercicio de un derecho constitucional.

No desconocemos la existencia de medidas coercitivas que pueden implementarse contra los resistentes, tales como ejecución, embargos, prisión, censura, etc. Claro está, este tipo de medidas deberán ser reparadas en la medida de lo posible²¹ dejadas sin efecto con el retorno de la democracia —el embargado recuperará su dinero, el prisionero su libertad y el cen-

²¹ No es necesario aclarar, tampoco, que algunos daños son irreparables, como, por ejemplo, la ejecución de alguna persona.

surado su libre expresión— y a lo mejor hasta se los indemnice. No obstante, estas reparaciones serán, exclusivamente, esas reparaciones. No será necesario poner en marcha mecanismos jurídicos para “perdonar” conductas resistentes a los actos de fuerza que atentaron contra el sistema democrático¹², ya que esa resistencia fue el libre ejercicio de un derecho constitucional. Nada hay, pues, para perdonar.

Aun así, puede ser necesario que se haga una “declaración” respecto de la naturaleza de estos actos por parte de alguno de los órganos del Estado, por ejemplo, del Poder Judicial. En última instancia, de alguna forma deberá instrumentarse esa reparación. Por ejemplo, la absolución del condenado podrá realizarse, fundadamente, en forma escrita y esa resolución será agregada a la causa; se dejará sin efecto el embargo mediante la orden de una resolución fundada; de la misma manera se autorizará la publicación de aquellas expresiones que hayan sido prohibidas. Pero para que los actos de resistencia sean valorados como tales, no será necesaria dicha “declaración”. Ese juicio de valor lo hace la misma norma constitucional al decir que “Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia”.

Por este motivo hicimos mención a lo largo del trabajo a la “aparente” ineficacia del derecho de resistencia. No negamos que el ejercicio de este derecho tiene consecuencias “físicas” (la muerte, la tortura, la confiscación de los bienes, la prisión, la censura, etc.). Esas consecuencias, no obstante, no son jurídicas, desde que se desarrollan en el marco de un sistema en el que prima la fuerza sobre el derecho, justamente porque los instrumentos que dictan esas medidas no son normas jurídicas. El hecho de que la Constitución sea ineficaz, cuando el derecho deviene eficaz no es una contradicción. Esos son los presupuestos de hecho que prevé la Ley Fundamental para su ejercicio, y las particularidades que lo diferencian de los restantes derechos y garantías.

VIII. LÍMITE AL DERECHO DE RESISTENCIA Y ÓRGANO DE INTERPRETACIÓN

En este punto nos proponemos establecer un límite posible al ejercicio del derecho de resistencia ya que, como sucede con el resto de los derechos, es necesario delinear un marco dentro del cual pueda entrar en juego sin colisionar con otros principios o derechos constitucionales. Ese límite deviene esencial en este caso en particular ya que, por las características del derecho de resistencia, definir o enumerar las conductas que lo constituyen de no ser una tarea imposible sería sumamente arbitraria.

¹² V. gr., a través de un indulto o de una ley de amnistía.

Como se dijo, entonces, es necesario buscar un límite normativo que sirva como pauta no sólo para aquellos que se vean en la situación de ejercer este derecho sino también para quienes eventualmente deban interpretar si una conducta constituye el ejercicio del derecho de resistencia o no. Este límite, que debe ser único y servir para todas las situaciones que se presenten a lo largo de la historia, es impuesto por la propia Constitución en su art. 21 al establecer que "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 a los decretos del Ejecutivo nacional". Entonces, la misma Constitución establece cuán extenso puede ser el abanico de conductas que se consideren como resistentes: el "límite de máxima" impuesto por la norma constitucional es la posibilidad de la utilización de las armas para defender el orden democrático. De allí se infiere que una conducta que tienda al mismo objetivo y que sea menos radical —es decir que prescinda de la utilización de la violencia— puede constituir el ejercicio regular de ese derecho.

Hasta aquí, podemos concluir que la norma mencionada nos da una pauta fundamental a tener en cuenta a la hora de establecer el límite máximo a la resistencia: que cabe la posibilidad de tomar las armas siempre y cuando la finalidad sea la defensa del orden constitucional¹⁹.

Como ya hemos dicho, la valoración de estas conductas se hará una vez restablecida la democracia, ya que en ese momento deberá existir un órgano encargado de interpretar si determinadas conductas pueden reputarse o no como resistentes (y si se encuentran dentro del límite señalado). Eso nos lleva a preguntarnos, entonces, acerca de cuál debe ser el poder del Estado al cual le correspondiera hacer tal apreciación. Existen varias alternativas. Tradicionalmente, podríamos pensar que debe hacerse desde el Poder Judicial, ya que de lo que se trata es de valorar conductas. Sin embargo, dado que estas conductas no constituyeron el quebrantamiento de ninguna ley, no existen razones para no dejar esta cuestión en manos de la ciudadanía.

Por el momento, solamente nos interesa dejar abierta la discusión al respecto, sin tomar partido por ninguna de las soluciones mencionadas. Pero queremos dejar en claro que así como las conductas que, eventualmente, sean objeto de interpretación fueron concebidas para defender la Constitución Nacional, será en ese marco dentro del cual deberán ser sometidas a una intensa evaluación de legitimidad. Para ello, se deberán tomar en cuenta no

¹⁹ En los párrafos anteriores del trabajo ya fueron mencionadas las circunstancias que deben presentarse para justificar la defensa del orden democrático.

sólo el límite constitucional sino también todas las consideraciones desarrolladas a lo largo de todo este trabajo.

Lamentablemente, la historia de los gobiernos *de iure* y los gobiernos *de facto* ocupan varios capítulos de nuestra historia como Nación, desde 1930 en adelante. En el año 2003, en el que se cumplieron 20 años de democracia interrumpida, y en el que nuestra Constitución cumple la misma edad de eficacia sin sobresaltos, la esperanza de que no se vuelvan a suceder trágicos acontecimientos de golpes de Estado parece más justificada. Si bien nuestra preocupación es que el derecho de resistencia sea eficaz, al menos dentro de sus condiciones de posibilidad, es decir, una vez restablecido el gobierno constitucional, en caso de que fuerzas armadas abortaran la democracia por la fuerza, esperamos que no sea necesario llegar al punto en que pueda ser aplicado. En ese afortunado caso, podría pensarse que la historia *lex* ha dado la razón a los constituyentes: el art. 36 tendría como fin educar a los "jóvenes" en la libertad y en la defensa de las instituciones. Pero no estamos de acuerdo con ello. La consagración del derecho de resistencia es mucho más que una lección de Educación Cívica. Es un paso, tímido, pero ¹ paso al fin, hacia la consolidación de una democracia constitucional que tanto trabajo, tantos años, tantas vidas, nos llevó.