

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**Los gobiernos de hecho ante el derecho y la circunstancia
política**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Andrés Fink

DIRECTOR:

Luis Sánchez Agesta

Madrid, 2015

Rd. J-4.288

TE
90

ANDRES FINK

LOS GOBIERNOS DE HECHO ANTE EL DERECHO
Y LA CIRCUNSTANCIA POLITICA

Tesis Doctoral

Director: Prof. D. Luis Sánchez Agesta

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
Facultad de Derecho
1980



BIBLIOTECA
DE DERECHO

INDICE

	<u>Pág.</u>
PROLOGO	III
CAPITULO I: <u>INTRODUCCION Y CONCEPTOS BASICOS</u>	1
<u>Notas</u>	41
CAPITULO II: <u>DIVERSAS VIAS Y PROFUNDIDADES DE</u> <u>LA RUPTURA CONSTITUCIONAL</u>	46
1. Revolución pacífica. España 1976-1978	48
<u>Notas</u>	76
2. Transiciones en forma violenta	80
2.1. Golpe de Estado. Argenti- na 1930-1973	80bis
<u>Notas</u>	123
2.2. Revolución. Distintos - tipos.	126
2.2.1. Revolución violen <u>ta</u> y total. Yu-- goslavia 1945	126bis

II.

	<u>Pág.</u>
<u>Notas</u>	170
2,2.2. Revolución Política no aparente. Roma duran- te el Principado de A <u>u</u> gusto	174
<u>Notas</u>	192
CAPITULO III. <u>EL PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD</u>	195
<u>Notas</u>	241
CAPITULO IV. <u>CONCLUSIONES</u>	245
<u>Notas</u>	253
<u>Bibliografía</u>	254

PROLOGO

La preocupación fundamental que ha presidido e impulsado este estudio ha sido la indagación sobre la esencia de lo político. Una aproximación a la misma me ha parecido posible hacerlo a través de una situación límite, como son los gobiernos de hecho. Estas situaciones tienen siempre un carácter de primigeneidad que, de algún modo, retornan la vida política de una sociedad hacia un nuevo punto de origen. Y es aquí, en estas circunstancias, donde quizá aparezca más nítida la esencia del fenómeno político, puesto que indudablemente se trata de situaciones de excepcionalidad. Quien conoce la excepción, sabe también el principio que hoy prima en nuestra civilización de que el gobierno de las comunidades se hace mediante un sistema que ha ido cristalizando a lo largo de siglos. Tanto la designación de los gobernantes, cuanto el ejercicio de su función, se encuentran subordinados a una serie de normas, principios y criterios, que han elevado el fenómeno político, desde su esencialidad y fundamentalidad intrínsecas, a un plano en apariencia superior, cual es el de la regulación legal positiva de toda la vida política. Cuando hoy se habla de lo político se piensa al instante en ese plano superior con sus caracteres de seguridad, plenitud, integridad y perfección. Pero con toda la perfección alcanzada y reconocida, y cuya validez y necesidad no se cuestiona, observamos, casi diariamente, situaciones en la vida de los pueblos en que todo este andamiaje en el que tanto se confía, a pesar de esa perfección, cae, a veces incluso con estrépito, y que todos aquellos instrumentos se demuestran poco menos que inservibles para resolver y superar el momento político en cuestión. Es entonces cuando, aparentemente, volvemos a descender al plano de la esencia, lo cual no signifi

IV.

ca que nos alejamos, sino que contrariamente nos acercamos con mayor aproximación al núcleo de lo político, que en sí mismo - es intemporal, y en su esencia inmutable.

El tema de los gobiernos de hecho afecta a casi todos los capítulos del Derecho Político. La problemática política en toda su integridad, intensidad y profundidad, se concentra en este tema límite en un solo momento, y nos obliga a realizar simultáneamente un esfuerzo de análisis y de síntesis. -- La problemática es en sí misma unitaria, pero los enfoques y aspectos desde los que es estudiada, pueden y deben ser varios y distintos, puesto que una realidad como la política, y tanto -- más una situación juridicopolítica de hecho, no puede descartar ninguno de ellos en la interpretación de esa realidad.

En el presente estudio se ha profundizado particularmente en los aspectos jurídico e histórico, sobre todo en este último, con la finalidad de acercar la problemática y tratar de ampliarla, como si la colocásemos bajo una lente de aumento. - Y no nos faltan casos para la disección. Los cuatro elegidos - lo han sido por estar relacionados, de alguna manera, con mi vida: Los dos primeros, por la convivencia personal en Argentina y España; el tercero, Yugoslavia, porque, aún sin haberlo vivido personalmente, ha proyectado sobre mí consecuencias muy próximas; y el último, por cuanto algún aporte personal debía hacer como consecuencia de mi inclinación a conocer la historia - y la vida de los pueblos antiguos, y muy especialmente el romano.

Historia docet. Ante este tema tan intrincado, quizá no nos enseñe mucho la Historia, pero puede ayudarnos a comprender, lo cual es muy significativo en el momento de encarar la -

V.

problemática estudiada del lado filosófico y además sociológico. Y estas dos perspectivas son las que realmente arrojan mas luz sobre la temática, y solo a través de ellas, es como puede llegarse a definir criterios que resulten válidos para enjuiciar - este tipo de situaciones extremas. Sin duda estos aspectos, re flejados en el último capítulo del estudio, merecerían ser tratados con mayor exhaustividad. He intentado responder a las -- principales interrogantes que se plantean en esta problemática, pero su profundidad y dimensión son tales, que he encontrado -- muy difícil llegar a un tratamiento completo de la misma.

El tema asumido, complejo y polifacético, hace que -- quien se encare con él, ve abrirse constantemente nuevos y sucesivos interrogantes, aspectos inéditos, cada uno de los cuales, en la fase aproximativa, comienza a atraer con fuerza gravitacional propia, invitando, cuando no imponiendo, a que nos - adentremos en el mismo. Aunque existe en el fondo una unidad - indudable, la temática induce a la dispersión. El carácter limitado de toda tesis condiciona e impone cotos a la misma, y -- por ello algunas de las respuestas están solamente esbozadas. - Además esta tesis se presenta en la Facultad de Derecho, y no - en la de Filosofía, o en la de Ciencias Políticas y Sociología. Es lógico, entonces, que el principal peso del tratamiento lo - lleve el aspecto jurídico, y, dentro de este, el histórico-constitucional.

En la denominación "gobiernos de hecho" subyace el -- origen positivista del término. En el presente análisis este - enfoque positivista es rechazado por insuficiente, y, por lo -- tanto, por erróneo. Solo una concepción global y profunda de - lo que es el Derecho puede iluminar adecuadamente el panorama.- Esta concepción global es la que nos eleva por sobre lo

VI.

positivo cotidiano y cambiante. Es posible, por lo tanto, que, lo que desde el punto de vista meramente positivista es calificado "de hecho" y despreciado como algo no jurídico, desde la concepción última y definitiva del Derecho como orden justo sea rescatado y aceptado incluso como una categoría de posibles contenidos valiosos. Porque si el fin último de todo orden, de todo Derecho, es realizar la justicia, es ésta, en última instancia, la que califica ese orden. Si ese orden político puede -- realizar la justicia en una sociedad es porque se trata de un orden válido y aceptado.

Y aquí aparece la segunda preocupación que ha estado presente en todo momento durante la redacción de ésta tesis, -- complemento ineludible de aquella fundamental de la esencia de lo político: La Justicia, sin la cual el fenómeno político no podría darse. Es evidente que en su realización material puede haber diversos grados de justicia, o distintas concepciones de la misma, pero que debe haber un mínimo de ella, no cabe duda. Obviamente una preocupación básica es la de la libertad, -- pero como ésta sin orden justo, sin justicia, tampoco es tal, la preocupación fundamental sigue siendo solo la justicia.

El sentido de la justicia es innato al ser humano. -- Este sentido le indica al hombre cuando una situación política es, desde este punto de vista, satisfactoria o no. Lo mayor -- comprende lo menor. Dentro del sentido de lo justo cabe también el sentido de lo conveniente y, en nuestro caso, de lo políticamente conveniente. Este es otro de los puntos claves de la problemática. Aunque subyazca siempre en el fondo la cuestión del régimen justo, no siempre las interrogantes se plantean en términos tan graves y trascendentales. Muchas veces se plantean en términos de lo conveniente o necesario. También és

VII.

tas categorías son conocidas por el ser humano y frecuentemente por vía intuitiva. A menudo aparecen necesidades políticas que no tienen cabida en el derecho positivo vigente. En estos casos la recta razón indica cual es la medida de lo conveniente en una situación política dada y, simultáneamente, y necesariamente, cual es la medida de lo justo. Ambos aspectos confluyen, y así tenemos aquí expresada, en forma quizá simple pero real, la síntesis entre Política y Derecho. Esta síntesis, por naturaleza necesaria e ineludible, he querido tener presente durante todo el estudio.

La democracia, dicho en pocas palabras, es un régimen de justicia y libertad. Dentro de estos valores fundamentales y básicos están contenidos otros como el consentimiento y la igualdad. Es por la vía de estos valores y principios fundamentales que una situación jurídico política llamada de hecho podría ser aceptable transitoriamente. Es evidente que si, en esta situación, alguno de los elementos mencionados falta, no puede hablarse, no ya de régimen democrático, pues este desde el punto de vista legal positivo no es tal, sino tampoco de condiciones de vida democráticas y pluralistas. Son estas condiciones, estos requisitos, esta esencia, la que he buscado y la que he querido definir y encontrar incluso en los gobiernos de hecho. Su existencia o su falta es la que calificará en última instancia estos gobiernos.

Bien sé que en este tipo de búsqueda, y especialmente en un tema tan complejo, siempre puede encontrarse algún cabo sin atar, o al menos, mal atado, pero quizá valga este intento para dejar razonablemente planteado el problema, junto con la pretensión modesta de haber esbozado algunas respuestas que faciliten su comprensión.

VIII.

Convendría hacer, finalmente, una pequeña advertencia. Los casos históricos estudiados son muy distintos entre sí. Pero, si bien pueden parecer compartimentos estancos, independientes y desligados uno de otro, no puede prescindirse de la lectura de ninguno de ellos para la correcta comprensión del tema, pues cada uno representa una parcela del mismo y su unidad de vería alterada con una lectura parcial. Cada uno de los casos, al ser escrito, ha sido razonado teniendo en cuenta el esquema general. Las conclusiones, por cierto, están al final, pero hay muchas de ellas, explícitas o implícitas, dispersas en el texto que deben ser tenidas en cuenta para una adecuada comprensión de la cuestión planteada.

Este prólogo no podría cerrarse sin expresar un reconocimiento hacia quienes hicieron posible esta tesis. En primer lugar, y en forma impersonal, al antiguo Instituto de Cultura Hispánica, actual Instituto de Cooperación Iberoamericana, por la ayuda económica que tan generosamente me brindara y sin la cual me habría sido imposible realizar este trabajo. Mucho debo también al Profesor D. Luis Sánchez Agesta, que, con su benevolencia y comprensión, me ha orientado, directa e indirectamente, en esta árdua tarea. Su valioso consejo posibilitó la culminación de este estudio, pero, por supuesto, me hago cargo de todos los errores que pueda haber en él. Debo agradecer, asimismo, a los catedráticos de la Universidad Autónoma de Madrid, Profesores D. Francisco Murillo Ferrol y D. Juan Antonio Carrillo Salcedo, los cuales, quizá sin darse cuenta, representaron para mí un gran apoyo moral y que sólo yo puedo valorar cabalmente. Y por último, "last but not least", quiero agradecer a mi esposa por toda la ayuda y aliento que me brindo en momentos difíciles para ambos.

I. INTRODUCCION Y CONCEPTOS BASICOS

Los gobiernos de hecho son hoy y desde siempre una realidad insoslayable. Dando por demostrada la necesidad de un gobierno en toda sociedad humana, observamos que en situaciones de crisis el ejercicio de la acción gubernativa se hace sumamente difícil. Las circunstancias exigen de los gobernantes una actuación firme y prudente. El ritmo vertiginoso que suelen adquirir los acontecimientos, impulsa, en innumerables ocasiones a la realización de medidas extremas mediante las cuales se traspasa las barreras de la legalidad, para adentrarse en el laberinto delicado y peligroso de lo extralegal. Se trata al mismo tiempo de un laberinto, que de un desierto o selva virgen. Es posible transitar por todos los caminos que quiera abrirse, pero simultáneamente es demasiado fácil perderse en el intrincado juego de valores que quieren respetarse y sustentarse. Por ello estas situaciones requieren de los responsables mucha sabiduría y sentido común, pues la comisión de errores en circunstancias en que, contra toda apariencia, no hay capacidad de maniobra, conduce a males mayores aun que la salida de la legalidad en que se ha incurrido.

La realidad de los gobiernos de facto es según muchos autores sugestiva, rica, apasionante, delicada, una realidad que como pocas lanza un reto a nuestra capacidad de análisis y de síntesis. Se trata de una problemática interdisciplinaria por su amplitud, pero que en su profundidad no puede sino llegar a conclusiones unívocas. Esto implica combinar elementos muy diversos y al mismo tiempo utilizarlos en forma tal que los resultados sean correctos, es decir, justos. Analizar los gobiernos de facto significa volver, -

en cierta medida a la historia. Significa plantearse toda la problemática de lo político. Con este tema revive ante nosotros toda la historia de las ideas políticas. Su sola mención ilumina, como un rayo, toda la Teoría del Estado. Nos coloca ante la dinámica sociológica, con toda su simplicidad y complejidad. Nos coloca frente a frente con la justicia, virtud cardinal y valor fundamental en toda sociedad. Además el tema de los gobiernos de facto "pone en juego algunos de los núcleos más íntimos de la Teoría General del Derecho y del Estado" (1). En esta problemática límite ambas teorías encuentran el momento culminante de la síntesis teórica que enuncian, entre el hecho concreto del poder y su conformación jurídica, ya que en su análisis y correcta interpretación se muestra insuficiente tanto una explicación meramente fáctica, como solo la normativa.

El tema puede en un primer momento resultar desagradable pues la sola mención del gobierno de facto tiene la virtud de poner en guardia, por lo menos, a cualquier persona con convicciones democráticas firmes, ya que las dictaduras también entran en ese concepto. Sin embargo debemos tener presente que el Derecho opera con realidades las cuales son muchas veces desagradables. Pero lo interesante de estas realidades desagradables es que a través de ellas surge con mayor nitidez aun y resulta más evidente la necesidad del "deber ser" que conforma el Derecho. Son las transgresiones del Derecho las que fortalecen nuestra convicción de que solo a través de él se podrá alcanzar en mayor o menor medida la justicia.

Al respecto dice Herrfhardt que "del mismo modo que las enfermedades del cuerpo humano proporcionan a menudo al naturalista una visión más clara del proceso vital, así la -

Revolución (podría decirse más genéricamente, los gobiernos de hecho) como proceso extraordinario en la vida del Estado y del Derecho nos coloca ante cuestiones como al esencia del Derecho, la misión y el método de la ciencia jurídica, etc., sobre las cuales pasamos fácilmente de largo en épocas de - tranquilidad" (2).

Aclarado esto y quizá eliminado algún prejuicio -- que pudiera existir respecto del tema, podemos intentar acometer la empresa de delimitar lo quizá no delimitable y de recoger en un recipiente teórico lo que de una manera tan viva y fluida se escapa de nuestras manos.

Antes de entrar a considerar las diversas situaciones que pueden presentarse es necesario delimitar con la mayor precisión posible el concepto base del que se parte. -- ¿Que significa decir que un gobierno es de hecho? Para Pre-lot la expresión, si bien corriente, no es feliz puesto que se trata de una definición negativa. Es todo gobierno que no es de Derecho, es decir, que no tiene derechos consagrados y reconocidos por una ley positiva. Por el contrario un gobierno de Derecho es el que vive bajo el imperio de una -- Constitución consuetudinaria o escrita que regula su organización y su funcionamiento (3).

Para Fueyo Alvarez "se entiende por gobierno de -facto aquel que ejerce los poderes públicos con infracción - de la superlegalidad (formal o material) constitucional. En tran en el concepto no solo los casos en que los poderes públicos se asumen con infracción de los procedimientos legales previstos para la investidura, sino también aquellos - - otros que se ejercen con infracción constitucional, no obstante la legitimidad de origen" (4).

Gemma afirma que "todo cambio sobrevenido en las - personas que forman, manifiestan, o ejecutan la voluntad del Estado y en la determinación y distribución de sus funciones, cuando se cumple con el respeto formal del derecho público - existente, entra en el cuadro del gobierno existente y no - conduce jamas a la creación de un nuevo organismo. Debe advertirse que lo que se entiende por respeto formal no es la inmovilidad del orden constitucional y administrativo, sino su evolución en los límites y por medios que son definidos - por la constitución fundamental. Muy diferente es el caso - en que llega al poder un gobierno que no está conforme, que es contrario al orden jurídico existente. Es solamente entonces cuando se está en presencia de un gobierno de hecho: de un gobierno que no es de Derecho, porque está fuera o contra el Derecho" (5).

Según Martinez Useros "la doctrina de facto brinda una primera apreciación de crisis, siendo indicadora de una situación anormal con relación al status jurídico de la sociedad; de ahí que en el aspecto histórico-político vaya - asociada al estudio del hecho revolucionario, transmutador - de la continuidad de una acción de gobierno. Implica, por - consiguiente, la resolución de una irregularidad de hecho, - la cesación de un poder legítimo, que se logra, mediante la comisión de una irregularidad jurídica, la erección de otro según un procedimiento no previsto por el Derecho constituido. Su propio nombre lo indica, falta de legitimación positiva normativa de una situación, solo amparada por una realidad fáctica... En Derecho Político el planteamiento inicial consiste en la existencia de un gobierno que no es de Derecho precisamente porque nace al margen de él ..." (6).

Para Gaudu gobierno de hecho es aquel "que no tie-

ne derechos consagrados y reconocidos por una ley positiva"...
"El gobierno de hecho se opone a un gobierno de derecho, es decir a un gobierno regular, que vive bajo el impacto de una constitución, consuetudinaria o escrita, que regula su organización y su funcionamiento" (7).

Burdeau entiende por gobierno de facto "un gobierno creado sea en contradicción con la constitución existente, sea ipso facto en el caso de la no existencia de un orden estatal previo. La originalidad del gobierno de hecho está -- por lo tanto en que quien ejerce la autoridad gubernamental lo hace en ausencia de todo fundamento constitucional. El -- se opone a un gobierno de jure donde el poder se encuentra -- ejercido de conformidad a un estatuto preexistente"... "La -- definición de un gobierno de hecho no debe presentar ningún carácter subjetivo. Se trata simplemente de una doble con tata ción: En primer lugar que el gobierno en cuestión no -- tiene ningún fundamento constitucional. En segundo lugar, -- que se trata efectivamente de un gobierno" (8).

Pérez Guilhou considera gobierno de facto "genericamente hablando, a aquel en el cual todos sus órganos constitucionales, o alguno de ellos, han sido ocupados por personas que han accedido por caminos diferentes a los indicados por el procedimiento constitucional o legal. Decimos ge néricamente hablando porque esta calificación comprende tanto los gobiernos que arriban legítimamente al poder por encontrarse justificados por razones de derecho natural contra el ejercicio tiránico del poder por la autoridades legales, como los que actúan movidos por un afán de usurpar la con duc ción para satisfacer intereses de grupos o de un caudillo. -- También abarcamos en esta denominación tanto a los gobiernos que son fruto de un simple golpe de Estado para derrocar a --

las autoridades abusivas con el fin de volver a la comunidad política a sus cauces normales, como a aquellos con propósito y accionar revolucionario que buscan un cambio fundamental en la estructura constitucional" (9).

Algunas consideraciones que hacen variar el concepto son mencionadas por Sánchez Viamonte (10). Afirma este autor que "la expresión gobierno de hecho corresponde a la doctrina europea, porque todos, o casi todos los países de Europa, llaman 'gobierno' al poder ejecutivo colegiado, de origen parlamentario, y también porque en ellos ha sido y es frecuente el cambio en la forma de gobierno"... "Considero que la expresión gobierno de hecho no puede tener en América el mismo empleo que en Europa. En las constituciones americanas 'gobierno' es una denominación integral, que comprende la totalidad de manifestaciones de poder público, emanado de la soberanía popular, y toda identificación de uno de los poderes con el gobierno mismo comporta, por lo menos, el desmedro de los otros dos"... "La expresión gobierno de hecho no pertenece a la doctrina de facto, sino a la doctrina de la revolución". Agrega este autor que "la doctrina de facto es aplicable a los funcionarios, pero no a los gobiernos; a la irregularidad de los nombramientos o elecciones y, en general, a la deficiencia en el título, no obstante la apariencia de legitimidad que favorezca a un funcionario en el desempeño de un cargo público".

Ante esta cita es necesario aclarar. La expresión de facto proviene en principio del Derecho Administrativo, y en ese ámbito se habla de funcionarios que no han sido investidos regularmente para realizar sus funciones. Debida o indebidamente se ha trasladado esa expresión al terreno del Derecho Constitucional o Político, donde adquiere matices y --

significados muy diferentes. La denominada "Doctrina de facto" es aplicable realmente, y en principio, solo a los funcionarios administrativos. Mario Justo López afirma que dicha doctrina "es una elaboración teórica desarrollada por los autores y por los tribunales con el objeto de acordar, dentro de determinadas condiciones, validez jurídica a instituciones-órgano y a instituciones-norma que no la tienen originariamente, por provenir de actos no encuadrados en el derecho positivo vigente" (11). Según este autor suele señalarse como primera aplicación jurisprudencial de la declaración de invalidéz de los actos de un funcionario de hecho, el caso del Abad de Fantaine, ocurrido en Inglaterra en el año 1431, en el cual el juez llamado a resolverlo estableció que eran válidos los actos del Abad pese a su indebida designación. A partir de entonces, y aun bajo el absolutismo monárquico, esa aplicación jurisprudencial se continuó desarrollando y consolidando. En Francia, la doctrina ha tenido también frecuente aplicación a través de la jurisprudencia, desde la época de la Revolución Francesa hasta el adevenimiento de la cuarta República. En los Estados Unidos hubo abundante jurisprudencia sobre el particular como consecuencia de la guerra de secesión. Los fallos se orientaron en el sentido afirmativo de la doctrina y se fundaron invariablemente en la teoría del estado de necesidad.

Es de observar que estos antecedentes son encuadrables en principio en el Derecho Administrativo ya que se trata de funcionarios del Poder Ejecutivo cuyos actos han sido convalidados por el Poder Judicial. El concepto restringido o ámbito de gobernantes de facto parece residir en este punto. En efecto, supongamos que un funcionario municipal o provincial (alcalde o gobernador) llega al término de su mandato para el que ha sido elegido. Se convocan elecciones para una

determinada fecha, pero unos días antes una catástrofe natural (seismo, inundación) provoca una gran destrucción. En esas circunstancias es materialmente imposible llevar a cabo los comicios, que se posponen durante algunas semanas o meses. El funcionario, por necesidad, sigue en el ejercicio de sus funciones, pero ahora se ha transformado en funcionario de hecho ya que ha traspasado el límite temporal de su mandato. Sus actos serán convalidados, en virtud del estado de necesidad, por el órgano jurisdiccional competente, compuesto por jueces "naturales", es decir, inamovibles, competentes (en el caso lo sería algún tribunal supremo provincial, si la organización del país es federal), y designados según el procedimiento establecido en la Constitución. De modo que es la justicia la que convalida los actos de este funcionario de hecho.

Pero ahora supongamos un caso diferente. Como consecuencia de una revolución todas las autoridades de un país son removidas, queda abolida la constitución anterior y se instaaura un nuevo orden. En base a este asumen el poder nuevos órganos ejecutivos y legislativos. El Poder Judicial será, obviamente, también de nueva composición. Pero aún más: Será portador de un diferente concepto de la justicia, acorde con el espíritu que animó la revolución. Por ello, indudablemente, convalidará los actos del Ejecutivo de facto.

En ambos casos, en este y en el anterior, el órgano jurisdiccional competente y supremo del caso, convalida los actos realizados por el poder ejecutivo de facto. Pero no cabe ninguna duda que ambos casos son muy diferentes, ya que en el segundo caso también el poder judicial es de facto. En este caso ha caído todo el ordenamiento anterior y no subsiste ninguna institución de la que pueda asirse como tabla salvadora de la irregularidad sobrevenida. Por ello dice - -

bien Sánchez Viamonte cuando afirma que "la expresión gobierno de facto o gobierno de hecho no pertenece a la doctrina de facto, sino a la doctrina de la revolución" (12).

Es de lo más conveniente, a fin de evitar confusiones, abandonar la expresión "doctrina de facto", pues ésta pertenece al Derecho Administrativo, al menos en principio (13). La doctrina revolucionaria pertenece al ámbito de los gobiernos de facto, pero estos últimos, como género, no tienen, por su naturaleza, nada que ver con la "doctrina de facto". Con esta inteligencia podemos citar a Bidart Campos -- cuando dice: "No hay un gobierno revolucionario como categoría diferente al gobierno de facto, ni una doctrina revolucionaria que se aplique a los casos de revolución, también diferente a la doctrina de facto (en el supuesto de haberla en el ámbito del Derecho Constitucional, nota de A.F.) que rige para los casos de golpe de estado. Todo gobierno o funcionario que no han surgido de acuerdo con el procedimiento constitucional o legal son de facto!.." (14).

Dado que se ha mencionado reiteradamente el Derecho Administrativo convendría eliminar las dudas que pudieran quedar al respecto, y ya que en él ha tenido su origen la expresión "gobierno de hecho", mencionar a un autor que ha sido profusamente citado por todos los tratadistas del tema: Se trata del "Ensayo de una teoría general relativa a los funcionarios de hecho" de Gaston Jéze (15).

Este autor distingue tres situaciones que se presentan en la práctica:

a) El funcionario de derecho: Es el que ocupa el empleo y realiza el acto convenientemente investido para ello. Di

cho funcionario invoca una investidura legítima (nombramiento, elección), y en el momento en que ha obrado continua ba siendo dicho título válido y eficaz.

- b) El funcionario de hecho: Es el que en ciertas circunstancias, también de hecho, ocupa el cargo y realiza el acto dotado de una investidura irregular. Dicho funcionario - invoca una investidura (nombramiento, elección); pero es ta investidura es irregular, ya que lo haya sido desde el origen, (nombramiento, elección, delegación), ya porque - haya prescrito (destinación, suspensión, dimisión aceptada, disolución, expitación del plazo, etc.).
- c) El usurpador de cargo: Es aquel que lo ocupa y realiza - el acto sin ninguna clase de investidura, ni irregular ni prescriptiva.

Para el autor mencionado la característica del fun cionario de hecho estriba en la existencia de una investidura, circunstancia que le da apariencia de funcionario regular y le distingue del usurpador. Pero como dicha investidura es irregular, ese funcionario se distingue del funcionario legítimo y se parece al usurpador. Sin embargo el problema difícil es como distinguir al funcionario de hecho del usurpador de cargo. Jéze contesta esta pregunta de la siguiente forma: Es necesario que la investidura sea plausible, es decir, que el público haya podido razonablemente - - creer en el carácter regular de la investidura de la persona que ejercía el cargo (16). Continúa en otro lugar el autor: "Para que la investidura sea plausible es indispensable que el cargo se ocupe pública y pacíficamente. Si el cargo está ya pacíficamente ocupado por otro individuo que es, o pasa - por ser, el funcionario regular, el público está necesaria--

mente advertido de que es dudosa la regularidad de la investidura invocada por el nuevo ocupante contra la situación pacífica existente. El que sin título regular asume una función ya pacíficamente ocupada es un usurpador" (17).

Una última cita nos aclara más aún: "En circunstancias graves -guerra civil, desórdenes, epidemias, calamidades públicas- cuando las autoridades regulares han desaparecido, dejando desamparados los servicios públicos esenciales, ¿no deberán estimarse jurídicamente válidos los actos jurídicos realizados por quienes dotados de una investidura irregular asumen de buena fe, en aras al interés social, la gestión de dichos servicios? ¿No se trata, acaso, de salvaguardar el interés público?" (18).

Surge claramente de esto y es evidente que si, en todos los casos subsumidos en la calificación "de facto", y que luego se mencionarán, las autoridades regulares han "desaparecido" dejando "desamparados los servicios esenciales", es porque han sido desalojados de sus cargos regulares mediante la fuerza, o por lo menos, mediante métodos constitucionalmente indebidos. Desde luego, menos aún puede calificarse la detentación por las autoridades de facto de los cargos, de "pacífica" o "de buena fé". Se evidencia con esto una vez más que la "doctrina de facto", de la cual Jéze, como uno de los primeros autores, ha comenzado a hablar ya en 1914, apenas tiene punto en común con los gobiernos de facto, según los entendemos actualmente en su acepción amplia.

Para terminar con la caracterización y definición de los gobiernos de hecho mencionemos solamente algunos autores más. Wolf E. participa de la definición negativa (gobierno que no es de derecho) (19). Por su parte Larnaude de

fine al gobierno de hecho como aquel "que no ha recibido la consagración formal de la consulta popular regular, constitucional" (20), con lo que parece querer introducir ya el elemento legitimante.

Otro autor que se enrola en la comprensión amplia del concepto es Goldschmidt (21), agregando al mismo tiempo el elemento asepsia, pues dice que "hay que distinguir entre gobierno de facto, que se caracteriza por la irregularidad de su instalación, y la justificación o falta de justificación del movimiento revolucionario que lleva el gobierno al poder. Un gobierno no es de jure o de facto según que sea legítima o no la revolución que lo erige, toda vez que la irregularidad en el procedimiento de asunción del poder es idéntica en uno y en otro caso".

Intentemos ahora dar cierta dimensión histórica al tema de los gobiernos de facto. Fueyo Alvarez afirma que -- "el gobierno de facto no es una entidad concebible sino en tanto y en cuanto existe (o existió) un gobierno de jure" -- (22). Sánchez Viamonte también sostiene que la problemática de facto "parte del supuesto de la existencia de un orden jurídico-institucional. Aunque no es un producto directo y típico del constitucionalismo, porque no supone estrictamente una constitución, tiene origen en el Estado de Derecho incipiente que encontramos en Inglaterra, y que evoluciona a partir de la Carta Magna. Sin normas jurídico-políticas que establecen una determinada forma de gobierno y que fijan el carácter y la extensión de las funciones que tienen a su cargo gobernantes magistrados o funcionarios, la doctrina de facto carece de sentido y de aplicación posible". Y en nota al pie de página agrega: "Se puede reconocer como forma inicial y -

rudimentaria de la doctrina de facto, la que se aplica al re conocimiento de la legitimidad de los monarcas, de conformidad con el principio dinástico. Por ejemplo: La Ley Sálica de los francos excluía a las mujeres del trono; su ocupación por una mujer hubiese bastado para declarar que no se trataba de un monarca de jure, sino de facto" (23).

Se ha dicho al comienzo que siempre ha habido gobiernos de hecho. ¿Significa esto que ha habido también siempre gobiernos de Derecho, según la idea que tenemos hoy de ellos? Evidentemente, no. Gobierno de jure implica, como se ha dicho, la existencia de una constitución. Pero la aparición del constitucionalismo data solamente de algunos siglos atrás, concretamente desde la revolución inglesa de 1688, y en una forma embrionaria, desde la Carta Magna de 1215. ¿Qué ocurría hasta entonces? Dada la inexistencia de una constitución, entendida esta como un cuerpo orgánico de normas escritas fundamentales, ¿significa que no hubo antes ningún orden? (Derecho es ante todo orden). Aquí es necesario distinguir entre dos aspectos del concepto de constitución. Por una parte es la definición del régimen político y la organización del poder y, por otro, la garantía para los gobernados de que sus derechos fundamentales serán respetados. Este segundo aspecto fue en realidad el motor que impulsó y provocó la aparición de las constituciones, que comenzaron siendo exigidas y "arrancadas" a los poderes en los diversos momentos históricos. Por ello ha dicho un constitucionalista que en realidad la historia del constitucionalismo es la historia de la lucha del hombre por su libertad. Pero este aspecto, evidentemente fundamental, no debe hacernos olvidar el otro. Siempre, en toda la historia de la humanidad ha habido órdenes políticos que definían diversos regímenes. No por comenzar con las clásicas referencias a -

Grecia y a Roma debemos preterir los órdenes que había entre otros pueblos de la antigüedad, y que son tratados por todos los historiadores de las ideas políticas. Así, por ejemplo, Von Hippel menciona entre las civilizaciones antiguas descolantes la de la India, de la China, de Persia, de Egipto, de la Mesopotamia, de Palestina y de Méjico y Perú (24). Se trata de órdenes muy primitivos e incluso, y especialmente desde nuestra perspectiva histórica, injustos, pero son órdenes. La sola mención de la existencia de dinastías, dentro de las cuales se sucedían sus diversos miembros implica un orden, especialmente si este era más o menos aceptado o tolerado por los súbditos. Si luego pensamos que las instituciones griegas y especialmente las romanas, que tan elevado grado de perfección alcanzaron en su época, comprendían todo un sistema de designación y/o elección de funcionarios y magistrados, con requisitos y condiciones claramente establecidos, no podemos dejar de reconocer que se trataba de todo un orden jurídico-político. Si avanzamos en el tiempo y retrocedemos en la perfección podemos recordar las narraciones que sobre las costumbres de los germanos hace Tácito en su "Germania". Por todo ello los autores hablan con razón de las constituciones griegas (Aristóteles había estudiado más de 150 de ellas) y de la constitución romana. En toda la historia posterior los hechos siguen en mayor o menor medida por estos cauces.

Volviendo entonces sobre los gobiernos de facto y si por definición son estos gobiernos que ha accedido al poder por cauces no previstos en el ordenamiento jurídico-político, ¿podemos concluir que ha habido gobiernos de facto ya en la antigüedad? Parece que sí. Claro que en aquellas épocas el concepto de Derecho no estaba tan presente y estaba más diluido, y entonces solo se hablaba de usurpadores de --

tronos, de rebeldes a la autoridad de los monarcas, de conspiradores e intrigantes palaciegos. Quien se rebelara contra el rey, se rebelaba contra el orden establecido. Desde el punto de vista del orden político, el rey, o como se llamara, era la personificación de ese orden, especialmente si era elegido, designado o confirmado por una Asamblea. Todo ello sin entrar a considerar la arbitrariedad o justicia con que los gobernantes de ese orden ejercían el poder. ¿Cómo podríamos calificar, por ejemplo, la Conjuración de Catilina sino como un Golpe de Estado fallido? Y las sucesivas dictaduras de Sila, habiéndose desnaturalizado la institución mediante el ejercicio, ¿no fueron acaso gobiernos de facto?

Valgan estas breves e incompletas consideraciones para intentar dar una cierta profundidad histórica al tema que se trata. Siempre ha habido Derecho, (*ubi societas ibi jus*), siempre ha habido gobiernos de Derecho, y consecuentemente con las transgresiones a ese Derecho, siempre ha habido gobiernos de hecho. La aparición del constitucionalismo ha introducido en el orden jurídico el aspecto legal, por lo que el concepto de Derecho se ha visto en un sentido ampliado, y en otro, restringido. De allí que cuando hoy se hable de gobierno de Derecho o de hecho, se piense al instante en la Ley, escrita o consuetudinaria, pero positiva, que constituye la divisoria de aguas en el problema. La ley lo define todo.

Una característica importante y fundamental de los gobiernos de hecho es su provisionalidad. "El gobierno de facto es un poder por naturaleza provisorio: O se erige en base de hecho de un nuevo orden jurídico, o es compelido por la fuerza de las circunstancias a dar marcha atrás y someterse a la legalidad contra la que se ha sublevado" (25). La -

entidad jurídica que llamamos gobierno de hecho cubre solo el período de transición que va desde la desaparición del antiguo orden, o su ruptura provocada por la rebelión contra él, hasta la consolidación del nuevo, si es que se llega a eso. Por otra parte este período no es susceptible de una delimitación clara y precisa. Se trata de un interregno no definido ni definible con precisión, y solamente durante este la noción aparece con un cierto contenido jurídico. El autor citado dice al respecto que "el límite, por así decirlo, matemático entre el gobierno de jure y el de facto, no es deducible en una consideración jurídica, pues un criterio jurídico es tan poco apto para decidir cuando el gobierno de facto ha alcanzado la juridicidad, como para establecer cuantos granos de arena se precisan para formar un montón" (26).

También desde el punto de vista de la doctrina internacionalista se sostiene la transitoriedad. El gobierno de facto es una entidad interina, llamada a ser de jure o a desaparecer. La idea de un gobierno incapaz de librarse a la luz del Derecho de sus estigmas de origen resulta una pura ficción sin base real ni histórica alguna.

Establecido y acotado el concepto básico pasemos a analizar el contenido del mismo. Este comprende muchas variantes posibles. Lo que es común a todas es la "ruptura de la lógica de los antecedentes" (27). La denominación "gobierno de hecho" es el género que contiene varias especies. Dadas las características generales comunes estas suelen confundirse entre sí. Por eso es necesario diferenciarlas.

PreLOT (28) menciona varias situaciones a través de las cuales se puede llegar a una situación fáctica como la que se analiza:

- a) Insurrección: Es una sublevación popular contra el régimen político establecido. Procede de un descontento general. De carácter irracional, espontáneo, sus manifestaciones proceden de variados elementos, por lo que son en última instancia movimientos de resultados desconocidos e imprevisibles. Inicialmente no tienen jefes, o al menos estos no son visibles.
- b) Golpe de fuerza (coup de force): Es frecuentemente denominado "putsch", para distinguirlo mejor de la insurrección anónima; es como ella de origen privado. Para Prelot son Babeuf y Blanqui sus típicos exponentes en el siglo pasado, mientras que en este lo son Lenin y Trotzky. Parece que este tipo de situación fáctica hoy no tiene aplicación, pues actualmente ningún grupo puede en forma privada y sin algún tipo de apoyo exterior realizar una acción como la mencionada.
- c) Golpe de Estado: Tiene grandes analogías con el anterior y se los puede confundir fácilmente. Para Prelot desde el punto de vista constitucionalista hay entre ellos una diferencia capital. El golpe de Estado no emana de particulares, sino que es un acto violento de una parte de los poderes públicos contra otros. Frecuentemente es el poder Ejecutivo quien lo realiza. Pero puede también emanar de un cuerpo público subordinado, como es el ejército, que se erige en poder político. Los golpes de Estado pueden tener no solamente la finalidad de derrocar un régimen sino también el de defenderlo.

Prelot menciona también dos variantes en las que interviene el elemento exterior o internacional. Aquí la acción de fuerzas foráneas se superpone o combina con la insu-

rrección, o con el golpe de fuerza o de Estado. Esto ocurre no solamente en los casos en que hay una ocupación militar - por parte de una potencia extranjera, sino también en el caso de la denominada guerra subversiva, a través de la cual se produce finalmente la liquidación del gobierno legal.

En un estudio amplio Olivier Brichet analiza los golpes de Estado (29). Según este autor golpe de Estado es "un acto de autoridad que consiste en un ataque reflexivo, ilegal y brusco a las reglas de organización, de funcionamiento o de competencia de las autoridades constituidas, dirigido, según un plan preconcebido y por razones diversas, por un hombre o grupo de hombres, con el fin de adueñarse del poder, sea para defenderlo y reforzarlo, sea para introducir modificaciones en la orientación política del país". Su naturaleza es clara: no se trata en principio de ningún régimen político destinado a durar, sino un simple medio para pasar de una situación a otra. Es solamente un procedimiento independiente de causas y fines. Puede ser utilizado, y lo ha sido, con fines políticos, sociales, religiosos, étnicos, etc.

La mención por Brichet del "acto de autoridad" parece indicar que también lo considera realizado por uno de los poderes públicos. Pero por otra parte estos términos son confusos. En efecto, acto de autoridad significa, acto realizado por alguien que tiene autoridad. Pero debemos preguntarnos que es autoridad y quien la tiene. Si se utiliza, quizá un poco libremente, los elementos que da Sánchez Agesta (30) se podría definir la autoridad como la facultad o cualidad que tiene "el que asume la misión trascendente de definir, conservar, desenvolver y defender el orden social".

Pero para que este sujeto que asume esa misión posea realmente esa cualidad es necesario que la sociedad se la reconozca. De faltar este requisito no hay autoridad. A quien la autoridad no le es reconocida no tiene ninguna posibilidad de obtener obediencia. El autor citado dice que "la obediencia - no se presta a una orden o a un mandato cualquiera, sino solo al mandato de quien está autorizado". Pero hagamos una pregunta más: El que tiene la autoridad, ¿para qué la tiene? ¿Qué está autorizado a realizar, y con que límites? En un régimen democrático los gobernantes ejercen el poder y la autoridad que les han sido reconocidos por los gobernantes - a través del sufragio, y cuyos límites están establecidos en la constitución. Es decir, que los gobernantes tienen autoridad solo actuando dentro del marco de la Ley suprema, y -- consecuentemente no la tienen para una actuación extraconstitucional. Siendo los golpes de Estado una violación de la constitución nadie puede tener, dentro del orden establecido, autoridad para actuar al margen de ella, y en contra de ella. No es posible, por lo tanto, decir que un golpe de Estado es un acto de autoridad. Unicamente en una interpretación benévola podría entenderse por "acto de autoridad" un acto realizado por alguien que hasta el momento de la violación del orden poseía autoridad. Solo entonces sería aceptable esta denominación.

Los golpes de Estado son efectivamente realizados "desde arriba", a diferencia de las revoluciones, que provienen "desde abajo", según expresión de Cattaneo (31). Santi Romano afirma que el golpe de Estado "implica que sus autores sean uno o más individuos, o incluso una asamblea, que forman parte de la organización del Estado. Para que haya golpe es necesario que quien lo realiza sea un órgano constitucional" (32). Como se ha mencionado anteriormente, Prelot

sustenta lo mismo. Pero ambos autores (Prelot y Romano) difieren en la jerarquía que debe tener el órgano constitucional. Mientras para el primero el golpe puede emanar también de un cuerpo público subordinado, como en ejército, que se erige en poder político, para el segundo, el órgano que realiza el golpe debe estar en una relación de coordinación con los demás, contra quienes actúa, pero no de subordinación. - "Golpe de Estado significa abuso de poder, pero de poder que sea supremo. Donde este requisito falta la investidura anterior no tiene ninguna importancia, ya que se trata en ese caso de una mera usurpación" (33). Esta diferenciación es muy importante pues de acuerdo con Romano todos los golpes de Estado provocados por el ejército no serían tales.

Desde el punto de vista jurídico parece acertada la definición de Cattaneo, para quien constituye golpe de Estado "cualquier acto ilegítimo, inconstitucional, que importa una modificación a la constitución o al derecho vigente, sin dar vida a un nuevo ordenamiento jurídico; un acto que no se realice según los modos previstos en las normas sobre las fuentes del derecho, pero que no modifique la fuente suprema de validez del ordenamiento jurídico" (34).

Según los elementos que da Justo López se puede definir al golpe de Estado como una quiebra de la continuidad constitucional, pero que significa solamente el cambio en los ocupantes de los cargos o roles de gobierno por medios extraños a las normas constitucionales y no es necesario, por tanto, que se ponga en actividad el poder constituyente. Se trataría solo de una suspensión de la constitución jurídica anterior (35). En términos semejantes se expresan también Sánchez Viamonte (36) y Bidart Campos (37). Por otra parte ya Aristóteles, al distinguir entre revolución y golpe

de Estado (aunque a este no lo llama así), afirma que "no es el alzamiento contra la forma de gobierno establecida, sino que se consiente en dejarla subsistir, pues los descontentos lo que quieren es gobernar ellos mismos" (38).

Otra de las variantes que entran en el concepto de gobierno de facto es la revolución. Cossio es muy claro en su exposición. Distingue entre simples revoluciones y revoluciones sociales. "Si una revolución rompe la lógica de los antecedentes en el punto revolucionario, esta ruptura -- ofrece dos modos únicos de llevarse a cabo: Puede comportar solamente un hecho que se realiza fuera de la lógica de sus antecedentes, sin perjuicio de que esta sea restaurada en lo sucesivo; hay propiamente una violación, más que sustitución en esa lógica; la forma que crea el hecho de ruptura -- se agota en su mera realización; el hecho en cuanto es captado por el conocimiento, aparece ciertamente como una norma nueva de la vida social en pugna con la forma que da unidad lógica a sus antecedentes, pero esa nueva forma solo sustituye a la anterior mientras se realiza ese hecho, es decir, que solo para conocer ese hecho necesitamos recurrir a ella; por eso se ha dicho que más que una sustitución de la lógica de los antecedentes, estamos ante una violación de la misma, lo que es exacto siempre que tengamos presente que toda violación supone una forma singular, porque ningún hecho social es conocido sino como forma de existencia o actualización de lo social...". Hasta aquí Cossio se refiere obviamente a los Golpes de Estado. Pero continúa: "Mas una revolución puede comportar también lo contrario de una violación de la lógica de los antecedentes así entendida; puede ocurrir su sustitución lisa y llana; en ese caso la nueva forma que crea el acto revolucionario no se agota en el hecho de su realización, sino que lo sobrevive; hay en ella un elemento que de

algún modo trasciende desde el presente hacia el futuro en una actualización más o menos duradera, de modo tal que esta nueva forma sirve para unir este hecho y otros hechos del porvenir que quedan entonces enlazados entre sí como antecedentes sistemáticos los unos de los otros, dentro de una nueva unidad lógica" (39).

Surge de esta comparación también el carácter "transitivo" de la revolución. Mientras el golpe de Estado "se agota" en un momento, o lapso de tiempo limitado, pues basta la sustitución de un equipo por otro, para quedar conformado el concepto, la revolución como concepto se prolonga en el tiempo y debe transitar, para ser tal, por las diversas etapas que la conforman.

Las revoluciones significan un cambio total en todos los órdenes. Desde el punto de vista jurídico producen un estado de anomía, mas o menos prolongado, como consecuencia de la eliminación del orden jurídico existente. Para Herrfhard revolución "es la modificación violenta de los fundamentos jurídicos de un Estado" (40). Cattaneo la define como "destrucción (abbattimento=derribo, demolición) de un ordenamiento jurídico e instauración de uno nuevo, realizado en forma ilegal, es decir, con un procedimiento no previsto en el ordenamiento precedente", y diciéndolo con otras palabras, "por revolución se entiende un acto no jurídico, es decir, no calificado como tal por el Derecho, pero normativo, es decir, creador de derecho" (41).

Carre de Malberg afirma que "después de un derrocamiento político, resultante de una revolución o de un golpe de Estado, no existen ni principios jurídicos, ni reglas - -

constitucionales, y nos encontramos no ya sobre el terreno - del Derecho sino en presencia de la fuerza"; que "entre la constitución precedente, que ha sido eliminada, y la constitución nueva, que debe ser elaborada, no hay relación jurídica alguna; por el contrario hay un interregno constitucional, un intervalo crítico, durante el cual el poder constituyente de la nación no tendrá otros órganos que las personas o grupos que han logrado hacerse con el poder al amparo de las circunstancias". Y concluye diciendo, que "el problema del poder constituyente se presenta aquí en los mismos términos que en el momento de la formación originaria del Estado", convirtiéndose todo "en un problema de hecho", y dejando de ser "un problema de Derecho". "No hay lugar en la ciencia - del Derecho público para un capítulo dedicado a una teoría - jurídica de las revoluciones y de los golpes de Estado, y de sus efectos" (42).

Pierandrei después de preguntarse porque los juristas se han ocupado tan poco de la revolución contesta que -- ello se debe al hecho que "la revolución no entra en el conjunto de fenómenos que se desarrollan en el ámbito del ordenamiento, ya que es de características anormales y excepcionales. No se olvide, por otra parte, que la doctrina tradicional se ha movido casi siempre en los rígidos esquemas del 'legalismo', que pretende que el Derecho derive esencialmente de las manifestaciones de voluntad del Estado. Para esa doctrina la revolución no podía ser sino un fenómeno 'de hecho', similar a la de la instauración originaria del Estado. El decir, que la revolución era un 'hecho normativo', y que crea Derecho era ya mucho. Pero buscar porque la revolución crea derecho, no podía entrar en consideración de la ciencia jurídica. Tanto menos era posible indagar si la revolución -

es un evento de relevancia jurídica, desde el momento que, - combatiendo contra un derecho ya existente, y teniendo intención de crear otro nuevo, no puede contener el criterio para su propia calificación" (43).

La doctrina es casi unánime en considerar a la revolución como hecho normativo. No es un hecho jurídico, pues surge y tiene lugar fuera del ordenamiento, pero si es un hecho normativo, en cuanto da origen a un nuevo ordamiento jurídico.

Santi Romano afirma que "la revolución no puede -- ser, por definición, mas que un estado de hecho, antijurídico, incluso cuando es justo"... "Esta antijuridicidad proviene del derecho contra el cual se dirige la revolución, y subsiste, por tanto, mientras ese derecho esté todavía vigente; por el contrario, si desaparece, desaparece también toda norma y todo criterio que calificaba de ilegítima la revolución" (44).

Para Raiciu "la revolución es un acto producto de necesidades de orden político y social, que consiste en la - interrupción de la legitimidad estatal por un momento determinado. No quiere esto decir que la revolución constituya - una interrupción de la vida del Derecho, sino solamente que el Derecho estatal, en un momento dado, busca una refundición radical, para acomodarse con las necesidades de la vida social o política. Cuando estas necesidades son sobre todo de orden político y no pueden ser satisfechas en los límites de la legitimidad estatal, nos encontramos en presencia de la - revolución política, que se traduce en un cambio violento de la constitución del Estado..." "Por lo tanto jurídicamente hablando, en la revolución política se trata de la interrup-

ción del derecho público, mientras que en la revolución social se trata de la interrupción de todo el sistema jurídico del Estado"... "La revolución no ha sido jamás una fuerza - sin derecho, como en el caso de un golpe de Estado. Los - - constituyentes revolucionarios, es verdad, no están investidos de ningún poder, pero ellos representan siempre un derecho existente en la sociedad y desconocido por el derecho es tatal vigente" (45). También Santi Romano afirma algo similar cuando dice que la revolución, "desde el punto de vista desde el cual se califica a sí misma, es un movimiento ordenado y regulado por su propio derecho" (46).

Georges Burdeau le da al concepto un sentido ám- plio, pues "es vano creer que sea posible aislar los problemas políticos de los sociales, y estos de los económicos, y que sea posible resolver separadamente el destino temporal - y espiritual del hombre; la época de los compartimentos estancos ha pasado". Por eso propone la definición siguiente: "Una revolución es la sustitución de una idea de derecho por otra, en tanto que principio director y regulador de la acti vidad humana". Esta definición le parece a él verificada a la vez por el análisis de los procesos de acción revoluciona ria y por la interpretación que la historia y la filosofía - contemporáneas proponen acerca del fenómeno revolucionario.- Para él la revolución es no sólo hecho normativo, sino inclu so acto jurídico, que puede abrogar el Derecho anterior e -- instaurar validamente un orden jurídico nuevo, en cuanto que este estaría fundado sobre una idea diferente que anida en el grupo social. Por eso la revolución no es una ruptura del - Derecho, sino una transformación de su substancia. La revo lución para ser realmente tal, debe ser la cristalización de la nueva idea, que se opone a la idea del Derecho, sistemáti camente desconocido (47).

Para Sánchez Viamonte "el hecho revolucionario, para serlo, debe afectar al Derecho, pero no con el carácter - de simple infracción o transgresión de él... sino con carácter de cambio o transformación de las instituciones que el Derecho consagra en la vida social".... "Hay revolución - - cuando se quiebra la continuidad en el orden jurídico institucional establecido..."..."Se trata de un hecho político, - de tal manera que la rotura del cerco constitucional sea un acto intencionado de voluntad política, que lleve por mira - el cambio de las instituciones en las cuales se configura el ordenamiento anterior" (48).

Sanchez Agesta dice que "la revolución supone el - momento en que un orden jurídico se quebranta por impulso de una energía política cuya fuerza deriva de un nuevo orden de necesidades espirituales y sociales; a la revolución sucede un período dominado aún por el impulso de esa energía política, en que el nuevo orden revolucionario se modela, se frena y se consolida, y al que podríamos llamar período de fundación" (49).

Levy-Bruhl destaca "la aversión que los juristas - sienten hacia la revolución, tanto respecto de la palabra como del hecho. Buscan por todos los medios de descartarla del lenguaje jurídico. Ya que no es posible dejar de hablar de la legislación revolucionaria, que ha introducido en nuestro derecho muchas ideas nuevas, es necesario a cualquier precio evitar pronunciar la palabra revolución. ¿Cómo lograr esto? Un jurista astuto, del cual la historia no ha retenido el -- nombre, ha encontrado la solución. ¿Qué es la Revolución -- francesa en suma, sino una transición, un pasaje entre el antiguo derecho monárquico y el nuevo derecho burgués? De esta forma se llamará a la revolución: período intermedio. -

En todas las obras de derecho, en todos los manuales, la Revolución está recubierta por este manto púdico"... "Si es verdad que el derecho no es sino la expresión en fórmulas técnicas de relaciones sociales, es en la realidad social donde - hay que buscar el fundamento del fenómeno. La observación - nos conduce a ver en el hecho revolución un trastorno rápido que sustituye la organización social existente por otra nueva... Una sociedad vive bajo ciertos principios que están - en la base de sus instituciones. Estos principios se modifican sin que las instituciones realicen un cambio idéntico... Después de un cierto tiempo, precedido o no por desórdenes - sociales, se produce la adaptación necesaria de las institu- ciones a los principios, es decir, en el fondo, a las necesidades del grupo social. Cuando ello se produce de una forma brusca y dramática, estamos en presencia de una revolución".La revolución es un fenómeno principalmente jurídico y - como tal debería atraer, más de lo que lo ha hecho hasta ahora, la atención de teóricos e historiadores del derecho. La revolución se encuentra, de alguna manera, en la intersec- - ción del derecho público y del derecho privado..." (50).

Mencionemos, para redondear el cuadro conceptual, los elementos formales necesarios para que haya revolución. Para Sánchez Viamonte, estos son: a) Un hecho político, como expresión de voluntad política; b) Rotura del cerco consti- tucional; c) Propósito inequívoco de cambiar instituciones fundamentales; d) Quiebra de la continuidad con relación al ejercicio del poder constituyente (51).

Para Vanossi "hay al menos tres clases de dato o - exigencia para detectar y calificar el acontecimiento en exámen como revolucionario o no, a saber: a) Para las ciencias sociales en general, entendiendo por tales principalmente la

sociología y la economía, lo revolucionario supone cambios - estructurales; b) Para la ciencia política, como especie -- particular de aquellas, lo revolucionario supone transformaciones institucionales; c) Para la ciencia jurídica, lo revolucionario supone la fractura o violación de la lógica de los antecedentes, es decir, que es revolucionario un hecho - que no puede ser comprendido en la serie lógica de sus antecedentes" (52).

Por último, Cohan, introduciendo también elementos no jurídicos, dice que "las dimensiones mediante las cuales tiende a establecerse el cambio revolucionario, son las siguientes: a) Alteración de valores o mitos en la sociedad; b) Alteración de la estructura social; c) Alteración de las instituciones; d) Cambios en la formación del liderazgo, -- tanto en el personal de las élites como en la composición de las clases; e) Transferencia ilegal o no legal del poder; - f) Presencia o predominio de conducta violenta que se manifiesta en los acontecimientos conducentes al derrocamiento del régimen" (53).

En este análisis del diverso contenido que conforma el concepto de gobiernos de facto, es necesario mencionar también la denominada revolución pacífica. Ya se ha dicho - que una de las características principales de los gobiernos de facto es la transitoriedad. Este tránsito entre un orden y otro puede producirse también en forma pacífica, desarmando la estructura jurídica y política existente, y armando o construyendo desde ella misma una nueva, con instituciones totalmente diferentes o, al menos, apoyadas sobre bases muy distintas. Alrededor del concepto de revolución pacífica hay emitidas diversas opiniones acerca de si se puede hablar realmente de una revolución, si no se trata de una contradicción,

y las consecuentes distinciones entre revolución en sentido sociológico que se les atribuye, y revolución en sentido ju rídico que en este caso no se produciría.

Para Cattaneo "por revolución pacífica se entiende una transformación profunda en el ordenamiento jurídico y de tal envergadura, que afecta los principios fundamentales del mismo, pero efectuada según las normales vías legislativas.- En otros términos, hay una revolución pacífica cuando la des trucción del ordenamiento vigente y la creación de uno nuevo se realiza del modo previsto en el primero" (54). El autor citado afirma que un ejemplo es el del partido político, ins pirado en una ideología autocrática, que habiendo conquistado el poder en un Estado democrático por haber obtenido la - mayoría en elecciones libres, produce leyes por el procedi- miento previsto en la constitución, las cuales cambian los - principios fundamentales de dicho Estado, transformándolo de democrático en autoritario.

La cuestión es, si un ordenamiento puede admitir - un cambio de los principios fundamentales que lo rigen, o si por el contrario, tal cambio, aún viniendo por vías pacíficas, produce una ruptura de dicho ordenamiento. En una palabra, si en tal caso de cambio de estos principios hay o no revolu ción. En este punto sobreviene la cuestión de la existencia o no de límites a la actividad de revisión constitucional. - La existencia o no de las denominadas cláusulas pétreas o -- disposiciones de intangibilidad. Los límites pueden ser ex- plícitos o implícitos. Son explícitos los que se encuentran en la Ley Fundamental de Bonn, en cuyo art. 79 se declara -- que están excluidas del procedimiento de revisión las normas concernientes a la estructura federal de la República concer

nientes a la estructura federal de la República, la cooperación de los Länder en la actividad legislativa, la declaración de derechos fundamentales de la persona, el carácter democrático del Estado, la separación de los tres poderes y la soberanía popular. La constitución italiana también excluye explícitamente de toda revisión las que sancionan los derechos de la libertad, la separación de poderes, la participación del pueblo en el gobierno de la cosa pública, a través de elecciones, las que sitúan las funciones legislativas en manos del parlamento, etc. Valga esta enumeración solo como ejemplo, pues en el derecho comparado y según Loewenstein -- (55) hay muchas constituciones que contienen cláusulas de este tenor.

Para Cattaneo tanto en los límites implícitos como en los explícitos la sustancia es la misma por cuanto siempre un cambio de las normas fundamentales constituirá un cambio del ordenamiento jurídico todo, y por lo tanto una revolución.

Una opinión similar sustenta Pierandrei para quien una verdadera revolución se verifica también cuando, mediante el procedimiento establecido en la constitución mediante el ejercicio de la "actividad" comprendida en su revisión, se altere o modifique alguno de los principios fundamentales - que son característica de la constitución misma. Estos principios no están muchas veces expresamente indicados, pero es posible determinarlos, no en base a consideraciones abstractas y apriorísticas, sino examinando en concreto como el sistema se configura en su realidad, es decir, apoyado sobre el "régimen" creado por las fuerzas políticas actuantes. Que en tal caso no haya ejercicio de una actividad que se desarrolle en el ámbito del sistema vigente, deriva de la simple

consideración que un cambio tan radical de principios consti
tucionales no sería posible, como lo demuestra la experiencia
histórica, si no acceden al poder fuerzas animadas por una -
ideología que contraste totalmente con la anteriormente con-
sagrada (56).

El mismo autor recoge la opinión de otros según los
cuales no podría darse una revolución en ningún caso si se si
que el procedimiento expresa o implícitamente prescripto en -
las normas constitucionales para su revisión, ya que tal pro-
cedimiento asegura la continuidad del Estado, cualquiera sea
la sustancia de las medidas adoptadas, mientras que la revo-
lución se caracteriza por el hecho de rebelarse contra las -
normas que lo disciplinan. Pero esta tesis no le parece - -
aceptable. "La actividad de revisión" dice, "es una activi-
dad constituida, que no encuentra en si misma y exclusivamen-
te en si misma el criterio de su operatividad sino que lo ha-
lla en los límites fundamentales impuestos por la constitu-
ción vigente. Se trata aquí de modificarla, retocándola, in
tegrándola, adaptándola a los tiempos que siempre se renue-
van, en definitiva, se trata de preservarla. Cuando a tra-
vés del procedimiento prescripto para esa actividad se alte-
ra en su esencia la constitución, se produce con ello un 'he
cho' de carácter constituyente. Quien considere revolución
el fenómeno de violencia material, del todo extra legem, po-
drá negar que en tal caso haya revolución, pero no podrá ne-
gar que se esté en presencia de un 'hecho normativo' de ca-
rácter constituyente. Se trata de un 'hecho normativo' que
no es 'ilícito', porque actuó contra la constitución con éxi
to, pero es un 'hecho normativo' y no 'actividad de revisión'
porque contrasta con el derecho positivo. Por otra parte ya
se ha mencionado que el fenómeno no puede darse sino con el
advenimiento al poder de nuevas fuerzas políticas. Las fuer-
uer

zas políticas ya dominantes según el régimen político consagrado en la constitución no tendrían evidentemente ningún interés en transformar esta última en otra. Si esto llegase a ocurrir por el deseo de satisfacer los propios intereses partidistas sin tomar en consideración los del pueblo, no habría que extrañarse si como reacción proviniese desde el pueblo mismo un movimiento revolucionario de violencia material" (57).

Otro argumento en tal sentido, pero de naturaleza lógica, es el que aporta Alfred Ross. El afirma que las normas que establecen una dada autoridad A y sus competencias determinan al mismo tiempo el modo por el cual la ley creada por A puede ser modificada. Así las normas constitucionales que establecen las competencias del poder legislativo, establecen tanto el procedimiento de formación como el de abrogación y modificación de las leyes. Del mismo modo las normas constitucionales que determinan el especial procedimiento de revisión constitucional son al mismo tiempo normas que establecen un poder constituyente distinto del legislativo. Llegando al último escalón se encuentra la autoridad más alta: Las normas que establecen su autoridad no emanan de ninguna otra, sino que existen como una ideología presupuesta. Esta autoridad puede cambiar por obra de la revolución pero en tal caso nos encontramos en presencia de un "purely social-psychological fact outside the province of legal procedure". Ross pone como ejemplo concreto el de los Estados Unidos, cuya más alta autoridad está establecida en el art. 5º de la Constitución, que preve el procedimiento de la revisión constitucional. Una alteración de ese artículo sería extrajurídico. Es lógicamente imposible, dice Ross, afirmar que una autoridad puede ser establecida por normas emanadas de sí misma, es decir, que una norma pueda determinar las condiciones

para la propia ejecución y revisión. En base al mencionado art. 5^º, para un cambio en la constitución es necesaria una ratificación de las tres cuartas partes de los Estados. Si con tal mayoría se realiza una reforma de dicho artículo por la cual se establezca que la mayoría en el futuro para la revisión de la Constitución será de los cuatro quintos de los Estados, esta nueva norma no puede ser considerada derivada de la primera. Si este fuese el caso sería posible modifi--car la nueva norma con el mismo procedimiento con el cual ha sido creada, es decir, con una mayoría de los tres cuartos y sin embargo la actual norma incorporada en el art. 5^º continuaría siendo la norma más alta del sistema (58).

Una revolución de este tipo evidentemente no sería ilegal, al menos en principio, pues transcurre en todas sus etapas por carriles legales. Pero, ¿hasta qué punto puede -decirse que es legítima? Legitimidad jurídica hay, pues esta equivale a legalidad. Pero la cuestión reside más bien en la legitimidad sociológica, que como es natural depende de los fundamentos de legitimidad que se acepten por una sociedad. Los aspectos sociológicos no entran, en principio, en nuestro --análisis, pero son un elemento importantísimo en la problemática, pues ambas legitimidades interactúan en estos casos, -más que en circunstancias normales.

La revolución pacífica para ser tal debe realizarse sin violencia material. Pero estos casos son muy poco fre--cuentes, especialmente en su forma "pura", es decir, que no haya ninguna violencia. No es correcto, a nuestro entender, mencionar como ejemplo de revolución pacífica, como hace Cattaneo, el hecho de la toma del poder por otra parte de los nacionalsocialistas en Alemania. Con la Ley del 24 de mayo -de 1933, la denominada Ley de Autorización, votada con la ma-

yoría necesaria prescripta para la emanación de leyes de revisión constitucional, fue atribuido un normal poder legislativo también al gobierno de la República, y así las normas emanadas del gobierno podrían también derogar las normas constitucionales. Pero dicha mayoría fue obtenida con el arresto de diputados, con la caducidad de mandatos parlamentarios y con la intimidación de partidos opositores.

La mencionada "pureza" excluiría también todo tipo de fraude, lo que ocurriría en el caso de una terpretación indebida de la Ley Fundamental. Tal lo ocurrido en Argentina en 1949 cuando fue aprobada una nueva Constitución por el Congreso con la mayoría de los dos tercios prescripta en la Constitución anterior. Pero se jugó entonces con la distinción de si debía ser la mayoría de todos los miembros o la mayoría de los miembros presentes en el momento de la votación. La Constitución se aprobó con esta segunda interpretación, evidentemente descolocada del contexto doctrinario, no consentida por la oposición y destinada a favorecer al gobernante en el poder (Perón), posibilitando su reelección (entre otras cosas), lo que según la norma fundamental anterior le estaba vedado (59).

Un caso semejante que también se encuadra en esta casuística es el de Chile con la llegada al poder de Allende, si bien es difícil citarlo por la falta de consencuencias de mostradas y claras pues el proceso fue interrumpido antes de que se produzcan. Allende fue elegido de acuerdo al procedimiento establecido en la Constitución. Pero dadas las características especiales de ese procedimiento, gobernó con el respaldo de solo un tercio de la población. No obstante ese precario respaldo comenzó a realizar paulatinamente la revolución en todos los niveles, aunque sin alterar todavía la -

legalidad fundamental. En este caso no hubo violencia material; tampoco se forzó la ley, ni en la letra ni en su interpretación. Allende accedió al poder "limpiamente". Sin embargo las consecuencias de este acceso al poder fueron revolucionarias, o comenzaron a serlo (60).

Mendieta y Nuñez afirma que "(la violencia) no parece indispensable para caracterizar una revolución, porque es posible que se operen cambios políticos radicales en un país como resultado de un referendun, o del triunfo de un partido en las elecciones, o de cualquier otro modo. Se cita el caso de la abdicación del rey Alfonso XIII en España como ejemplo de revolución pacífica, puesto que transformó completamente la organización del Estado español sin derramamiento de sangre" (61).

La cuestión fundamental entonces es si hubo o no ruptura en el orden jurídico-social establecido. Si lo hubo, en que momento se produjo, pues allí comenzará un período de transición, cuya duración puede ser variable, hasta que se consolide un nuevo orden. El gobierno que ejerce sus funciones en ese interregno será un gobierno de hecho.

Otro de los términos frecuentemente utilizados en la problemática que se analiza es el de dictadura. Es una expresión que se utiliza a nivel popular y en el político-propagandístico. Es este otro aspecto del contenido del concepto gobierno de hecho. Desde el punto de vista jurídico no es fácil dar una definición, pues no hay un concepto único de dictadura. En principio la expresión y su contenido, distinto del actual, provienen de la Roma republicana. Era entonces una magistratura extraordinaria creada para contener el desorden en tiempos de peligro, con poderes plenos y absolu-

tos, no sujeta, como el consulado, a las trabas constitucionales de la colegialidad, el veto de los tribunos y la provocación ante el pueblo. El dictador era nombrado por un cónsul a instancia del Senado. Era, por consiguiente, una institución constitucional. Solo las dictaduras postreras de Sila y Cesar, aunque jurídicamente y en los esencial coincidían con este antiguo concepto, políticamente presentaban ya otro carácter. Aparece ya aquí por primera vez, aunque solo se esboce ligeramente, la distinción entre la dictadura comisoria y la soberana.

La dictadura supone una concentración del poder. - Fischbach dice que "la teoría de la separación de los poderes está estrechamente relacionada con el concepto de dictadura, ya que se advierte que ella siempre empieza destruyendo el equilibrio de los poderes y mediatizándolo"... "El dictador hecha por tierra las normas de competencia, para atenerse exclusivamente a los criterios materiales o de conveniencia que sus planes le inspiran. Sin embargo, la abolición del principio de separación de poderes no es una necesidad esencial de la dictadura, ni una particularidad que la - distinga del absolutismo, el despotismo y la tiranía. Su característica más importante es la duración. No obstante, -- puede decirse que dentro de un régimen de democracia y de garantías constitucionales la dictadura significa un estado de excepción, bajo el cual el principio de la separación de poderes queda en suspenso". Agrega el mismo autor más tarde - que "dictadura no implica necesariamente absolutismo y arbitrariedad, sino implantación de un nuevo régimen, procurándose descartar para ello todos los obstáculos y trabas que en derecho se opongan al fin perseguido" (62).

Ya se ha mencionado la distinción entre dictadura comisoría y dictadura soberana, que pertenece a Carl Schmitt. Para este autor "la dictadura comisoría suspende la Constitución para proteger la misma Constitución en su existencia -- concreta. Desde siempre se ha repetido el argumento de que si la existencia de la constitución está amenazada, debe asegurarse mediante una suspensión temporal de la misma. La -- dictadura protege una determinada Constitución contra un ataque que amenaza hecharla abajo. La sustantividad metódica del - problema de la realización del Derecho como un problema jurídico aparece aquí con mayor claridad. La acción del dictador debe crear una situación en la que pueda realizarse el - Derecho, porque cada norma jurídica presupone, como medio - homogéneo, una situación normal en la cual tiene validez. - En consecuencia la dictadura es un problema de la realidad - concreta, sin dejar de ser un problema jurídico. La Constitución puede ser suspendida sin dejar de tener validez". En - cambio la dictadura soberana "no suspende una Constitución - existente valiéndose en un derecho fundamentado en ella y, - por tanto, constitucional, sino que aspira a crear una situación que haga posible una Constitución, a la que considerará como la Constitución verdadera. En consecuencia no apela a una Constitución existente, sino a una Constitución que va a implantar" (63).

Friedrich llama a estas dos clases de dictaduras - constitucional e inconstitucional respectivamente. Para él la cuestión entre los dos conceptos, frente a una crisis, está en como alcanzar una acción eficaz y vigorosa de gobierno, y al propio tiempo limitar el poder de los organismos gubernamentales, de manera que se evite la aparición de un poder despotico. (64).

"Toda dictadura soberana es, con palabras de Lucas Verdú, creadora de su propio orden jurídico; de aquí el carácter dictatorial del poder constituyente"... "Si en el momento de crearse un orden jurídico se está operando fuera de la juridicidad (ex facto oritur jus), cuando se rompe con la legalidad, se coloca el poder en el mismo plano fáctico. -- Ahora bien, como todo poder tiende a institucionalizarse, necesita insertarse en moldes jurídicos, por eso la dictadura soberana instauro un nuevo orden constitucional" (65). La problemática es entonces la misma, englobable, por sus características, en la denominación genérica de gobiernos de hecho.

Respecto de las denominadas "dictaduras del desarrollo" se ha argumentado ampliamente en el sentido de que la razón de que el constitucionalismo carezca de aplicación cabal en los países en vías de desarrollo es, que todas estas naciones están viviendo un estado de emergencia permanente. -- La falta de estabilidad en las instituciones, debida generalmente a un trasplante automático de las mismas a un medio que todavía no es capaz de asimilarlas (caso de muchas naciones africanas), o a desajustes internos combinados con influencias externas (caso de Iberoamérica), provoca una constante situación de debilidad constitucional que favorece la aparición de personas o grupos con la intención de "normalizar" ese estado de cosas a través de la dictadura (66).

Dentro de la problemática de los gobiernos de facto muchos autores suelen mencionar también a los llamados gobiernos de facto locales. Es el caso típico de las secesiones tan frecuentes en la historia. En este caso el territorio que se separa tendrá un gobierno que para el antiguo Estado será de facto. Se trata evidentemente de una situación

que adquiere matices diferentes según los puntos de vista -- desde los que se la analice.

Junto a las situaciones fácticas que se enumera -- pueden mencionarse casos en que ellas están de alguna manera diluidas. Uno de estos casos pueden constituirlos algunos - regímenes de partido único, o casi, a cuyo lado subsiste algún pequeño partido, o movimiento, con vida meramente vegetativa, e incapaz de ser una oposición y control eficaz de los actos de gobierno. Otro de los casos es cuando la Constitución es meramente semántica, según tipología de Loewenstein, cuando estamos en el ámbito de lo que Mirkine-Guertzevich denominó el Derecho Constitucional patológico (67), y donde las dictaduras construyen su propia Teoría del Estado. En estos casos no se puede negar la existencia del Derecho, en el sentido de orden vigente, pero se trata en el fondo de solo una fachada jurídica, que pretende encubrir y ocultar la realidad de los hechos.

Raiciu afirma que es necesario "no confundir el régimen de la dictadura abierta ni con el cesarismo ni con la falsa democracia"... "El cesarismo (como el de Napoleon III, por ejemplo), contiene en si mismo la posibilidad de retornar progresivamente a la democracia. Es por lo tanto susceptible de transformación. En cambio la dictadura no puede resumirse sino en la palabra antidemocracia".. Respecto de la falsa democracia dice que "ella llega a veces a resultados - semejantes al sistema dictatorial. Pero entre ella y la dictadura hay una diferencia considerable que consiste en el hecho de que en la falsa democracia si no se respetan los métodos democráticos, por lo menos no se reniega de ellos. La Constitución suele ser violada constantemente, pero ella - - subsiste, y los gobernantes que la violan, tienen, o deben -

tener, conciencia de la transgresión, cosa que no está desprovista de consecuencias. En cambio en la dictadura este límite, se bien débil, no existe. La diferencia entre lo uno y lo otro es la diferencia entre la ilegalidad y el alegalismo" (68).

Se ha hecho hasta aquí la enumeración de las situaciones fácticas más frecuentes que la casuística nos presenta. Es imposible enumerarlas todas, especialmente debido a que las diferencias frecuentemente son de matices. Pero todas ellas son englobables en general dentro del género gobiernos de hecho. En todas se da la característica de la transitoriedad. En todas se respeta algo, mucho o poco, del Derecho que se viola. Núnca se elimina totalmente el ordenamiento anterior. Todas las situaciones fácticas tienen la pretensión de cambiar en mayor o menor medida el curso jurídico-político de las naciones. Pero este cambio tiene además la pretensión de ser legítimo jurídicamente, de ser respetuoso con la ley. Se verá en los casos que se ha de analizar, que en todos se afirmó la voluntad de respetar la ley. Pero también se verá que dicho respeto fue solo formal, ya que, en unos casos mas, en otros menos, la legalidad vigente fue preterida en su sustancia.

Hasta aquí se ha tratado de acotar el concepto de gobierno de hecho, establecer sus características principales, y desplegar todo el posible contenido del mismo, desde el punto de vista teórico. A continuación se analizarán - - cuatro casos concretos que intentan ser paradigmas, al menos en sus aspectos salientes, de innumerables situaciones históricas que se han repetido en todas las latitudes. Algunos son más frecuentes que otros, pero todos forman parte de la realidad cotidiana.

NOTAS

- (1) Fueyo Alvarez, Jesús: "Estudios de Teoría Política", Inst. de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pág. 13.
- (2) Herrfhardt, Heinrich: "Revolución y Ciencia del Derecho", Madrid, 1932, Ed. Revista de Derecho Privado, pág. 10.
- (3) Prelot, Marcel: "Institutions politiques et Droit Constitutionnel", Ed. Dalloz, París, 1969, pág. 191.
- (4) Ob. cit. pág. 14
- (5) Gemma, Scipione: "Les gouvernements de fait", en Recueil - des Cours de l'Academie de Droit International de l'Haye, III (4^a), 1924, pág. 307.
- (6) Martínez Useros, Enrique: "Consideraciones sobre los funcionarios de hecho", en Estudios dedicados al Prof. Gascón y Marín, Inst. de Est. de Administración Local, Madrid, -- 1952. Pág. 99.
- (7) Gaudu, Raymond: "Essai sur la legitimité des gouvernements dans ses rapports avec les gouvernements de fait", Félix - Alcan, París, 1914, pág. 7
- (8) Burdeau, Georges: "Traite de Science Politique", T. IV., - 2a. Ed., París, 1969.
- (9) Pérez Guilhou, Dardo: "La Corte Suprema de Justicia y los gobiernos de facto" en Idearium, Rev. Fac. de Derecho Mendoza, Arg., n^o 1, 1975
- (10) Sánchez Viamonte, Carlos: "El constitucionalismo. Sus problemas", Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, pág. 603.
- (11) López, Mario Justo: "Introducción a los estudios políticos. Formas y fuerzas políticas", Vol. II, Ed. Kapelusz, 1971, - Buenos Aires.
- (12) Sánchez Viamonte: Ob. cit., pág. 605

- (13) En el caso del Tribunal Supremo argentino se comenzó a utilizar esta expresión (indebidamente, según los autores), por ello su jurisprudencia al respecto sigue llamándose así.
- (14) Bidart Campos, J.G.: "Derecho Constitucional", T. I., - Buenos Aires, Ediar, 1964, pág. 642.
- (15) Ver su obra "Los Principios Generales del Derecho Administrativo", Madrid, Ed. Reuss, 1928, pág. 480
- (16) Jeze, Gaston: Ob. cit., pág. 491
- (17) Jeze, Gaston: Ob. cit., pág. 495
- (18) Jeze, Gaston: Ob. cit., pág. 487
- (19) Wolf, E.: "La validite des actes d'un gouvernement de fait", en Revue de Droit Public, París, 1952.
- (20) Larnaude, F.: "Les gouvernements de fait", en Revue Generale de Droit International Publique, París, 1921, pág. 476
- (21) Goldschmidt, Werner: "Introducción filosófica al Derecho", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973, 4a. Edición.
- (22) Fueyo Alvarez, Jesús: Ob. cit., pág. 15
- (23) Sánchez Viamonte, Carlos: Ob. cit., pág. 581
- (24) Von Hippel, Ernst: "Historia de la Filosofía Política", - Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962.
- (25) Fueyo Alvarez, Jesús: Ob. cit., pág. 11
- (26) Fueyo Alvarez, Jesús: Ob. cit., pág. 15
- (27) Cossio, Carlos: "El concepto puro de revolución", Ed. - Bosch, Barcelona, 1936, pág. 80
- (28) Prelot, Marcel: Ob. cit., pág. 186.
- (29) Brichet, Olivier: "Estude du coup d'Etat en fait et en Droit", París, Editions Domat-Montchrestien, 1935.
- (30) Sánchez Agesta, Luis: "Principios de Teoría Política", - Editora Nacional, Madrid, 1976, pág. 111.

- (31) Cattaneo, Mario: "Il concetto di rivoluzione nella scienza del diritto", Universita di Milano, Pubblicazioni della Facolta di Giurisprudenza, 1960, pág. 70
- (32) Santi Romano: "L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione", en Archivio Giuridico, Nuova Serie, Vol. IX., 1902, pág. 21 y sgs.
- (33) Santi Romano: Ob. cit., pág. 22
- (34) Cattaneo, Mario: Ob. cit., pág. 70
- (35) Justo López: Ob. cit., pág. 105
- (36) Sánchez Viamonte: Ob. cit., pág. 544
- (37) Bidart Campos, G.J.: "Derecho Político", Ed. Aguilar, - Buenos Aires, 1967, pág. 542
- (38) Aristóteles: "Política", Libro VIII, cap. I., parágrafo - 4.
- (39) Cossio: Ob. cit., pág. 81
- (40) Herrfhardt, Heinrich: Ob. cit., pág. 11
- (41) Cattaneo, Mario: Ob. cit., pág. 44
- (42) Carre de Malberg: "Contribution a la Theorie generale de l'Etat", II, París, 1922, pág. 496
- (43) Pierandrei, Franco: "La rivoluzione e il Diritto", en -- Nuova Rivista di Diritto Commerciale, 1952, Vol. 5, Fasc. 5-8, pág. 135.
- (44) Santi Romano: "Rivoluzione e Diritto", en Frammenti di un Dizionario Giuridico, Milano, 1947.
- (45) Raiciu, Jean: "Legalite et necessite", París, Les Editions Domat-Montchrestien, 1933, pág. 174
- (46) Santi Romano: Ob. cit., (Rivoluzione e Diritto)
- (47) Burdeau, Georges: Ob. cit., pág. 595
- (48) Sánchez Viamonte: Ob. cit., pág. 539
- (49) Sánchez Agesta, Luis: Ob. cit., pág. 148

- (50) Levy-Bruhl, Henri: "Le concept juridique de révolution", en Introduction a l'etude du Droit Compare, Recueil d'etudes en honneur d'Edouard Lambert, II (Le Droit Compare -- comme science juridique moderne), Paris, 1938, pág. 250 - y sgs.
- (51) Sánchez Viamonte: Ob. cit., pág. 542
- (52) Vanossi, Jorge Reinaldo: "Teoría Constitucional", T. I., Teoría Constituyente, Buenos Aires, Depalma, 1975, pág. - 143.
- (53) Cohan, A.S.: "Introducción a las teorías de la revolución", Madrid, pág. 54, Ed. Espasa Calpe, 1977.
- (54) Cattaneo, Mario: Ob. cit., pág. 72
- (55) Loewenstein, Karl: "Teoría de la Constitución", 2a. Ed., Ariel, Barcelona, 1976, pág. 189-192
- (56) Pierandrei, Franco: Ob. cit.
- (57) Pierandrei, Franco: Ob. cit.
- (58) Ross, Alfred: "On Law and Justice", London, 1958, citado por Cattaneo en su Il Concetto di Rivoluzione...
- (59) Ver por ejemplo entre la copiosa bibliografía a: Del Campo Wilson: "El problema constitucional. Su solución jurídica", Ed. Kraft, 1958, Buenos Aires.
- (60) Ver entre otros: Varios autores: "Estampas de Chile", - Ed. Speiro, 1974, Madrid; también de Robert Moss: "El colapso de la democracia", Ed. Cosmos, 1977, Madrid.
- (61) Mendieta y Nuñez, Lucio: "Teoría de la revolución", Ed.- Universidad Nacional de México, 1959, pág. 45.
- (62) Fischbach, Oskar Georg: "Derecho Político General y Constitucional Comparado", Ed. Labor, Barcelona, 1934, pág. 48
- (63) Schmitt, Carl: "La dictadura", Ed. Revista de Occidente, Madrid, 19, pág. 181.
- (64) Friedrich, Carl: "Gobierno constitucional y democracia", Vol. I y II, Madrid, Instituto Estudios Políticos, 1975.
- (65) Lucas Verdú, Pablo: Voz "Dictadura", en Nueva Enciclope-

dia Jurídica Seix, Barcelona, 1955

- (66) Ver: "Las causas de la inestabilidad política en América Latina", de Salvador Dana Montaña, ed. Universidad de Zulia, Maracaibo, 1966. En relación con la problemática -- africana del constitucionalismo y los golpes de estado -- ver: Gonidec, P.F.: "Les systemes politiques africains", Bibliotheque Africain et Malgache, París, 1978, pág. 249 a 282.
- (67) Mirkine-Guertzevich, Boris: "Los principios constitucionales del Estado dictatorial", en Rev. de Dcho. Público. Madrid, 1934, año III, N^o 30.
- (68) Raiciu, Jean: Ob. cit., pág. 140.

II. DIVERSAS VIAS Y PROFUNDIDADES DE LA RUPTURA CONSTITUCIONAL

El tránsito entre un orden y otro, configurador de una situación de facto, puede darse de distintas maneras:

1. Puede producirse en forma pacífica, desarmando o desmontando la estructura jurídico-política e institucional existente y armando desde ella misma una nueva, con instituciones totalmente diferentes o, al menos, apoyadas sobre bases muy distintas. Caso a analizar: España 1976-78.

2. Puede producirse a través de un hecho de fuerza. Las situaciones pueden ser varias:

2.1. Golpe de Estado, con el que se viola la legalidad, se introduce quizá algún nuevo elemento en ella, pero en lo sustancial se la sigue respetando y reconociendo como tal. Caso a analizar: Argentina 1930, 1943, 1955, 1962 y 1966.

2.2. Revolución, que puede también tener distintas formas:

2.2.1. Eliminación inmediata y total de la estructura constitucional e institucional en todas sus partes, creándose un período de anomía, que terminará cuando se dicte una nueva Constitución. Caso a analizar: Yugoslavia 1945.

2.2.2. Mero ejercicio revolucionario del poder, pero sin un real cambio de instituciones y estructuras. - Caso a analizar: Roma durante el Principado de Augusto.

1. Revolución pacífica. España 1976-78

Se ha mencionado antes que la revolución pacífica es la que se realiza sin mediar violencia material. En cambio -- siempre hay violencia legal, pues necesariamente se violan muchas o pocas disposiciones legales en su sustancia, aunque en la forma se pretenda serles fiel.

Es evidente que el cambio de las instituciones políticas de una nación obedece a una idea distinta en las bases de ella. Esa transformación institucional es deseada y apoyada por una mayoría considerable de la población. Los cauces legales a través de los cuales se realiza son solo instrumentos que han de permitir el tránsito entre un orden y otro. El procedimiento es legítimo, jurídicamente, puesto que se realiza formalmente (y solo formalmente) según los cauces previstos en las instituciones existentes. Es legítimo sociológicamente si se apoya en el consenso y acuerdo de los gobernados. Si -- hay además legitimidad política, en el sentido de que el elenco dirigente es eficaz, especialmente en ese momento de transición, los elementos componentes configuran un cuadro cuya viabilidad está en gran medida asegurada.

Esta es la situación que ha vivido España desde noviembre de 1975, o mejor, desde julio de 1976, hasta diciembre de 1978, en que se ha cerrado el proceso mediante la aproba-ción de la Constitución a través del Referendum, y de la correspondiente sanción del Rey.

Pero antes de entrar a considerar la transición mencionada conviene tener presente con Sánchez Viamonte que "la historia de las instituciones es la historia de los efectos, no de las causas, y acaso sea este un modo de orientarse en el -- tiempo con mayor seguridad. La causalidad nos presenta un - -

fragmento, pero no toda la realidad histórica. Es el determinismo del punto de partida, sin dirección y sin rumbo; una -- fuerza que sabemos como se forma, pero no hacia donde va; una bala perdida, en suma. Eso no agota el contenido de la historia... No es concebible la existencia de causas, sin conexión o correlación necesaria e inevitable con la existencia de fines. En el determinismo social las causas son causas porque producen efectos y solamente en relación con ellos. La vinculación entre la causa y el efecto señala una dirección o rumbo a los acontecimientos y les fija un sentido, que no es otra cosa que su finalidad. Con las mismas razones que fundamos el determinismo en las causas, podríamos fundarlo en los efectos, - es decir en los fines. La circunstancia de que nos sea más fácil conocer las causas que los efectos en los hechos sociales contemporáneos, no justifica la conclusión de un puro determinismo causal; un raciocinio rigurosamente lógico nos conduce a considerar a las causas como simples medios para la realización de los fines predeterminados en ellas " (1).

El período de transición se abre con el fallecimiento del general Franco. Su régimen y sus instituciones particulares se sustentaban en el consensus de los gobernados. El régimen y su legalidad alegaban un fundamento de legitimidad. Era esta una legitimidad de carácter carismático, según tipología de Max Weber (2). Es evidente que con el fallecimiento del líder desaparece la base fundamental de esa legitimidad. He aquí la causa que producirá determinado efecto, cual es, que las instituciones existentes devienen inadecuadas e ineficaces. El tránsito entre las causas y el efecto señala una dirección o rumbo a los acontecimientos, que no es sino su finalidad. Y la finalidad en este caso no es sino la de encontrar una base, una nueva base, sobre la cual descansa la legitimidad.. Este -

nuevo fundamento necesariamente ha debido ser de carácter racional, que descansa en la creencia de la legalidad de las ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad.

Es decir que en la marcha de la nación ha habido una transferencia del peso de uno de los rieles al otro. Lo destacable es que esta transferencia se ha producido sin detensiones, sobre la misma marcha, sin brusquedades ni sobresaltos, y sobre los mismos carriles. Esta transición "es un fenómeno político 'sui generis' que en pocas ocasiones históricas podrá -- repetirse... Plantearse el análisis de esta situación ha sido difícil. Elementos sociológicos, económicos y jurídicos se -- han mezclado en la realidad política de cada día, dando lugar a esa vivencia histórica peculiar..." (3).

Fallecido el anterior Jefe de Estado no había ninguna duda para amplios sectores de la población española, incluso para los más entusiastas sostenedores del anterior orden, -- de que las instituciones existentes entonces no podían sostenerse. Raimundo Fernández Cuesta, en su discurso ante el Pleno de las Cortes con ocasión de la defensa de su enmienda a la LRP, decía: "Soy el primero en reconocer que después de muerto nuestro Caudillo, dada la indiscutible autoridad personal -- que legitimamente tenía sobre el sistema político por él creado, este no podía permanecer inalterable, que algo había que -- hacer". Y Blas Piñar, enmendante a la totalidad, decía también entre el Pleno: "El que os habla y la corriente de opinión que sin duda existe y que puedo interpretar ahora, no somos enemigos de la reforma de nuestro ordenamiento constitucional y jamás hemos dicho que tal ordenamiento sea inmodificado. Todo lo contrario. Por nuestra lealtad al juramento y -- a la obra de Franco, por nuestra inserción en la realidad es-

pañola de nuestra época y por un entendimiento sin confusión - de cuanto ese ordenamiento constitucional permite, no solo admitimos, sino que deseamos y queremos las reformas; pero..."

(4). Perez Tremps dice que "un proceso del alcance del español solo podremos explicarlo por la crisis del Estado, la inoperatividad de sus instituciones y la superación de estas por toda una realidad social, económica y política", y agrega más tarde: "...Un Estado cuyas estructuras sociales, económicas y políticas han variado, pierde sentido al desaparecer la persona en torno a la cual estaba institucionalizado y que constituía el último resorte" (5). "A la postre, para todos, menos para los ultraconservadores, se hizo patente la insoslayable necesidad de sustituir las instituciones políticas que legó el General Franco en incuestionable estado mortecino" (6).

Siendo incuestionable la necesidad de introducir en las instituciones un cambio, (utilizando este término en la forma mas neutra), sobrevenía la dificultad de precisar en que forma se llevaría a cabo. El procurador Miguel Primo de Rivera hablando por la Ponencia en el Pleno, condensaba las opciones posibles en los siguientes términos: "...La mayoría razonable de los políticos y el adivinable espíritu de pueblo español... exigen entre las tres posturas posible (de inmovilismo, evolución o ruptura), la postura intermedia" (7). Por otra parte Gonzalez Navarro las expone de la siguiente forma: "... De mas a menos: Cambio (esto es, ruptura total con el pasado), desarrollo político por vía de reforma constitucional, y desarrollo político por vía de simple interpretación y complementariedad... Como la LRP superaba evidentemente esta última posibilidad, el problema estribaba en saber donde termina el desarrollo por vía de reforma y se entra en lo que es cambio o ruptura" (8). (Para este autor ambos términos parecen equivalen-

tes).

Por su parte Julian Marías resumía así las posibilidades: "La reforma, que resultaba imposible, ya que aquel régimen era tan personal, que aunque los españoles hubiesen querido -que no querían-, hubiese sido imposible. La ruptura, es decir, empezar de cero, lo que tampoco era posible. Nunca - - creí que el régimen de Franco fuese legítimo, pero era legal. La tercera posibilidad era partir de esa legalidad para alcanzar la legitimidad. Esta última opción fue la que se siguió - y particularmente creo que ha sido una hazaña, una operación increíble que no tiene parangón en la historia" (9).

El gobierno Suarez optó por la evolución o (mal llamada) reforma, y la llevó a cabo basándose en la legalidad existente. El presidente Suarez, el día 8 de octubre de 1976, al iniciarse el Pleno del Consejo Nacional para debatir la Ley para la Reforma Política, entre otras cosas dijo: "El proyecto de ley se plantea desde la legitimidad del Estado y dentro del mayor respeto a la legalidad fundamental vigente. Su punto de arranque se halla en la constatación de los profundos cambios operados en la sociedad española a lo largo de los últimos cuarenta años. Estos cambios requieren un tratamiento político - específico, lo que supone acomodar nuestras instituciones políticas a las necesidades de nuestra moderna sociedad... La reforma propuesta desde la legalidad... es coherente, sin perjuicio de las necesarias y profundas transformaciones que introduce en esa misma legalidad" (10).

El punto de partida legal de esta reforma radica en el art. 10 de la Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado, que permitía la modificación o derogación de las Leyes Fundamenta-

les, previo acuerdo de las Cortes y Referendum Nacional aprobatorio. Un hecho que también demuestra el respeto formal de la legalidad consiste en haber enviado el Proyecto al Consejo Nacional (uno de cuyos fines era "defender la integridad de los Principios del Movimiento Nacional"), aún sabiendo que su informe no era vinculante.

Ahora bien. La pretensión de actuar en todo de acuerdo con la legalidad vigente, ¿está realmente justificada? Con la Ley de Reforma Política se respeta en casi toda la legalidad, para modificarla también en su casi totalidad. Recordemos aquí la argumentación lógica que hace Alfred Ross al hablar de revolución pacífica. La última norma de la escala legal se -- modifica a si misma, y se anula a si misma, haciéndose suplantada por otra. Pero si se hace suplantar por otra, ¿en qué queda la validez de la primera como base y punto de partida? Ross dice que en tal caso nos encontramos en presencia de un "purely social-psychological fact outside the province of legal procedure", y producto y obra de revolución. Dentro de este tipo de categorías cabe insertar el proceso de transición que se analiza.

Quijano pone de relieve la intrínseca contradicción en que el proyecto se mueve, pues abre un proceso constituyente sin romper con la legalidad vigente, es decir, se abre un proceso constituyente sin confesarlo abiertamente (11). Se quiere hacer aparecer a la Ley de Reforma Política como una continuación y un desarrollo de la legislación fundamental vigente, pero según Lucas Verdú "la Octava Ley Fundamental lo es en conexión formal, solo formal, con las siete Leyes Fundamentales precedentes, porque va a seguir los caminos exigidos por el artículo 10 de la Ley de Sucesión, pero materialmente rompe

con ellas..." (12).

Según Alzaga el camino que ha elegido el gobierno -- fué afortunado. Decía, en su momento, que "trata de aunar de un lado la legitimidad de las Leyes Fundamentales vigentes, -- válida para un sector de la población, a cuyo fin se ha respetado escrupulosamente el procedimiento de reforma previsto en el artículo 10 de la Ley de Sucesión, y de otro se suma la legitimidad democrática que emane de unas Cortes, autenticamente constituyentes, elegidas por sufragio universal en elecciones que confiamos sean realmente libres y competitivas. Es una -- afortunada síntesis entre la legitimidad de la sociedad pseudo-unánime que se acaba y la fuente de legitimación natural de la sociedad pluralista que hemos de alumbrar entre todos" (13).

Cabría preguntarse cual fue realmente la naturaleza jurídica de la LRP. González Navarro asume la tesis de la -- misma Ley que en su disposición final dice que "tendrá rango de ley fundamental", pero que se muestra profundamente innovadora incidiendo sobre los Principios que definen la Constitución vigente. Afirma el autor que se trata de una ley instrumental pues "revela el propósito de continuar en una segunda -- fase la reforma ahora iniciada". Parece sin embargo haber cierta contradicción con lo que se afirma en el Prólogo en el sentido de que la nueva ley "no es una Ley Fundamental transitoria" (14), si bien poco antes adhiere a que sea conceptuada -- como una "ley puente".

Iñigo Cavero dice que "el Proyecto de Ley Fundamental que el Gobierno Suarez ha presentado ante el país, no es -- fácil tipificarlo jurídicamente, no obstante autonominarse, -- ley fundamental. Creo que admitiría la denominación 'sui generis' de 'Ley constitucional de transacción para la transición'.

Expresa una voluntad de compromiso que bascula entre el respeto al cauce constitucional previsto para la reforma de las Leyes Fundamentales y un intento facilitador del cambio constitucional" (15). Lucas Verdú afirma, por otro lado, que "el Proyecto Suarez, visto desde el ángulo jurídico-político, es una Ley-medida política, encaminada a establecer una nueva situación política. Su destino, probable será desaparecer tras las modificaciones que realicen las futuras Cortes en el orden fundamental. Será pues una 'Ley Fundamental provisional', aunque parezca paradójico" (16).

Perez Tremps apunta otra posibilidad y es la de tipificar la LRP como una "pequeña constitución", o "estatuto provisional", al estilo de los que rigieron en Austria y Polonia en 1919 y 1924 y luego se utilizaron en otros países. Estos estatutos tenían como finalidad una regulación mínima de los poderes del Estado durante los procesos constituyentes. No obstante Pérez Tremps también recoge la opinión de autores que rechazan esta catalogación afirmando que esos estatutos establecen un poder constituyente y la LRP establece formalmente una revisión. (17).

Sea como fuere y "aunque se incida en juegos semánticos con la palabra 'reforma', explicable estrategia, en el fondo se convocan unas Cortes constituyentes..." (18), con lo cual resulta evidente que la LRP va mucho más allá de ser una simple reforma del orden constitucional entonces vigente. Martín Oviedo destaca el típico "carácter instrumental" de la Ley, "primer indicio válido del carácter pre-constituyente o, mejor pro-constituyente de esta norma". Pero continúa este autor -- diciendo que "sin embargo, ni el título de la LRP ni lo que acaba de afirmarse, deben llamar a engaño: aquella es no solo

una ley 'para reformar' sino reformadora, y de modo sustancial, de las anteriores Leyes Fundamentales. En su contenido, en efecto, se advierten extremos, tanto en lo dogmático como en lo orgánico (por seguir la distinción clásica en materia constitucional), que derogan, formalmente y en cuanto al fondo los principios y organización establecidos en nuestro anterior ordenamiento constitucional" (19).

Esto nos lleva a un punto básico de esta problemática. Mediante la Ley para la Reforma Política, ¿se produjo una reforma o una ruptura?

Pero antes aun de tratar de contestar esa pregunta - conviene abordar la cuestión de la inexistencia de cláusula de derogatoria, ya que ello también incide en la respuesta que habrá de emerger. Respecto de este punto hay que tener en cuenta que en realidad hubo derogación, pero esta se produjo en forma implícita o tácita. Dentro de esta categoría son observables -- dos efectos. El primero, de carácter estrictamente legal, proviene de la aplicación del principio "Lex posteriori derogat priori". Según este, queda derogado del orden constitucional vigente aquello que esté en contradicción con lo que dispone - el texto de la nueva Ley. Al respecto hubo varios intentos -- de enumeración de las disposiciones constitucionales que quedaron derogadas (20). Además "toda la legislación que tiene su fundamento en los preceptos constitucionales que se derogan, - queda íntegramente derogada (y no parcialmente en cuanto sea - contradicha), en cuanto hay que entender que esa legislación - es desarrollo del precepto constitucional que ha sido derogado" (21).

El segundo de los efectos antes mencionados es que la

Ley contiene "virtualidades derogatorias", debido a las cuales poco del anterior orden queda en pié. Martín Oviedo dice que "sí, a pesar de la tan denunciada falta de cláusula derogatoria los preceptos expresos de la LRP derogan de modo explícito - - otros de anteriores Leyes Fundamentales, es forzoso reconocer, en una consideración más profunda, que la LRP no agota en su - misma literalidad su voluntad derogatoria: ésta, antes bien, se encuentra ínsita en la misma intención o espíritu con que - se dicta y esa potencia y virtualidad derogatorias son de tal magnitud que, en rigor, ejercen una abrogación implícita de to do el orden 'institucional' precedente". Agrega el mismo autor que "si el Preámbulo que precedía el Proyecto se hubiera - conservado, la afirmación anterior se habría hecho obvia; prue ba reveladora de la carga política de aquel texto fue el hecho de que la mayor parte del informe del Consejo Nacional del Movimiento se dedicase a considerar el Preámbulo: las reflexio- nes críticas de ese documento explican en buena medida la pos- terior desaparición de aquel texto" (22).

Sánchez Agesta dice que con la LRP "quedaba derogada toda la estructura básica del régimen de Franco. Decirlo en - una cláusula de derogación era efectivamente una 'tarea ardua'. Callarlo era también una medida 'ardua', pero prudente" (23).

Lucas Verdú expone la razón de la falta de cláusula derogatoria. "No es producto de olvido. Es una carencia in- tencionada. El gobierno no quiere dar la sensación al 'bunker' de que pretende desmantelar el edificio franquista. Acentúase el carácter táctico y de medida política del Proyecto" (24).

Esta última cita nos vuelve a plantear la cuestión - de si lo que se realizó fue una ruptura o una reforma. El si-

gnificado de reforma lo establece, por ejemplo, Biscaretti, diciendo que es "aquella actividad normativa desplegada para modificar parcial o radicalmente una Constitución rígida, valiéndose del particular procedimiento predeterminado para ello". - En cambio el término ruptura tiene para él un sentido de "derogación de la misma Constitución en un caso concreto, o en un breve período, dejando inmutable su validéz en general" (25).- Se observa que no hay claridad en esta definición. Pero si la hay en Pérez Tremps, cuando dice que "parece que la ruptura haría referencia a cualquier supuesto de discontinuidad jurídica, a un proceso revolucionario cruento o incruento, a un nacimiento de un nuevo ordenamiento constitucional sin conexión jurídica con el que le precedió" (26).

De lo acotado surge claramente que una ruptura supone una quiebra total, o casi total, del orden existente. Esta comprensión la hallamos incluso a niveles intuitivos. Hablar de ruptura y quiebra supone hablar de revolución, y esta en la mayoría de los casos supone al menos un cierto grado de violencia material. Esto, precisamente, la violencia material, es lo que en España se ha querido evitar y se ha evitado, felizmente. Pero el hecho de haberse eludido habilmente y con suerte el estallido de la violencia no cambia el fondo de la cuestión. Se utilizó la palabra "reforma" como un medio más para evitar - cualquier desbordamiento de la situación, y su descontrol. Externamente no hubo ruptura, es decir, no hubo alteraciones del orden público y la vida del país no se salió de los cauces normales. Pero en la realidad de los hechos y en el fondo hubo ruptura y no reforma. Habría constituido una reforma propiamente dicha el Proyecto Arias-Fraga, de haber prosperado, pues suponía, hablando en términos musicales, una variación sobre el mismo tema. Pero con la Ley para la Reforma Política el te

ma ya distaba mucho de ser el mismo. Parece acertada la expresión del socialista Felipe Gonzalez (mencionada por Pérez Tremps en su trabajo) según la cual la LRP supone una ruptura en el fondo y una reforma en la forma. Lucas Verdú también concuerda, pues afirma que mediante la LRP se produjo una "autorruptura de la legalidad vigente"... "La Octava Ley Fundamental es incompatible con las siete anteriores, lo cual significa, entre otras cosas, que la clase política gobernante prefiere realizar ella misma la ruptura (autorruptura), sin contar con la oposición, ajustándose solo en la forma a los trámites preexistentes, o sea, siguiendo la legalidad, entendiéndose por tal las apariencias" (27). Martín Oviedo parece adherirse a estas opiniones cuando afirma que "lo que la Ley titula 'reforma política' es mucho mas que lo que se ha dado en denominar con tal término en la praxis política de los últimos meses: diría, incluso, que política y técnicamente, es lo contrario de un anhelo reformista, si por tal se entiende, como ocurre en la praxis de nuestros días y en la misma terminología al uso, la modificación intrínseca del sistema institucional existente. En términos de doctrina constitucional, debe afirmarse que nos encontramos, no ante simples 'mutaciones' o modificaciones, sino ante verdaderas 'transformaciones' que derogan explícita e implícitamente el sistema institucional anterior, pero no establecen el nuevo de un modo completo" (28).

Coincide en señalar el fenómeno de ruptura Villarroya, quien afirma que "desde una perspectiva política, el contenido de la LRP, la admisión en la misma del sufragio universal y la facultad de revisión atribuida principalmente a las Cortes que aquella creaba, suponía un derribo, pese a que se guardasen ciertas formas procesales, del régimen constitucional existente con anterioridad y la apertura de una vía que no

podía tener otro sentido y alcance que el plenamente constituyente"... "La ruptura se inició en realidad con la aprobación de la Ley para la Reforma Política; y se consuma, de manera expresiva con la disposición derogatoria de la Constitución -- que deja sin efecto todas y cada una de las leyes fundamentales" (29).

Es interesante y muy ajustada al presente caso la opinión de Carl Schmitt. "Una reforma de la Constitución --dice-- que transforme un Estado basado en el principio monárquico en uno dominado por el poder constituyente del pueblo, no es en ningún caso constitucional. Cuando ocasionalmente se han suscitado discusiones sobre lo que hubiera procedido 'desde el punto de vista jurídico' para transformar, en los comienzos de noviembre de 1918, la vieja Constitución del Imperio en una Democracia moderna por caminos legales, esto no es más que un juego sin sentido, por lo arriba expuesto, y, también, por lo que se desprende del concepto justo de reforma constitucional. En vías legales no podía transformarse esta Constitución en una Constitución democrática: la renuncia voluntaria del monarca al principio monárquico hubiera significado solo una renuncia a la lucha, haciendo posible un cambio pacífico del Poder constituyente. Pero no por eso el nuevo sujeto del Poder constituyente se hubiera convertido en sucesor jurídico del monarca, ya que no puede darse en esta esfera una sucesión jurídica. Y lo mismo a la inversa: una Constitución basada en el Poder constituyente del pueblo no puede ser transformada en una constitución de principio monárquico en vías de una 'reforma' o 'revisión' de las leyes constitucionales. Eso no sería reforma de la Constitución, sino destrucción de la Constitución" (30).

Similar opinión sustenta Recasens Siches cuando afirma: "Una reforma normal o legal de la constitución no puede - llegar al punto de cambiar la esencia de la constitución, no - puede modificar el supremo poder del Estado; por ejemplo, no puede transformar un régimen democrático en un régimen de monarquía absoluta de derecho divino, ni viceversa, pues cualquiera de esos dos cambios representaría una solución de continuidad, representaría el surgimiento de un nuevo régimen, no - apoyado en el anterior, sino basado precisamente sobre la negación de lo que era esencial en el anterior. Esto es así por la siguiente consideración, que resulta harto clara y notoria: el órgano o poder autorizado para reformar la constitución vigente es tal, precisamente porque esta constitución le confiere - competencia para ello; y, por consiguiente, de la constitución ese órgano podrá modificar los puntos para cuya reforma se le otorga esa competencia, pero en ningún caso podrá modificar, - aunque esa competencia no hubiera sido explícitamente limitada, aquello que se refiera esencialmente a la titularidad del supremo poder. En el momento en que el órgano competente para la reforma de la constitución pretendiese modificar este punto, -el de la titularidad o fuente del supremo poder-, negaría el fundamento de su propia competencia legal; y, entonces, lo -- que hiciere en ese sentido, constituiría la fundación originaria de un nuevo sistema jurídico, sin conexión con el anterior, sin ningún fundamento sobre el anterior: representaría una ruptura total con el orden jurídico precedente, aún en el caso de que ésta se produjese de modo pacífico e incruento. Adviértase que para que se dé una solución de continuidad en la historia-jurídica, esto es, para que se produzca la derrocación del sistema anterior y la fundación de un nuevo Derecho, no es de ninguna manera indispensable que ocurran hechos de violencia material. Aunque esto último sea lo más frecuente, sin embargo,

la historia registra casos en que, sin ningún acto de violencia un viejo régimen se hunde y aparece entonces un nuevo régimen, con producción originaria de nuevo Derecho" (31).

Una pregunta que, como un inciso, surge aquí es la siguiente: ¿Ha habido en este caso ejercicio de poder constituyente genuino o de poder constituyente constituido? (según distinción de Sánchez Agesta). Por todas las consideraciones anteriores parece estar claro el hecho de que no hubo ejercicio de poder constituyente constituido, si bien se pretendió que fuese tal. Por consiguiente hubo ejercicio de poder constituyente genuino.

En su momento escribía Lucas Verdú que "nos encontramos ante un proceso constituyente singular y sui generis... Es singular porque la transición del régimen franquista a la democracia liberal se ha querido hacer sin rupturas violentas, arrancando de la legalidad franquista mediante el trámite de la octava ley fundamental, la Ley para la Reforma Política... El procedimiento es singular dada la presencia de los llamados poderes fácticos que han conservado intacto su poder, pero merced a la habilidad del presidente Suarez se acomodaron al cambio demoliberal". Por otra parte "el carácter sui generis del proceso constituyente español estriba en que arranca de un pie forzado: la Ley para la Reforma Política; en consecuencia, el poder constituyente encuentra mermada su calificación de originario y soberano. Arranca de una base jurídica fundamental, previa e impuesta". Este autor califica el proceso constituyente español como "reformismo constituyente, caracterizado inicialmente por la autorruptura y encaminado por la presión de la opinión pública... a elaborar una constitución demoliberal". Y agrega: "Que todo este proceso sea heterodoxo en el

sentido de que no se ajusta a los temas políticos y a la dogmática jurídica sobre el poder constituyente, su titularidad y ejercicio, es indiscutible" (32).

Pero surge otra pregunta: ¿Quién fue el que en realidad ejerció este poder constituyente? El pueblo soberano parece que no, al menos durante las etapas inicial y media del proceso. Su "voluntad soberana" necesitó ser "inducida", el pueblo casi fue "invitado" a expresarse y por órganos que desde el punto de vista democrático no eran representativos. Quijano dice que "si políticamente puede tener éxito el razonamiento de que es el pueblo el que decidirá soberanamente la reforma, jurídicamente es insostenible. Porque no es la colectividad quien tiene la iniciativa de la reforma, sino que esta le viene confeccionada previamente por un gobierno, un Consejo Nacional y unas Cortes que no ha elegido. En suma, no es el pueblo el que cambia el régimen vigente; por el contrario, es el régimen el que se reforma a si mismo" (33). Un autor habló de "Democracia otorgada" o "concedida" (34). La clase gobernante de entonces produjo una reforma de motu proprio, e invitó al pueblo a adherirse a ella, a refrendarla. Solamente en esta fase final intervino la voluntad soberana del pueblo, que fue lo que salvó todo el proceso para la democracia, y trasladándose solo entonces el peso del ejercicio del poder constituyente genuino, mediante al palabra final, a ese pueblo. Aquí es necesario hacer una aclaración, quizá obvia. No se toma en cuenta en este punto el ejercicio del poder constituyente genuino del pueblo después de las elecciones del 15 de junio de 1977, etapa, desde luego, constituyente, sino el período anterior -- a ellas, pues a efectos de la ruptura es mucho mas importante y decisiva. En efecto, con el voto afirmativo mayoritario en el referendum de Diciembre de 1976, el pueblo español optó, entre

otras cosas, por que la voluntad soberana reside en el pueblo; que sus representantes serán elegidos por sufragio universal, directo y secreto, y que cualquier futura reforma constitucional requerirá la aprobación de la mayoría absoluta de esos representantes integrantes del Congreso y Senado. Como dice Sanchez Agesta "este nuevo proyecto, ya aprobado, tiene por su objetivo mas importante el establecer las condiciones para que el pueblo se constituya en última instancia decisoria de toda reforma a través del sufragio universal, igual, directo y secreto" (35). Es decir que todo lo que sobrevino al referendum de 1976, es una consecuencia de ese "sí" mayoritario expresado en el mismo, y que constituye el momento decisivo (si no lo -- fue, en otro sentido, la aprobación del Proyecto en las Cortes) en este proceso.

Lo que hay que anotar en todo este proceso es un cambio de política (36).

En efecto, cabría preguntarse, como Carcassonne y Su brade Bieusses, "que hay de común entre la democracia orgánica y la soberanía del pueblo?". Estos autores contestan que "nada, pues por ser conceptos opuestos no son contrarios". Y agregan que "ambos han sido sucesivamente proclamados suyos por España pasando de una a la otra sin transición en nombre de una transición que se propone hacer y donde la formulación de los textos permite pensar que ella ya se ha realizado. ¿Adonde ir, en efecto, más alla de la soberanía popular?" (37). Evidentemente se trata de uno de los puntos clave en toda esta problemática, pues se trata de un cambio en el sujeto portador de la soberanía. La LRP habla en su artículo 1ª de la "voluntad soberana del pueblo", mientras que en el sistema anterior de las siete Leyes Fundamentales, lo menos que puede decirse es que el

punto no está claro, según lo que expone González Navarro (38), Pero no solo que ha habido un cambio radical en el sujeto portador de la soberanía, sino que se ha producido también "una 'ruptura dogmática' o 'doctrinal' con el sistema representativo del pasado, que se expresa formalmente en la elección y composición de las Cámaras" (39).

Sintetizando, con Lucas Verdú, "el contenido de democracia , contenido en el Proyecto se basa: 1) En el imperio y supremacía de la ley; 2) En el reconocimiento de diversas corrientes políticas; 3) En la decisión de la mayoría de votos; y 4) En la expresión de la voluntad soberana del pueblo" ... "Cual es el alcance político de todo esto? Ante todo la incompatibilidad de estas afirmaciones con las contenidas en la Ley de Principios del Movimiento Nacional, que será menester - modificar, o mejor dicho, derogar, para que exista un mínimo - de coherencia en el sistema de Leyes Fundamentales del Estado español. Claro que esta derogación implica la supresión de todas aquellas afirmaciones ideológicas dispersas en las restantes leyes fundamentales..." (40).

Por último, otro de los puntos en el que se evidencia la ruptura es el de las demoninadas cláusulas de intangibilidad, ya mencionadas en la introducción, contenidas en casi todas las constituciones actuales, ya sea en forma explícita o implícita. En el sistema constitucional español anterior esta cláusula se encontraba en el artículo 1ª de la Ley de Principios del Movimiento Nacional, del 17 de mayo de 1958, donde se establecía que: "Los principios contenidos en la presente promulgación, síntesis de los que inspiran las Leyes Fundamentales refrendadas por la Nación el 6 de julio de 1947 son, por su propia naturaleza, permanentes e inalterables".. Respecto de este tipo de cláusulas parece suficiente mencionar la clara

y precisa opinión de Loewenstein. "Las disposiciones de intangibilidad incorporadas a una constitución pueden suponer en tiempos normales una luz roja útil frente a mayorías parlamentarias deseosas de enmiendas constitucionales, (y según la experiencia tampoco existe para esto una garantía completa), pero con ello en absoluto se puede decir que dichos preceptos se hallen inmunizados contra toda revisión. En un desarrollo normal de la dinámica política puede ser que hasta cierto punto se mantengan firmes, pero en épocas de crisis son tan solo pedazos de papel barridos por el viento de la realidad política" - (41).

Por consiguiente, las razones de este proceso no cabe buscarlas sino en la voluntad decidida de lograr tres objetivos: Eliminar el orden político anterior; instaurar uno nuevo; y lograr todo ello en forma pacífica. Sencillamente se ha querido realizar este cambio, y porque ello se ha querido así en forma mayoritaria, así se ha hecho, al margen de todos los frenos legales que pudieran existir. En primer lugar quien ha querido hacer este cambio fué el rey Don Juan Carlos, que accedió a la Jefatura de Estado siguiendo la legalidad vigente y que fue incluso, y hasta cierta medida, formado por el General Franco. Recuerdese que el Príncipe Don Juan Carlos dijo el 20 de julio de 1969, día de su proclamación como sucesor a título de Rey en la Jefatura del Estado, en la Cámara de las Cortes las siguientes palabras: "Quiero expresar en primer lugar que recibo de su Excelencia el Jefe de Estado y Generalísimo Franco la legitimidad política surgida el 18 de Julio de 1936". Sin embargo fue el motor del cambio e iniciador de la ruptura con el sistema anterior.

De la mayor relevancia es el paso del Proyecto de Ley para la Reforma Política a través de las Cortes y su consiguien

te aprobación. El hecho de que esas Cortes franquistas hayan votado su propia disolución es suficientemente elocuente como para demostrar que nuevas concepciones y creencias políticas han prevalecido en ese cuerpo legislativo, al margen de las formalidades legales e institucionales. "Las Cortes aprobaban el 18 de noviembre de 1976 el proyecto que las desmantelaba, por 425 votos sobre 497, es decir, con el 85% de votos, cuando los dos tercios (331) serían suficientes. Raramente se ha visto en una Asamblea poner tanta diligencia en suicidarse" (42). Algo similar afirma Alzaga cuando dice que "aquel colectivo de padres de la patria, cuyo respaldo electoral en un futuro se nos antoja, en buena parte de los casos, mas que dudoso, nos sorprende con su voto afirmativo, es decir, con una proeza que recuerda la del Baron de Münchhausen, que consistía en elevarse en el aire tirando de sus propios cabellos". Y agrega: "Pero el 'si' de esas Cortes, de tan dudosas convicciones demoliberales, no fue un acto de magia, sino algo de lo que puede dar adecuada explicación la politología actual" (43).

Finalmente, el pueblo también parece haber querido ese cambio, pues el voto afirmativo mayoritario así lo indica. Aquí radica la culminación de todo este proceso.

"En definitiva -dice Alzaga- la obra jurídico-política de la Reforma, o si se quiere, de la autorruptura, bien merece ser calificada de autenticamente artística. En efecto, creo que con toda objetividad podemos describirla como una verdadera obra de arte político. El arte de lo 'hacedero' como gustaba de repetir Cánovas, o si se quiere, el arte de 'hacer posible lo que es necesario' según la conocida divisa de Maurras" (44).

Es necesario anotar también un último dato, puesto de relieve por Duverger. "La LRP no establece un régimen parlamentario, sino solamente lo que se ha llamado una 'monarquía limitada', régimen de transición entre el autoritarismo y la democracia, que Gran Bretaña ha conocido en el siglo XVIII y la Europa continental en el XIX"... "Esto no constituye sino una primera etapa. La Ley para la Reforma Política establece un régimen provisorio..." (45).

Con todo lo mencionado hasta aquí podemos intentar una conclusión. La pregunta fundamental es: ¿Fue el Gobierno Suarez un gobierno constitucional? Podrá responderse en un primer momento que sí, pues incorporó al sistema constitucional español la "Octava ley", al amparo de la cual realizó su gestión. Pero hay otra pregunta previa: ¿Fue constitucional la sanción y promulgación de esta Ley para la Reforma Política? Por todo lo antes mencionado rompía con todo el esquema constitucional vigente. Es cierto que en este período (hasta la promulgación de la Constitución en 1978) hay que distinguir las diversas fases. Con cada expresión del voto popular se fue ahondando más en el proceso de desconstitucionalización de la constitución de Franco, y consolidando el proceso constituyente de la nueva (referencia al referendum de Diciembre de 1976, elecciones a Cortes de Junio de 1977 y referendum final del 6 de Diciembre de 1978). El pueblo votó afirmativamente en el referendum mediante el cual se aprobaba la LRP, lo que confería al proceso legitimidad sociológica y lo salvaba desde el punto de vista democrático.

Un observador extranjero de la vida política española subrayaba como una paradoja del sistema el que las siete Leyes

Fundamentales hablen del principio representativo y de la soberanía nacional (46). A título de ejemplo de esta paradoja recuerda que el Fuero de los Españoles reconocía a los españoles el derecho a participar en las funciones públicas de carácter representativo (art. 10); que las Cortes se definían como el órgano superior de participación del pueblo español en las tareas del Estado (art. 1^a); que la ley del Referendum, según su preámbulo, se estableció para impedir que "la voluntad de la nación pueda ser suplantada por el juicio subjetivo de sus mandatarios", al mismo tiempo que en su artículo 2^a establece como fundamento del Referendum el sufragio universal; que la misma Ley de Principios del Movimiento (VIII) afirma "el carácter representativo del orden político" como "principio básico de nuestras instituciones públicas", y que finalmente la Ley Orgánica del Estado se encabezaba en el art. 2^a con la afirmación de que "la soberanía nacional es una e indivisible", como base de un Estado, que ejerce esa "soberanía a través de los órganos adecuados a los fines que ha de cumplir".

Esta paradoja o ambigüedad del sistema era real, pero quizá solo hasta cierto punto, porque toda ley puede llegar a ser en determinado momento ambigua. Todo texto puede sufrir sucesivas "lecturas". La ley necesariamente debe ser interpretada, y las interpretaciones, evidentemente, pueden ser varias, especialmente cuando en un texto es difícil precisar y redactar con exhaustividad y completitud ciertas ideas y conceptos. En estos casos es necesario recurrir a la intención del legislador y a la forma en que la ley ha sido "vivida", es decir, como se la ha aplicado. Es difícil pensar que en nuestro caso la idea del constituyente al mencionar la "participación", "representación" y demás términos análogos, haya sido la de aceptar y propugnar los postulados de la "democracia inorgánica" o de parti-

dos. Téngase presente que la interpretación de la ley forma parte de ella, especialmente la interpretación auténtica, es decir la proveniente del mismo legislador, que fija los alcances de la misma. En el sistema de las siete Leyes Fundamentales, como sostenedoras de un sistema político concreto, sencillamente era inconcebible pensar en un régimen político como el instaurado por la actual Constitución de 1978. Podría aducirse que la interpretación de esas leyes comenzó a cambiar ya en vida de Franco y argumentarse con el discurso que el 12 de Febrero de 1974 el entonces presidente del gobierno Arias Navarro pronunció ante las Cortes, y en el cual hablo de "incrementar la representatividad". Habló también de "participación", que habrá de ser de allí en mas, "reflexiva, articulada, operativa y crítica" (47). Pero si juzgamos por el contenido del posterior Proyecto Arias-Fraga, emanado, como los nombres lo indican, de personalidades provenientes del régimen, nos percatamos que la mentada "participación" era entendida en forma diversa a la resultante de la Constitución de 1978.

Por consiguiente, las mencionadas ambigüedades de las siete Leyes Fundamentales, en realidad y en su profundidad, no son tales, o al menos, no son tan importantes. El contenido de las palabras "participación", "representatividad", "soberanía nacional" y otras, era entonces muy distinto del que tienen hoy, y parece justo pensar que en la intención del legislador franquista, al incluirlas en el texto constitucional, no cabía el sentido que tienen en un régimen pluripartidista como el actual. En el supuesto de que se quiera ver en esos términos ambiguos el fundamento jurídico-formal de la reforma, esto sería posible solo si se considerase el texto desnudo, es decir, sin recurrir a la interpretación. Como ello es imposible y la interpretación es obligada, podríamos decir, natural, pa-

rece difícil considerar esos términos como verdadero punto de partida jurídico formal de la reforma.

A partir de la aprobación de la LRP en el referendum la ruptura (o comienzo de ruptura) con el anterior orden constitucional se consolidó, aún cuando no se definió -- ningún nuevo orden, sino que la LRP solamente lo esbozó. -- Fué una ley para la transición, una ley-puente. Ahora bien, si la ley de Reforma Política produjo una ruptura con el orden jurídico-político anterior, ¿qué cabe decir del gobierno que la produjo y a cuyo amparo se colocó? Si la ley fue puente, también el gobierno tuvo esas características de -- transición. Estaba situado entre un orden que se extinguía y otro que se gestaba. Por consiguiente, ¿cómo podemos denominar al gobierno Suarez entre diciembre de 1976 y diciembre de 1978?

Lo menos que puede decirse es que fúe un gobierno de transición. Desde un punto estrictamente legal, de -- legalidad fundamental, escrita y positiva, el gobierno Suarez, entre las fechas acotadas, parece haber tenido las características de un gobierno de Derecho, aunque en contradicción con los principios del orden constitucional del que procedía. Recordemos el concepto de gobierno de Derecho: Es aquel que asume los poderes públicos de acuerdo con los procedimientos legales previstos para la investidura, y -- que ejerce esos poderes de acuerdo con los preceptos legales constitucionales. Desde el punto de vista legal la -- sanción de la Ley de Reforma Política se realizó de acuerdo con los preceptos constitucionales contenidos en las Leyes Fundamentales. Pero aunque se siguió un procedimiento legal, no se puede decir que se haya hecho una reforma, -- pues la LRP ha derogado tácitamente la esencia de la cons-

titución anterior, colocándose en su lugar. Esta es una singular paradoja de las posibles vías de reforma legal de una constitución. Recordemos también una vez más el argumento lógico de Alfred Ross, al hablar de revolución pacífica, (pág. 28 y sgs., en especial la 32), ya mencionado dos veces en este trabajo: Si la última norma de la escala legal se modifica a sí misma, mediante un procedimiento estrictamente legal, y se anula a sí misma, haciéndose suplantarse por otra, ¿en qué queda la validez de la primera? ¿Cuál de las dos está vigente? Ross dice que si esto llega a ocurrir es porque nos encontramos en presencia de un "purely social-psychological fact outside the province of legal procedure".

Citemos una vez más para subrayar esa paradoja a Schmitt y a Recasens Siches (pág. 61 y 62). Recasens Siches dice: "Una reforma normal o legal de la constitución no puede llegar al punto de cambiar la esencia de la constitución, no puede modificar el supremo poder del Estado; por ejemplo, no puede transformar un régimen democrático en un régimen de monarquía absoluta de derecho divino, ni viceversa, pues cualquiera de esos dos cambios representaría una solución de continuidad, representaría el surgimiento de un nuevo régimen, no apoyado en el anterior, sino basado precisamente sobre la negación de lo que era esencial en el anterior. Esto es así por la siguiente consideración, que resulta harto clara y notoria: El órgano o poder autorizado para reformar la constitución vigente es tal precisamente porque esta constitución le confiere competencia para ello; y, por consiguiente, de la constitución este órgano podrá modificar los puntos para cuya reforma se otorga esa competencia, pero en ningún caso podrá modificar, aunque esa competencia no hubiese sido explíci-

tamente limitada, aquello que se refiera esencialmente a la titularidad del supremo poder. En el momento en que el órgano competente para la reforma de la constitución pretendiese modificar ese punto, el de la titularidad o fuente -- del supremo poder, negaría el fundamento de su propia competencia legal; y, entonces, lo que hiciera en ese sentido, constituiría la fundación originaria de un nuevo sistema jurídico, sin conexión con el anterior, sin ningún fundamento sobre el anterior: representaría una ruptura total con el orden jurídico precedente, aún en el caso de que ésta se -- produjese de modo pacífico e incruento". ¿El régimen surgido de la LRP era realmente una negación de lo que era esencial en el régimen anterior?

Y Schmitt dice por su parte: "Una reforma de la constitución que transforme un Estado basado en el principio monárquico (absolutista, nota del doctorando) en uno -- basado en el poder constituyente del pueblo, no es en ningún caso constitucional. Cuando ocasionalmente se han suscitado discusiones sobre lo que hubiera procedido 'desde el punto de vista jurídico' para transformar, en los comienzos de noviembre de 1918, la vieja constitución del Imperio en una democracia moderna por caminos legales, esto no es más que un juego sin sentido, por lo arriba expuesto, y también, por lo que se desprende del concepto justo de reforma constitucional. En vías legales no podía transformarse esta constitución en una constitución democrática; la renuncia voluntaria del monarca al principio monárquico hubiera significado solo una renuncia a la lucha, haciendo posible un cambio pacífico del poder constituyente. Pero no por -- eso el nuevo sujeto del poder constituyente se hubiera convertido en sucesor jurídico del monarca, ya que no puede -- darse en esta esfera una sucesión jurídica".

Al respecto podríamos preguntarnos si había realmente un principio monárquico en las Leyes Fundamentales. Es verdad que el art. 6º dice que el Jefe del Estado, es el representante supremo de la Nación y personifica la soberanía nacional, pero también es cierto que el art. 8º -- exige que "todo lo que el Jefe del Estado disponga en el ejercicio de su autoridad deberá ser refrendado, según los casos, por el Presidente del Gobierno, o el ministro a -- quien corresponda, el Presidente de las Cortes o el Presidente del Consejo del Reino, careciendo de valor cualquier disposición que no se ajuste a esta formalidad". La ambigüedad o dualidad en la Ley Orgánica del Estado dejaba -- abierta la vía para cualquier solución posterior a la muerte de Franco (ver disposiciones transitorias primera y segunda de la Ley Orgánica del Estado).

La única explicación posible de la transición española estudiada la encontramos en los fundamentos socio-psicológicos, como afirma Ross, y no en los legales. El poder constituyente genuino ejercido en este caso se presentó "como una legitimidad trascendente en contraposición con el Derecho positivo, invocando valores de justicia superiores a este o apoyándose en necesidades históricas o en títulos de Derecho que el Derecho positivo no reconoce" (48).

Cierta confusión puede producirla el referendum de 1976, pues podría decirse que mediante éste se creó o conformó una nueva constitución a la que le dió vigencia y eficacia el voto →

popular afirmativo. Esto es evidentemente cierto. La LRP como ley posterior ha derogado tacitamente diversas disposiciones - de las siete Leyes Fundamentales y las ha suplido en algunos - casos con las propias, conformando un nuevo orden constitucional. Pero es el elemento sociológico el que le da validéz, me diante un consensus mayoritario, y no el jurídico-normativo. -

"Una reforma constitucional producida al márgen de las previsio nes normativas del propio ordenamiento en vigencia, no encontra rá su razón de validéz en ese ordenamiento ni en la norma, pues ta o supuesta, que le confirió validéz a ese ordenamiento, sino que tendrá validéz en la medida en que por su eficacia o efec tividad venga a demostrar que está presente otra fuente de vali déz para el ordenamiento jurídico que resulte creado a partir - de la nueva constitución. Con una reforma constitucional pro- ducida en violación de la constitución acontece que su razón de validéz, en caso de lograr efectividad, no estará en el sistema constitucional sustentado por la norma fundamental supuesta, - sino que estará presuponiendo otra norma fundamental diferente: norma supuesta, para la teoría pura; norma supuesta, para los - decisionistas; una creencia, para los jusnaturalistas; otros factores de poder, para los sociologistas;..." (49).

Para finalizar con este análisis, (una conclusión ge- neral se hará al final del estudio), y desde el punto de vista constitucional, mencionemos que para el caso es sumamente inte- resante lo que expone el profesor Sanchez Agesta acerca de las

normas de orden (50), pues la LRP se adecua perfectamente a las definiciones y características allí establecidas, respecto de este tipo de normas, sobre las que se volverá mas adelante.

Cabe mencionar también, por último, que todo lo que se ha dicho hasta aquí se refería a la legalidad fundamental, y no se mencionó para nada la legalidad subordinada, emergente de los respectivos órdenes establecidos en las constituciones. Es evidente que toda la legalidad subordinada anterior se ha quedado sin sustento al cambiarse la constitución, o al menos, "cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta -- Constitución", según reza la disposición derogatoria, párrafo 3., de la Constitución de 1978. Surge de esto, y es también evidente, que no todas las leyes han sido derogadas. Por el contrario, es notable que deroga expresamente solo las Leyes Fundamentales, y, como es obvio, también las disposiciones legales que emergen directamente de ellas, pero es notable también la cantidad de leyes que no deroga, y que sería casi imposible enumerar. Ello es comprensible por una parte, porque un Estado no puede quedarse repentinamente sin normas que rijan la vida cotidiana. Pero por otra, tampoco la revolución pacífica ha querido barrer indiscriminadamente con todas ellas, -- pues no todas estaban en desacuerdo ideológico con la nueva -- "filosofía" inspiradora del nuevo orden. Esto no sucede ni en las revoluciones más violentas, como se verá más tarde, ya sea porque la legislación que se mantiene es neutral respecto de la ideología del nuevo régimen, ya sea porque no se dispone en ese momento de otra mejor que pueda sustituirla. Ambas razones parecen haber determinado el proceso español. Cabría, entonces, afirmar que la legislación ha sufrido un triple trato. Una parte ha sido derogada expresamente. Otra, en el extremo opuesto,

no ha sido tocada, no se la pretende modificar por estar de -- acuerdo con la nueva normativa fundamental. Y una tercera, que se va modificando y adecuando a las nuevas circunstancias, ya - sea introduciendo modificaciones en las leyes existentes, o, si la estructura orgánica no lo permite, derogándolas y sustituyéndolas por otras nuevas.

Es observable, entonces que la ruptura, especialmente en la revolución pacífica, no está concentrada en un momento, - o período breve de tiempo, sino que, por el contrario, se di-- luye en un proceso más o menos prolongado. Se produce una especie de deslizamiento entre el orden anterior y el nuevo, o - mejor dicho, desde el anterior hacia el nuevo. En una revolución pacífica este deslizamiento se produce en forma paulatina, mientras que en la violencia ocurre con mayor rapidéz. Este - deslizamiento supone un progreso por etapas, a veces solo por grandes o pequeños pasos, que se van dando hacia el fin perseguido. Las circunstancias particulares de cada proceso son -- las que van indicando las etapas que es necesario recorrer. - Pero además, y este es uno de los puntos fundamentales en estos temas, estas etapas en la mayoría de los casos son impuestas por la necesidad de legitimar de alguna forma estos procesos, ya sea que se busque una legitimación real de ese deslizamiento, o, como ha ocurrido en muchos casos (uno de los cuales se analizará), que se pretenda solo una legitimación aparente, para evitar dificultades a corto plazo.

Aquí se interrumpe el análisis, para proceder al de - otros casos, y luego, retomando las conclusiones parciales, proceder a una conclusión general.

NOTAS

- (1) Sánchez Viamonte, Carlos: "Las instituciones políticas en la historia universal", Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, pág. 13.
- (2) Weber, Max: "Economía y sociedad", Fondo de Cultura Económica, México, 1969, págs. 172 y sgs.
- (3) Pérez Tremps, Pablo: "La Ley para la Reforma Política", en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, n.º 54, Nueva Epoca, Verano 1978, pág. 125.
- (4) Recojo las citas que del Diario de Sesiones hiciera González Navarro, Francisco: "La Nueva Ley Fundamental para la Reforma Política", Ed. Presidencia del Gobierno, 1977, p. 15
- (5) Pérez Tremps, Pablo: Idem, págs. 126 y 129.
- (6) Alzaga, Oscar: "La Constitución Española de 1978 (Comentario sistemático)", Ed. del Foro, 1978, pág. 21.
- (7) Recojo la cita de González Navarro: Ob. cit., pág. 17.
- (8) Idem., pág. 17 y 18.
- (9) Ver el periódico "La Vanguardia", del 9 de marzo de 1980.
- (10) "La Vanguardia Española", 9 de Octubre de 1976.
- (11) Quijano (Seudónimo), en "Informaciones Políticas", n.º 69, sábado 18 de septiembre de 1976, Madrid.
- (12) Lucas Verdú, Pablo: "La Octava Ley Fundamental. Crítica - jurídico-política de la Reforma Suárez", Ed. Tecnos, 1976, - pág. 72.
- (13) Alzaga, Oscar: "El actual Proceso Constituyente Español", - en Revista de Derecho Público, 2a. época, Año III., Vols. III y IV., Núm. 68-69, Julio-Diciembre 1977, pág. 669.
- (14) González Navarro, Francisco: Ob. cit., págs. 22, 23, 24 y 8
- (15) Iñigo Cavero: "Soberanía popular y elecciones para constitu"

yentes", en Informaciones Políticas, nº 69, 18/9/76, Madrid.

- (16) Lucas Verdú, Pablo: Ob. cit., pág. 75.
- (17) Pérez Tremps: Artículo cit.
- (18) Iñigo Cavero: Artículo cit.
- (19) Martín Oviedo, José María: "De la Octava Ley Fundamental del Reino a la nueva ordenación constitucional española", en Revista de Derecho Público, 2a. época, Año III, Vol., III. y IV., Núm. 68 y 69, Julio-Diciembre 1977.
- (20) Ver. p. ej.: "La Reforma Política modifica seis Leyes Fundamentales", en "Ya", del 21-XI-76; también "Las Leyes -- que se derogan con la Reforma Política", en "El País", del 23-XI-76.
- (21) Sánchez Agesta, Luis: "La Nueva Ley Fundamental para la Reforma Política", en Rev. de Dcho. Público, 2a. época, - Año III., Vol. I.; nº 66, Enero-Marzo 1977.
- (22) Martín Oviedo: Artículo cit.
- (23) Sánchez Agesta, Luis: "Sistema político de la constitución española de 1978", Editora Nacional, Madrid, 1980, - pág. 45.
- (24) Lucas Verdú: Ob. cit., pág. 61.
- (25) Biscaretti di Ruffia, Paolo: "Derecho Constitucional", - Ed. Tecnos, Madrid, 1973, pág. 274.
- (26) Pérez Tremps: Idem.
- (27) Lucas Verdú: Ob. cit., págs. 70 y 71
- (28) Martín Oviedo: Ob. cit.
- (29) Villarroya, Joaquín Tomás: "Proceso constituyente y nueva Constitución. Un análisis crítico", en Revista de Estudios Políticos, nº 10 (Nueva época), Julio-Agosto 1979.
- (30) Schmitt, Carl: "Teoría de la Constitución", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, pág. 120 y 121.
- (31) Recasens Siches, Luis: "Tratado General de Filosofía del

Derecho" 5a. ed., Ed. Porrúa, México, 1975, pág. 304.

- (32) Lucas Verdú, Pablo: "La singularidad del proceso constitucional español", en Revista de Estudios Políticos, Nueva Epoca, n^o 1, 1978
- (33) Quijano: Artículo citado.
- (34) Hermet, Guy: "Espagne: Chagement de la societe, modernisation autoritaire et democratie octroyée", en Reone Française de le Science Politique, n^o 4-5, aout-octobre, 1977
- (35) Sánchez Agesta, Luis: Art. citado (La Nueva Ley Fundamental...).
- (36) Idem.
- (37) Carcassone, Guy - Subra de Bieusses, Pierre: "L'Espagne ou la democratie retrouvée", E.N.A.J.? Colecti6n Institutions et politique, 1978.
- (38) Ver Ob. cit., págs. 66 y sgs.
- (39) Iñigo Caveró: Artículo citado.
- (40) Ob. cit., pág. 80.
- (41) Loewenstein, Karl: "Teoría de la Constitución", 2a. Ed., Ariel, Barcelona, 1976, pág. 192.
- (42) Carcassonne - S. de Bieusses: Ob. cit., pág. 35.
- (43) Alzaga, Oscar: Art. citado (El actual proceso const. esp.)
- (44) Alzaga, Oscar: Ob. cit., (La Const. española de 1978), - pág. 29.
- (45) Duverger, Maurice: "L'Espagne au moment de verite", en La Documentación Francaise, Problemes politiques et sociaux, - n^o 302, 21 de enero de 1977.
- (46) Verlo en: Sánchez Agesta: "Sistema político de la Constitución española de 1978", Editora Nacional, Madrid, 1980, - pág. 27
- (47) Vel el discurso mencionado en la prensa del día 13 de febrero de 1974.

- (48) Sánchez Agesta, Luis: Ob. cit., (Principios de Teoría - Política), pág. 364.
- (49) Vanossi, J. R.: Ob. cit., pág. 148
- (50) Sánchez Agesta, Luis: "Principios de T. Pol.", págs. 343 y 346.

2. Transiciones en forma violenta

2.1. Golpe de Estado. Argentina: 1930 - 1973

La historia política argentina de los últimos decenios desde 1930 hasta hoy, nos ofrece una casuística interesante en lo que se refiere a la distinta profundidad del fenómeno de ruptura constitucional. Los distintos casos ocurrieron en 1930, en 1943, en 1955, en 1962, en 1966, y el último, que no entra en el análisis en 1976. Todos son golpes de Estado, si bien la legalidad constitucional se vió afectada de forma diversa en cada uno de ellos. Es interesante observar que todos, o casi todos, se realizaron con la intención de producir una revolución. En ninguno de ellos la revolución se produjo, y cada uno tuvo sus propios avatares y matices institucionales.

Desde el punto de vista del análisis y de la profundidad de la ruptura, los más simples, aunque no por ello menos importantes, son los golpes de los años 1930 y 1943.

El primero tuvo lugar el 6 de septiembre del año mencionado. Los golpistas derrocaron al presidente, disolvieron el Congreso Nacional, y enviaron interventores a las provincias, con excepción de dos, que no respondían al presidente depuesto. En cuanto al Poder Judicial se lo dejó intacto, tanto en su estructura como en sus miembros, no obstante la remoción de un pequeño número de jueces. Estos son, suscintamente, los hechos que nos interesan.

Ha sido tratada por muchos autores la cuestión de si los autores del golpe, y fundamentalmente el General Uriburu, principal inspirador y jefe del mismo, tuvieron intención de hacer una revolución. La principal conclusión que es posible extraer de ellos es que Uriburu representaba la idea de una revolución corporativista. En sus designios estaba la reforma institucional y un régimen tan largo como fuese necesario para realizarla. Incluso durante su gobierno se dió a conocer un proyecto

de reformas constitucionales. Si bien este proyecto en sí mismo no imponía un tipo de gobierno de carácter corporativo, las declaraciones hechas al dirigirse al pueblo Uriburu, días antes de abandonar la primera magistratura, son suficientemente elocuentes (1). Pero de hecho, no se produjo, en definitiva ninguna revolución sino que por el contrario se volvió al mismo estado de cosas anterior, agravado por el precedente de la ruptura constitucional.

Pero, intención revolucionaria aparte, lo cierto es que en los documentos de los primeros días después del golpe - se afirmó resueltamente que el nuevo gobierno acataría la Constitución y las leyes fundamentales. Este hecho, por paradójico que parezca, y el haber dejado intacto uno de los poderes - (el Judicial), reviste la mayor importancia. Parece como si se quisiera dar a entender con ello que se respetan las instancias superiores. Evidentemente es un contrasentido decir que se acatará la Constitución cuando se la ha violado, y esa afirmación no puede en principio tener ninguna fuerza, pues se contradice a sí misma. Pero digamos ya en este momento que esa afirmación de "acatar la Constitución" fue hecha de aquí en más por todos los gobiernos de facto posteriores. Lo que en una perspectiva única de esa época es incomprensible y contradictorio, se ilumina de alguna medida con la perspectiva ampliada - con los golpes posteriores. Se viola la Constitución en lo que esta tiene de organización de los poderes públicos, y se la acata en cuanto es garantía de los derechos y libertades de los individuos. Precisamente el haber mantenido intacto, en este caso, el Poder Judicial, parece indicar que se ha querido mantener una especie de árbitro (árbitro que en este caso no estaba infectado de los males que se atribuía a los otros dos poderes), que decidiese en última instancia, y que fuese una garantía para los ciudadanos, en el sentido de que no se tenía in--

tención de avasallar sus derechos fundamentales.

Consumado el golpe de Estado, las autoridades que -- asumieron el poder comunicaron a la Corte Suprema de Justicia su instalación (2). Este Tribunal emitió una acordada que - ha tenido gran trascendencia, no solo frente al hecho ocurrido, sino porque fue utilizada como base para pronunciamientos similares en oportunidad de golpes de Estado posteriores. En su - parte sustancial decía lo siguiente: "1º Que la susodicha comunicación pone en conocimiento oficial de esta Corte Suprema - la constitución de un gobierno provisional, emanado de la revolución triunfante del 6 de septiembre del corriente año; 2º - Que ese gobierno se encuentra en posesión de las fuerzas militares y policiales necesarias para asegurar la paz y el orden de la nación y, por consiguiente, para proteger la libertad, - la vida y la propiedad de las personas, y ha declarado además, en actos públicos, que mantendrá la supremacía de la Constitución y de las leyes del país, en el ejercicio del poder; 3º - Que tales antecedentes caracterizan, sin duda, un gobierno de hecho en cuanto a su constitución, y de cuya naturaleza participan los funcionarios que lo integran actualmente o que se designen en lo sucesivo, con todas las consecuencias de la doctrina de facto, respecto de la posibilidad de realizar válidamente los actos necesarios para el cumplimiento de los fines perseguidos por él; 4º Que esta Corte ha declarado, respecto a los - funcionarios de hecho, que la doctrina constitucional e internacional se uniforma en el sentido de dar validéz a sus actos, - cualquiera que pueda ser el vicio o deficiencia de sus nombramientos o de su elección, fundándose en razones de policía y - necesidad, con el fin de mantener protegido al público y a los individuos cuyos intereses pueden ser afectados, ya que no les sería posible a estos últimos realizar investigaciones ni discutir la legalidad de las designaciones de funcionarios que se

hallan en aparente posesión de sus poderes y funciones. (Cons_{tantineau}, Public officers and de facto doctrine, Fallos, T. - CXLVIII, pág. 303). (Esta cita integra la acordada de la Corte. Nota de A.F.); 5^a Que el gobierno provisional que acaba de constituirse en el país, es pues, un gobierno de facto, cuyo título no puede ser judicialmente discutido con éxito por las personas en cuanto ejercita la función administrativa y política derivada de su posesión de la fuerza como resorte de orden y seguridad social; 6^a Que ello no obstante, si normalizada la situación, en el desenvolvimiento de la acción del gobierno de facto, los funcionarios que lo integran desconocieran las garantías individuales o las de la propiedad u otras de -- las aseguradas por la Constitución, la administración de Justicia encargada de hacer cumplir éstas las restablecería en las mismas condiciones y en el mismo alcance que lo habría hecho con el poder ejecutivo de derecho. Y esta última conclusión, -- impuesta por la propia organización del poder judicial, se halla confirmada en el caso por las declaraciones del gobierno provisional, que al asumir el cargo se ha apresurado a prestar el juramento de cumplir y hacer cumplir la constitución y las leyes fundamentales de la nación, decisión que comporta la consecuencia de hallarse dispuesto a prestar el auxilio de la -- fuerza de que dispone para obtener el cumplimiento de las sentencias judiciales" (3).

Como resulta evidente, especialmente a la luz de lo dicho en la introducción de este estudio, la acordada transcrita incurre en muchas imprecisiones, y así lo han hecho notar numerosos constitucionalistas argentinos. Uno de los que con mayor contundencia y sistematización expusiera las críticas, desde un punto de vista exclusivamente teórico y doctrinario, -- fue Sánchez Viamonte. Para él "entre los defectos principales de la acordada de la Corte Suprema del 10 de septiembre de 1930

se pueden señalar:

- 1ª Que no era necesario dictarla.
- 2ª Que el reconocimiento fue oficioso y contrario a la ininterrumpida jurisprudencia del propio tribunal, que siempre ha**u** bía consistido en mantenerse estrictamente dentro de las -- prescripciones de los artículos 100 y 101 de la Constitu**u** ción, según los cuales la Corte ejerce su jurisprudencia en las causas y casos concretos promovidos por parte interesada.
- 3ª Que reconoce la existencia de un gobierno de hecho, o 'de - facto', y aun cuando pueda interpretarse que quiere decir - 'Poder Ejecutivo', como aparece expresado en el penúltimo - párrafo, la impropiedad del lenguaje induce a creer que ese reconocimiento significa atribuir a los jefes de ese motin militar triunfante todos los poderes que integran el go-- bierno de nuestro sistema republicano.
- 4ª Que excluye de antemano toda posibilidad de discutir con - éxito el título o la legitimidad de los funcionarios, como si ese tribunal estuviese facultado para legitimar, por an**u** ticipado, funcionarios y actos inconstitucionales.
- 5ª Que repetidamente califica a los ocupantes del poder de he**u** cho como 'gobierno de facto', en vez de llamarlos 'funcio- narios de facto', con lo que va diciendo que el gobierno, es decir, la institución y las funciones inherentes a él, son de facto, no obstante que el acatamiento a la Constitu**u** ción por los revolucionarios significa el mantenimiento -- del gobierno de jure y de las funciones creadas y reglamen**u**

tadas por la Constitución.

- 6^a Que al declarar de facto al gobierno revolucionario y a -- los funcionarios que lo integran, la Corte Suprema declara expresamente que se debe aplicar la doctrina de facto, sin tener en cuenta que esa doctrina solo es aplicable a los - funcionarios con título de aparente legitimidad, constituído por elección popular.
- 7^a Que los que el 6 de septiembre de 1930 se apoderaron de -- las funciones gubernativas carecían en absoluto de título, lo que hacía imposible toda apariencia de legitimidad y merecían, según la doctrina expuesta por el juez de Canadá, - Albert Constantineau, cuyo libro es el único que se cita - en la acordada, el calificativo de usurpadores...
- 8^a Que la diferencia entre funcionario de facto y usurpador - consiste en que los actos del primero pueden ser convalidados por los subsiguientes funcionarios de jure, en tanto - que los del segundo son absolutamente nulos desde cualquier punto de vista que se los juzgue.
- 9^a Que según el art. 22 de la Constitución argentina, solo gobierna el pueblo por medio de sus representantes y autoridades creadas por la Constitución. Toda fuerza armada que se atribuya los derechos del pueblo comete delito de sedición. Y según el Código Penal (art. 246, inc. 1), los que 'asumieren y ejercieren funciones públicas sin título o -- nombramiento expedido por autoridad competente! cometen delito de usurpación de autoridad. La Corte Suprema no podía llamar 'gobierno' ni 'funcionarios de facto' a quienes, por carecer por absoluto de título, incurrían en los deli-

tos de sedición y usurpación de autoridad.

- 10^a La Corte Suprema... calificó de 'revolución' a un motin o asonada militar triunfante. Este calificativo induce a -- confundir el hecho y las circunstancias, que son diferen-- tes en uno y otro caso... Una verdadera revolución comporta cambios fundamentales en el orden jurídico institucio-- nal, y eso no ocurre cuando se trata de una asonada mili-- tar.
- 11^a En su acordada omitió la Corte Suprema tener en cuenta el principio político del asentimiento de los pueblos, o del pueblo,... y, al hacerlo, prescindió del fundamento demo-- crático en que debe apoyarse toda manifestación del poder público.
- 12^a Por último, la Corte Suprema omitió hacer la reserva que - correspondía respecto del tiempo de duración, durante el cual tendría alguna explicación plausible el ejercicio del Poder Ejecutivo por los jefes de los motines militares, y olvidó también establecer su obligación perentoria de volver a la normalidad constitucional" (4).

Esta cita, a pesar de su extensión, ha sido incluida pues establece con claridad y precisión los defectos de la mencionada acordada producida por la Corte Suprema. Desde el punto de vista estrictamente teórico y doctrinario estas aseveraciones son inobjetables, a juicio de todos los autores. Pero al mismo tiempo hacen notar que la realidad que padecía el país y la situación que se debía afrontar por primera vez en la existencia constitucional argentina, imponían una óptica mas pragmática, no obstante lamentar profundamente las transgresiones producidas.

Uno de los primeros en aceptarlo es Ramón Vazquez, - quien dice: "¿Qué actitud debió asumir la Corte el 6 de septiembre de 1930? Voces autorizadas responden: Dimitir, dejando al gobierno revolucionario que designara tribunales de su mismo carácter. Pero esta tesis no resiste al análisis. Arrollados por la fuerza los Poderes legítimos de la Nación, excepción hecha del Judicial, pero con la promesa, ratificada en solemne juramento, de mantener el imperio de la Constitución, la Corte, colocada en tan tremenda encrucijada, debió cumplir con su primer cometido: salvaguardar la Suprema Ley de la Tierra. Su primordial deber le obligaba a afrontar, como lo hizo, la recia tormenta, esforzándose por evitar que arrasara totalmente el Estatuto Fundamental y, con él, todos los derechos y garantías individuales. De haber seguido la tesis extremista comentada, habría asumido la enorme responsabilidad de lanzar a los habitantes del país a la discrecionalidad absoluta de las autoridades revolucionarias, suspendiendo, por completo, los resguardos constitucionales más elementales y, acaso... promoviendo la derogación o precipitada modificación de la Constitución... El error fue solo de procedimiento, agravado porque condujo a establecer un precedente de carácter general, siempre peligroso"... "Los hechos imponían una solución: la exigida por la necesidad perentoria de restablacer el orden alterado y de salvar, acaso, la subsistencia de la Corte misma, que significaba tanto como salvar la Constitución. Sin armadura y por el solo ascendiente de su autoridad moral, la Corte no podía menos que anticipar el reconocimiento, con lo cual lograba cumplir aún en desmedro de sutilezas doctrinarias, respetables en horas de paz, el trascendente cometido de su función política frente a la embestida de las armas. Los principios no concilian siempre con la realidad. El orden jurídico había desaparecido y era indispensable y urgente restablecerlo, aún en -

detrimento de precedentes sentados en circunstancias manifiestamente distintas" (5).

Bidart Campos concuerda con estos conceptos pues dice que "los idealismos están bien inspirados, pero hay que situarse en la realidad del acontecimiento: un poder ejecutivo constitucional que se ve efectivamente desplazado por un golpe militar, y sustituido por el jefe victorioso que dispone de la fuerza y de los medios para asegurar su detentación del poder; un congreso disuelto; un poder judicial de jure que subsiste. La urgencia de los hechos no permitía reuniones académicas ni discusiones bizantinas; no les faltaba a los firmantes de la acordada la capacidad suficiente para argumentos jurídicos profundos, pero tal vez les falte a quienes posteriormente han -- objetado doctrinariamente su actitud el sentido realista para ubicarse en el ámbito vital de los hechos y no en el reino de la pura teoría" (6).

Evidentemente, la cuestión entre teoría y realidad -- suele resolverse a favor de esta última, y desde luego, no por falta de argumentos razonados, sino porque la contundencia de los hechos de la vida política cotidiana lo impone así. Se -- trata de un dilema lamentable, que siempre será resuelto de -- acuerdo con las premisas que nos impone la realidad circundante, y al decir realidad ya nos adentramos en el terreno de lo político, que es lo mismo que decir, en el terreno de lo prudente, de lo oportuno, de lo posible, compatibilizándolo con lo necesario, y, fundamentalmente, con lo justo. Las realidades y los principios deben coexistir de una manera armónica, sin -- preterir a ninguno de los dos.

Por eso parecen algo rápidas y demasiado categóricas

las afirmaciones de Federico Rayces cuando dice que "la Corte nunca ha admitido que con el triunfo de una revolución las normas constitucionales quedaran sin vigor. El peligro de que la Corte lo decidiera así era tanto mayor cuanto que una doctrina política muy prestigiosa, la doctrina de los autores franceses casi sin excepción, proclama que las revoluciones producen la abrogación automática de la constitución vigente... En este punto la doctrina francesa no tiene ninguna razón, y la Corte argentina la tiene toda" (7). No puede suscribirse esta última afirmación, y ello porque no puede ser correcta incluso por razones estrictamente teóricas. El principio no puede ser otro que el de la doctrina francesa. Una Constitución es la base jurídica y política de todo el orden legal de una Nación. Una violación parcial nunca es posible, puesto que el concepto mismo no lo, permite. No es posible violarla en una parte y respetarla en otra. Además, si cupiese, que no cabe, hacer -- una distinción entre partes mas o menos importantes de una -- constitución, la forma en que ha de designarse a quienes habrán de gobernar y los límites a los que habrán de ajustar el ejercicio del poder, no es, ni mucho menos, menos importante que la declaración de derechos y garantías de la Ley Fundamental, ya que depende de la calidad de los poderes públicos, que son los que habrán de moldear y producir la legislación subordinada, el respeto o no de esos derechos y garantías. Por con siguiente, y como ya se ha dicho, no es posible "acatar la -- Constitución" en una parte y violarla en otra, como ha manifes tado y pretendido el gobierno de hecho de Uriburu, y menos debería decirlo la Corte Suprema. El principio es que se ha actuado al margen de las disposiciones constitucionales, como si las mismas no existiesen. Que luego el gobierno de hecho declare que respetará los derechos fundamentales de los ciudadanos, equivale a reconocer una nueva norma, desligada del cuer-

po orgánico de la constitución violada, mediante la cual los - nuevos poderes se autolimitan. En definitiva, puede quedar -- flotando una mitad de la nave constitucional, pero es evidente que eso ya no puede ser calificado razonablemente de nave. A las realidades debemos denominarlas por lo que son, no por lo que quisieramos que fuesen. Evidentemente en este caso se ha querido mantener cierta fachada constitucional. El hecho de - que los golpistas, al asumir formalmente el poder, hayan "pres- tado juramento de cumplir y hacer cumplir la Constitución y -- las Leyes Fundamentales de la Nación", como dice la Corte, y - que ella misma lo apunte como hecho atenuante, parece por lo - menos una cruel ironía, si bien desde el punto de vista políti- co se trató de una actitud explicable, e incluso loable por la intención de pretender salvar, en cuanto fuese posible, cierta constitucionalidad del Estado.

Esta acordada de la Corte ha sido un precedente que fué invocado en todas las oportunidades posteriores de simila- res rupturas constitucionales. Además este tribunal se pronun- ció respecto de esta problemática en varios casos contenciosos y concretos en los que era pertinente tratar estas cuestiones. Estos pronunciamientos, ya sea mediante acordada o mediante -- fallo, han creado toda una jurisprudencia en la materia. Y es- ta jurisprudencia, como muy leal y honestamente afirma Mario - J. López, "ha creado derecho al margen de la Constitución: de- recho que no debió serlo pero que lo ha sido" (8), y lo si- gue siendo en la actualidad. Con esta afirmación se vuelve a poner nuevamente el dedo en la llaga, pues a través de ella -- surge otra vez la cuestión de fondo que es la que mueve este - estudio: Cual es la esencia del derecho, cual es la esencia - de lo político, y cual es la síntesis entre ambos. Nuevamente no queda otra alternativa que remitir al capítulo conclusivo -

final (con el fin de no desordenar la exposición), para intentar dar una respuesta a estas preguntas fundamentales.

Momentaneamente, y como conclusión parcial en lo que respecta a la acordada de la Corte de 1930, cabe decir que la intención del tribunal fue muy loable, por la prudencia con que ha evitado males mayores a la Nación. Sin embargo, lo que debe calificarse de desacertado o, por lo menos, poco feliz, es la incursión en la teoría administrativista de facto (Jeze, -- Constantineau), que con su sola mención confunde y altera profundamente todo el razonamiento. Quizá debió aceptarse el hecho constitutivo del nuevo gobierno simplemente como tal, como un hecho, pero sin calificarlo, puesto que jurídicamente, aparte de la condena, no hay otra calificación posible. Como esto, por razones de necesidad y prudencia política, no ha querido hacerse, debió haberse simplemente establecido los límites y facultades de ese gobierno que deben respetarse para no entrar en el terreno de la arbitrariedad absoluta. De esta forma se habría satisfecho prudentemente la necesidad política, sin introducir más principios ni razonamientos jurídicos que los mencionados (necesidad de gobernantes y no incurrir en injusticias), pues todo abundamiento en circunstancias críticas resulta supérfluo y, además, como en este caso, confuso y erróneo.

El 4 de junio de 1943 tuvo lugar otro golpe de Estado, que guarda casi una total similitud con el anterior: Instalación de un gobierno militar, disolución del Congreso, no alteración ni de la composición ni del funcionamiento de la Corte Suprema. En este caso no se intervino sistemáticamente las provincias, sino que se procedió así solo con algunas.

También en esta oportunidad hubo indicios que denota

ban una cierta intención revolucionaria. Al menos el propósito fue el de sanear radicalmente las instituciones y posibilitar su revitalización, según parece desprenderse del manifiesto que el jefe del movimiento militar, general Arturo Rawson, entregó a la prensa poco después del triunfo: "En lo más íntimo y puro de las conciencias argentinas pesa una honda y angustiosa inquietud, ante la evidente convicción de que una corrupción moral se ha entronado en los ámbitos del país como un sistema. El capital usurario impone sus beneficios con detrimento de los intereses financieros de la Nación, bajo el amparo de poderosas influencias de encumbrados políticos argentinos, impidiendo su resurgimiento económico. El comunismo amenaza sentar sus reales en un país pletórico de posibilidades, por ausencia de previsiones sociales. La justicia ha perdido su alta autoridad moral que debe ser inmarcesible. Las instituciones armadas están descreídas y la defensa nacional negligentemente imprevista. La educación de la niñez está alejada de la doctrina de Cristo y la ilustración de la juventud sin respeto a Dios ni amor a la patria. No es concebible que el proyectado futuro gobierno de la Nación pudiera remediar tan graves males, cuando los hombres que van a actuar y colaborar en las funciones de gobierno, son y serán los mismos responsables de la situación actual, atados a compromisos políticos y a intereses creados y arraigados. Para los jefes de alta graduación del Ejército y de la Marina que hoy resuelven la enorme responsabilidad de constituir, en nombre de las fuerzas armadas un gobierno de fuerza, les resultaría mas cómoda una actitud de indiferencia, enmascarada en la legalidad, pero el patriotismo, como en épocas pretéritas, impone en esta hora de caos internacional y de corrupción interna, salvar las instituciones del Estado y propender a la grandeza moral y material de la nación" (9).

Resulta interesante y hasta curioso el texto del juramento presidencial utilizado, confeccionado y acondicionado para esta oportunidad, que era el siguiente: "Ante el pueblo de la República, fuente de toda soberanía, presto este solemne juramento: Juro por Dios y por la Patria desempeñar fielmente el cargo de presidente del gobierno provisional, que he asumido con la solidaridad de las fuerzas armadas de la Nación. Juro cumplir con honor el mandato que me ha sido conferido, empuñando todas mis energías para el restablecimiento del pleno imperio de la Constitución, el afianzamiento de las instituciones republicanas y la restauración de la honradez administrativa. Si así no lo hiciere, Dios y la Patria me lo demanden" (10). Ante este texto cabe apuntar por lo menos tres acotaciones. En primer lugar se reconoce que la soberanía reside en el pueblo, no obstante ejercerse, en términos schmittianos, una dictadura soberana. En segundo lugar, se limita o autolimita temporalmente los poderes de este gobierno al mencionar la provisionalidad, y si bien estos límites no son definidos, es posible pensar que el límite está en el logro de los objetivos mencionados. Y por último, la mención del pleno imperio de la Constitución parece querer decir que en ese momento se encuentra ella vigente pero no plenamente. Pero podría interpretarse ello también en el sentido de que ya antes del golpe de Estado la Constitución no imperaba plenamente, lo que era cierto, pues desde que los militares entregaron el poder a los civiles, en febrero de 1932, hasta este nuevo golpe del 43, se ejerció en el país, y casi sin tapujos, la peor adulteración de la democracia, el fraude electoral, por lo cual esa década pasó a la historia argentina -- con el nombre de "década infame". Sea como fuere, pudo haberse mentado esta última interpretación, aunque resulta clara la identidad con la teoría de la Corte Suprema de que la Consti-

tución seguía vigente.

A pesar de las importantes causas, mencionadas en el manifiesto citado, que han motivado la nueva irrupción militar en la vida político-institucional del país, el gobierno de facto no logró reencauzar su marcha. La única consecuencia política fue la obtención por parte de las masas obreras, a través de los sindicatos, de un poder descontrolado y anómalo, además de desorbitado, que, explotado por políticos distintos, pero tan sin escrúpulos como los anteriores, condujo a una nueva situación de ruptura en 1955.

Antes de entrar en este nuevo episodio cabe recordar por ser interesante en este tema, la mención, que se ha hecho ya en otra parte de este estudio, de la reforma constitucional de 1949. Dicha reforma se dispuso bajo el pretexto de incorporar al texto el denominado "Decálogo del Trabajador" y los denominados "Derechos de la Ancianidad". Pero el motivo real -- era autorizar la reelección del presidente, asegurando así a Perón, de quien se trataba, la continuidad en el ejercicio del cargo. Como el momento de declararse la necesidad o no de la reforma en el Congreso, el miembro informante del bloque peronista reconoció la necesidad de modificar la constitución para permitir la reelección de Perón, el principal partido de oposición (el Radical) y algunos otros miembros, resolvieron retirarse del recinto del debate, señalando que el mismo constituía una farsa (11). La Reforma fué aprobada, no obstante existir graves defectos de fondo y de forma, que son puestos de relieve por Sánchez Viamonte: "La reforma de 1949 estaba viciada - de nulidad insanable en virtud de las siguientes razones: 1ª - Porque en el Congreso, al declararse la necesidad de la reforma, por parte de los peronistas, se omitió establacer si esa -

reforma sería parcial o total y violó así lo prescripto en el art. 30 de la constitución entonces vigente; 2ª Porque siendo parcial, como lo fué, era forzoso fijar los puntos sobre los cuales versaría, y eso no lo hizo el Congreso aunque era su deber; 3ª Porque, no habiéndose fijado los puntos en que la reforma recaería, el pueblo elector ignoraba en que consistiría el mandato que habían de dar a sus representantes en la Convención reformadora; 4ª Porque para declarar la necesidad de la reforma se necesitaba del voto de los 2/3 de los miembros del Cuerpo, y solo se obtuvo los 2/3 de los miembros presentes; -- 5ª Porque al declarar la necesidad de la reforma el Senado estaba desintegrado, pues faltaba la representación de una de -- las provincias (la de Corrientes, que estaba intervenida), y -- tal ausencia rompía el equilibrio del régimen rederativo y mu-- tilaba inexcusablemente la soberanía nacional representada en el Congreso; 6ª Porque cuando se declaró la necesidad de la -- reforma la mujer argentina era ya ciudadana y debía ejercer -- sus derechos políticos. La omisión del voto femenino impidió conocer la voluntad del 50% del electorado, y eso significó -- una segunda y más grave mutilación de la soberanía popular" -- (12). Valga la cita de este autor, que sintetiza y concuerda con la opinión que sobre el tema expresaran muchos constituciona-- listas argentinos de renombre, para mencionar la reforma reali-- zada y también las críticas que se le hicieron, ya que esto -- es importante por algunos hechos posteriores.

Si los dos golpes de Estado anteriores fueron relati-- vamente simples, este de 1955, presenta y contiene elementos -- que dan al análisis una mayor riqueza. Fué denominado "Revolu-- ción Libertadora", pues su finalidad fué derrocar al tiránico segundo gobierno de Perón. Lo de "revolución" merece ser mati-- zado, pero más tarde. Las principales características de los

golpes anteriores se mantienen: Derrocamiento del Ejecutivo, disolución del Congreso Nacional, intervención sistemática de todas las provincias. Pero se agregan algunas nuevas: Se declaró cesantes a los miembros de la Corte Suprema de Justicia, y se los sustituyó por otros, acordes con el golpe. Se declaró en comisión a todo el Poder Judicial. Se asumió por parte del Poder Ejecutivo provisional en forma expresa el ejercicio de las facultades legislativas correspondientes al Congreso. - Se derogó la Constitución de 1949. Se intentó reformar, y se reformó en una mínima parte, la Constitución de 1853, a la que se había devuelto su vigencia.

Es evidente que este caso es muy distinto de los dos anteriores, principalmente por el hecho de la remoción de los jueces de la Corte Suprema de Justicia. Debido a esta circunstancia, no queda intacto ninguno de los poderes de jure que -- pueda salvar la situación ni convalidarla en base a la legitimidad anterior. En 1930 y 1943 la Corte siguió siendo de jure, mientras que aquí también ella es de facto. Sus integrantes - fueron designados por los "revolucionarios" victoriosos, por lo que "mal podían discutir el título de quien los había nombrado" (13). Pero esta Corte, dos meses después del hecho victorioso, y de su nombramiento, a raíz de un cambio en el elenco gobernante, del que se le ha dado conocimiento, produjo una acordada en la que expresaba que "la designación de la persona que ejerce la presidencia provisional ha sido realizada sin alterar los fines que la revolución triunfante originariamente - se propuso; que, por otra parte, dicha comunicación contiene la declaración expresa de que el mandato ha sido conferido para lograr el restablecimiento del imperio del derecho y restitución del país a una auténtica democracia; que esa autolimitación concuerda con los términos del juramento prestado por -

esta Corte y tribunales inferiores, de desempeñar sus cargos - bien y legalmente, y de conformidad con los principios, derechos y garantías de la constitución nacional" (14). En realidad este tribunal no podía decir otra cosa que tomar conocimiento de los hechos nuevos y acogerse a la tesis del hecho -- consumado.

Respecto del ejercicio de las facultades legislativas por el Ejecutivo de facto, este mismo mediante decreto-ley N° 42/55, dispuso que "mientras dure la situación de gobierno provisional... el Presidente ejercerá las facultades legislativas que la Constitución Nacional acuerda al Honorable Congreso de la Nación" (15). Esta decisión fue admitida como válida -- por la Corte Suprema en 1959, pero lo destacable es que este -- cuerpo entonces ya no era de facto, puesto que provenía de la consulta electoral realizada en 1958. Era por consiguiente -- una Corte de jure, que llegó a desempeñar sus funciones a través de medios democráticos. No obstante, en el caso "Lopardo de Amoroso Copello c/Amoroso Copello", sostuvo "la incuestionable aptitud creadora de normas legales por parte de un gobierno de facto que, teniendo realmente el mando político, se constituía en la única fuente efectiva de poder" (16). Evidentemente se daba continuidad de esta forma a la jurisprudencia iniciada en 1930.

El trato que mereció la Constitución vigente al momento de producirse el hecho de fuerza también es un punto importante. Ya se mencionó antes que en 1949 se reformó la constitución, "a cuya codificación se vuelcan aparentemente los contenidos del constitucionalismo social; pero, en verdad, las -- declaraciones se esfuman en declamaciones sin verdadera esencia jurídica, y el propósito fundamental de la enmienda consiste en autorizar la reelección del presidente" (17). También se

mencionó las críticas fundadas de que fue objeto. Pues bien. El gobierno de facto mediante una Proclama, el 27 de abril de 1956, (el movimiento militar se había producido el 16 de septiembre de 1955), dictada en ejercicio de "poderes revolucionarios", derogó la constitución de 1949 y restableció el texto de 1853. Simultáneamente se dejaba sin efecto las constituciones sancionadas para tres provincias (Chaco, La Pampa y Misiones), y respecto de las demás se declaraba vigentes los textos anteriores al régimen depuesto.

Pero lo mas interesante desde el punto de vista constitucional es el texto del artículo 2º de la referida Proclama que decía lo siguiente: "El gobierno provisional de la nación ajustará su acción a la constitución que se declara vigente en el art. 1º (la de 1853), en tanto y en cuanto no se oponga a los fines de la revolución, enunciados en las directivas básicas del 7 de diciembre de 1955, y a las necesidades de la organización y conservación del gobierno provisional". (Subrayado de A.F.). El art. 5º decía: "Hacen parte integrante de la presente proclama las directivas básicas a que se refiere el artículo 2º, y en consecuencia se agregan como anexo" (18). Las mencionadas directivas básicas contenían los ideales que orientaron la lucha armada, y el programa del gobierno provisional a realizarse en el interregno hasta la convocatoria de elecciones.

De esto surgen dos cuestiones importantes. En primer lugar la emergente de las fechas. El hecho de fuerza se exteriorizó el 16 de septiembre de 1955 y finalizó con la victoria de los sublevados el 23 de dicho mes y año, mientras que la derogación formal de la constitución se realizó recién con la referida Proclama el 27 de abril de 1956, es decir, algo --

más de siete meses después del éxito del movimiento. Durante este tiempo, ¿cuál fue la norma fundamental vigente en el país? Es evidente que materialmente no podía estar vigente la Constitución del régimen derrocado, pues siendo base e instrumento fundamental de todo su accionar gubernativo, no podía ser sino una de las primeras cosas, a nivel jurídico, en ser eliminadas. Sin embargo es también evidente que formalmente no había sido derogada, y que por lo tanto, seguía vigente. Hubo quien interpretó que la derogación fué tácita, y que se operó ipso facto, por el triunfo del hecho armado. Pero entonces, ¿porqué se la derogó formalmente con la Proclama? Con esta interpretación no había ninguna necesidad de hacerlo. Parece, por lo tanto, mas lógico, desde el punto de vista formal, pensar que la constitución del 49 seguía vigente. Cuando en la página 97 de este estudio se citó la acordada de la Corte con motivo del cambio de presidente, recordemos que la Corte decía que todos los funcionarios habían jurado "desempeñar los cargos bien y legalmente y de conformidad con los principios, derechos y garantías de la constitución nacional". Pero cabe preguntarse, ¿cuál constitución? La Corte no lo especifica. A nivel formal cabría concluir que, dada la posterior derogación mediante la proclama, la constitución vigente hasta ese momento era la del 49. Varios profesores en un Dictámen dicen que "La Corte Suprema, que hasta el 25 de abril había aplicado la constitución según su texto de 1949, a partir del 3 de mayo de ese año, seis días después de la Proclama, tuvo por vigencia el texto anterior, y así, de oficio, y tácita pero inequívocamente, declaró derogada la reforma de aquel año" (19). Dándose entonces el curioso caso de que los gobernantes y los jueces de facto gobernaban y juzgaban al amparo de la ley fundamental, cuyo orden estaba fijado en los términos jurídicos y políticos establecidos por el régimen --

opresor contra el cual se habían rebelado.

La otra cuestión que surge de la Proclama es que -- ella subordina la vigencia de la constitución que se restablece a los fines de la revolución y a las necesidades de organización y conservación del gobierno provisional. Con ello se establece claramente, si bien en forma no explícita, un orden de prelación. En el nuevo orden constitucional que parece haberse creado prevalecen los fines de la revolución y las Directivas Básicas, y solo después la constitución de 1853, y en tanto y cuanto no se oponga a los primeros. Esta reserva es, para Bidart Campos completamente nula. Este constitucionalista dice que "si el fin primordial de la revolución fue la instauración del estado de derecho y del orden constitucional, subvertidos y resquebrajados por el régimen justicialista, ¿cómo podía justificarse una actividad revolucionaria no encuadrada en el marco constitucional cuya vigencia se pretendía restaurar? ¿Cómo podía admitirse que un fin revolucionario vulnerase o se lograra en violación de la constitución que se quería afianzar? Nótese que la acefalía del gobierno legal y la revocación de su autoridad, importaron transferir su ejercicio al nuevo gobierno de facto, pero sin volver a un estado de primigenidad constitucional; o sea, que el país no se halló como en 1853, sin organización y sin constitución, porque esta revolución se hizo precisamente en salvaguardia de la incolumidad de la constitución de la libertad, para implantarla otra vez como estructura troncal del país, después del desplazamiento de que había sido objeto por la constitución totalitaria del 49. El estado argentino no volvió a una situación constituyente originaria, ni siquiera a una situación constituyente derivada. Únicamente hubo un retorno a la continuidad democrática de 1853... Los fines o los poderes revolucionarios estuvieron

constreñidos, pues, por la Constitución de 1853, y el gobierno de facto hubo de contraerse a su normación para no incurrir en usurpación. La revolución no habilitó ninguna instancia extraconstitucional ni supraconstitucional..." (20). Esta cita del importante constitucionalista argentino no puede ser comprendida si no tocamos otro punto al cual ella nos lleva: La llamada Revolución Libertadora, ¿fué realmente una revolución?

Mencionemos, haciendo un pequeño inciso, que esta -- "revolución" de 1955 suscitó una ámplia bibliografía a nivel - periodístico cotidiano, producida por especialistas en la materia, y que en este trabajo no se recoge individualizada, ya -- sea porque en algunos puntos es concordante y armónica, y por lo tanto no aportaría novedades, ya porque es demasiado diso-- nante en otros, y la profusión de citas y enumeración de auto-- res solo confundiría más un tema de por si intrincado. Digamos solamente que la mayoría de esas opiniones están recogi--das en el libro citado en la página 34, de Estanislao Del Campo Wilson.

Respecto del calificativo de revolución dado al movimiento cívico-militar de 1955, es necesario mencionar desde ya que aquí persisten las confusiones iniciadas con la inclusión de la llamada doctrina de facto en el Derecho argentino. Muy pocos autores, aquí se citará a uno de ellos, tienen al respecto una postura clara y definida.

Si nos remitimos a la cita inmediata anterior, observamos que Bidart Campos habla de revolución, y afirma en sus - obras que la hubo, pero simultáneamente dice que ello no signi-- fica volver a un estado de primigeneidad constitucional y que los poderes revolucionarios estuvieron constreñidos por la - -

Constitución de 1853. Afirma también al mismo tiempo que hubo revolución, pero que el gobierno surgente de ella no fué revolucionario (21).

En un Dictámen siete catedráticos de Derecho Político y Constitucional, siempre en la línea de acontecimientos y jurisprudencia argentinos poco claros, afirmaron: "Los regímenes de 1930, 1943 y 1955 fueron calificados de 'revolucionarios' por sus protagonistas, a pesar de lo cual el derecho positivo argentino, guiado por las acordadas y la jurisprudencia de la Corte Suprema, los ubicó dentro del marco de los gobiernos de facto, más racional y accesible, menos reacio al tratamiento jurídico. En consecuencia no hay principios ni preceptos que ayuden a delinear siquiera el contorno de lo que es jurídicamente un gobierno revolucionario, distinto del mero gobierno de facto. No obstante es probable que la cuestión sea nada más que terminológica, porque existen valiosos antecedentes, de los que se infiere que un gobierno de facto tiene competencia para producir cierto 'actos revolucionarios', inherentes a los 'fines de la revolución', actos cuya ejecución presupone facultades mucho más vastas que las atribuibles a un poder de jure. El derecho reconoce y convalida esos 'actos revolucionarios', afirmándose en la idea de que sería absurdo -- aceptar la juridicidad de un hecho (la revolución) y al mismo tiempo negar el conjunto de objetivos y medios que le son substanciales. La generalidad de esos actos revolucionarios, repetimos, implica el uso de atribuciones situadas por encima del ámbito concedido a los poderes políticos de la Constitución. Así acontece, por ejemplo, con el derrocamiento del Presidente de la Nación, la destitución de los miembros de la Corte Suprema, la disolución del Congreso y de los partidos políticos, etc., y puede agregarse, sin error, la creación o modificación de normas constitucionales" (22).

Surge de este dictámen, que los autores sostienen - la existencia de dos situaciones o categorías diferenciadas e independientes entre sí: la de los gobiernos revolucionarios y la de los gobiernos de facto. Como consecuencia de esta distinción surge la posibilidad de que gobiernos no revolucionarios produzcan actos revolucionarios.

Con mucha modestia el autor de este estudio expresa su discrepancia con estos enfoques. No puede haber revolución sin gobierno revolucionario, puesto que entonces, ¿quién realizaría la revolución? La revolución no se agota en el primer instante, y no puede decirse que al instante siguiente ya hay un gobierno no revolucionario, sea del carácter que fuese. La revolución es tal precisamente por desarrollarse una acción de gobierno revolucionaria en un período de tiempo más o menos -- prolongado, según los casos. Por otra parte es incongruente - hablar de una revolución o de poderes revolucionarios constreñidos por una constitución, calificando la transgresión de esa constitución, en el supuesto de admitirse su posibilidad, de - usurpación. Toda revolución transita por carriles propios, y es siempre una usurpación respecto del orden constitucional contra el cual se ha rebelado, justa o injustamente, desde el punto de vista axiológico. La revolución siempre habilita instancias extra y supraconstitucionales.

Respecto de la diferenciación entre gobiernos de facto y gobiernos revolucionarios también parece desacertada, pues no son dos categorías paralelas y situadas a un mismo nivel, - sino que ambas están en una relación de género y especie. Toda revolución crea una situación de facto y el gobierno que surge de ella es, por ser un gobierno revolucionario, un gobierno de facto. La cuestión de los actos revolucionarios de un posi-

ble, o no, gobierno revolucionario no tiene consistencia. Esto lo afirma rotundamente otro catedrático argentino, el profesor Spota, al afirmar que "gobierno revolucionario es aquel que destruye la Constitución existente y el ordenamiento de base - dado en su consencuencia... No puede aceptarse en buena lógica la diferenciación que pretende hacerse en las decisiones de los poderes de hecho en actos revolucionarios y los que no lo son... Solo los gobiernos revolucionarios producen actos revolucionarios... Si un gobierno de facto produce actos revolucionarios se convierte en gobierno revolucionario" (23). Además, según el razonamiento de los mencionados siete catedráticos, parece que tanto un gobierno revolucionario como un gobierno de facto, según su diferenciación, pueden producir actos revolucionarios. Si esto fuese cierto no habría distinción entre revoluciones y movimientos de fuerza que no lo son. Aparece aquí nuevamente el intento, ya calificado de loable al hablar de las acordadas de la Corte Suprema, de forzar los razonamientos para no reconocer que se trata de una ruptura que pudiese llevar a una situación "ex lex", que implicaría un proceso constituyente primigenio. Evidentemente, ese forzamiento - desquicia la comprensión del problema.

Para entender los sucesos prescindamos por un momento de términos teóricos. Lo que en principio el movimiento cívico-militar de 1955 quiso es derrocar a Perón porque su gobierno era tiránico y devolver nuevamente al país la libertad conculcada. Se derrocó, por consiguiente, a Perón mediante la fuerza. Hasta aquí no hay revolución. Además se derogó la legislación sustentadora del anterior régimen, incluso la Constitución que este había sancionado. Aquí ya comienza la fenomenología revolucionaria. Es decir, que aunque los sublevados no pensaban hacer una revolución, sino simplemente desalojar -

a los detentadores del poder, ya incurrían en actos revolucionarios. Continuemos. Al derogar la constitución del 49, devolvieron la vigencia a la anterior Constitución, la centenaria de 1853, pero... subordinada a su vez a unas Directivas básicas. - Habría entonces un paso atrás y luego dos adelante, pues al devolver la vigencia a la Constitución de 1853 mas que una revolución parecería hacerse una restauración. Pero al subordinarla a las Directivas básicas se vuelve al camino revolucionario. Pero hay aún mas. Hay un dato que no ha sido aún mencionado, - hasta ahora, y que es el siguiente: Por decreto-ley del 12 de abril de 1957, es decir un año después de haberse devuelto la vigencia a la Constitución de 1853, se declaró la necesidad de reformarla, mencionando la citada disposición los artículos sobre los cuales debía pronunciarse la convención reformadora -- que se convocaba. Esta iniciativa era absolutamente objetable desde el punto de vista jurídico, pues de acuerdo con la misma constitución vigente y su artículo 30, es el Congreso Nacional quien debe determinar la necesidad de una reforma constitucional, y no el Ejecutivo, y menos, como en este caso, un Ejecutivo de facto. No obstante se convocó a elecciones nacionales - para elegir una convención reformadora. Esta tuvo resultados magros. Lo único que se alcanzó es declarar nula la reforma - peronista de 1949, ratificar la Proclama sobre la vigencia de la Constitución de 1853, y ya con un quorum casi estricto, por el paulatino abandono de cada vez mayor cantidad de miembros - y partidos, agregar al artículo 14, un párrafo, denominado art. 14 bis, referente a derechos sociales, y nada más! Esto indica que hubo durante este proceso una intención revolucionaria, o al menos, que esta se fue perfilando con el transcurso del - mismo, pero que en el momento de la verdad no se produjo.

Cabe concluir que lo de 1955 fue una revolución a medias, o una revolución truncada o frustrada. El concepto de -

revolución implica un aspecto negativo (destrucción del orden existente) y uno positivo (instauración de un orden nuevo).- - Es necesario que se den las dos fases para que se pueda hablar de revolución en sentido estricto. En este caso la segunda no se ha producido. Es cierto que el cambio de Constitución y legislación complementaria ha supuesto un cambio de "filosofía" y de política, puesto que se pasó de una "democracia de masas" - a una democracia de alguna forma limitada por la proscripción del partido e ideología Justicialistas (Peronista). Pero aún así la revolución implica la introducción de elementos nuevos y de alguna manera inéditos en la vida, instituciones y estructuras de una nación. Nada de ello ha ocurrido en el presente caso. El proceso se ha frustrado y lo que ha quedado se asemeja más que nada a una restauración.

El siguiente golpe de estado tuvo características muy especiales y curiosas. En 1958 se abrió nuevamente el proceso democrático y fueron elegidas nuevas autoridades nacionales y provinciales. Pero desde esta fecha y durante todo el período de gobierno hasta marzo de 1962, en que el presidente constitucional fue derrocado, tuvo lugar una situación especial, similar en alguna medida a la de los pronunciamientos en la España del siglo XIX, y en especial a los que Sánchez Agesta llama -- pronunciamientos "de guante blanco, en el que el alarde de la fuerza solo está simbólicamente representado por la jerarquía militar de quienes firmaron las exposiciones" (24). El presidente Arturo Frondizi estuvo constantemente sometido a presiones de las altas jerarquías militares, quienes durante los cuatro años de su gobierno siguieron demasiado de cerca todos sus pasos, tanto en su política interna como en la exterior. No hubo por parte de los militares proclamas ni planteamientos -- formales, pero todo el país sabía de las presiones mediante --

las cuales los comandantes en jefe de las tres armas, en sucesivas reuniones, condicionaban las medidas del presidente constitucional. Esta situación llegó a su fin cuando la parte de los militares que aún se oponía al golpe cedió a las tendencias golpistas, produciéndose el hecho el 29 de marzo de 1962. Según refiere Félix Luna, ese día no hubo gobierno. El presidente constitucional fué preso y confinado. Lo curioso de la situación era que el general que había dirigido el golpe no hizo efectivo el poder político cuya titularidad parecía haber asumido de hecho. Hubo confusión pues los sublevados comandantes en jefe no sabían exactamente qué fórmula jurídica y política debía aplicarse para llenar el vacío que habían creado.

En la contingencia, según refiere Pérez Guilhou, se ofreció el gobierno a la Corte Suprema, pero esta se negó a -- asumirlo manifestando que "no podía asumir el poder si no mediaba una renuncia escrita del presidente de la Nación", que se había negado a renunciar (25). En estas circunstancias el senador José María Guido, en su carácter de vicepresidente primero del Senado, (el vicepresidente de la República, presidente natural del Senado, había renunciado años antes), se dirigió en nota a la Corte Suprema exponiendo lo siguiente: "Tengo el honor de dirigirme a V.E., a fin de llevar a su conocimiento que, en virtud de la situación que es de dominio público, y en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 75 de la Constitución Nacional y el art. 1º de la Ley 252, asumo el poder ejecutivo nacional. A tales efectos, en ausencia del Congreso Nacional, - que se encuentra en receso, hago saber igualmente a V.E. que, de conformidad con el art. 4º de la misma Ley 252 prestaré juramento ante esta Excelentísima Corte Suprema tan pronto como el alto tribunal tenga a bien recibirlo, lo cual, en las graves circunstancias actuales, solicito se cumpla inmediatamente Saludo a V.E. con mi más distinguida consideración" (26). La -

mencionada Ley de Acefalía, como se llama comunmente a la ley N^o 252, establecía el orden en que debían acceder a la primera magistratura los diversos funcionarios estatales para el caso de vacancia: Vicepresidente de la República, presidente -- del Senado, presidente de la Cámara de Diputados, presidente -- de la Corte Suprema.

La Corte Suprema tomó juramento al senador Guido y -- con fecha 31 de marzo de 1962 homologó el acta de asunción del mando manifestando que dicha acta era conforme al juramento re cibido por el cuerpo, y que en virtud de él Guido "asumió vali damente el poder ejecutivo nacional, con carácter definitivo, de acuerdo con la Ley 252". Poco después al resolver el pedido formulado por Luis M. Pitto para reponer al presidente de-- puesto en su cargo, la Corte reiteró en su fallo del 3 de abril de 1962, que tanto el juramento recibido al entonces presiden-- te provisional del Senado, José María Guido, como la homologa-- ción de su asunción del mando, eran estrictamente jurídicos y pertinentes. "El primero, porque él es procedente en caso de acefalía de la República y de ausencia del Congreso, debiendo entenderse que dicha acefalía se configura ante la falta de -- presidente y vicepresidente de la Nación, sin que incumba a la Corte Cuprema pronunciarse acerca de las causas determinantes de esa falta" (27). Con ello el alto tribunal consideraba que el poder ejecutivo asumido por Guido era de jure y no de facto.

Según refiere Félix Luna, el desencadenante de todo este proceso fueron las elecciones del 18 de marzo de 1962, en las que obtuvieron un elevado número de votos los partidarios del depuesto Perón, en 1955. Este hecho fué indigerible para los autores del derrocamiento. Estos exigieron del presidente Guido, apenas asumido su cargo, la anulación de esas eleccio-- nes. "Se presentaba entonces una incongruencia en el terreno

institucional derivada de la superposición de diversas legitimidades. Por una parte el Congreso Nacional debía reunirse el 1^a de mayo y aprobaría sin duda los inobjetables diplomas de los nuevos diputados peronistas. (Las elecciones tuvieron por finalidad elegir nuevos gobernadores para la mayor parte de las provincias y renovar la mitad de los escaños en la Cámara de Diputados). Varias provincias debían formalizar la asunción de sus flamantes gobernadores, cinco de ellos peronistas. Pero frente a estas legitimidades había otros hechos concretos: La cautividad del presidente constitucional y las intervenciones que pesaban sobre las provincias donde había triunfado el peronismo (intervenciones arrancadas aún a Frondizi por los militares antes del golpe). Como no podía ser de otro modo, esta forzada convivencia de ilegitimidad con legalidad, se fué resolviendo gradualmente con la extensión de los poderes de hecho sobre los de derecho. El 15 de abril el nuevo presidente Guido, cumpliendo con el compromiso asumido con los militares derrocantes, decretó la nulidad de todas las elecciones. Luego se interviene la totalidad de las provincias y se impide la reunión constitutiva del congreso nacional, cuyo receso por tiempo indefinido se decretó el 19 de mayo. Meses más tarde, el 8 de septiembre, se dispuso su disolución" (28).

Ante todos estos hechos cabe preguntarse: ¿Se ha perdido a no la "faz constitucional"? Desde luego, después del 8 de septiembre, fecha de la disolución explícita del Congreso, cabría contestar que sí. Pero, ¿qué ocurría desde el 29 de marzo hasta esa fecha? El derrocamiento del presidente Frondizi, ¿fué realmente un golpe, o fué la última y la más fuerte de las "presiones" que sobre él se ejercieron? ¿Fué o no este un caso de pronunciamiento de guante blanco? Porque, en efecto, - el país ni se inmutó. Apenas hubo movimiento de tropas. La -

única violencia que se produjo fue la que debió sufrir Frondizi en su persona, al haber sido desalojado por la fuerza de su despacho, prácticamente de su sillón presidencial, y confinado en una isla. Todo lo demás quedó cubierto por la formalidad de -- las leyes y, por si hubiese alguna duda, incluso con la aprobación de la Corte Suprema, declarando la "asunción válida del Poder Ejecutivo" por el nuevo presidente, y además, que no incumbía a ella pronunciarse acerca de las causas de la falta de presidente de la nación. ¿Qué es lo que sucedió entonces? -- ¿Hubo o no interrupción de la legalidad constitucional? El -- nuevo presidente Guido, ¿fué o no un gobernante constitucional? Su gobierno, ¿fué de jure o de facto?

Esta situación provocó dudas y controversias entre -- los especialistas y se ha escrito mucho al respecto. Nuevamente estamos ante un caso en que lo legal no es lo legítimo, o -- por lo menos, hay justificadas dudas sobre este último carácter. Lo que vuelve a confundir nuevamente es la actuación de la Corte Suprema, que se apresura a convalidar algo no convalidable. Mario Justo López afirma al respecto: "La intervención de la Corte Suprema --recepción del juramento y homologación del acta de asunción de la presidencia-- parecieron acordarle al gobierno de Guido el carácter de gobierno de jure: -- pero los actos posteriores del mismo gobierno parecieron en -- cambio dar razón a quienes sostuvieron lo contrario. Estos últimos se basaron fundamentalmente en la circunstancia de que -- el caso de 'destitución del presidente' previsto en el art. 75 de la Constitución, suponía, para que fuese aplicable la Ley -- de Acefalía, que esta se hubiera producido de conformidad con las normas fijadas en la misma Constitución ('juicio político', arts. 45, 51 y 52), lo cual no había ocurrido, dado que la destitución fue el resultado de un acto de fuerza de los jefes --

de las Fuerzas Armadas. Pero independientemente de esta cuestión acerca del origen, el nuevo gobierno, desde poco después de su instalación, se comportó como gobierno de facto: por decreto N^o 3534 (23/4/1962), declaró la nulidad de los comicios realizados en los órdenes provincial y municipal, intervino to das las provincias y dispuso la caducidad de sus respectivos poderes ejecutivo y legislativo así como de las autoridades mu nicipales; por decreto N^o 4419 (19/5/1962), declaró en receso al Congreso, lo que importó, de hecho, su disolución, luego -- confirmada por el decreto N^o 9204 (6/9/1962); por decreto N^o 4420 (19/5/1962), declaró la caducidad de las autoridades de todos los partidos políticos y, por fin, por decreto N^o 9747 - (17/9/1962), estableció que asumía atribuciones legislativas, las que ejercería bajo la forma de 'decretos-leyes'" (29).

Bidart Campos también sostiene el carácter de facto-del gobierno de Guido, "por cuanto, si bien la po der ejecutivo vacante se operó a tenor de las disposiciones de la ley de acefalía, la vacancia era producto de un acontecimiento al margen de las normas constitucionales. De modo que, aun cuando el orden de sucesión fuera legal, si el hecho determi-- nante de la acefalía no lo era, el poder ejecutivo no podía -- ser de jure sino de facto" (30)..

Este último autor refiere que las divergencias en -- torno al carácter de jure o de facto del presidente Guido se - plantearon también en la jurisprudencia de tribunales inferio-- res. Mientras unos sostenían que la vacancia podría producirse solo por los motivos establecidos en la constitución y por ella aceptados, no pudiéndose aceptar por consiguiente como tal un hecho de fuerza contrario a la misma, otros siguiendo la ju risprudencia de la Corte Suprema sostenían, por ejemplo, que -

el título originario del presidente Guido era legal, y que ningún hecho sobreviniente, ni siquiera la disolución de las cámaras legislativas, podía producir la intervención de ese título (31).

Para clarificar totalmente la cuestión es necesario reproducir el art. 75 de la Constitución, que dice: "En caso de enfermedad, ausencia de la Capital, muerte, renuncia o destitución del presidente, el Poder Ejecutivo será ejercido por el vicepresidente de la Nación. En caso de destitución, muerte, dimisión o inhabilidad del presidente y vicepresidente de la Nación, el Congreso determinará qué funcionario público ha de desempeñar la Presidencia, hasta que haya cesado la causa de la inhabilidad o un nuevo presidente sea electo". El Congreso, mediante la mencionada Ley de Acefalía, Nº 252, ha designado los funcionarios y el orden en que habrán de acceder a la primera magistratura si llegara el caso.

De la lectura del artículo surge que ninguna de las previsiones puede aplicarse al presente caso. No fue ni caso de enfermedad, ni muerte, ni renuncia, pues Frondizi se negó a renunciar. Tampoco fué destitución, pues la mentada por el constituyente es la que proviene del "juicio político" de las Cámaras y no la proveniente de un hecho de fuerza. Ausencia de la Capital - evidente, pero por haber sido sacado de ella por fuerza. ¿Fué un caso de inhabilidad? Naturalmente, un presidente confinado en una isla está inhabilitado para ejercer sus funciones. Pero tampoco era ese el espíritu genérico, que engloba a los anteriores.

Ante el dilema de tener que zanjar la cuestión de si hubo o no ruptura de la legalidad constitucional, nos encontramos nuevamente en el campo de la problemática que es el eje al-

rededor del cual gira todo: legalidad - legitimidad. Aparentemente el proceso fue legal, es decir, se trató de ajustarlo en la mayor medida posible a las disposiciones legales para -- evitar la ruptura. Pero en el fondo, en el espíritu y en los hechos, la hubo indudablemente. Lo que sucede es que sociológicamente no hubo ninguna reacción a esa ruptura, políticamente se salvó la situación con cierta eficacia, y jurídicamente la Corte Suprema se encargó, una vez más, de legitimar y dar - validéz a algo que en principio no puede tenerla. Nuevamente las razones políticas prevalecieron sobre las jurídicas, y se volvía a cerrar un ojo para no ver la violación del Derecho, o no querer reconocerla, y permitir de esta forma la marcha adelante del país, aun dando tumbos.

Mencionemos, por fin, respecto de este último punto, que uno de los que en mayor medida contribuyeron a encontrar la difícil salida política en este último hecho de fuerza fue el Profesor Julio Oyhanarte, catedrático de Derecho Político y -- miembro en aquel entonces, de la Corte Suprema de Justicia. Se gún testimonios orales fue él quien buscó en su domicilio al - vicepresidente del Senado, José María Guido, (recordemos que el Congreso se encontraba en receso), y le requirió para que se - presentara "espontáneamente" ante el alto tribunal y facilitara de esta manera una solución medianamente aceptable, como ocurrió en efecto. Sería, por lo tanto, útil recoger su opinión - respecto de la llamada "doctrina de facto" en general y dentro de esta lo referente al caso que se trata. "Nadie desconoce - las funciones tradicionales que corresponden a la Corte Suprema, entre las que figuran el control de constitucionalidad, la casación federal, la competencia originaria del art. 101, etc. Pero hay otra función que nadie ha destacado, que yo sepa. Se trata de una función excepcional, ligada a aspectos vitales - del ordenamiento jurídico. Me refiero a la que la Corte Supre

ma ha ejercido toda vez que sobrevinieron acontecimientos determinantes de la disolución de los poderes políticos. Tal disolución ocurrió tres veces en el transcurso del siglo, y en todas ellas la Corte Suprema cumplió debidamente su deber de asegurar el derecho individual y comunitario a la existencia de autoridad estatal efectiva y bastante, pero, además, hizo otra cosa que es la que quiero subrayar. Procuró y obtuvo la salvación del sistema institucional en la parte que no había sido irremediamente dañada por el hecho disolutivo. Es decir que, con este alcance, ejerció una función de salvación institucional. Creo que este es el sentido más hondo de las acordadas de 1930 y 1943. A través de ellas, la Corte Suprema, después de verificar los hechos históricos e irreversibles que se habían consumado y de apreciar correctamente sus dimensiones inevitables, ejerció la función antedicha, dentro de la situación fáctica creada, y logró rescatar nada menos que el control judicial de constitucionalidad, en el que debe verse, tal vez, la principal garantía que a los argentinos les confiere su Ley Suprema. Parecido alcance tuvo la comunicación del 16 de noviembre de 1955. Y el mismo profundo significado cabe atribuir, sin duda, a las decisiones de la Corte Suprema de 1962, relativas al juramento del Dr. José María Guido con arreglo a las disposiciones de la Ley de Acefalía. En esta ocasión, curiosamente, el hecho consumado no había sido la disolución de los poderes políticos, sino la destitución del Presidente de la Nación. cuyo cargo quedó vacante sin que nadie invocara la fuerza o el consentimiento para ocuparlo. La Corte Suprema certificó el carácter irrevocable y el alcance fatal del hecho, y, a partir de él, esto es, dentro de la situación que ese hecho originaba, ejerció su función de salvación institucional. Tuvo plena conciencia de que, como lo denunciaban las circunstancias sociales, de las que ningún juez debe pres-

cindir, la otra alternativa era el despotismo o bien una tiranía que lo hubiera sido por el título y por el ejercicio. Y de esto nos salvó (32).

Una vez más calificuemos de loable la intención de la Corte en esta su "función salvacional". Pero la pregunta fundamental es: ¿Estas soluciones aparentemente jurídicas son realmente tales, es decir, son soluciones jurídicas, o ya se apartan de este campo para ser soluciones puramente políticas? Este es, en definitiva, el quid, y sobre él se volverá más tarde.

El último de los golpes en la cadena que se analiza, fue el producido en 1966 y denominado "Revolución Argentina". Las características comunes con los demás golpes se mantienen: Desplazamiento del Ejecutivo, disolución del Congreso Nacional, intervención de todas las provincias, cese de los miembros de la Corte Suprema y su sustitución por otros. Pero hay dos características nuevas y muy importantes: La Junta Revolucionaria asume explícitamente el poder constituyente originario, la primera, y la segunda, que desaparece el federalismo en el sistema institucional establecido por las nuevas autoridades.

En lo que se refiere a la legalidad fundamental la Junta Revolucionaria lo ha establecido con toda claridad. Regía en primer lugar, como documento fundamental, el Acta de la Revolución Argentina. En segundo lugar, regía la Constitución Nacional (en sentido formal, la de 1853) junto con las leyes y decretos dictados en su consecuencia, pero solo en tanto y en cuanto no se opongan a los fines enunciados en el Acta de la Revolución Argentina. El Acta puede ser desdoblada en dos secciones bien definidas por la naturaleza de sus normas: a) Fines de la revolución (Contiene: el Acta de la revolución pro--

piamente dicha; el Mensaje de la Junta Revolucionaria al pueblo argentino; y los Objetivos políticos); b) Estatuto de la Revolución, que fue el cuerpo jurídico que estructuraba el nuevo gobierno. Su texto entremezclaba disposiciones sobre los poderes del Estado, sobre la organización provincial y sobre los compromisos internacionales.

En uso de las facultades que le correspondían, por haberse autoarrogado el poder constituyente originario, la Junta Revolucionaria ha estatuido el nuevo orden legal fundamental mencionado. Respecto de este orden legal y con referencia a la prelación de las leyes establecidas en el Estatuto, la Corte Suprema de Justicia, con fecha 28 de noviembre de 1967, en un fallo (caso "Moreau de Justo, Alicia y otros"), cambió la prelación establecida en el Estatuto. Este decía en su art. 3º que: "El gobierno ajustará su cometido a las disposiciones de este Estatuto, a las de la Constitución Nacional y leyes y decretos dictados en su consecuencia, en cuanto no se opongan a los fines enunciados en el Acta de la Revolución Argentina". En cambio la Corte en el fallo mencionado estableció que: "se advierte que el actual gobierno ha quedado sometido a un régimen constitucional, integrado ahora por la Constitución Nacional, plenamente vigente en su capítulo de declaraciones, derechos y garantías, por el Estatuto de la Revolución, que organiza los nuevos poderes, y por los objetivos señalados en el -- anexo 3 del Acta inicial, todas ellas normas que se encuentran en un mismo nivel, debiendo afirmarse que los mentados objetivos no están por encima del resto sino a su mismo nivel, así como el Preámbulo de la Constitución, en cuanto enuncia fines, no se halla tampoco a un nivel mas alto que el resto de la Constitución". Aclaremos que esta Corte fue de facto, pues sus -- miembros fueron designados por las nuevas autoridades de facto

emanadas del hecho de fuerza. Observese, sin embargo, que no obstante haber una lógica identidad en la forma de encarar los problemas del país y en la "ideología" entre el Ejecutivo de - facto y la Corte de facto, esta última nunca dejó de controlar jurisdiccionalmente los actos del Ejecutivo. Este, por otra - parte, acató en gran medida sus acordadas y sentencias, en las que se traducían incluso limitaciones a su autoridad y hasta - alteraciones al nuevo orden instaurado, como en el presente ca - so.

Respecto del ejercicio del poder constituyente origi - nario cabe hacer una comparación con el hecho de fuerza de 1955. Entonces no se lo invocó explícitamente ni los gobernantes sur - gentes se lo autoarrogaron, simplemente lo ejercieron, lo que, - por otra parte, era de esperar. También entonces se comenzó ha - ciendo una verdadera revolución, carácter que estuvo dado por - el hecho de rebelarse contra un régimen opresor. En cambio, en 1966 el carácter revolucionario quedó patente por la mención -- expresa que se hizo de él. Al dictar el Estatuto de la Revolu - ción Argentina la Junta Revolucionaria expresó que lo hacía "en ejercicio del poder constituyente". El hecho de dictar este Es - tatuto la Junta, y de designar luego al presidente, de acuerdo con lo establecido en el art. 1^a de aquel, hizo interpretar a - algunos, según refiere Mario Justo López, "que si bien la mencio - nada Junta pudo ser originariamente un gobierno de facto, el go - bierno designado por ella, de conformidad con el nuevo orden -- constitucional, ha revestido el carácter de gobierno de jure. - La discusión resulta en cierto modo bizantina, puesto que, cual - quiera sea la conclusión teórica a que se arribe, no varía la calificación jurídica acerca de la validéz de los actos reali - zados por el gobierno establecido..." (33). Es evidente, espe - cialmente desde la perspectiva histórica de hoy, que esta inter - pretación meramente teórica no se justifica, pues ni se lo con-

sideró de jure por parte de la población, ni pudo, por la corta duración de su ejercicio apenas siete años, desarrollar una acción gubernativa ni legislativa que justificase una calificación de primigeneidad de la etapa que comenzara, primigeneidad que pudiese, por los hechos posteriores, colorear con un color de jure a todo el proceso. Se trata por lo tanto, indudablemente, de un gobierno de facto, aunque es cierto que, en la cadena de hechos de fuerza que se analizan, es el único que pretendió desde el primer momento ser de jure.

En relación con el federalismo (la Argentina tiene históricamente una organización federal), dos de sus características básicas fueron gravemente limitadas en el nuevo sistema, a saber, darse en el ámbito local sus propias instituciones, y elegir sus autoridades. En primer lugar, si bien las constituciones provinciales continuaban en vigencia, tal situación se mantenía en cuanto sus preceptos no contraríen el Acta y el Estatuto de la Revolución. Complementariamente, las autoridades locales (gobernadores) eran designados directamente por el Presidente de la Nación. El art. 9 del Estatuto otorgaba al gobierno nacional la facultad de proveer lo concerniente a los gobiernos provinciales y la designación de los gobernadores. Estos tenían las facultades legislativas y ejecutivas que las constituciones provinciales contemplaban y estaban sometidos a las instrucciones del gobierno nacional. "Es ocioso el estudio para ver si se mantiene o no la concurrencia de poderes nacionales y provinciales, ya que los gobernadores deben obedecer las instrucciones de aquel, son designados por él y están bajo lo que éste provea. El sistema no les otorga ninguna garantía de estabilidad o forma especial de remoción, por lo que debe entenderse que quien tiene facultades para impartirles instrucciones tiene la de removerlos en caso de incumplimiento. Mal podría hablarse de coexistencia de poderes en estas condicio--

nes. El gobernador es un simple agente del gobierno nacional" (34).

El gobierno de la Revolución Argentina no quiso ser un simple gobierno provisional, en el sentido cotidiano de durar solo algunos meses, o a lo sumo dos o tres años. Sería un gobierno de transición, pero una transición que habría de durar, según voces semioficiales de la época, diez años o más. La finalidad que se perseguía era revitalizar todo el cuerpo político de la Nación, comenzar casi "ex novo" la vida política e institucional. Es un dato importante en este sentido el hecho de haberse disuelto los partidos políticos y prohibido toda su actividad, no con fines totalitarios, sino de reorganización, como se dijo en su momento.

Sin embargo, esta "Revolución Argentina" no llegó a elevarse nunca, salvo los momentos iniciales, quizá porque no pudo, a esferas verdaderamente revolucionarias en su acción gubernativa. Hubo frecuentes desavenencias entre los altos mandos militares responsables de la conducción política, y después de siete años de gobierno militar se abrió nuevamente el proceso electoral, sin haberse apenas introducido cambio alguno.

El único hecho mas o menos interesante es la reedición del intento de 1957 de reforma constitucional por parte de un gobierno de facto, reforma que en esta oportunidad se llevó a cabo. Se nombró una comisión asesora compuesta por once catedráticos de Derecho Político y Constitucional, de la que surgieron criterios y dictámenes muy dispares, admitiendo algunos la posibilidad de la reforma en ese período de facto y rechazándola otros (35). Se adoptó una de las propuestas, la del Dr. Alberto A. Spota, consistente en la sanción de una Ley Fundamental Provisoria. Esta Ley Fundamental Provisoria no --

era sino la Constitución Nacional reformada, cuya vigencia fue provisoria, la cual dependería de la decisión que en términos constitucionales y por el procedimiento pertinente pudiera -- adoptarse en el próximo período constitucional que comenzaría a partir del 25 de mayo de 1973. Si las futuras autoridades - de jure de la nación no convalidasen dicha reforma, entraría - en vigor automáticamente la Constitución según su texto ante- - rior a la reforma.

Desde esta sanción del Estatuto Fundamental, como se lo llamó en definitiva, el 24 de agosto de 1972, la Corte Su- - prema ha rehuído una definición terminante sobre el valor de - este acto constituyente. Parece en cierta medida natural que no lo haya impugnado la Corte de facto, pero no lo es tanto el hecho de que tampoco lo haya hecho la Corte Suprema de jure -- después de asumir sus funciones. Pero no fue solo la Corte la que permaneció en silencio, sino todos los demás cuerpos polí- - ticos del país quienes, al no impugnar la reforma a cuyo ampa- - ro, por otra parte, habían sido elegidos, parecían convalidar- - la de hecho. Lo cierto es que nadie, desde el momento de la - sanción del Estatuto Fundamental, se expidió formalmente respec- - to de su validez y vigencia.

Hasta aquí el análisis de la variada y rica casuísti- - ca de los gobiernos de facto argentinos.

Es observable, entonces, que todas estas rupturas- - con la legalidad constitucional eran intentos de establecer, - mediante la fuerza, otro orden jurídico-político. Por las más variadas razones en ningún caso se alcanzó el objetivo, o se - lo alcanzó solo a medias. En la mayoría de los casos se retor- - nó, dando un rodeo, a la situación anterior, con muy pocas va- - riantes. La legalidad y la legitimidad estuvieron presentes -

por partes. La primera, con el mantenimiento de la vigencia - y efectividad de una parte de la constitución violada, con lo cual se pretendió mantener una fachada de legalidad. En cuanto a la legitimidad, estuvo presente por épocas. Casi todos - los hechos de fuerza estuvieron acompañados en los primeros mo - mentos de un consenso por lo menos pasivo y en algunos casos - también activo. Pero a medida que transcurría el tiempo ese - consenso se fue debilitando hasta casi desaparecer en muchos - casos, y fue esa la razón fundamental del fracaso de todos es- - tos movimientos.

NOTAS

- (1) Ver sobre este punto y para los siguientes que se habrán - de mencionar, las obras generales:
 - Floria, Carlos Alberto - García Belsunce, Cesar: "Historia de los Argentinos", ed. Kapelusz, Buenos Aires, 1971, pág. 364.
 - Romero Carranza-Rodriguez Varela-Ventura: "Manual de Historia política y constitucional argentina", AZ Editora, Buenos Aires, 2a. ed., 1978, pág. 317.
 - Bidart Campos, German José: "Historia Política y Constitucional Argentina", Tomos II y III, Ediar, 1977, Buenos Aires.
 - Bravo, Omar: "Historia de las instituciones argentinas", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1976, pág. 258.
 - Levene, Gustavo Gabriel: "Nueva Historia Argentina", ed. Buenos Aires, 1974.
- (2) La Corte Suprema de Justicia equivale, en Argentina, al Tribunal Supremo, sin tener relación alguna con el término Cortes, que en España equivale a Parlamento
- (3) Colección Oficial de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, T. CLVIII, págs. 290-292.
- (4) Sánchez Viamonte: Ob. cit., (El Constitucionalismo...), - pág. 626.
- (5) Vázquez, Ramón F.: "La Corte Suprema de Justicia. Su función política", 1946, Buenos Aires
- (6) Bidart Campos: "Derecho Constitucional", pág. 653. T. I.
- (7) Rayces, Federico: "Base jurídica de los gobiernos de facto" Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, pág. 30.
- (8) López, Mario Justo: "Dictámen sobre la reforma constitucional", en Dictámenes y Antecedentes de la Comisión asesora para el estudio de la Reforma Institucional, Ed. Min. del -

Interior, Buenos Aires, 1971, pág. 76.

- (9) Periódico "La Prensa", de Buenos Aires, 5 de junio 1943.
- (10) Idem, 8 de junio de 1943.
- (11) Romero Carranza-Rodríguez Varela-Ventura: Ob. cit., pág.-330.
- (12) Sánchez Viamonte: "El problema constitucional", en el periódico "La Nación" de Buenos Aires, de fecha 8 de noviembre de 1955.
- (13) Bidart Campos: "Derecho Constitucional", pág. 654.
- (14) Fallos, T. CCLII, pág. 178.
- (15) Anales de Legislación Argentina, T. XV. A, pág. 512.
- (16) Fallos, T. CCXLIII, pág. 265.
- (17) Bidart Campos: "Historia Política y Const. Argentina", pág. 163, T. III.
- (18) Idem, pág. 197 y sgs.
- (19) Dictámenes y antecedentes..., pág. 19
- (20) Bidart Campos, J.G.: "Constitución y Revolución en el Derecho Argentino", Ed. Alfa, Buenos Aires, 1958, pág. 15.
- (21) Idem, págs. 14 y 15.
- (22) Dictámenes y Antecedentes... (Ob. cit. en la nota 8 de este capítulo). Dictámen suscripto por los profesores: Bidegain, Botana, Oyhanarte, Peña, Ramella, Rouzaut y Vanossi. En la pág. 17.
- (23) Idem, Dictámen del Dr. Alberto A. Spota, págs. 128 y 129.
- (24) Sánchez Agesta, Luis: "Historia del constitucionalismo español", Instituto de Est. Políticos, 3a. ed., 1974, pág. -193
- (25) Pérez Guilhou, Dardo: Art. cit., pág. 192.
- (26) Cito de: Bidart Campos: Derecho Constitucional, pág. 655

- (27) Idem.
- (28) Luna Félix: "Argentina: De Perón a Lanusse. 1943-1972", Editorial Planeta, 1972, Barcelona, pág. 149.
- (29) López, Mario Justo: Ob. cit., pág. 111. (Introd. a los estudios políticos...)
- (30) Bidart Campos: "Derecho Constitucional", pág. 655
- (31) Idem, pág. 656.
- (32) Oyhanarte, Julio: Prólogo a "El derecho de autoridad y la legitimación de los gobiernos de facto", de Felipe González Arzac, Ed. Cooperadora de Derecho y C. Sociales, Buenos Aires 1966.
- (33) López, Mario Justo: "Introd. a los Est. Pol.", pág. 112. - Ver también al respecto las oponiones vertidas en el libro colectivo "La Revolución Argentina". Ed. Depalma, -- Buenos Aires, 1966.
- (34) Lousteau Heguy, Guillermo A.: "El sistema institucional argentino", en La Revolución Argentina, pág. 73.
- (35) Ver los Dictámenes y Antecedentes de la Comisión Asesora - para el Estudio de la Reforma Constitucional, a los que se ha aludido ampliamente con anterioridad.

2.2. Revolución. Distintos tipos

2.2.1. Revolución violenta y total. Yugoslavia: 1945

El caso de Yugoslavia es un caso típico de revolución violenta y total, es decir, revolución en el sentido más clásico y difundido del término. Se trata del pasaje de un orden monárquico parlamentario, a un orden basado en el marxismo-leninismo. Como en tantos otros casos históricos, este pasaje consistió en un deslizamiento paulatino desde una estructura a otra, deslizamiento que tuvo por finalidad principal ocultar la verdadera faz del régimen que se instauraba. Esta afirmación no es gratuita ya que esto es reconocido por las fuentes oficiales de la Yugoslavia de hoy. Este pasaje del orden anterior al actual fue complejo, pues se desarrolló durante la Segunda Guerra Mundial, y en el proceso intervinieron varios factores que es necesario tenerlos en cuenta para comprender esa situación y momento histórico.

Los acontecimientos, narrados en la forma más completa y, al mismo tiempo, lo más abreviada posible se desarrollaron de la siguiente manera. Como hecho remoto, pero directamente determinante de todo el acontecer posterior, es necesario mencionar que el ataque de las potencias del Eje contra Yugoslavia se produjo en el mes de abril de 1941, y que la capitulación de esta ocurrió pocas semanas después. La familia real y el gobierno se trasladaron a Londres donde constituyeron un gobierno en el exilio. En el país queda el general Mihajlović, que es nombrado ministro de defensa, como representante del Rey y encargado de organizar la resistencia contra el invasor. Simultáneamente con esta resistencia organizada a nivel nacional por este general, se organizaron a nivel de las varias nacionalidades que componen Yugoslavia (la de entonces y aún la de hoy) grupos resistentes que no se podían ni querían conformar con la rendición ante el invasor y llevaban a cabo contra él una guerra de guerrillas. La ideo-

logía de casi todos estos grupos era, por así decirlo, de base democrática, pues estaba formada por individuos provenientes todos de partidos democráticos y no totalitarios (1). Estos grupos querían, por lo tanto liberar a su país del invasor para volver al sistema democrático anterior. Los problemas políticos internos no se mencionan aquí por no ser relevantes para el tema.

Pero a estos dos bandos en pugna se agregó otro que distorsionó totalmente la situación, introduciendo en ella una confusión que determinó fundamentalmente los acontecimientos posteriores. Se trata de la irrupción en escena del Partido Comunista Yugoslavo. Este partido había intentado ya en 1919, y en 1920 realizar, en la apenas creada Yugoslavia, una revolución al estilo de la revolución bolchevique en Rusia. No tuvo éxito entonces. Debido a este intento fue proscrito durante todos los años de entreguerras. No obstante desarrolló durante todo este tiempo su actividad clandestina, bajo la dirección del Comintern de Moscú, del cual dependía en todo.

Cuando el 6 de abril de 1941 las fuerzas del Eje -- atacaron y vencieron a Yugoslavia, el Partido Comunista creyó haber llegado la hora de mayores posibilidades para acceder al poder. Si en circunstancias normales no lo había logrado, las excepcionales, impuestas por la guerra e invasión, representaban mayores garantías de éxito. Es necesario mencionar, que por aquel entonces todavía estaba vigente el Pacto Ribbentrop-Molotov, entre la Alemania de Hitler y la Rusia Soviética. Como consecuencia de este pacto el PC Yugoslavo, dependiendo como se ha dicho del Comintern, no podía atacar a los invasores alemanes e italianos, sino todo lo contrario. Meses antes del ataque del Eje, a través de pamfletos y manifestaciones callejeras en las principales ciudades, criticaba --

a las "llamadas democracias occidentales", y entre ellas especialmente a Gran Bretaña, pero nunca a la Alemania nazi o a la Italia fascista. Esta actitud cambió fundamentalmente cuando Alemania atacó militarmente a la Unión Soviética. En solo pocas semanas la actitud del PC tuvo un cambio de 180°. Antes de ser atacada la URSS los comunistas yugoslavos llegaron incluso a contemporizar con los invasores alemanes e italianos, colaborando con ellos, mientras que a nivel oficial el PCY se abstenía de atacarlos, emitiendo declaraciones ambiguas. Pero estas ambigüedades desaparecieron con el ataque alemán a la -- URSS, el 22 de junio de 1941. Recién entonces, es decir, dos meses y medio después de ser atacada Yugoslavia, el PC Yugoslavo lanzó sus primeras proclamas llamando a la resistencia contra el invasor y a la lucha, "contra el fascismo", junto a "los pueblos hermanos de la Unión Soviética". Es necesario mencionar que solo entonces se incitaba a luchar "contra el fascismo", mientras que hasta el ataque contra la URSS el PC Yugoslavo consideraba a la guerra que se estaba desarrollando como una guerra imperialista provocada por Gran Bretaña y Francia, incitando a los pueblos yugoslavos al pacifismo, e incitando a los oficiales y soldados, incluso durante las semanas de defensa de Yugoslavia contra los invasores alemanes, a la deserción.

Apenas producido este cambio de actitud, el PC organizó el llamado Frente de Liberación contra las fuerzas ocupantes. De esta forma se organizó la guerrilla comunista. Muchos patriotas sinceros se enrolaron en ella, engañados por el nombre de Frente de Liberación, que conllevaba una causa justa y noble, pero apenas conocieron sus móviles de falsa liberación, la abandonaron, pasándose a los grupos también guerrilleros, pero no comunistas, que luchaban por una verdadera libertad contra todo totalitarismo, tanto el nacionalsocia

lista y fascista de las fuerzas de ocupación alemanas e italianas, como el comunista representado por los guerrilleros de Tito, dirigidos desde Moscú. La guerrilla comunista de Tito fue, por lo tanto, la tercera fuerza que se ha mencionado anteriormente, y que fue la que distorsionó y confundió a la opinión pública internacional en forma decisiva. (La opinión pública nacional muy pronto se percató de cual era la verdad de las cosas). La guerrilla de Tito organizó también muy pronto su brazo político e institucional, que habría de servirle posteriormente como antecedente y punto de partida constituyente para todo el orden que se habría de instaurar. Pero antes de abordar la situación político-jurídico-institucional de este período, parece imprescindible mencionar algunos datos de tipo internacional que fueron determinantes en el proceso analizado.

La debilidad de la guerrilla de Tito en el país fue mejorada sensiblemente por el éxito obtenido en la conferencia de Teherán, que se desarrolló desde fines de noviembre a principios de diciembre de 1943. Antes de partir para dicha conferencia Churchill había recibido falsos informes sobre -- la fuerza de los partidos de Tito. Este fue un éxito decisivo de la propaganda internacional de Tito, la cual engañó no sólo a algunos intelectuales "progresistas", sino también al ministerio de asuntos exteriores inglés y a Churchill mismo. Las discutibles informaciones le convencieron de que el movimiento partisano de Tito era el único movimiento clandestino que combatía seriamente contra los alemanes y el único que gozaba del pleno apoyo de los pueblos de Yugoslavia. Basándose en estas noticias Churchill propuso en Teherán que todas las unidades guerrilleras, tanto las comunistas como las no comunistas, deberían unirse para luchar conjuntamente contra los alemanes. Los partisanos de Tito serían reconocidos como el único movimiento clandestino y el cual Gran Bretaña aprovisiou

naría de armamentos. Todas las fuerzas no comunistas deberían unirse a Tito, y a cambio, este prometería a los ingleses no utilizar las armas contra ellos. Además Tito no debería intentar introducir el comunismo en Yugoslavia. Finalmente, el movimiento de Tito y el gobierno del Rey en el exilio, en Lón--dres, deberían formar una coalición que operaría como gobierno provisorio reconocido por los pueblos yugoslavos.

Churchill y Stalin se pusieron fácilmente de acuerdo sobre estos puntos. El primero pensaba que de esta forma se -potenciaría la lucha contra los alemanes, y además que un frente unitario daría mayores posibilidades al Rey de Yugoslavia - para la reconstrucción del futuro estado yugoslavo. En cambio Stalin perseguía otro objetivo. El estaba convencido que a - largo plazo este acuerdo con fuerzas no comunistas sería útil a Tito y a la causa comunista. Tito tendría el control de todas las fuerzas armadas durante y después de la guerra, y para Stalin, quien controlase las fuerzas armadas, controlaría también la política.

Después de la mencionada conferencia Stalin aconsejó a los comunistas yugoslavos pactar con Inglaterra y con el - real gobierno yugoslavo en el exilio, y de llegar de cualquier modo a un compromiso con ellos. También les recomendó evitar cualquier medida que pudiese despertar en los ingleses la sospecha de que en Yugoslavia se estaba realizando una revolu--ción, o una tentativa de los comunistas de llegar al poder, - aprovechándose de la situación.

Apenas vuelto de Teherán, Churchill comenzó a presionar sobre el monarca yugoslavo Pedro II para que disolviese su gobierno y reconociese a Tito como jefe único del movimiento

clandestino yugoslavo. Simultáneamente Churchill ordenó, a principios de diciembre de 1943, suspender toda la ayuda militar a las fuerzas no comunistas, especialmente a las de Mihajlović, y asignarlas a la guerrilla de Tito. Esta devino, por consiguiente, el único movimiento clandestino yugoslavo reconocido y apoyado por los aliados.

El 17 de mayo de 1944 el rey Pedro II, cediendo a las presiones inglesas, disolvió su gobierno, y encargó la formación de uno nuevo a Ivan Subašić. Este, antes de aceptar el encargo, quiso entrevistarse con Tito en la isla adriática de Vis, el 16 de junio de 1944, y concluyó con él un acuerdo. Tito exigió que su movimiento partisano fuese reconocido como el único y legítimo movimiento de resistencia. Todas las demás fuerzas deberían someterse a su mando. Además, Tito no quería que el Rey Pedro volviese durante la guerra a territorio yugoslavo "liberado". En cambio se allanó a aceptar entonces que el pueblo yugoslavo decidiese después de la guerra, en elecciones libres, la futura forma de gobierno y el futuro ordenamiento social y económico. En base a este pacto, Subašić formó nuevo gobierno en el exilio pero formando parte de este también elementos titistas.

Los primeros días de agosto de 1944, Tito y Subašić se encontraron con Churchill en Italia. Este último quería saber de Tito acerca de cual sería el sistema político que pretende instaurar en Yugoslavia después de la guerra. Churchill en sus memorias refiere: "Tito me aseguró que, como había afirmado públicamente, no tenía ninguna intención de introducir el sistema comunista en Yugoslavia... Cuando le pregunté si repetiría esta afirmación en público, me contestó que sí, pero que no deseaba hacerlo ahora, porque podría parecer -

que lo hacía presionado". Evidentemente, en este caso Tito - actuó según los consejos de Stalin. Después de este coloquio el Rey Pedro, siempre sujeto a presiones inglesas, abandonó - al general Mihajlović y a los demás grupos no comunistas a su - suerte, y reconoció a Tito como único jefe de la resistencia yugoslava. Pocos días después, a través de la BBC, exortó a todos los grupos armados nacionales a unirse al "ejército de liberación" de Tito y a subordinarse a él. Estos grupos no si guieron esta orden real, pues sabían de las presiones ejercidas, y de las falsas informaciones, en base a las cuales tuvieron lugar todos los contactos antes mencionados y decisiones adoptadas. Pero, a pesar de todas las inexactitudes y fal sedades, el éxito internacional de Tito ya estaba logrado.

Otro elemento a nivel internacional que favoreció - decisivamente a Tito y sus maniobras, fue el avance del Ejército Rojo soviético, que a mediados de septiembre ya había con quistado Rumania y Bulgaria, y se encontraba por lo tanto ante las fronteras de Yugoslavia. En esos días Tito voló en ae roplano soviético a Moscú, donde con Stalin se acordó que las tropas soviéticas ayudarían a Tito a ocupar la mitad sud-orien tal del país, y que luego se retirarían. Esto efectivamente - se realizó, ocupando las unidades guerrilleras, transformadas rápidamente en ejército regular, la capital, Belgrado, donde - se instaló Tito, apareciendo ante el mundo como el verdadero libertador.

El 1 de noviembre de 1944 Tito y Subašić volvieron - a encontrarse. Tito no quería la vuelta del soberano al país. Se acordó entonces que, entretanto quedara establecida "una - Yugoslavia democrática y federal" el soberano permanecería en el exilio, y en su ausencia el poder real sería ejercido por

un Consejo de Regencia nombrado por el Rey a propuesta de su gobierno residente en Londres. En Yugoslavia se constituiría un Gobierno Provisional en el que se incluirían ministros de estado por cada país federado, hasta la organización final del Estado. Dentro de los primeros tres meses de la total liberación, se celebrarían elecciones a una Asamblea Constituyente, y, mientras tanto, ejercería las funciones legislativas el Consejo Antifascista de Liberación Nacional, formado en noviembre de 1942, institución que fue el brazo político del movimiento de Tito.

Después de innumerables dificultades, reticencias y presiones, fue aceptando este acuerdo por el monarca, quien el 29 de enero de 1945 consintió en transferir el poder a un Consejo de Regencia. Tito, mientras tanto, asegurado ya el poder sobre mas de media Yugoslavia, no se avenía a cumplir las promesas hechas a Subašić, respecto de la formación de un gobierno de coalición, y aducía siempre nuevas excusas, ante las presiones de los ingleses, quienes ya empezaban a preocuparse por esta tardanza. Pero en marzo de 1945, Tito, a pesar de haber aumentado el territorio bajo su poder, se percató de que un gobierno de coalición podría serle útil, pues de esta forma daba una mayor apariencia de legitimidad a su poder y encontraría así una menor oposición de parte de los aliados occidentales. El 2 de marzo quedó constituido el Consejo de Regencia y, apenas jurados los cargos, el gobierno yugoslavo de Londres dimitió, encargándosele a Tito la formación de un nuevo gabinete. Este quedó constituido el 7 de marzo, y a Tito, jefe de gobierno, acompañaban veintiocho ministros de los cuales solo cinco pertenecían a partidos democráticos de antes de la guerra, mientras que los restantes veintitres provenían de las filas de los partisanos. Si bien había un gobierno de coalición, era evidente que el Partido Comunista y

sus partisanos mantenían un control absoluto en todos los ámbitos de la vida nacional, y la población estaba a su merced. Los cinco representantes no comunistas del gabinete vieron con claridad que poco o nada podían hacer contra esta situación de hecho. No había condiciones para que pudieran llevarse a cabo comicios libres. El terror, la eliminación física de cualquier opositor que se atreviese a alzar su voz, la intimidación general de la población eran las notas dominantes de aquellas semanas y meses. Ante esta situación dimitieron del Gobierno Provisional, con lo cual el gabinete se transformó en monocolor.

El 11 de noviembre de 1945 se celebraron elecciones a la Asamblea Constituyente, resultando vencedor por una - - - amplia mayoría, cercana al 90%, el denominado Frente Popular, amalgama de Partido Comunista con algunos pequeños grupos ideológicamente afines. El 29 del mismo mes la Asamblea Constituyente decidió proclamar la república y privar al Rey y su dinastía de los derechos de que se hallaba investido. Por unanimidad proclamó un Estado de pueblos unidos bajo el nombre de República Federal Popular de Yugoslavia. Ratificó toda la legislación aprobada en las tres sesiones del Consejo Antifascista de Liberación Nacional. El 31 de enero de 1946 se proclamó una nueva constitución, que fué un calco casi exacto de la soviética.

Hasta aquí, como si fuese una nota al pie de página, se ha mencionado estos datos históricos, pues a juicio del autor de este estudio, es imprescindible conocerlos para poder comprender el carácter de hecho de todo el ordenamiento jurídico-político, si bien formalmente se lo recubrirá, como se verá enseguida, con el manto aparente de una pretendida legitimidad

y legalidad (2).

Los datos históricos son en este caso necesarios pues, como lo dicen los autores comunistas yugoslavos que a partir de aquí se citarán, "la historia del poder popular está íntimamente ligada a la guerra nacional de liberación y, en general, con la historia del movimiento nacional de liberación, y depende de ellos. Los une la simultaneidad de su desarrollo, muchas veces la identidad de los hechos y la unidad del fin liberador. Aún más, están condicionadas entre sí" (3).

Por otra parte Blagojević afirma que "el nuevo Estado comenzaba a formarse ya durante la lucha de liberación nacional que comenzó en territorio yugoslavo hacia mediados del año -- 1941". Y agrega que "frente al antiguo mecanismo del Estado, puesto al servicio del ocupante o del que el ocupante consigue servirse para sus fines, comenzaban a formarse nuevos órganos de autoridad popular en el territorio liberado... Para el trabajo de esos órganos, e igualmente para su formación y actividad, los órganos supremos del Ejército de Liberación Nacional, comenzaron a promulgar de inmediato nuevas normas" (4).

Por consiguiente, todo el nuevo orden creado en Yugoslavia fue consecuencia directa de los acontecimientos bélicos, tanto los producidos en el marco de la Segunda Guerra Mundial propiamente dicha, como los provenientes de la guerra civil que bajo la ocupación extranjera se desarrollaba en el país.

Cabe decir entonces para comenzar el análisis del pasaje de un orden a otro, que en este período crítico de la historia yugoslava había tres órdenes normativos más o menos vigentes en esas circunstancias, y cada uno de ellos se basaba - en concepciones ideológicas y políticas particulares. El pri-

mero de ellos, legítimo, se concretaba en el apoyo al Rey y a su gobierno en el exilio, y por consiguiente también a su representante en el país, el mencionado general Mihajlović. Este apoyo se fundaba en un consensus básico, que se manifestaba especialmente durante este período de guerra, por cuanto este orden era el que ofrecía las mayores garantías de democracia y pluralismo, a pesar de que en el anterior período de paz hubo al respecto serias dificultades, sobre las que aquí no se profundiza.

El segundo de los órdenes, ilegítimo, era el impuesto por las fuerzas de ocupación alemanas e italianas, de naturaleza fáctica, que por Derecho Internacional estaban obligadas a mantener cierto orden esencial en el territorio ocupado. Verdross dice al respecto que "la autoridad del Estado ocupado continúa existiendo durante la ocupación. A ella, sin embargo, se superpone la autoridad del ocupante, limitada estrictamente por el Derecho Internacional... El ocupante ejerce su propia autoridad... El ocupante está obligado a adoptar todas las medidas que de él dependan para restablecer y asegurar, en cuanto sea posible, el orden y la vida pública. El ocupante puede adoptar nuevas normas para hacer frente a las situaciones correspondientes" (5). Respecto de esta problemática Rousseau afirma que "la práctica contemporánea, lo mismo en el orden interno que en el internacional, se inclina a considerar la ocupación de guerra, mas que como un estado de derecho, como un estado de hecho. Pero este estado de hecho no deja de ser susceptible de consideraciones jurídicas. Puede producir, en efecto, determinadas consecuencias jurídicas... El derecho interno ha reconocido el valor obligatorio de la reglamentación introducida por el ocupante..."..."La competencia reglamentaria del ocupante debe tender sobre todo a salvaguardar el orden público -

y la seguridad del ejército de ocupación... El Estado ocupante debe asegurar la administración del territorio ocupado". Y tengamos también en cuenta un párrafo de este autor que será importante mas tarde respecto de este caso yugoslavo: "A pesar del estado de hecho engendrado por la ocupación, el soberano legal conserva el ejercicio de sus diferentes competencias. Este principio ha sido afirmado varias veces, en lo que se refiere - al ejercicio, por el Estado ocupado, de su competencia legislativa, especialmente por la jurisprudencia francesa, belga, polaca, etc. La ocupación de facto del territorio nacional no impide que éste continúe regido por las leyes del Estado ocupado, particularmente en lo que se refiere a las leyes prohibitivas y penales. El principio se aplica igualmente a la competencia administrativa". Sin embargo también este autor no deja de mencionar que este principio (no traspaso de soberanía) ha sido frecuentemente desconocido en la última contienda, sobre todo por Alemania, Italia y la URSS (6).

Hasta aquí se ha hablado de dos órdenes efectivos, - efectividad fundada en un caso en el sentimiento de legitimidad, y en el otro, en la fuerza de las armas momentáneamente victoriosas. Pero a estos dos órdenes se agregó con el tiempo otro tercero, de cuya efectividad no se puede hablar sino hasta fines de 1943: La guerrilla comunista que, bajo el nombre de Frente de Liberación, comenzó a organizar Tito ya en 1942. La efectividad de este tercer orden no se basaba, como los anteriores, ni en el sentimiento de legitimidad ni en la fuerza de las armas, pues Tito y su movimiento nunca gozó del primero, mientras que la fuerza de las armas tampoco la tuvo en medida suficiente, en principio, para poder imponer un orden efectivo. La efectividad le fue facilitada a Tito desde fuera: Por el - hecho político del reconocimiento británico e internacional de

su movimiento; por el hecho militar de la ayuda británica en aprovisionamiento de armamentos; por el hecho de las presiones británicas siempre más fuertes que empezaron a ejercerse sobre el Rey y su gobierno (yugoslavos) en el exilio de Londres, para que cediese ante las exigencias de Tito; y, finalmente, - por la presencia en la parte oriental del país, hacia el final de la guerra, de las tropas del ejército soviético que, con su indudable poderío militar ofrecían el mejor aval y garantía de que nadie se haría con el poder en el país que no fuera Tito. - Con este poderío y con esta efectividad Tito fue dueño absoluto de la situación. Digamos que entonces ya la suerte de las fuerzas del Eje estaba echada, y la presencia de estas ya no representaba ningún orden efectivo, pues aunque la retirada final - aún no fuese inminente faltaban solo algunos meses o semanas para este hecho, que al producirse trajo consigo la eliminación - de la escena de uno de los contendientes y de su orden. En - - cuanto a las fuerzas democráticas, tanto militares como políticas, poco o nada pudieron hacer para revertir los hechos antes mencionados, por impedírsele absolutamente las circunstancias - internas e internacionales. Ya nada se podía hacer. La democracia vió ante sí cerradas todas las puertas. Ya se mencionó que el gobierno de coalición formado por Tito en realidad no - fue tal, por la abrumadora mayoría que en él tenían sus partidarios. También las elecciones a la Asamblea Constituyente, el 11 de noviembre de 1945, se realizaron en un clima de terror en el que no se podía siquiera pensar en la oposición, pues el voto no era secreto, ni tenía ninguna de las características que en una democracia debe tener. Djordjevich dice que "el nuevo - Estado Yugoslavo es obra del pueblo yugoslavo, sobre todo de - las clases trabajadoras. Pero no podría pretenderse que esta - creación no haya experimentado también la influencia de otros - factores, de orden exterior o internacional. Entre estos hay

que mencionar la lucha y la victoria de las naciones contra el fascismo; la existencia del Estado soviético, considerado en esa época como el primer estado socialista del mundo; la ayuda, directa e indirecta, de orden material y político, aportada por los grandes aliados. Entre los factores ideológicos hay -- que citar la teoría marxista de la revolución socialista y la -- edificación del Estado del pueblo trabajador, como Estado del -- período de transición del capitalismo al socialismo; hay que -- mencionar además los precedentes constituidos por la Comuna de París y la Primera República soviética" (7). Tito como se ha -- dicho ya, era dueño absoluto de la situación (8).

Dueño del poder, Tito pudo comenzar a producir las le -- yes necesarias para gobernar. Digamos antes que el movimiento revolucionario de Tito pretendía ser legítimo. Pero como hoy -- la única medida de la legitimidad es la legalidad (este punto -- será tratado más tarde en profundidad), las fuentes yugoslavas, desde la toma definitiva del poder en 1945, vienen afirmando -- que el Derecho positivo imperante en la actual Yugoslavia es -- tal en el pleno sentido de la palabra y que ha comenzado a for -- marse ya desde los primeros momentos de la "lucha por la libe -- ración", es decir que la nueva legalidad comenzó a formarse ya antes de 1945, a partir de la invasión del país. Veamos en que forma explican las fuentes y autores oficiales el nacimiento, -- desarrollo y consolidación de este Derecho, de esta legalidad.

Refiere Blagojević que los órganos supremos del Ejér -- cito de Liberación Nacional comenzaron a promulgar de inmedia -- to nuevas normas para el trabajo de los "órganos de autoridad -- popular" de base, e igualmente para su formación y actividad. -- "Estas normas se inician en el curso de 1941 y, al comienzo de 1942, eran ya bastante numerosas, distinguiéndose entre ellas, -- las llamadas Prescripciones de Foča, mientras que las normas --

referentes a la nueva organización del Estado y, parcialmente a su organización social, se votaron y promulgaron en la segunda sesión del Consejo Antifascista de Liberación Nacional de Yugoslavia, el 29 de noviembre de 1943, en que igualmente se instituyeron los órganos supremos que poseían el carácter y estaban investidos de los poderes de un gobierno. Así, ya durante la segunda Guerra Mundial y paralelamente a la formación de un nuevo Estado y el comienzo de la creación de las nuevas relaciones sociales, comenzó también la creación de nuevas normas jurídicas; normas que, bien entendido, correspondían a las necesidades de aquellos tiempos y a las relaciones jurídicas que en la hora existían. Estas normas jurídicas, aunque modestas, no eran poco numerosas, y, en particular, tampoco unilaterales; referíanse tanto a la organización de comités populares, cual - órganos fundamentales de la nueva autoridad, cuanto a las infracciones penales específicas para aquellos tiempos y a la instrucción criminal, lo mismo que a las requisas, la celebración de matrimonios y una serie de otras relaciones jurídicas que - era preciso reglamentar de manera distinta a como las había reglamentado el Derecho de la antigua Yugoslavia. Formábase y se formó gradualmente, un nuevo sistema jurídico, que ha permanecido en el fondo el mismo hasta nuestros días; un sistema tal vez único en el mundo, lo mismo por el modo de formarse que, en gran parte, por su contenido. Creáronse de tal modo una serie de particularidades que le son peculiares; particularidades - resultantes del modo singular de la formación del nuevo Estado Yugoslavo, Estado en cuya formación participaron, de diferente manera, la mayor parte de los ciudadanos de Yugoslavia, de modo que ese nuevo Derecho, tanto por el modo como se formó, como - por su contenido, es un Derecho popular, un Derecho de todos - los trabajadores que lucharon por su liberación nacional y por la edificación de una nueva sociedad socialista, en la que no habrá opresión nacional ni explotación de no importa que especie

del hombre por el nombre. De manera que, para la comprensión - del desenvolvimiento del Derecho yugoslavo, y la del entero desenvolvimiento y situación de Yugoslavia hasta nuestros días, - es necesario tener siempre a la vista estos dos fines inseparables de la lucha de liberación de los pueblos yugoslavos" (9).

Valga esta cita como introducción. En ella se mencionan varios puntos y elementos que es necesario abordar y explicitar. Entre ellos son importantes: 1) Los Comités de liberación Nacional, como órganos básicos de autoridad popular; 2) Los órganos supremos del Ejército de Liberación Nacional; 3) La creación del Consejo Antifascista de Liberación Nacional de Yugoslavia, y especialmente su segunda sesión; 4) Lo referente a las normas jurídicas creadas por los mencionados órganos e instituciones.

Para todos estos puntos y su explicación desde la óptica oficial yugoslava se seguirá las obras de dos profesores de Derecho yugoslavos: Maks Snuderl y Leon Gersković (10).

Paralelamente con el desarrollo de la guerra de liberación nacional, según refieren estos autores, se desarrollaba y afirmaba también el poder popular y sus formas organizativas. En todas partes donde actuaban las fuerzas partisanas se disolvían los ayuntamientos y otras instituciones locales, entre -- ellos también los juzgados y tribunales, se quemaban archivos, y se prohibía el ejercicio de sus funciones a los anteriores poderes y funcionarios, que según los autores, habían pasado todos a servir dócilmente a las fuerzas de ocupación. Los destacamentos guerrilleros decidían sobre todo lo necesario. Era - evidente que estas fuerzas no podían procurarse ellas mismas - todo lo necesario para su avituallamiento. Por esta razón el

Partido Comunista de Yugoslavia emitió la orden por la que se debía comenzar a fundar órganos de poder popular. Según esta orden es necesario comenzar a fundar Comités en todos los pueblos, aun en aquellos que no estaban todavía bajo su control. - Apenas se liberaba, momentáneamente, alguna parte del territorio se fundaban en él, en sus pueblos y ciudades, estos Comites de Liberación Nacional, como órganos auxiliares de la guerrilla, aparte de otras funciones que pronto les fueron conferidas.

"La dirección militar y política de todo este movimiento estaba en manos del Estado Mayor general, el cual estaba, por su composición personal, directamente ligado con el Comité Central del Partido Comunista de Yugoslavia. Las directivas para toda la acción de los Comites locales provenían de esta dirección suprema. Esto era natural, pues las necesidades de la guerra, imponían la subordinación de todos los intereses a los fines de la misma. Por eso estos Comites eran en un principio órganos auxiliares del Ejército" (11).

"Estos Comites estaban compuestos por las personas - más concientes y progresistas del lugar... Naturalmente hubo - al comienzo muchos errores cometidos respecto de las obligaciones y competencias de estos órganos. Pero esto era también -- comprensible, pues formalmente aún no existía una instancia superior, ni normas fijas que regulasen su funcionamiento. Téngase en cuenta que se actuaba como si las normas jurídicas de cualquier nivel de la anterior Yugoslavia nunca hubiesen existido. Todavía no había en ese momento una concordancia adecuada entre la forma y el contenido de ese poder popular" (12).

En cuanto al carácter y obligaciones de estos Comites fueron establecidos por las directivas emanadas del PC Yugoslavo. Las funciones y obligaciones primordiales estaban en fundo.

ción de la guerra de liberación, pues eran órganos de apoyo a las unidades guerrilleras que operaban en los montes, y luchaban contra el enemigo, denominación en la que estaban comprendidos también expresamente todos los órganos e instituciones de antes del comienzo de la guerra y que el ocupante alemán e italiano consintió en que siguieran funcionando.

Respecto de la composición, los Comites eran elegidos directa y libremente por el pueblo. "Los candidatos son propuestos en la asamblea por los electores presentes. Las elecciones son llevadas a cabo mediante voto cantado y alzamiento de la mano" (13).

Los Comites eran de hecho los portadores del poder, - si bien esta función era provisional. Esta provisionalidad estaba dada por el carácter transitorio de toda la situación político-militar de entonces, pues los territorios liberados - caían, casi invariablemente, de nuevo en manos enemigas. Pero también había otra razón. Estos Comites tenían sentido solamente hasta el momento de la liberación total del país, pues sólo entonces sería posible organizar definitivamente la administración del Estado.

Snuderl se hace eco de la concepción según la cual - los Comites habrían surgido espontáneamente, sin ninguna directiva proveniente de ninguna base. Afirma que "esta concepción es absolutamente errónea", pues todos los documentos de la época "demuestran que el Partido Comunista de Yugoslavia fue - - quien directamente influyó en su creación y en la definición de sus objetivos" (14).

Djordjevich, también profesor de Ciencia Política Yu

goslavo Comunista, dice que "la aparición de estos nuevos órganos de poder no tuvo nada de fortuito o anárquico. Se formaron y edificaron consciente y metódicamente como órganos específicos de la guerra de Liberación y de la Revolución popular... - Es cierto que fueron creados y dirigidos según los principios - de la ciencia marxista del desarrollo de la sociedad y del Estado, y de acuerdo con las lecciones de la experiencia histórica. Pero la originalidad de los Comités populares residió en - la amplitud de su base política y en el espíritu democrático de su organización. Dichos rasgos se debieron principalmente al Partido Comunista Yugoslavo, cuya organización era auténticamente popular y democrática, razón por la que gozó de la confianza de las capas progresistas y patrióticas mas combativas, después de ser el organizador de las luchas anteriores realizadas a favor de las libertades nacionales políticas y sociales y de los derechos de las masas trabajadoras" (15).

Es necesario tener en cuenta que la actividad de los Comités de Liberación Nacional mencionados tenía lugar en territorio ya "liberado". En territorio aún "no liberado" esa - función era ejercida por los llamados "Comités en el terreno", mentándose con esta denominación el terreno de las hostilidades. Por estar situados en "terreno enemigo" estos Comités, - según los autores, no podían ser elegidos por impedirlo las circunstancias de la lucha armada. Pero el hecho de estar formados por gente del lugar hace decir a Snuderl que se cumplía así con un requisito importante de la democraticidad de esos órganos.

En definitiva, en todo el territorio de Yugoslavia se formaron Comités, que según las zonas, las circunstancias y los niveles tenían distinto nombre, pero una misma e idéntica fun-

ción: A largo plazo, ser órganos básicos de poder popular, y circunstancialmente, servir de apoyo al movimiento armado. Esto último mediante: la concientización a favor de la acción liberadora, la recaudación del llamado "empréstito de la libertad" y del impuesto popular, la organización de voluntarios, búsqueda de vituallas de todo tipo para los combatientes, desenmascaramiento de todos los traidores, colaboracionistas y enemigos del pueblo, etc.

Respecto del significado jurídico de estos Comités, Snuderl dice: "El pueblo a través de los Comités de Liberación Nacional ejercía el poder popular. El pueblo era el sujeto del poder. El pueblo es la fuente del Derecho, y por ello su poder no es solamente fáctico sino también jurídico, en la medida en que se establezcan órganos concretos y no se ejerce anarquicamente... A través de los Comités el pueblo ejercía y realizaba sus intereses, y su voluntad. La intención del pueblo era eliminar el poder anterior, realizar una democracia popular, lograr la autodeterminación nacional y, junto con todo ello, lograr un nuevo orden social. Estos intereses eran idénticos con las necesidades de la lucha por la liberación nacional. De modo que en síntesis: el poder popular, la red de órganos populares, la fuerza armada, el territorio con sus habitantes, la revolución, la voluntad y los intereses populares, las formas democráticas, los fines del movimiento, -todo esto en conjunto - significa el Estado. Debido a esto los Comités eran órganos de hecho y de Derecho de la nueva Yugoslavia, que como Estado se formó en forma horizontal y vertical al mismo tiempo, en forma fáctica y jurídica" (16).

Es interesante también otro aspecto que refiere Snuderl: "En la creación del nuevo poder popular el PC Yugoslavo tuvo en cuenta la doctrina marxista-leninista y las experien--

cias en la URSS. Los principios de la construcción de la democracia soviética han sido base también para la nuestra. Solo - las formas de la utilización de estos principios han sido entre nosotros diferentes, puesto que también las condiciones en nuestro país fueron diferentes. También nuestros Comités de Liberación Nacional eran, como requiere Lenin, 'la constante y única base del poder estatal y de todo el aparato estatal', porque fueron desde el primer momento órganos representativos directamente elegidos por el pueblo, con posibilidad constante de revocación de dicha representación. También nuestra democracia popular fue desde el primer momento, como la soviética, la unión de los soviets locales en una organización estatal única. Ya - desde el primer momento el sistema de la democracia popular fue absolutamente contrapuesto al sistema de la democracia burguesa".

..."Los Comités de Liberación Nacional significaron ya desde el primer momento, con su creación, desarrollo y actuación, a la - par de las unidades guerrilleras, una revolución popular democrática. Y no solo por el hecho de derrocar por la fuerza un - poder y sus órganos y establecer por la misma fuerza otro po-- der con otros órganos, sino también porque a través de estos - órganos se le facilitó al pueblo la realización de sus inquietudes y tendencias nacionales y sociales. La mejor garantía - para esto reside en el hecho de que el portador del poder en - estos Comités fue el pueblo trabajador a través de sus repre-- sentantes. De esta forma, con el primer Comité, el pueblo tra-- bajador de Yugoslavia ha hechado las bases para la futura cons-- trucción del socialismo. En este sentido los Comités de Libe-- ración Nacional fueron realmente una formación original produc-- to de las tendencias y deseos de las masas populares, y una - forma original del poder democrático que, con su surgimiento no pudo evidenciar sino su contenido social-revolucionario" (17).

En lo tocante al segundo de los puntos mencionados - al analizar la introducción, es decir, los órganos supremos del Ejército de Liberación Nacional, recordemos que, según Blagojević, "para el trabajo de los órganos de autoridad popular (se refiere a los Comités), e igualmente para su formación y actividad, los órganos supremos del Ejército de Liberación Nacional comenzaron a promulgar de inmediato nuevas normas" (18). - Pero, ¿quienes eran estos órganos supremos?

Según refiere Snuderl, ya en el mes de abril de 1941, es decir apenas algunos días después del ataque del Eje sobre Yugoslavia, se creó en el seno del Comité Central del P. Comunista Yugoslavo una "Comisión militar". Esta comisión, según el autor comenzó rápidamente a organizar todo lo necesario para llevar a cabo un levantamiento general de la población contra el invasor. Pero apenas Hitler invadió la URSS, el 22 de junio de 1941, "se reunió el mismo día el Comité Central del PCY, incluyendo la Comisión militar. Se decidió en ella comenzar el levantamiento inmediatamente en todo el país. La Comisión militar se ha rebautizado, adoptando el nombre de 'Comando general de los destacamentos guerrilleros de Yugoslavia', al cual se le confirió la misión de dirigir el levantamiento. Se emitió una proclama dirigida a los pueblos de Yugoslavia, y una exhortación a los comunistas para que organicen las masas trabajadoras y se pongan a su frente para dirigir las en la lucha contra el fascismo"... "El 3 de julio de 1941 Stalin emitió una exhortación dirigida a todas las naciones ocupadas, instándolas al levantamiento. Solo Yugoslavia respondió al llamamiento. El día 4 de julio (al día siguiente) tuvo lugar la reunión histórica del Comité Central del PCY, en la cual se decidió comenzar inmediatamente con la lucha. El Comando general emitió las primeras órdenes militares y elaboró los -

planes para las operaciones guerrilleras,.. Los miembros del Comité Central se repartieron el territorio para organizar el levantamiento y se dirigieron hacia sus respectivas zonas" (19).

Recordemos además un párrafo ya mencionado anteriormente en el que Snuderl decía: "La dirección militar y política de todo el movimiento estaba en manos del Comando General, el cual estaba por su composición personal directamente ligado con el Comité Central de PCY. Las directivas para toda la actuación de los Comités locales provenían de esta dirección suprema". De esta forma queda claro el origen de todo este movimiento, así como la estructuración interna de los respectivos órganos actuantes.

El tercero de los puntos mencionados es el referente a la creación del Consejo Antifascista de Liberación Nacional de Yugoslavia. En determinado momento del Comando General se percató, según Snuderl, de que no puede dirigir la cada vez mayor cantidad de asuntos que caían bajo su competencia, y -- que era necesario crear un nuevo órgano central. Esto se realizó el 26 de noviembre de 1942, fecha en que se creó el mencionado Consejo. "El Consejo fue el órgano político central del movimiento de liberación nacional. Como tal tenía la misión de representar ante el mundo a los pueblos de Yugoslavia y manifestar ante él la verdadera y auténtica voluntad democrática de los mismos... El Consejo fué el organizador y guía de la acción política de las masas populares, y el foro político más alto en la lucha de liberación nacional"... "En la proclama que acompaña a su creación se afirmó que el Consejo habrá de afirmar y desarrollar aún más los esfuerzos de los Comités de Liberación Nacional y de otros órganos populares. Puesto que los Comités eran entonces ya la definitiva -

forma de los órganos de poder, el Consejo fue el organizador de esos poderes... En esta función el Consejo fue necesariamente la dirección suprema, la culminación y unificación del poder de los Comités..."..."Por otra parte este Consejo todavía no era ni un parlamento ni un gobierno pues las condiciones a nivel internacional no lo permitían, pero ya llevaban en sí los elementos tanto de uno como de otro" (20).

Snuderl dice también que "el carácter del poder del Consejo resulta muy definido si se lo compara con los órganos de poder anteriores. El poder de estos órganos ha perimido de hecho. No había Parlamento nacional, el Rey y su gobierno habían huído, las fuerzas de ocupación destrozaron al ejército nacional y ocuparon todo el territorio. Diferenciar el poder en dos categorías, de facto y de jure, como hace la ciencia jurídica burguesa, significaría aislar la base material de su reflejo jurídico, y reconocerles como fenómenos independientes. Esto es dialécticamente imposible. Los órganos del antiguo régimen, por lo tanto, tampoco existían de jure en el territorio de Yugoslavia. Tenían sólo un derecho virtual a la restitución y renovación. Frente a esto el pueblo construyó en todo el territorio sus órganos de poder y eliminó con la fuerza armada los restos del anterior poder, realizando con todo esto la revolución. De esta forma de hecho impidió la restauración del orden estatal anterior, eliminando también ese derecho virtual a su renovación".

"Por consiguiente -según Snuderl- en el territorio de Yugoslavia existía entonces solamente el poder de hecho del ejército de ocupación, junto con los órganos del anterior régimen a los que se les permitió subsistir, y el poder de hecho y de derecho de los Comités de Liberación Nacional. Este últi

mo poder era de derecho porque el poder emana del pueblo y pertenece al pueblo, siendo entonces el pueblo su fuente jurídica, teniendo en cuenta especialmente que este poder se realizaba - en forma ordenada a través de órganos especiales..." (21).

Este Consejo Antifascista de Liberación Nacional adquiere la mayor importancia, según los autores yugoslavos, al tener lugar su segunda sesión el 29 de noviembre de 1943. Gersković dice que "en la historia de nuestra revolución nacional es posible distinguir dos etapas básicas: La primera desde el levantamiento nacional en 1941 hasta la segunda sesión del Consejo Antifascista de Liberación Nacional, en la que se realizó la ruptura revolucionaria con el sistema anterior y en la que fueron puestas las bases jurídico-políticas de la nueva Yugoslavia; y la segunda, desde la segunda sesión del Consejo hasta el éxito definitivo de la revolución en 1945" (22).

Esta segunda sesión del mencionado Consejo Antifascista es importante por las decisiones que en ella se han adoptado, y que fueron las siguientes:

- "1. El Consejo Antifascista de Liberación Nacional se constituye en el supremo cuerpo ejecutivo y legislativo de Yugoslavia, como el representante supremo de la soberanía de -- los pueblos yugoslavos. Se constituye el Comité Supremo de Liberación Nacional, órgano que ha de tener todos los -- atributos de un gobierno popular, y a través del cual el Consejo Antifascista realizará todas sus funciones ejecutivas.
2. Se priva al traidor gobierno yugoslavo en el exilio de todos los derechos inherentes a un gobierno legítimo, en especial del derecho a representar en el exterior a los pue-

bls yugoslavos.

3. Se decide la revisión de todas las obligaciones y tratados internacionales concluidos por el anterior gobierno, los - cuales quedan anulados o nuevamente asumidos, pero no se - reconocerá a partir de ese momento ninguna obligación asu- mida por ese gobierno.
4. Yugoslavia se habrá de regir y formar según los principios democráticos y federales, como una unión de pueblos que go- zan entre sí de iguales derechos.
5. Al Rey Pedro II se le prohíbe el retorno al país hasta tan- to la cuestión de la monarquía sea definitivamente resuel- ta por el pueblo y por su sola voluntad después de la to- tal liberación" (23).

No obstante esta declaración y decisión, el Consejo - Antifascista algunos meses más tarde tuvo que "reconocer" nueva- mente al gobierno real en el exilio, con ocasión de los acuer- dos Tito-Subasic, que ya se han mencionado. Estos acuerdos y - negociaciones fueron una de las realizaciones más importantes - del Consejo Antifascista y de su Órgano ejecutivo, el Comité - Supremo, en esta actuación constituyente que se atribuye.

Mencionemos, por último, algunas consideraciones con referencia a las normas de Derecho positivo que, según los au- tores yugoslavos dicen, han existido ya desde los primeros mo- mentos del levantamiento armado. Blagojević afirma que "es per- fectamente comprensible que el sistema jurídico y las normas ju- rídicas de la antigua Yugoslavia, no pudieron satisfacer las - nuevas necesidades. Por su fondo como por su substancia, di-

chas normas contradecían las nuevas necesidades, lo mismo que - el nuevo sistema social que se edificaba hallábase en contradicción con el sistema capitalista de la antigua Yugoslavia. De - allí, en primer término, la decisión del Consejo Antifascista, como supremo representante provisional del pueblo, dictada el 23 de febrero de 1945, y seguidamente la Ley de la Asamblea Nacional electa, promulgada el 20 de octubre de 1946, decidiendo y proclamando que el orden jurídico de la antigua Yugoslavia - considerábase abolido, junto con todas las normas jurídicas promulgadas durante la guerra por el ocupante o por los gobiernos 'quislings' a partir del 6 de abril de 1941, día de la invasión de Yugoslavia. Lo cual no significaba, sin embargo, que la -- nueva Yugoslavia hubiera permanecido un sólo instante sin normas jurídicas y sin órganos que aseguraran su aplicación, o sea, que asegurasen la legitimidad entre las relaciones sociales entre los hombres. Como ya se ha dicho, desde el comienzo de la lucha por la liberación promúlganse nuevas normas, que constituían ya un sistema integral al fin de la segunda guerra mun-- dial; un sistema en verdad modesto, pero bastante completo en cuanto a los principios fundamentales del nuevo orden social, - no solo desde el punto de vista de su organización, sino también, desde el de su contenido. De otra parte, la citada ley de 1946 prescribió que las relaciones sociales para las que aún no se hubieran promulgado normas jurídicas, se regularían, hasta la promulgación de ellas, conforme a las que estaban en vigor sobre el territorio de la antigua Yugoslavia a condición de que no contradijeran los principios del nuevo orden político y social, dejándose la apreciación del punto en general a los tribunales, con lo que la jurisprudencia adquirió una gran importancia en la construcción ulterior del sistema jurídico y en el aseguramiento de la aplicación del Derecho en general y, singularmente, en la protección de los derechos de los ciudadanos. -

De ahí el carácter revolucionario de la formación y edificación del nuevo Estado, una característica esencial que todavía perdura, del nueva sistema jurídico de Yugoslavia" (24).

Las primeras normas jurídicas que registran los historiadores yugoslavos son las denominadas Prescripciones de Foča, en febrero de 1942, que fueron promulgados por el Comando General de los destacamentos guerrilleros. "La característica fundamental de estas prescripciones es al de contener las primeras prescripciones y normas sobre el funcionamiento de los Comités de Liberación Nacional. Estas prescripciones son, tanto por su contenido como por su forma, como también por el órgano que las promulgó, normas jurídicas. Fueron promulgadas por el Comando General, que fue entonces el órganos supremo del poder militar y civil. Mas tarde, el Consejo Antifascista, en su segunda sesión, las aprobó y legalizó. En estas prescripciones se puede ver ya una sistematización bastante completa del funcionamiento de los Comités como órganos locales fundamentales del poder popular que en base a estas prescripciones se irá construyendo hasta la promulgación de la constitución" (25).

"Estas primeras disposiciones... evidencian claramente los principios fundamentales de la organización del poder popular, el carácter electivo de los Comités, su responsabilidad ante el pueblo, la unidad del poder legislativo y ejecutivo, la autogestión, el derecho al voto de todos los mayores de 18 años, etc. Estos principios fueron base también para otras normas jurídicas referentes a la economía, movilización, obligaciones referentes al estado de guerra, normas de carácter penal, relativas a la confiscación de bienes, etc. Las principales normas de la constitución de 1946 tienen su fuente en estas normas promulgadas durante la lucha por la liberación nacional" (26).

Queda claro entonces que, según los autores mencionados, toda la actuación de los órganos de autoridad popular ha estado siempre revestida de juridicidad, e incluso de normatividad escrita. Veamos ahora brevemente también como explican estos autores la actividad judicial durante este período.

Según Snuderl "ya muy pronto se manifiesta el poder judicial de las brigadas partisanas. Ya en julio y agosto de 1941 los destacamentos partisanos se vieron en la necesidad de juzgar acerca de la comisión de actos delictivos... Aún no había constituidos juzgados formales. El proceso era llevado y dirigido por el comando del respectivo destacamento, el cual emitía también la sentencia. Este poder judicial, si bien no organizado, de ninguna manera era anárquico. El proceso era público tanto para los combatientes como para el pueblo. Normalmente la pena era la de muerte, pues se juzgaba en general solo a los que hubiesen cometido delitos graves... Por otra parte eran frecuentes los indultos. Aparte de la pena de muerte, se condenaba también a penas de carácter práctico, como por ejemplo, que el ladrón le resarciese al damnificado los daños mediante trabajo, o que el delincuente fuese incluido en unidades con tareas más difíciles, etc. Estos juzgados, o tribunales, aclaraban que su competencia provenía del hecho de que los partisanos representaban el poder del pueblo debiéndose entonces responder ante ellos" (27).

Es interesante también oír a Snuderl explicar el funcionamiento de esta "justicia popular" en la región nor-occidental de Eslovenia. "Los primeros elementos de la justicia popular lo encontramos en Eslovenia en el decreto del Comité de Liberación Nacional de Eslovenia, de fecha 16 de septiembre de 1941, sobre la salvaguarda del pueblo esloveno y de su lucha por la liberación nacional... Este decreto crea un tribunal --

especial de carácter secreto y establece que el proceso es oral, secreto y sumarísimo. El acusado es escuchado solo si esto no produce perjuicio al movimiento de liberación nacional. La sentencia no es recurrible. La condena se ejecuta en la forma y a través de las personas indicadas en la sentencia, y lo antes -- posible. Una aclaración del Frente de Liberación del 24 de octubre de 1941, recuerda que la ejecución de los traidores es -- consecuencia de sentencias emanadas de estos tribunales sin las cuales nadie será ajusticiado... La importancia política de -- este decreto es muy grande, pues de acuerdo con sus normas penales y procesales fueron condenados los más peligrosos traidores del pueblo esloveno, espías, delatores... Así fueron condenados por este tribunal entre otros el gobernador Dr. Marko Natlačen... el padre Lambert Ehrlich, director de la Acción Católica juvenil... el industrial Avgusto Praprotnik..." (28). Cabe mencionar que estas personas, así como muchas otras, fueron -- muertas en atentado en plena calle y a la luz del día (29).

Hasta aquí se ha expuesto la formación embrionaria -- del nuevo Derecho yugoslavo, surgido, según las citadas fuentes oficiales, ya durante la guerra y la revolución. Terminadas -- las hostilidades la nueva autoridad (la establecida por Tito), como es óbvio no observó el principio de continuidad legal. -- "La República Federativa popular de Yugoslavia se ha formado -- por la vía del hecho, no del derecho. Ella es el producto de -- una revolución política y social que contradecía todo el sistema constitucional en vigor. Sus fundamentos reposan sobre un -- acto ilegal, o mejor, sobre un conjunto de actos ilegales. Su nacimiento y los primeros tiempos de su existencia no se han -- conformado a ningún tipo de legalidad" (30).

Como ya se ha mencionado en una cita de Blagójević, --

por un simple decreto del Consejo Antifascista de Liberación Nacional del 3 de febrero de 1945, tres meses antes de terminada la revolución, ha sido declarado sin vigor y abolido todo el orden jurídico de la anterior Yugoslavia a partir del 6 de abril de 1941, junto con todas las normas jurídicas promulgadas durante la guerra. El citado decreto, sin embargo, prescribía que las relaciones sociales para las que aún no se hubieren promulgado normas jurídicas, se regularían hasta su promulgación, conforme a las que estaban en vigor anteriormente, a condición de que no contradijeran los principios del nuevo orden político-social, dejándose la apreciación del punto en general a los tribunales. El comentarista del decreto aludido, en el periódico "Slovenski Poročevalec", al cual debe atribuirse el carácter de intérprete oficial de esa política, hace constar que la conquista principal de la lucha de liberación es el reconocimiento y la realización del principio de que todo el poder emana del pueblo, que es su fuente única. Partiendo del supuesto de que las representaciones nacionales en el pasado nunca expresaron verdaderamente la voluntad de los pueblos yugoslavos, el mismo comentarista deduce que, en consecuencia, todo el ordenamiento legal emanado de esos cuerpos ha debido ser abolido por aquel decreto (31). Aniquiladas así casi todas las normas vigentes, sin ley alguna, las nuevas autoridades debieron emprender "ex novo" la regulación de las relaciones sociales.

Aquí es nuevamente necesario aclarar conceptos para intentar dilucidar cual era el orden jurídico vigente en el período comprendido entre esa fecha, el 3 de febrero de 1945, y la de la promulgación de la nueva Constitución, el 31 de enero de 1946. Se trata de un período muy largo, un año, en el que no hay ninguna Ley Suprema o Fundamental que regule la vida del país.

Hay varios elementos que es necesario tener en cuenta. En primer lugar, el mencionado decreto del Consejo Antifascista fue emitido tres meses antes de finalizadas las ostilidades de la guerra y de la paralela revolución. En ese entonces, desde el punto de vista formal, el mencionado Consejo Antifascista no era quien para emitir ese tipo de decretos, pues el poder lo ejercía el Consejo de Regencia, formado pocos días antes. Formalmente, por lo tanto, este decreto no tiene validéz legal alguna, siendo de naturaleza meramente fáctica. Pero como quienes lo emitieron devinieron luego autoridades del nuevo Estado, no hay otra alternativa que tomarlo en consideración. Esto como cuestión inicial.

En segundo lugar, para los autores oficiales antes citados, en este período no hay anomía, pues ya desde el primer momento de la guerra y revolución los órganos de poder popular han comenzado a promulgar normas jurídicas, tanto de Derecho Público como Privado. Hubo por lo tanto, como ya se mencionara al comienzo, varios ordenes que coexistían al mismo tiempo. Cuando en febrero de 1945 se derogó mediante el decreto mencionado todo el ordenamiento anterior, quedó como vigente, y especialmente después de mayo de ese año, solo el orden nuevo actual. Pero si bien para los autores mencionados no hay anomía en esta etapa, la afirmación no puede ser considerada sino desde un punto de vista formal, pues uno de ellos, Blagojević, al hablar del "sistema normativo integral" que se había conformado hacia finales de la guerra, reconoce, que ese sistema era "en verdad modesto" (32). En realidad esta "modestia" era tan grande que ni se puede hablar de sistema jurídico por no ser tal.- Lo único que puede aceptarse es la existencia de ciertas disposiciones que emitían los comandantes de los destacamentos guerrilleros cuando llegaban a algún lugar, y las que emitían los integrantes del Partido Comunista organizados en Frente de

Liberación, Consejo Antifascista de Liberación, Comité Militar, y otras denominaciones que asumían las organizaciones e "instituciones" por ellos integradas. Aceptadas estas disposiciones, o mejor dicho, su existencia, cabe preguntarse hasta que punto los "órganos" que las emitían eran tales, es decir, en que medida eran representativos de la voluntad popular. El calificativo menos polémico es que dicha representatividad era muy dudosa.

En tercer lugar, se ha dicho que el decreto que derogaba al anterior orden jurídico hacía la salvedad de que se consideraría vigentes solo aquellas normas que no contradijesen los principios del nuevo orden político y social, dejándose la apreciación de este punto a los tribunales. Aparentemente, entonces la legalidad en esa etapa estaba compuesta de una parte, por las "modestas" normas procedentes de los "órganos - de poder popular" y, por otra, por las normas salvables o utilizables del anterior orden normativo. Pero veamos como funcionaban los tribunales de justicia.

"En esta época actuaron solamente las comisiones penales, con un procedimiento judicial fingido, ya que no pudo ser fundamentado en leyes adecuadas vigentes... y obedeciendo solo las órdenes de los comites populares del Partido Comunista" (33). Por legítimo se tenía todo lo que concordaba "con la voluntad soberana de las más amplias extensiones del pueblo, que es el único origen de todo poder, también del judicial" - (34). A fin de garantizar tal concordancia, según la inter--pretación semioficial, se incorporó a la justicia el elemento lego, agregándose al juez letrado dos jueces elegidos por el pueblo, procediéndose así en todas las instancias. De esta --forma los tribunales judiciales, así como todos los órganos -

del poder público, se han visto sometidos al control continuo del pueblo. Los tribunales superiores podían y debían anular los pronunciamientos de los inferiores, si estos no estaban de acuerdo con la voluntad jurídica del pueblo (35). Además - "el acusador público, cuyo deber es la defensa y la tutela de la legitimidad de los procedimientos de todos los órganos del poder público, es la columna principal de la justicia", según el periódico citado. "No cabe duda que tal acepción de la legitimidad dista mucho de la clásica, por no requerir ninguna de las condiciones esenciales: imputabilidad moral, no contradicción con alguna ley superior, daño para la sociedad in abstracto y existencia de ley penal vigente. El único criterio era la peligrosidad para la conservación y desarrollo de las conquistas de la revolución. De este modo no existía la seguridad de derecho, ni la igualdad ante la ley" (36).

Aclara un poco más la situación de alegalidad Stoyanovitch cuando dice que "el derecho legal ha sido escarnecido por una nueva autoridad social soberana -el Partido Comunista Yugoslavo-, portadora de un derecho nuevo. Esta aún no ha tenido tiempo de edificar su propio sistema de legalidad. Su derecho aún no ha sido formulado y se hacía conocer a medida que se procedía a su aplicación. Esto ocurrió precisamente - en el caso Mihajlović: ni la acusación ni el veredicto se basan sobre un solo artículo del Código, por la simple razón de que ningún Código existía entonces: el antiguo ha sido abolido por el decreto de 1945 y era, por otra parte, inaplicable - para este caso, mientras que el nuevo aún no ha sido promulgado. El general y sus coacusados fueron juzgados, condenados y ejecutados, sin que se haya hecho jugar a su favor el célebre y antiguo principio del derecho penal relativo a la no-retroactividad de la ley penal" (37). Exactamente lo mismo ha

ocurrido en el juicio contra el Arzobispo de Zagreb, Msgr. - Alojzij Stepinac.

En definitiva, durante el año hasta la promulgación de la Constitución en enero de 1946 reinaba la alegalidad casi absoluta, alegalidad que en la práctica se prolongó aún en el tiempo, hasta las sucesivas promulgaciones de Códigos y demás leyes hasta integrar el plexo jurídico completo. En necesario mencionar también que una Ley de la Asamblea Nacional, - promulgada del 20 de octubre de 1946, ratificó las disposiciones del decreto que abolía el orden jurídico anterior, con lo cual ese decreto adquirió validez también desde el punto de - vista formal.

Es interesante observar también que entre las normas legales que fueron mantenidas figura el antiguo Código Civil, que databa aún de la época del Imperio Austro-Húngaro. Este - Código fue, evidentemente, modificado por la jurisprudencia, - pero de hecho se mantuvo vigente como tal hasta hace muy poco tiempo.

A todo lo dicho hasta aquí es posible hacer con San ti Romano las siguientes reflexiones:

En primer lugar "la revolución no puede ser, por definición más que un estado de hecho, antijurídico, incluso -- cuando es justo. Esta antijuridicidad proviene... del Derecho contra el cual se dirige la revolución, y subsiste, por tanto, mientras este Derecho esté todavía vigente; por el contrario, si desaparece, desaparece también toda norma y todo criterio - que calificaba de ilegítima la revolución".

Por otra parte, y en otro aspecto, "una revolución

que lo sea verdaderamente, y no una mera algarada, una revuelta o una sedición ocasional, es siempre un movimiento organizado, de modo y en medida que naturalmente varían según los casos. En general se puede decir, que se trata de una organización que, tendiendo a sustituirse a la del Estado, consta de autoridades, de poderes, de funciones más o menos correspondientes y análogas a las de este último: es una organización estatal en embrión, que a medida que triunfa el movimiento, se desarrolla cada vez más en ese sentido. De todos modos, se traduce ella en verdadero y propio ordenamiento, así sea imperfecto, fluctuante, provisional. Habrá dirigentes, asambleas o comités a los cuales asistirán los dirigentes, normas de diversa índoles que regularán las actividades revolucionarias, personas y entidades que obedecerán tales normas, sanciones para asegurar la observación de estas, agentes ejecutivos, etc. En otras palabras, toda revolución implica diversas instituciones, coordinadas entre sí en una organización unitaria, que, cuando se la considera en sí y por sí, independientemente de la valoración que de ella hace el derecho estatal vigente, tiene todos los caracteres de un ordenamiento jurídico. Y no importa que ese ordenamiento, por su misma naturaleza y en cuanto no se trasiega inmediatamente al nuevo ordenamiento estatal que puede provenir de ella, tiene una duración y una estabilidad transitorias. Mientras vive y opera, es un ordenamiento que no puede menos de tomarse en consideración como tal. La revolución es un hecho antijurídico con relación al derecho positivo del Estado contra el cual se revuelve, pero ello no quita para que, desde el punto de vista, bien diferente, desde el cual ella se califica a sí misma, es un movimiento ordenado y regulado por su propio derecho... La revolución es violencia, pero violencia jurídicamente organizada".

Respecto del elemento valorativo justicia, Santi Ro

mano dice que "rara vez una revolución llega a contenerse dentro de los límites que, sin embargo, aconsejaría un justo y hasta oportuno sentido de la moderación. Aún cuando los dirigentes no carezcan de este sentido y quisieran ajustarse a él, no es fácil que tengan siempre la fuerza necesaria para resistir a las tendencias más extremistas, a las cuales están, por tanto, constreñidos a ceder en mayor o menor medida, y ni aún siquiera a refrenar adecuadamente los instintos de violencia que se desencadenan en ciertas clases sociales. Además, aunque el fin de una revolución sea intrínsecamente justo y sus jefes traten de no violar el principio de la justicia, ocurre a menudo que ellos, para la obtención de dicho fin, tienen que servirse de hombres que distan mucho de ser suaves y moderados: Toda revolución, que es violencia, se actúa por violentos que los jefes renuncian a mantener dentro de líneas previamente establecidas. De buena o de mala fe, afirman ellos que son actos de justicia las matanzas de los adversarios o de quienes consideran adversarios, las persecuciones más crueles, las expropiaciones de bienes aún legítimamente adquiridos, las proscripciones de toda índole. Y en cuanto estos actos, por debilidad o consentimiento de los dirigentes, son tolerados o reconocidos, o hasta ordenados, se disfrazan hasta oficialmente, de una falsa apariencia de justicia: A los muertos se los llama 'ajusticiados'; a las sustituciones de los cargos públicos de los hombres del régimen que se quiere derrocar, aunque sean honestos y competentes, por hombres de la revolución, se las designa como 'depuraciones'; las expropiaciones son sanciones de ganancias ilícitas, etc. De este modo, los excesos más evidentes, las persecuciones más inmerecidas, las iniquidades, las crueldades, se disimulan con las más encendidas protestas de que se quiere la justicia la cual, por el contrario, se sacrifica a las más ciegas pasiones. Ninguna revolu-

ción se sustrae a estos desmanes, y pocas consiguen reducirlos a una medida mínima" (38).

A estas reflexiones hay que agregar, para completarlas, las siguientes, de Recasens Siches. "En primer lugar, nótese que la constatación de que ha nacido nuevo Derecho no significa de ninguna manera una aprobación valorativa de su contenido. El nuevo Derecho puede resultar mejor que el anterior, más justo, más adecuado a las circunstancias sociales y a las necesidades de la colectividad, como verbigracia, ocurrió con el Derecho surgido de la Revolución Francesa, en relación con el derrocado Ancien Regime, o, por el contrario, el nuevo Derecho surgido del golpe violento puede representar algo mucho peor que el derrocado, como, por ejemplo, ocurrió con el orden creado por algunas revoluciones de nuestro tiempo, en el viejo continente, que significaron una pura regresión y un agente - de rebarbarización - aparte de que en dichos regímenes había - un gran volúmen de arbitrariedad, que no era Derecho, ni justo ni injusto, sino pura fuerza bruta al servicio del capricho".

"En segundo lugar, no todo cuanto haga el poder - - triunfante en una revolución representa creación o nacimiento de nuevo Derecho. Para que se pueda registrar una producción originaria de Derecho son precisos especialmente dos requisitos: 1ª Que el nuevo producto, que pretende valer como Derecho, posea los caracteres o notas esenciales del concepto formal de juridicidad, es decir, que se trate de mandatos con forma jurídica y no de mandatos arbitrarios; 2ª Que la voluntad social predominante esté de acuerdo con el nuevo régimen, en virtud de una adhesión a él y no por el mero influjo aplastante de la fuerza bruta".

"... Si el nuevo ordenamiento, aunque tenga figura jurídica, se mantiene solo por la fuerza bruta de las armas y del terror, en contra no sólo del modo de pensar y de sentir - de la mayoría de las gentes, sino también de su voluntad taxativa, tan solo porque se las ha reducido a la impotencia mediante la violencia atroz, entonces no puede considerarse como jurídico al nuevo régimen, aún cuando emita normas que tengan -- forma jurídica. Quien cuente única y exclusivamente con la -- brutalidad de una fuerza material podrá dirigir una agresión - contra un pueblo, y aún sostenerla durante algún tiempo, pero propiamente no ejercerá un mando jurídico sobre el mismo" (39).

Sobre la situación en Yugoslavia al respecto, ya se la ha expuesto al comienzo del capítulo, pero no obstante conviene dar una pincelada final. Ya se ha dicho que en octubre de 1944 las tropas soviéticas entraron en Belgrado y ocuparon además la mitad sudoriental del país. Esto dió a Tito la mayor de las seguridades de que tampoco escaparía a su poder la otra mitad nor-occidental, donde todavía no dominaba. También se mencionó que entonces el poder formal estaba en manos del - Consejo de Regencia, y de un gobierno "de coalición" el real, al menos en el territorio dominado. Pero después del 8 de mayo, día de la capitulación de Alemania y de fin de las hostilidades en Europa, todo el país pasó al poder de Tito. Entonces ocurre lo que sintéticamente expone Ristelhueber de la - - siguiente manera: "...Se adoptan severas medidas respecto a los sospechosos de 'colaboracionismo'. Esta gran depuración, llevada a cabo en su más amplia acepción, alcanza a los verdaderos culpables, pero se extiende poco a poco hasta llegar a todos los moderados, calificados de reaccionarios y de fascistas. Personalidades políticas conocidas, cuyos sentimientos democráticos son notorios y cuya ayuda fue incluso reque-

rida al principio, se ven acusadas de traición, de espionaje o de sabotaje. El campo de concentración, la prisión, cuando no la condena a muerte, les hacen desaparecer poco a poco. - Llega un momento en que todos los partidos políticos, decapitados, se ven reducidos a la inacción. Unicamente el Partido Comunista queda en pié, incrementado por oportunistas y miedosos; los unos tratando de beneficiarse de su autoridad; los otros, por evitar lo peor. Paultinamente sus miembros son impuestos en el gobierno, preferentemente en los de mayor importancia, como los de Interior y Defensa nacional, para poder disponer de las fuerzas de Policía y del Ejército"... "Franqueada esta etapa, se trata de dar a este estado de hecho un carácter legal. Y a este resultado conduce el sufragio universal (elecciones del 11 de noviembre de 1945). Las listas electorales son revisadas para suprimir de ellas 'a las personas -- cuya conducta las ha hecho indignas de ejercer el derecho de voto', eufemismo que encubre una discriminación arbitraria. - Las personas autorizadas para votar, van a las urnas vigiladas por la policía secreta, sabiendo que un gesto de oposición las puede exponer a sanciones de las que todos conocen ejemplos cercanos. Por otra parte, como no existe más que un partido, los electores no tienen qué elegir y el resultado de las elecciones hace resaltar una inmensa mayoría a favor del gobierno que celebra su triunfo" (Recuérdese que el Frente Popular obtuvo de esta manera el 90% de votos). "Desde este momento el gobierno ya puede afirmar con toda legalidad, cifras en mano, que casi con absoluta unanimidad la voluntad popular le ha confirmado su aprobación, de manera que puede ufanarse de apoyarse en los más puros principios democráticos" (40).

Con todo lo dicho hasta aquí es posible hacer algunas conclusiones parciales, tanto desde el punto vista formal como del material.

En primer lugar, hubo una ruptura de carácter violento, que en parte se fué realizando en el tiempo sin definirse, hasta que en determinado momento esa definición se produjo. - Hubo dos aspectos y dos momentos de esa ruptura, desde el punto de vista declarativo: Respecto de quien ejercía el poder, - se ha visto que la segunda sesión del Consejo Antifascista el 29 de noviembre de 1943 había declarado caducos los poderes -- del Rey, autoproclamándose la única autoridad en el país; en cambio desde el aspecto legal se rompió con el ordenamiento positivo anterior en el momento de emitirse el decreto que lo - derogaba, también emitido por el Consejo Antifascista. Cabría decir entonces que, para el nuevo Derecho la ruptura se produjo con este último acto en febrero de 1945. Allí comienza el período de facto, y época de transición, hasta la sanción de - la nueva Constitución, en enero de 1946. Los que gobernaron - durante ese período fueron gobernantes de facto pues accedieron al poder al margen de la legalidad anterior, y tuvieron - tal carácter, desde el punto de vista legal, hasta la sanción de la nueva Constitución.

Desde el punto de vista sociológico podría decirse - que el carácter de facto se perdió antes, pues las elecciones a la Asamblea Nacional (que fue también constituyente) se realizaron tres meses antes, el 11 de noviembre de 1945, donde - los electos obtuvieron un respaldo del 90% del electorado. - Pero si se tiene en cuenta, por otro lado que dichas elecciones no fueron libres y que se realizaron en un clima de terror, como el antes mencionado, tampoco por esa vía puede considerar se legitimado dicho gobierno.

Del mismo modo, de acuerdo con las citas de los tres últimos autores mencionados, no puede considerarse que haya un

nuevo Derecho, puesto que de acuerdo especialmente con Recassens Siches, este, dadas las circunstancias, no puede ser tenido por tal.

En relación con el problema de la legitimidad, en este caso, es interesante notar que también hubo un deslizamiento formal con el fin de atribuirse legitimidad, pero recalcando lo de formal. En efecto, el curso de los acontecimientos era marcado por los factores de carácter fáctico. Pero Tito necesitó recubrirlos de legalidad, y por lo tanto de legitimidad. El poder legítimo estaba en manos del Rey Pedro; como se mencionó, este, por presiones británicas y por las exigencias de Tito, debió transferirlo a un Consejo de Regencia, a cuyo amparo hubo varios gobiernos "de coalición", y a cuyo amparo se realizaron también las elecciones. La Asamblea electa, que tuvo también carácter constituyente, reunida inmediatamente, votó por unanimidad la destitución de la Monarquía y la -- proclamación de la República popular. Al igual que Hitler, en su momento, según Carl Schmitt, Tito "supo cerrar detrás de sí la puerta de la legalidad por la que había entrado, y empujó de manera legal a sus enemigos políticos hacia la ilegalidad. Si intentaran hacer resistencia, o incluso, de forzar la entrada por la puerta cerrada de la legalidad, se les podría tratar como agitadores y criminales" (41). Este pasaje gradual -- de un régimen a otro se extendió temporalmente durante dos años, durante los cuales mayormente tuvieron lugar los acontecimientos y circunstancias que se han expuesto.

En este caso resalta, con sustantividad evidente, la problemática en torno al eje: legalidad-legitimidad. Tito -- afirmó siempre que accedió al poder legalmente, es decir, que su gobierno gozó y goza de legitimidad jurídica. Pero, ¿gozó

también de legitimidad sociológica? A esta pregunta cabe responder que no, o, por lo menos, que esta legitimidad sociológica es muy dudosa, pues nunca hubo oportunidades para que los pueblos que habitan en la actual Yugoslavia pudieran expresarse con libertad sobre el punto.

Respecto de la legalidad también hay otro punto a mencionar. Las leyes de contenido y espíritu democrático han sido reemplazadas por leyes de contenido totalitario. Ambas son leyes. En nuestra civilización lo legal implica la máxima autoridad. Es un medio objetivo de dar seguridad a la convivencia, siendo como tal absolutamente necesario. Pero sabemos que la creación de Derecho positivo supone una decisión política. Este es el nudo de la cuestión. Esta decisión política es la que ha creado derecho en 1945. Sánchez Agesta dice que "titular del poder constituyente, dada su específica naturaleza histórica, no es quien quiere o quien se cree legitimado para serlo, sino, más simplemente, quien puede, esto es, quien está en condiciones de producir una decisión eficaz sobre la naturaleza del orden" (42). Para decidir en política es necesario tener poder, al menos un mínimo. Tito entonces lo ha tenido, en virtud del reconocimiento británico, por la presencia soviética en parte del país y por la fuerza de sus propios -- guerrilleros. Todo esto daba a Tito la medida necesaria de -- poder para imponer su legalidad, a pesar de que los pueblos yu--goslavos no la consentían.

NOTAS

- (1) En Croacia, convertida en Estado independiente, se había establecido un gobierno al amparo de las fuerzas de ocupación alemanas e italianas. Si bien las autoridades que regían este nuevo Estado eran totalitarias, tuvieron el apoyo casi total de la población que, aun siendo en su mayoría de ideas democráticas, le sustentó, pues creyó llegado el momento político oportuno para realizar el anhelo secular del propio estado independiente.
- (2) Los datos históricos expuestos pueden encontrarse en numerosas obras sobre el tema. Aquí se mencionarán solo algunas de las más directamente utilizadas:
 - Arnež, John: "Slovenia in European affairs", Leage of - CSA, New York, Washington, 1958, pág. 95 y sgs.
 - Varios autores: "Breve historia de Yugoslavia", Ed. Espasa-Calpe, Madrid, Colección Austral, 1972.
 - Novak, Bogdan C.: "Trieste 1941-1945: La lotta política, étnica e ideológica", Biblioteca di Storia Contemporanea, Ed. Mursia, Milano, 1973. Contiene amplias referencias - a las memorias de Churchill. Pág. 95 y sgs.
 - Vir, Marjan M.: "Pravi obraz Osvobodilne Fronte" (La verdadera faz del Frente de Liberación), Ed. Filip Zakkelj, Buenos Aires, 1972, pág. 17 y sgs.
 - Varios autores: "La tragedia de Bleiburg", Buenos Aires, 1963, Edición especial de Estudio Croatica, patrocinada por el Instituto Croata Latinoamericano de Cultura.
 - Varios autores: "Contemporary Yugoslavia - Twenty years of socialist experiment", University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1969.
 - Stojanovitch, Konstantine: "Le regime socialiste yougoslave", París, Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, 1961, pág. 120 y sgs.
 - Vukcevic, Radoje: "Na strašnom sudu" (Ante un juicio terrible), Ed. Instituto Histórico-Cultural Serbio, Chica-

go, 1968; especialmente pág. 238 y 332. En serbio y alfabeto cirílico.

- Karapandzic, Bor.M.: "Jugoslovensko krvavo proleće - - 1945 - Titovi Katini i Gulazi" (El sangriento verano yugoslavo de 1945 - Los Katin y Gulags de Tito), 1976, -- Cleveland, Ohio. (Library of Congress Catalog Card Number: 76-42909).
- "Los documentos de Yalta", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, págs. 83, 95, 98, 104 y 118.
- Churchill, Winston: "The Second World War", Boston, - - Houghton Mifflin Company, 1948-53, Vol. V.

Además se han utilizado las obras que se irán citando en el análisis siguiente.

- (3) Snuderl, Makso: "Zgodovina ljudske oblasti" (Historia del poder popular), en esloveno, Ed. Državna Založba Slovenije, Ljubljana, Yugoslavia, 1950, pág. 8.
- (4) Blagojević, Borislav T.: "Introducción al Derecho Yugoslavo", en revista jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, 20 de febrero de 1959. Traducción del original serbio-croata.
- (5) Verdross, Alfred: "Derecho Internacional Público", Ed. - Aguilar, Madrid, 1973, pág. 382.
- (6) Rousseau, Charles: "Derecho Internacional Público", Ed. - Ariel, Barcelona, 1961, págs. 559 y sgs.
- (7) Djordjevich, Jovan: "Yugoslavia, Democracia socialista", Fondo de Cultura Económica, México, 1961, pág. 34.
- (8) Véase, con referencia a nuevos datos y correcta interpretación de los hechos, las mismas obras citadas en nota 2.
- (9) Blagojević, Borislav: Artículo citado.
- (10) De Snuderl, Maks: la ya mencionada "Historia del poder popular". Y además "Ustavno Pravo FLRJ" (Derecho Constitucional de la República Federativa Popular de Yugoslavia), Vol. I., Ed. Facultad de Derecho de Ljubljana, Yugoslavia, 1956, págs. 32 y sgs.
De Gersković, Leon: "Historia Narodne Vlasti" (Historia -

del poder popular), Vol. I., Ed., Naučna Knjiga, Belgrado, 1954, pág. 142 y sgs.

- (11) Snuderl, Makso: "Historia del poder popular", pág. 101
- (12) Idem, pág. 103
- (13) Idem, pág. 104
- (14) Idem, pág. 109
- (15) Djordjevich, J.: Ob. cit., pág. 22
- (16) Snuderl, Makso: Ob. cit., (Historia del poder...), pág. 120
- (17) Idem, pág. 107.
- (18) Blagojević: Art. cit.
- (19) Ob. cit., págs. 85 y 86
- (20) Idem, págs. 209 y 210.
- (21) Idem, pág. 211.
- (22) Gersković: "Historia del poder popular", pág. 49, T.I.
- (23) Snuderl: Ob. cit., pág. 271. También: Djordjević, Jovan: "Le Droit Constitutionnel de la RPF de Yougoslavie et son evolution", en Revue International de Droit Compare, París, 1955, n^o 3.
- (24) Art. citado.
- (25) Snuderl: "Historia del poder popular", pág. 169.
- (26) Snuderl: "El Derecho Constitucional de la RPF de Yugoslavia", pág. 37.
- (27) Snuderl: "Historia del poder popular", pág. 111.
- (28) Idem. págs. 142-143.
- (29) Ver: Marjan M. Vir: "La verdadera faz del Frente Liberador", pág. 76, V. II.; y Arnez, J.: "Slovenia in European Affairs", pág. 110.
- (30) Stoyanovitch, K.: "Le regime socialiste yougoslave", pág. 119.

- (31) "Slovenski Poročevalec" (El Informador Esloveno), n^o 150, 12/10/1945.
- (32) Artículo citado.
- (33) Fink, Natalio F.: "El principio de legalidad en la política penal de la RFP de Yugoslavia", en Revista de la Facultad de Derecho, Buenos Aires, n^o 26, Año VI, Septiembre-Octubre, 1951.
- (34) Ver periódico citado en nota 31.
- (35) Ver: Fink, N.F., art. citado; y Stoyanovitch K., ob. cit. pág. 234.
- (36) Ver: Fink, N.F., art. citado.
- (37) Ob. cit., pág. 128
- (38) Santi Romano: Ob. cit., (Rivoluzione e Diritto).
- (39) Recasens Siches: Ob. cit., pág. 300, 301 y 302.
- (40) Ristelhueber, René: "Historia de los países balcánicos", Ediciones Castilla, Madrid, 1962, págs. 369, y también - 382.
- (41) Schmitt, Carl: "La revolución legal mundial", en Revista de Estudios Políticos, n^o 10, Nueva época, julio-agosto 1979.
- (42) Sánchez Agesta: "Principios de T. Pol.", pág. 366.

2.2.2. Revolución política no aparente. Roma durante el Principado de Augusto.

En este caso, que se analiza en último término, la -
lejanía histórica nos remonta a otra época y a circunstancias-
vitales muy diferentes. Pero precisamente este hecho puede re-
saltar el interés del análisis, pues le da profundidad históri-
ca, en el sentido que se ha mencionado en el capítulo introduc-
torio. Quizá este caso no sea tan frecuente en el historia -
constitucional de nuestra civilización occidental, pero contie-
ne indudablemente, en su casuística, los mismos elementos de
todos los casos de ruptura de un orden jurídico-político. Se
trata del mismo pasaje de un orden a otro, de la misma caracte-
rística de transitoriedad, de la misma problemática surgida
respecto de la legalidad anterior, así como existe también un
momento y coyuntura políticos particulares.

En Roma, con el advenimiento de Augusto, se produjo
una transformación político-social de fondo, pero que no afec-
tó a las instituciones formalmente, es decir, que ha habido un
cambio en la estructura real del poder, sin que los canales -
legales de la misma sufran alteración. Si este proceso fue -
una revolución no está del todo claro, y en todo caso se tra-
tará brevemente el tema, pero de lo que parece no haber duda
es que se trató de un proceso que, jurídicamente hablando, se
desarrolló en forma absolutamente inconstitucional. Esta pa-
rece ser la única conclusión clara, o al menos medianamente, -
pues la naturaleza jurídico-política del Principado de Augusto
es un tema que, después de ser tratado por infinidad de auto-
res de prestigio, aún no ha sido dilucidado definitivamente.

Petit dice que "nos hallamos aquí de golpe, en el -
corazón de la más hermosa batalla sostenida por los historia-
dores que nos ofrece toda la antigüedad. El Principado nació
de la degradación de las instituciones republicanas, y poco a

poco se irá transformando él mismo hasta desembocar en la monarquía burocrática y totalitaria del Bajo Imperio. La dificultad de seguir esta creación continua se explica por diversos factores. No hay textos constitucionales básicos, ni constitución en el sentido moderno de la palabra. La Lex de Imperio Vespasiani es ambigua e incompleta, y solo de manera indirecta se refiere a la época de Augusto. Los textos antiguos - en torno a los cuales se discute son parciales, oscuros y contradictorios, susceptibles de interpretaciones opuestas, pues ni su sinceridad (Res Gestae), ni su imparcialidad (Tácito), - ni su exactitud (Dion Casio es tardío), se hallan al abrigo de la crítica. Y hay algo peor: ¿es seguro que Augusto trató de fundar un régimen claramente definible, susceptible de ser - - transcripto en términos de derecho público? Hoy se está menos convencido de ello que en otro tiempo. Finalmente, aunque se llegara a un acuerdo sobre la interpretación jurídica de los poderes del príncipe, ello no bastaría. Subsisten campos en los que la acción del Emperador no suponía competencias jurídicas determinadas, y, por otra parte, no todos los fundamentos del régimen eran jurídicos: el patronato, la clientela, el partido político, la ideología de la Victoria y de los -- - triunfos, todo esto desborda ampliamente el campo del derecho; la política, la sociología y la religión, desempeñaron su papel en la formación y evolución del principado, si bien complicando necesariamente su definición" (1).

"El sistema que deja a su muerte Augusto no se había formado de una vez por todas ni parece fruto de un plan preconcebido: por el contrario, se ha ido creando astuta y sutilmente, plegándose al juego de intereses y circunstancias. Con un fuerte sentido de realismo político, Augusto ha querido conciliar la necesidad de un poder monárquico para el Imperio con

el apego de las clases dirigentes romanas a las tradiciones republicanas, y el deseo de la ciudadanía de mantener sus privilegios frente al resto de los habitantes del Imperio. Así, - después de las luchas civiles, volvió a las formas legales, - restaurando el aparato republicano y reordenó las clases senatorial y ecuestre, a las que confió la Administración del Imperio... Pero también, paciente y disimuladamente, fue constituyéndose a sí mismo como un poder soberano al margen de la estructura tradicional. Basándose en precedentes -Sila, Pompeyo y Cesar, entre otros- e ideas -Cicerón- republicanas, en su -- enorme prestigio como vencedor y pacificador del Imperio y en sus medios materiales, (el ejército y un cuantioso patrimonio), crea ese poder a partir del 27 a.C., haciéndose conceder de maneras formalmente legales, atribuciones conocidas las unas y - nuevas, pero impuestas como necesarias, las otras. Augusto ha ido coleccionando poderes y prerrogativas que, por su exten-- sión, duración y acumulación, distorsionan los conceptos y -- prácticas tradicionales en que están acuñados; así Augusto - se hace dar funciones, pero rechaza los cargos a que corresponden, para no inhibirse con las limitaciones e incompatibilidades de estos. Hay un sutil juego dialéctico para no parecer - contradecir la constitución y para no quedar tampoco preso en sus esquemas" (2).

Según Arangio-Ruiz "sobre la constitución de Augusto se ha escrito mucho, sin lograr encontrar aún la fórmula - conclusiva. Para los más, el problema jurídico se complica - con el político, y uno y otro son dominados por el problema - psicológico suscitado por la personalidad de Augusto, no impetuosa y genial como la de Cesar, sino reflexiva y naturalmente inclinada a soluciones intermedias. Los estudiosos quedan confundidos sobre todo ante la repetida aserción de Augusto de -

querer restaurar (y más tarde de haber resturado) el orden republicano y la antigua libertad, aserción que en cierto modo - no fue desmentida por las circunstancias, porque no hubo ninguna de las instituciones anteriores que el Princeps no haya vuelto a poner en funciones con prerrogativas no diferentes - formalmente de aquellas de que gozaban antes. Por otra parte, como Augusto mismo no disimulaba el haber introducido en Roma un orden nuevo, ni el más formalista entre los modernos osaría ver en el Principado una simple prosecución de la República" - (3).

"Está generalmente admitido hoy que la situación del Princeps no puede definirse en términos de instituciones y que el análisis de los poderes de Augusto no agota la naturaleza - de su principado. Pero si el Principado queda por sus orígenes fuera del Derecho Público, se reconoce igualmente que la organización de su clientela en el cuadro ampliado del Imperio y la creación de un sindicato de gobierno no son suficientes - para darnos cuenta cabal de la estructura y de la instalación - progresiva de un régimen cuyo fundador se vanagloria de ser a la vez el Protector de un estado nuevo y el Restaurador de la República tradicional. Roma ha tenido una constitución que ha sido en gran parte no escrita. Esta laguna que en períodos revolucionarios facilita la iniciativa de los ambiciosos, ofrece una posibilidad singular a un innovador camuflado de restaurador del pasado. Además era necesario que la vuelta al orden se efectuó con las debidas formas, puesto que los trastornos - políticos de la época triunviral habían procedido de la ley -- sancionada en debida forma, que asignaba a los jefes del momento la misión de "constituir la República". Hay por lo tanto dos exageraciones que es necesario evitar, adoptando la actitud de Pascal ante la razón, y desconfiar, a propósito de -

los problemas constitucionales, de dos excesos contrarios: - excluir el Derecho Público, o, no admitir sino el Derecho Público" (4).

Burdese afirma que "no ofrece la menor duda que lo-instaurado por Octavio es un orden político constitucional nuevo respecto a los viejos esquemas republicanos, aunque inserto en el antiguo y preparado por los acontecimientos tumultuosos del precedente período de crisis; que además es un orden llamado a mantenerse, en cuanto responde a las exigencias de los tiempos, más allá incluso del largo Principado de Augusto, casi tres siglos, aunque realizando un proceso evolutivo de -preparación de la ulterior forma de gobierno del Dominado diocleciano-constantiniano. La oportunidad de instaurarse un --orden nuevo era sentida, incluso en la conciencia popular, como exigencia imprescindible, tanto más deseado como presagiado como único medio para poner fin al caos de la guerra civil, frente a la probada incapacidad de la constitución republicana para suministrar adecuadas soluciones a los problemas políticos del gobierno del Imperio de Roma"... "Estamos ante un --orden, más que derivado de ideología religiosa o filosófico-política, inspirado en una visión realista de los problemas del momento, particularmente de los intereses y de las aspiraciones de las fuerzas políticas y sociales del mundo romano que podían suministrar una sólida base de apoyo al nuevo régimen" ... "Se trata de un orden constitucional nuevo, que se delinea gradualmente, adherido estrechamente a las condiciones ambientales del momento histórico, si bien no rompiendo con el pasado y conservando además el tradicional equilibrio de las fuerzas sociales de los órganos de la vieja constitución republicana, que ha llegado ciertamente a su fin, al quedar establemente configurado el Princeps, en el que se encarnan, aunque -formalmente se atribuyan a los antiguos órganos constitucionales y como derivados de los poderes tradicionales de la magis-

tratura republicana, todas las facultades que constituyen el -- principio monárquico, aunque de una forma sui generis" (5).

Desde el punto de vista de las formalidades Mommsen se refiere a este período romano de la siguiente manera: "Como la República anterior, el Principado se funda sobre la soberanía del pueblo. Los poderes del Estado no ejercen un derecho propio, sino que los ejercen todos en representación del pueblo. El Princeps mismo no es más que un magistrado, y un magistrado investido no de poderes todopoderosos que lo elevan por sobre la constitución, sino de competencia incorporada en las instituciones constitucionales y circunscripta de límites fijos. Por lo tanto es de la esencia del Principado que el -- Princeps, siendo el primero de los ciudadanos, esté ligado a las leyes del Estado como todos los demás". Pero dice también este autor: "La concepción formal y oficial del Principado como el gobierno del Senado y del pueblo es, en verdad, tan vacía de contenido como el título oficial de gobierno libre del pueblo por sí mismo dado al gobierno del Senado del período precedente. La idea de competencia fija, que es la esencia de la magistratura republicana, recibe bajo el Principado una tal extensión, que no hay, en los hechos, una gran distancia entre una limitación semejante y una ausencia de límites. Los poderes del Princeps han sido organizados de tal manera que no se puede, en Derecho Público, calificar el nuevo régimen sino como monarquía, o mejor, monarquía temperada" (6).

De Martino afirma que "la característica del nuevo Estado está en la superposición a las instituciones republicanas de un nuevo órgano, el Princeps, que goza de legitimidad jurídica porque los poderes le han sido conferidos por el Senado y el pueblo, y tiene también una justificación de hecho en el prestigio que respecto de la ciudadanía goza la persona que ejerce el cargo" (7).

Respecto del carácter revolucionario mencionemos -- algunas opiniones. Para Miquel "el régimen de Augusto tiene - un origen eminentemente revolucionario: Octavio salta por encima de la constitución para implantar un orden nuevo" (8). - De Martino dice que "el pasaje de la República al Imperio está diversamente considerado por la historiografía tradicional, la cual sin embargo concuerda en un punto esencial y sostiene que aquello habría ocurrido por vía de una revolución, o por un -- proceso revolucionario. En los tiempos más recientes esta -- idea ha sido desarrollada por Ronald Syme, quien incluso ha da do a su libro, dedicado a esta transición, el título de 'La -- Revolución Romana'" (9). Por otra parte León Homo afirma que "a despecho de equívocos y de falsas apariencias, Octavio, co- mo Cesar, y mas aún que él, ha realizado una carrera política - revolucionaria, donde la última palabra la tuvo siempre, en - forma desembozada o no, la fuerza. Revolucionario fue su pri- mer consulado del año 43 a.C., doblemente ilegal, tanto por la ausencia de las condiciones de elegibilidad requeridas, co- mo por el recurso al ejército para ser elevado a esa magistra- tura. Revolucionaria también la formación del triunvirato, - asociación de tres jefes militares que utilizan el nombre de - Cesar para aunar sus medios de acción y realizar sus planes - ambiciosos. Revolucionarios, en fin, fueron los acontecimien- tos decisivos del año 32 a.C., que preparan la ruptura con An- tonio y encuentran su realización en el establecimiento defi- nitivo del régimen personal" (10).

Veamos ahora cuales eran los poderes que acumuló Au- gusto. Para ello seguiremos la obra de De Martino y la esque- matización de Lapieza elli.

Augusto (entonces Octavio), después de vencer a Anto

nio, se encontró árbitro del Estado por su posición al frente de las fuerzas militares y por los poderes y títulos de que había sido investido. Según algunos autores seguía con el poder constituyente extraordinario, propio del segundo Triunvirato, que le había sido conferido a este, por cinco años y prorrogado luego por otros cinco, para organizar el Estado (*rei publicae constituendae*). Según otros al ser abrogados los poderes de Antonio, Octavio habría renunciado a sus funciones de triumviro y se habría hecho conferir, como encargado de la guerra contra Antonio, un "*imperium maius et infinitum*", que le daba supremacía sobre los gobernantes de provincias. Con la "*Coniuratio Italiae et provinciarum*., juramento de fidelidad de los habitantes de la parte occidental del Imperio, se hallaba apoyado en un vínculo moral sin precedentes en el derecho público. Era elegido cónsul todos los años, desde el 31 hasta el 23 a.C.. Recibió la apelación de juzgar en apelación, en reemplazo de la "*provocatio ad populum*", apelación que durante la República correspondía al pueblo reunido en comicios. En el año 30 a.C. le confirieron facultades propias de la potestad tribunicia. Por la Lex Laenia se le concedió la facultad de crear patricios, con lo cual los agraciados podían acceder a magistraturas superiores sin necesidad de recorrer el *cursus honorum*. En el 29 a.C. el Senado le dió con carácter vitalicio el título de Imperator que, si bien no tenía relevancia constitucional, suponía una preeminencia permanente sobre los demás conciudadanos. En el año 28 fue inscripto como *Princeps Senatus*, con lo que encabezaba la lista de senadores.

En enero del año 27 a.C. Octavio entregó la cosa pública al Senado y pueblo romanos. Aparentemente renunció al poder constituyente, si es que lo retenía aún, y al supremo mando militar, conservando el consulado, la potestad tribuni-

cia y los restantes títulos y prerrogativas. El Senado a continuación le otorgó varias distinciones, entre ellas el título de Augusto. Se le encargó por diez años la "cura et tutela rei publicae", lo que no era exactamente un poder, pero servía de base para la concesión futura de cualquier atribución y para la justificación de cualquier primacía sobre otros órganos de gobierno. La autoridad del Princeps resultó así soberana. En base a esta cura et tutela podía: Dirigir la política exterior, declarar la guerra y concertar la paz, atribuciones que antes pertenecían al Senado; legislar en todos los niveles territoriales y dictar ordenanzas de carácter general o particular; disponer de todos los medios financieros para el cumplimiento de sus altas misiones y acuñar moneda; designar y recomendar candidatos para las magistraturas (que luego serán aprobados por los comicios por aclamación); consentir o negar a un magistrado el derecho a presentar al Senado una determinada propuesta; estar exento de las limitaciones a su actuar que pudieran establecer las leyes, y del veto de los tribunales.

Se le encargó asimismo el gobierno de las provincias no pacificadas, o que, por ser fronterizas, pudieran correr peligro. Este "imperium proconsulare", que poco más tarde le sería otorgado en forma vitalicia, le daba nuevamente el mando de todos los ejércitos, además de: el gobierno absoluto de las provincias no reservadas al Senado; la supervisión e intervención en el gobierno de las provincias senatoriales; y la jurisdicción civil y penal ejercidas "extra ordinem", es decir, el margen del sistema procesal normal u ordinario.

Fue elegido cónsul anualmente hasta que en el año 23 a.C. renunció a ello, pero recibió por otro lado el derecho de

convocar al Senado e intervenir en sus deliberaciones aún no siendo magistrado, todo esto junto con una amplísima potestad tribunicia, que ya poseía desde el año 30, pero que ahora se le acordaba en forma vitalicia. Con esto tenía atribución además para convocar los concilia plebis, tenía el poder de veto, contra las actuaciones de los órganos republicanos y su persona era inviolable.

Estas eran, en apretada síntesis, las atribuciones y facultades de Augusto a través de su largo ejercicio del poder.

El mismo las explica cuando en las "Res Gestae", verdadero testamento político, y también apología de su política, afirma con habilidad dialéctica: "Yo superé a todos en autoridad, pero no he tenido más poder que los demás ciudadanos - que fueron colegas míos en la magistratura". Y también cuando dice: "He transferido el gobierno de mis manos a las del Senado y el pueblo romanos; no he aceptado ninguna función contraria a la constitución tradicional" (11).

En cuanto a los órganos tradicionales de la constitución republicana, van perdiendo atribuciones a medida que las acapara el Príncipe. Las asambleas ciudadanas, comicios - perdieron rápidamente sus funciones. Las legislativas decayeron sustancialmente y solo fueron utilizadas en los primeros tiempos por Augusto para no cargar él con la responsabilidad de medidas impopulares. Las electorales se limitaron cada vez más solo a una aclamación de la elección realizada por el Senado. En cuanto a las funciones judiciales, ya casi eliminadas a fines de la República, desaparecieron del todo ante la actividad "extra ordinem" del Princeps y de sus funcionarios. Además, la "provocatio ad populum" quedó sustituida por una ape-

lación ante el Princeps.

Las magistraturas pierden poder y significación, en algunos casos hasta ser un mero título o desaparecer, porque - las más importantes atribuciones son absorbidas, cambiadas, - compartidas o subordinadas por el Princeps o sus delegados, y además porque en algunos casos se aumenta el número de titulares o se reduce el plazo de actuación.

El Senado es el único órgano de la República que conserva importancia, al menos en apariencia, y hasta la acrecienta formalmente con nuevas atribuciones. Respecto de las judiciales entiende por encargo o consentimiento del Princeps en delitos políticos y eventualmente en delitos comunes. Entre - las legislativas, el senadoconsulta adquiere valor de ley, pero es el Princeps quien generalmente lo promueve, enviándole - su propuesta, que es aprobada casi sin discusión. Con el tiempo esta propuesta no va a ser siquiera votada, pues se la - - aclamará y registrará sin más en los archivos. Respecto de las funciones electorales, elige directa o indirectamente a todos los magistrados, salvo las designaciones o recomendaciones del Princeps. Pero a pesar de todo esto las nuevas estructuras y prácticas de gobierno le harán perder funciones tradicionales, como el interregnum, y poder decisorio en varias esferas de - competencia, como es la política exterior y el manejo y control financiero. Sobre todo su antigua misión primordial, la de ejercer una supervisión y tutela del Estado a través de la función conciliar, que formalmente conserva, la ha cedido en realidad al Princeps. El Senado, en definitiva, se irá convirtiéndose con el tiempo en instrumento dócil del Princeps (12).

Esta situación es pintada muy expresivamente por Al-

varez Suarez cuando dice: "Los tres pilares en que la organización política republicana se asentaba (las magistraturas, el Senado y el pueblo), continuaban actuando aparentemente con el mismo equilibrio de poderes típico de su época gloriosa. Pero se comprende que, en efecto, se trataba de una simple apariencia. De una parte la temporalidad de las magistraturas fue vulnerada con demasiada frecuencia, y asimismo se conculcaron las limitaciones impuestas a la reelección; o se hicieron destituciones antes de tiempo que se asignaba al cargo con arreglo a la constitución, o se desconocieron los privilegios de invulnerabilidad de los tribunos hasta llegar a darles muerte violenta. El Senado se extralimitaba en sus funciones, hacía sentir cada vez más desconsideradamente el peso de su oligarquía, mediatizando la actuación de los magistrados y de las asambleas; prodigaba la concesión de senadoconsultos últimos en defensa de sus privilegios. Las asambleas populares habían entrado en una vía de corrupción, por cuanto la desaparición del campesino medio y la lejanía de Roma de los ciudadanos prestigiosos, las había dejado a merced de la chusma de la nueva plebe, propicia a las incitaciones demagógicas de caudillos poco escrupulosos que las captaban con falsas promesas y con repartos semigratuitos de cereales" (13).

Tengamos en cuenta también la oponión de De Francis-
ci, que afirma lo siguiente: "Quien tenga presente todos los
elementos de la situación de hecho y de derecho que hemos des-
crito, espero comprenderá que es lícito, respecto de la obra de
Augusto, hablar de 'transformación revolucionaria' instaura
dora de una nueva constitución y de un nuevo orden estatal. -
La expresión 'transforación revolucionaria' puede parecer te-
meraria a aquellos que no saben distinguir el término 'revolu-
ción' del término 'violencia subversiva'; pero estos olvidan

que los modos por los cuales puede realizarse una revolución, pueden ser varios, y que en el ámbito constitucional se puede llegar a cambios radicales con medios legales, aplicando, para que no haya dudas sobre la legalidad del 'novus ordo', los procedimientos previstos en el ordenamiento anterior. Esta es precisamente la característica de la revolución de Augusto. -- Preparada por un vasto movimiento de ideas y de doctrinas políticas, por el surgimiento de nuevos problemas impuestos por la estructura y la organización del imperio, diseñada ya por el genio anticipador de Cesar, invocada por la conciencia popular deseosa de orden y de tranquilidad, la nueva constitución ha tomado su forma a través de una serie de disposiciones y medidas tomados por aquellos que eran los órganos de la antigua constitución que arribaron a estas decisiones reformadoras por el ascendiente y el prestigio del 'restitutor rei publicae' sobre ellos, pero también por el sentimiento de las nuevas necesidades... No se trata, por lo tanto, de una usurpación violenta ni de una burla o engaño, sino de una serie de innovaciones legalmente deliberadas para reorganizar el Estado y devolver la unidad de dirección al Imperio". Y concluye este autor: "...Se trata por lo tanto de una revolución legal, pero revolución al fin, o, si lo prefieren aquellos a quienes no gusta esta palabra, reforma constitucional radical, con el cual se instituyó un órgano nuevo, cuyo título era el de Imperator Caesar Augustus, y que no tiene ningún parentesco con los cargos y con los títulos republicanos" (14).

En toda esta problemática es necesario mencionar, - por último, también un elemento de tipo fáctico que ha jugado un papel decisivo en todo este período de la historia romana: El ejército, que fue el apoyo y verdadera fuente del poder imperial (15). En efecto, el punto débil del ordenamiento creado por Augusto era la falta de una formulación jurídica que --

permitiera su continuidad, reglando el acceso al poder. Su fórmula política no ha tenido su traducción jurídica. Esto se debió a que el Principado no surgió de una deliberada y definitiva innovación constitucional, sino que más bien había sido deseado o tolerado en razón de excepcionales circunstancias y del enorme prestigio y habilidad de Augusto. Para solucionar el problema de la sucesión se aceptó el procedimiento por el cual el Princeps "recomendaba a un hijo o adoptaba al que quería como sucesor y lo asociaba al poder. Luego, legalmente, el Senado fue el encargado de conferir el poder al sucesor, con la posterior aclamación del pueblo. Pero en el fondo el ejército fue el factor decisivo en toda sucesión. Instrumento de la ascensión augústea, quedará como una disimulada pero -- real fuente y fundamento del Principado. En los primeros tiempos aparecerá a la luz solamente en los períodos de crisis, -- pero poco a poco alcanzará una mas predominante y abierta injerencia en la conquista y conservación del poder. Muchas veces el ejército forzó la decisión del Senado, o desencadenó luchas entre las guarniciones que apoyaban distintos candidatos. Esta situación duró dos siglos y ya la dinastía de los Severos será el punto culminante en este proceso. Dejando de lado la opinión y colaboración de las clases aristocráticas -- será ya exclusivamente un régimen de fuerza apoyado en las armas, con lo que, después de la crisis del siglo III, resulta -- un régimen autocrático, absoluto, dinástico, de fundamentación carismática, y con una concepción totalitaria del Estado (16). Eran los antípodas de la República, cuya imagen había pretendido mantener Augusto. De la forma mixta de gobierno y de la -- democracia, aún en la forma restringida de entonces (17), apenas quedaban algunas apariencias y nombres para el recuerdo.

Hasta aquí se ha preferido dejar hablar a los roma-

nistas directamente, para que a través de ellos se perciba la problemática en toda su extensión y profundidad. No nos interesa encontrar la solución al árduo y antiguo problema de la naturaleza jurídica del Principado de Augusto, sobre lo que ya se ha escrito mucho (18). Lo que interesa hacer resaltar aquí es la ilegalidad del proceder de Augusto, y el fenómeno de ruptura con la constitución republicana. Todos los autores mencionados han coincidido en ello. El gobierno, y en general, el régimen instaurado por Augusto, no fue legal. Fue un gobierno que estuvo en todo su accionar de entonces, y de allí en mas, al margen del Derecho positivo de la República entonces vigente y reconocido incluso por el mismo Augusto, que lo transgredió en forma dolosa. Consecuentemente su gobierno, al haberse apartado de la legalidad vigente, no fue de Derecho, sino de hecho. Utilizando la clásica distinción, y desde el punto estrictamente legal, es decir de legitimidad jurídica, se puede afirmar que su gobierno no gozó ni de legitimidad de origen, ni de legitimidad de ejercicio, puesto que, como se ha visto, desde el mismo comienzo de la obtención de poderes y durante la acumulación paulatina de los mismos hasta casi su muerte, todo el ejercicio de los mismos fue una sola irregularidad.

Es cierto, por otra parte, que Augusto pudo gobernar porque gozó de legitimidad sociológica (19). En efecto, este régimen fue deseado o, al menos, tolerado en razón de excepcionales circunstancias y del enorme prestigio del personaje principal. Los poderes habían sido delegados por el pueblo en forma personal. En los primeros tiempos y para la mayoría era un régimen "ad hominem", es decir, por y para Augusto (20). Luego hubo un consenso generalizado respecto de la continuidad del sistema, y esto por las mismas razones de necesidad que -

habían motivado la aparición del Principado. La extensión del Imperio imposibilitó la continuidad del funcionamiento de las instituciones de la civitas romana. Por consiguiente toda -- vuelta a la autenticidad institucional republicana aparecía - desfasada de la realidad. Ante ello no había más remedio que aceptar los hechos consumados.

Respecto del punto referente a si hubo o no revolución, desde un punto de vista estrictamente jurídico es difícil precisarlo. Como se ha dicho en el capítulo inicial, desde esta óptica, dos características principales son la transferencia no legal o ilegal del poder, y la alteración de las instituciones. La primera característica aquí se cumple. Octavio no tenía ningún título que justificase su acceso al poder, y en el supuesto de haberlo tenido inicialmente en alguna medida, desde luego su ejercicio de ninguna manera fue acorde - con las leyes vigentes entonces. En cuanto al cambio o alteración de las instituciones, ellas no cambiaron externamente, en su forma, pero sí fueron alteradas profundamente en su sustancia, perdiendo su finalidad inicial y adquiriendo una nueva, - cual fue la de servir de mera fachada para cubrir los designios de los que ejercían el poder.

Pero esta cuestión de las instituciones está ligada con otro punto: ¿Hubo o no un nuevo orden? ¿Hubo o no un nuevo Derecho? Esta pregunta es aún más difícil de contestar categóricamente, pues la pretensión de Augusto fue precisamente la de restaurar el orden republicano alterado por las guerras civiles. Simultáneamente se percató de que ese orden jurídico políticamente ya no era potable ni viable.

La única solución que cabe aceptar es que desde un -

punto de vista jurídico formal no hubo nuevo Derecho ni nuevo orden jurídico. De haberlo habido Augusto lo habría proclamado y asumido. Habría advenido entonces un nuevo Derecho que, dada su indudable efectividad, se habría asentado como tal en la sociedad. Pero es que precisamente Augusto no quería este extremo, porque sabía que no sería aceptado por los romanos.- Lo que sí hubo, en cambio, es un nuevo orden político, el cual, por faltarle sustento jurídico, nunca pudo ser totalmente definido. Esta falta de definición originó problemas importantes de los cuales el más grave fue el ya mencionado de la sucesión. Esta situación duró hasta que a comienzos del siglo III las fachadas legalistas resultaron ya inútiles y se entró en un período de más de sesenta años de anarquía militar que finalizó con el advenimiento del Dominado, régimen abiertamente autocrático, absolutista, dinástico, y de fundamentación carismática.

El Principado de Augusto suscita por lo tanto numerosas dudas. Pero donde no existe duda es en el carácter de facto de este régimen.

NOTAS

- (1) Petit, Paul: "La Paz Romana", Editorial Labor, Barcelona, 1969, pág. 111
- (2) Lapieza Elli, Angel Enrique: "Esquema histórico institucional introductorio al estudio del Derecho Romano", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1968, pág. 118.
- (3) Arangio-Ruiz, Vincenzo: "Storia del Diritto Romano", - - settima edizione, Ed. Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1968, pág. 215-216.
- (4) Grenade, Pierre: "Essai sur les origines du principat", Ed. E. de Boccard, París, 1961, pág. 8 y 9 del prefacio.
- (5) Burdese, G.: "Manual de Derecho Público Romano", Ed. - - Bosch, Barcelona, 1972, págs. 194, 196 y 198.
- (6) Mommsen, Theodor: "Manuel des antiquites romaines", T.V., Le Droit Public Romain; Librairie Thorin et fils, París, 1896, págs. 4 y 6.
- (7) De Martino, Francesco: "Storia della costituzione romana", Vol. IV., Ed. Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1962, pag. 237
- (8) Miquel, Juan: "El problema de la sucesión de Augusto", - Ed. Taurus, Madrid, 1970, pág. 55
- (9) De Martino: Ob. cit., pág. 1.
- (10) Homo, Leon: "Les institutions politiques romaines", Ed. Albin Michel, 1970, París, pág. 238. Ver sobre estos puntos también de Antonio Guarino: "La crisi della democrazia romana", en Res Gestae Divi Augusti, Dott. A. Giuffre Editore, Milano, 1968.
- (11) "Res Gestae Divi Augusti", Testo crítico, introduzione, - traduzione e commento di Antonio Guarino; Seconda edizione; Milano; Dottore A. Giuffre editore, 1968.
- (12) Hasta aquí ver las obras mencionadas de los autores citados.

- (13) Alvarez Suarez, Ursicino: "La crisis de la República romana: Expansión territorial y descomposición política, social, económica y cultural", en Miscelánea en honor de Juan Becerril y Antón Miralles, Madrid, 1974.
- (14) De Francisci, Pietro: "Arcana Imperii", Dottore A. Giuffre, Milano, 1948, T. III., págs. 321 y 322.
- (15) Ver sobre este punto de Giuffre, Vincenzo: "Aspetti costituzionali del potere dei militari nella tarda 'respublica'", Jovene Editore, Napoli, 1973; también de Rostovtzeff, M.: "Historia social y económica del Imperio Romano", Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1962, T.I., pág. 95; también de De Francisci, P.: Ob. cit., pág. 339 y sgs.
- (16) Lapieza Elli: Ob. cit., 114, 115 y 123.
- (17) Ver sobre este punto de Guarino, Antonio: "La Democrazia Romana", en Res Gestae Divi Augusti, Milano, Dott. A. Giuffre, 1968.
- (18) Ver, por ejemplo, el interesante y completo estudio de Alvarez Suarez: "El Principado de Augusto. Interpretaciones de la constitución augústea", Revista del Instituto de Estudios Políticos, 1942, nº 7, Madrid.
- (19) Petit, Paul: "Histoire Generale de l'Empire Romain", Editions du Seuil, París, 1974, págs. 28 y 29.
- (20) Lapieza Elli: Ob. cit., pág. 123.

III. EL PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD

Diversas consideraciones en relación con la problemática

Los cuatro casos analizados suscitan todos ellos en conjunto, y cada uno en particular, numerosas reflexiones, que tocan varios puntos de los más importantes del Derecho en general y especialmente del Derecho Político, y que serán abordados aquí en lo que se relaciona con la problemática estudiada.

En primer lugar es necesario considerar la relación que existe entre el hecho de fuerza y el Derecho, si es que hay alguna. En principio, evidentemente, no la hay, pues ambos conceptos se oponen diametralmente. Pero es necesario matizar, especialmente en lo que respecta a la fuerza, pues esta no es siempre expresión de salvajismo, como podría entenderse en una primera aproximación. Y ello tan es así, que hay un punto en que fuerza y Derecho confluyen y, si no se identifican siempre, al menos se necesitan mutuamente. Veamos brevemente este punto.

Ihering tiene al respecto consideraciones interesantes. "La fuerza acaba en derecho, pero no porque deba recurrir a él desde fuera de todo sentimiento jurídico, no como a una concepción superior que el sentimiento de su propia inferioridad le impone. Ella lo engendra espontáneamente, como su propia ley. El derecho es la política de la fuerza. La fuerza permanece; ella no desaparece ante el derecho; ella conserva su lugar, pero se agrega el derecho como elemento accesorio: ella se transforma así en fuerza justa. Ella es lo opuesto de lo que nosotros llamamos hoy 'el imperio del derecho', - donde la fuerza es un elemento accesorio del derecho. Aún hoy, en este período de desarrollo del derecho, la relación frecuentemente se invierte: la fuerza entra en conflicto con el derecho, y dicta ella misma un derecho nuevo; nos encontramos así en presencia del golpes de estado... y revoluciones... La teo

ría jurídica hace bien en condenar estas perturbaciones; estos hechos nos hacen ver su verdadero carácter. El derecho no es el principio superior que rige el mundo; él no es un fin en sí mismo; él no es sino un medio para realizar un fin, que es el mantenimiento de la sociedad humana. Si la sociedad no se puede mantener en el estado jurídico actual, si el derecho no le puede ayudar, la fuerza viene a remediar la situación. - Es en las grandes crisis de la vida de los pueblos y de los Estados donde el derecho es suspendido, tanto por las naciones - como por los individuos. Esta situación es consagrada por el derecho tanto para los individuos como para los Estados... Actualmente los gobiernos proclaman el estado de sitio y dictan leyes provisorias sin el concurso de los poderes públicos. Estas son medidas de seguridad por medio de las cuales la autoridad se enfrenta a las necesidades del momento bajo una apariencia jurídica. Pero los golpes de estado y las revoluciones no se realizan sobre el terreno del derecho: el derecho estaría en contradicción consigo mismo si las autorizase; desde el punto de vista jurídico el anatema es absoluto. Si nos detuviésemos aquí, todo estaría dicho. Pero por sobre el derecho está la vida, y en esas situaciones de gravedad la crisis política coloca a la sociedad ante esta alternativa: o el respeto del derecho o la existencia. En estos casos no hay ninguna duda: la fuerza debe sacrificar el derecho y salvar la existencia de la nación" (1).

Por consiguiente Ihering parece decirnos que la fuerza, si bien debe ir siempre acompañada del derecho, para ser fuerza justa, puede a veces ir contra él, sin perder el carácter de justa. Es evidente que aquí subyace la diferenciación constante entre Derecho y Derecho positivo. De la noción de Derecho no puede desligarse la noción de justicia. Contrariamente, ello sí podría ocurrir cuando se habla de Derecho positivo.

Este puede ser inservible, insuficiente, puede tener lagunas, y puede ser incluso total o parcialmente injusto. En estos casos irrumpe en escena la fuerza, ya sea a nivel individual o estatal, pero presuponiendo siempre que lo hace por razones de justicia, siendo entonces su intervención justificada.

Raiciu en una de sus reflexiones dice lo siguiente: "El poder estatal se forma en la vida social frecuentemente fuera del Derecho. Nosotros hemos aceptado para el Estado la noción de Duguit: Un hecho de fuerza muy grande. Como tal es por lo tanto un hecho de orden físico, fuera de consideraciones sobre su legitimidad o ilegitimidad jurídica. ¿Cómo es entonces que contrariamente a su carácter inmanente, el poder estatal se concilie con la idea de una limitación por su conformidad con el Derecho? Se trata de una cuestión tanto jurídica como sociológica. El poder estatal si es teóricamente indiferente al Derecho, prácticamente nunca le es antagónico. El detentador de la fuerza estatal es también miembro de la colectividad sobre la que ejerce su poder, y como tal está por lo menos bajo la influencia, sino bajo la dominación, de la norma jurídica de esta colectividad. Un jurista dijo que el Sultán todopoderoso del Imperio Otomano podría ordenar todo, incluso el abandono de la religión del Profeta, pero él no lo hará nunca, ya que sin ella él no sería nunca Sultán" (2). Tenemos en esta cita expresada con otras palabras la exigencia de justicia a la que debe responder el poder gobernante, aún cuando no haya un Derecho positivo vigente, o aunque este esté expresado en términos de religión, pues siempre habrá una norma jurídica no escrita pero profundamente arraigada a la que se ajusta la vida de una comunidad.

La fuerza es un elemento fundamental también en los

comienzos mismos de los Estados. El Derecho es producto de la sociedad a la que rige, tanto en su aspecto escrito como en el consuetudinario. Pero este Derecho se ha visto "definido", o se ha ido definiendo paulatinamente durante la existencia de la sociedad. La existencia de esa sociedad es el presupuesto básico. El hecho de organizarse y constituirse en Estado, y mantenerse como tal, implica la necesaria existencia de una fuerza vital. El hecho mismo de constituirse en Estado es un hecho de fuerza. El nacimiento del Estado está por consiguiente fuera del Derecho. Sólo posteriormente, cuando se consolida la estructura institucional, tendrá lugar la transformación de las relaciones de poder del Estado en relaciones jurídicas, y el poder del Estado será un poder jurídico. Por lo tanto - la fuerza y los hechos preexisten al Derecho. Este tema ha sido tratado en profundidad, entre otros, por Biscaretti di Rufia (3).

Numerosas consideraciones sobre este punto han emitido autores clásicos como Jellinek, Carre de Malberg y Hauriou.

Los tres autores coinciden en que el Derecho positivo es posterior al nacimiento del Estado. Carre de Malberg dice al respecto: "El Derecho en tanto que institución humana es posterior al Estado, es decir, no nace sino por el poder del Estado una vez formado este y no puede obviamente aplicarse a la formación misma del Estado. La ciencia jurídica no tiene por lo tanto nada que ver en la formación del Estado. El nacimiento del Estado no es para ella sino un simple hecho, no susceptible de calificación jurídica. Desde el punto de vista jurídico este hecho generador del Estado consiste precisamente en que un grupo nacional se encuentra constituido en una unidad colectiva y que en un momento dado este comienza a

estar provisto de órganos decisorios y actuantes en su nombre y por su cuenta. A partir del momento en que este grupo está así organizado en forma regular y estable, la comunidad nacional deviene en Estado. Poco importa la vía por la cual los individuos que le sirven como órganos han adquirido esta cualidad o capacidad y han advenido a establecer que su voluntad vale como voluntad unificada de la colectividad. Puede ser que la organización inicial del Estado reposa sobre el consentimiento tácita o formalmente acordado por los miembros individuales. Pero puede ser también que los individuos que han devenido órganos del grupo nacional se han impuesto como tales, sea por medios de persuasión, sea por su prestigio, sea por la fuerza: la única condición es que tengan una fuerza suficiente para mantener su autoridad en forma durable... La fuerza creadora de la organización estatal, a la que se hace alusión aquí, puede ser la de un hombre o la de una clase. Pero sea quien fuere el que la pone en acción, es necesario que esta fuerza sea capaz de producir en el seno de la comunidad estatal un equilibrio político durable, y esto implica que el medio en el que se ejerce sea favorable para su desarrollo" (4).

Para Carre de Malberg lo que hay antes de existir el Derecho positivo, no es Derecho, sino mero hecho o fuerza, y parece no importarle si esa fuerza es justa o injusta, y cual es su contenido y adonde quiere llegar. Mencionemos al pasar y fuera de este pequeño esquema de los autores mencionados, que Santi Romano también parece enrolarse en esta corriente positivista cuando afirma que "Derecho es solamente aquel que ha tenido la fuerza de imponerse como Derecho positivo" (5).

Pero mientras estos autores no reconocen más que el Derecho positivo, Jellinek y Hauriou afirman que el estado or-

ganizativo previo a la enunciación del mismo también es Derecho. Se trata de hechos, sí, y de fuerza, pero ambos coloreados de espíritu y conciencia jurídicos. Jellinek habla concretamente de Derecho Natural, como previo a la existencia del Derecho positivo, que siempre permanece latente y surge a veces al primer plano y renace en su originalidad en momentos revolucionarios. Entre otras cosas dice: "...No sólo se ha abierto camino el Derecho Natural mediante la fuerza, sino que la convicción inmediata de su carácter obligatorio se ha reflejado en las concepciones prácticas, de suerte que ese Derecho ha llegado a ser realmente aplicado y tacitamente reconocido como Derecho Positivo por parte de los poderes dominantes... - Es indudable que en todo futuro la idea de un Derecho 'de lege ferenda' continuará siendo un factor poderoso en el proceso de la formación del Derecho. La crítica científica en contra de un Derecho Natural, nos ha probado que no tiene este, en todas sus formas, varias y cambiantes, el carácter de obligatorio y, por consiguiente, que carece de carácter jurídico, razón por la cual ésta crítica lo rechaza; pero lo que deja sin explicar esta es el fenómeno mismo del Derecho Natural. El hecho mismo de que desde el primer momento en que se reflexionó sobre la esencia del Derecho, brotase la convicción de que existía un Derecho Natural, cuya validéz no descansa en afirmaciones de carácter humano, sino que más bien sirve de norma a estas proposiciones de carácter humano, eso no lo explica la -- crítica jurídica moderna... Es preciso conocer la esencia de los poderes que crean el Derecho, y por lo tanto que son anteriores a él, para que sea posible separar de esta suerte el Derecho de lo que no puede ser tal y de lo que aún no lo es".

Como consecuencia de esta postura Jellinek también sostiene: "El dogma que considera el sistema del Derecho como

una unidad cerrada, desconoce la relación fundamental entre Derecho y Estado. Todo Derecho tiene un límite insuperable en el hecho mismo de la existencia del Estado. Por esto puede --aniquilar el Derecho una modificación de los fundamentos de la vida del Estado; pero el Derecho no tiene jamás fuerza bastante para determinar en los momentos críticos de la vida del Estado, la dirección de su camino. Para atenuar las violaciones del orden del Estado, se ha ideado la categoría del Derecho de la legítima defensa de aquel, lo que no es sino otra expresión para indicar como la fuerza va antes que el Derecho. El hecho de las revoluciones, sean llevadas a cabo por los gobernantes o por los gobernados, no puede medirse en general con el criterio de un orden jurídico, a menos de juzgar la historia según los artículos del Código Penal. La posibilidad de estos hechos, que están completamente fuera del orden del Derecho, - jamás podrá evitarse por medio de leyes, y aún en el orden jurídico más perfecto, pueden existir lagunas constitucionales, que en casos dados solo es posible llenarlas mediante la relación real entre fuerzas. La jurisprudencia puede venir después y, con la ayuda de la dialéctica, probar que el hecho consumado lo fue conforme a Derecho. Lleva a cabo, por consiguiente, un ensayo de racionalización de hechos, ensayo enteramente semejante al que llevó a cabo el Derecho Natural y que con tanto celo y pasión fue combatido".

Y también afirma este autor: "Se ha afirmado muy a menudo que la verdadera Constitución de un Estado, en oposición a la escrita, descansa en las mutuas relaciones de fuerza de los factores particulares del Estado. Esta afirmación general es justa e injusta a la vez, según la concepción que se --tenga al respecto a cual es la naturaleza de la fuerza, y qué se entiende por ésta. Tal fuerza no es la fuerza física, pues

hemos visto durante siglos dominar sosegadamente una pequeña -
minoría a una gran masa... La fuerza de que hablamos es en -
parte una fuerza ética e histórica. La autoridad adquirida -
mediante usos y costumbres, por individuos y clases sociales,
se manifiesta también en la organización del Estado, en la fir -
meza que adquieren determinadas instituciones del mismo... --
Pero lo más importante para las recíprocas relaciones de los -
órganos superiores del Estado, es la fuerza jurídica que les -
corresponde". Y Jellinek se extiende entonces en la explica -
ción de la esencia de ésta fuerza, constituida por una amalga -
ma de los elementos hasta aquí enunciados (6).

Pero es Huriou quien con claridad y completitud enun -
cia el origen, 'la formación y sustancia permanente del Dere -
cho, desde una concepción global del mismo, y sin caer en par -
cializaciones. "De hecho -dice- el poder y la regla de dere -
cho no son elementos completamente separables, y sus relacio -
nes son íntimas: por una parte el poder de derecho es creador
de Derecho, y las reglas de derecho positivo no tienen otra -
fuente que el poder; por otra parte, estas mismas reglas de
derecho necesitan ser sancionadas por el poder, de tal suerte
que tienen por misión limitar el poder que las crea y que las
sanciona. Mirando las cosas de cerca, la función del poder --
creadora de reglas de derecho es la que más requiere la limi -
tación del poder por el Derecho, aunque también sea preciso -
vigilarlo en su función de ejecutar o de aplicar las reglas.-
El poder político gobierna en virtud de una incesante emisión
de decisiones, la mayor parte de las cuales son creadoras de -
Derecho. El poder legislativo hace las leyes, el poder ejecu -
tivo dicta los reglamentos y emite las decisiones para ejecu -
tar las leyes; el poder es Derecho en potencia o en acto, y -
el Derecho es poder realizado. Depende esto de que estando -

destinado el poder político a gobernar hombres libres, y consistiendo la libertad en la facultad de acomodarse a una regla, el poder solo actúa mediante las reglas que establece. - Lo que se trata pues, de contener en el poder político es su facultad creadora de Derecho, ya que una defectuosa regla de derecho es un peligro grave para la libertad social". (En esta cita entendemos la palabra "poder" en el sentido de "fuerza", pero esta fuerza no en el sentido de fuerza bruta o nuda fuerza material, sino en el sentido de esta misma a la cual se -- agregan otros elementos, según los casos, de "superioridad es piritual que capacitan para influir en la vida social, influyendo en al conducta de otros hombres") (7).

Por otra parte Hauriou afirma que "hay por lo menos dos especies de Derecho: el del Estado, y el anterior al Estado", y continúa: "...El gran mal de que sufren todos los estudios de Derecho Público desde hace por lo menos tres cuartos de siglo, es el abandono de la teoría clásica del poder. No se quiere ya admitir que el poder político -sea o no poder de Estado- es creador de Derecho, y sobre todo no se quiere admitir que pueda ser creador de Derecho el poder individual de un hombre. Se está hipnotizado por la idea de que la voluntad de un hombre no puede ser superior a la de otro hombre, y se pretende entonces buscar el asiento de la autoridad fuera de la superioridad que confiere el valor individual,... en la regla de derecho... o en la voluntad de la persona moral Estado. Nuestra doctrina es que el poder político es originariamente un derecho de superioridad de la voluntad individual del jefe y que este poder es creador de Derecho. En verdad se produce una evolución: gradualmente la institución del Estado hereda el capital del poder minoritario acumulado por una larga serie de jefes; pero, por una parte, esta evolución no se acaba más

que bajo la democracia; mientras el Estado permanece aristocrático y monárquico, poseyendo el monarca un poder real, subsiste el poder personal; por otra parte en el Estado democrático el poder minoritario no es más que un capital heredado, - pues sería imposible que se constituyera únicamente en virtud de los principios democráticos que son mayoritarios; el poder político no proviene, pues, del Estado democrático, sino que es una herencia de los poderes individuales de las edades aristocráticas. Esta teoría clásica del poder individual creador del Derecho, tiene la ventaja de no encerrar todo el Derecho - en la legitimidad del Estado; es, además, amplia y acogedora de las realidades históricas, lo mismo de las referentes a las relaciones internacionales que de las que se refieren a las revoluciones. Existen por lo menos dos clases de Derecho: el - derecho de la libertad primitiva, que es al mismo tiempo el de las relaciones externas, y el derecho del Estado, que es, ante todo, el de las relaciones internas..."

"...A no dudarlo, el Estado ha tratado de arrogarse el monopolio del Derecho, pero no hay tentativa de monopolio - que prospere hasta el punto de destruir completamente las libertades primarias. Sin duda también el derecho del Estado - realiza un progreso, pues es muy superior al derecho primitivo, como la justicia pública realiza una paz pública más perfecta que las justicias privadas; pero todo esto no quiere decir -- que, en defecto del derecho del Estado, no pueda recobrar utilidad el derecho primitivo de la justicia privada, ni, sobre - todo, que éste no sea Derecho".

"En resumen, hay el derecho de la institución del Estado, que se aplica especialmente en el interior del Estado y en los períodos normales en que éste régimen conserva su conti

nidad; hay además el derecho de la libertad primitiva, que se aplica en las relaciones internacionales y también en las relaciones nacionales cuando el régimen del Estado sufre una solución de continuidad. Añadamos que, en las relaciones nacionales, el derecho de la libertad primitiva, cuando se ejerce excepcionalmente, aparece como revolucionario, porque se traduce en la máxima de que cada uno se hace justicia por su mano, mientras que el régimen del Estado ha establecido la máxima inversa, según la cual nadie se hace justicia a sí mismo. Pero no hay que dejarse seducir por el carácter absoluto de éstas máximas; una y otra solo son válidas hasta cierto punto. Nadie puede hacerse justicia a sí mismo mientras está protegido por la institución del Estado; pero si le falta la protección del Estado, o si necesita protegerse contra el Estado mismo, entonces el individuo, en situación de legítima defensa, recurre el viejo derecho de la libertad primitiva aún para modificar la Constitución del Estado. Más este gesto es en vano revolucionario, pues la modificación constitucional no es menos jurídica, ya que el derecho revolucionario, en su calidad de derecho de la libertad primitiva, es también Derecho". - (8).

Mencionemos por fin en este punto también la opinión de Sánchez Agesta, quien dice que "la tensión lógica entre estos elementos, poder político y Derecho, se traduce en una sucesión de momentos en que recíprocamente se dominan. Cuando un orden social determinado se regula por un orden jurídico -- que responde a sus necesidades ideales y reales, el poder está sometido a ese Derecho; cuando por el contrario existe una inadecuación entre un orden jurídico y esas necesidades sociales, el poder extrae de esas mismas fuerzas ideales y reales la energía necesaria para dominar el Derecho, transformándolo

en función de las nuevas necesidades. Lo que en último término quiere decir que la verdadera energía creadora o mantenedora de un orden social está mas allá de esa actividad política o de ese Derecho que contienen. De una parte se funda en la aptitud del hombre para discernir lo que es justo y su voluntad de realizarlo; y de otra, en las necesidades, siempre cambiantes, de un orden social concreto. Y esta energía gravita alternativamente sobre el Derecho o el poder político creador, según que uno u otro expresen más idoneamente sus exigencias. Las alternativas de estas fuerzas son el pulso mismo de la vida política y en ellas está el secreto que preside el curso de la historia".

Más adelante dice el mismo autor: "El Derecho es connatural a la existencia misma del Estado y debe considerársele incluso como uno de los elementos que definen su concepto. Un régimen de Estado es, entre otras cosas, un régimen jurídico del poder público. Pero esta naturaleza jurídica no agota el concepto del Estado, ni es el único elemento de su organización, sino que el Derecho está en equilibrio con otros factores que integran el orden estatal. Todo Estado, por consiguiente, no es per se Estado de Derecho, sino solo aquel en que se ha producido un equilibrio entre el impulso del poder y de la libertad (de la acción política subjetiva), y el orden regulador del Derecho (orden político institucionalizado); esto es, aquel en que el Derecho positivo encarna de una forma satisfactoria los valores de justicia y seguridad que son función del Derecho y encuentra en estos valores la fuerza necesaria para contener el poder y la libertad" (9).

En otro lugar también Sánchez Agesta, al hablar de la Constitución, dice que "una Constitución no sólo es derecho

escrito, sino una forma o sistema de gobierno que resulta del funcionamiento real de unas instituciones de acuerdo con unos principios conscientes o latentes en la conciencia de los hombres, y que se reflejan en datos reales que pertenecen más -- bien a la ciencia histórica y a la sociología política que a la ciencia estrictamente jurídica". Y continúa: "...Se puede, pues, aceptar como válida esa expresión de que toda Constitución que se formula como un derecho escrito está precedida en cierta manera por una Constitución 'de hecho', que el Derecho escrito viene a remodelar y a dar perfiles nuevos. Los hechos con mayor o menor fundamento jurídico, preceden con frecuen-- cia al Derecho escrito y por eso la historia es una compañera inseparable de la comprensión del hecho constitucional. Y - cuando nos referimos a los hechos, no pensamos en lo que se - llaman 'poderes fácticos', de acuerdo con la concepción de La-salle o Balmes, aunque también sea preciso tenerlos en cuenta, sino a conductas humanas que responden a principios, en vir-- tud de creencias conscientes o inconscientes de los hombres, y que en virtud de esos principios se organizan en una cierta - coherencia interna. Esas ideas o principios (por ejemplo, la libertad, la democracia) establecen pautas flexibles de conducta hacia metas, que quizás no se expresan con precisión, por- que son a veces como una luz en la niebla de las circunstan- - cias, que orienta ese camino que no siempre se hace al andar. Un sistema político exige, pues, definir junto a los textos - escritos, los hechos históricos que marcan los hitos de su fundación y las ideas o principios que han precedido su evolución y consolidación" (10).

Hasta aquí se ha insistido en la consideración que - de la fuerza y de los hechos existe en el ámbito del Derecho - Constitucional, el cual, por ser un derecho fundamental, es - el que en primer lugar se vé ante la necesidad de definiciones

al respecto. Pero es interesante observar que en muchas otras ramas del Derecho la fuerza y los hechos contrarios o al margen del mismo son tenidos en cuenta por éste.

Así en el Derecho de Trabajo el denominado derecho de huelga es una realidad que es cuanto menos ajena al Derecho.- Este derecho se ha venido abriendo camino con dificultad hasta llegar al reconocimiento constitucional y la regulación legal. Pero aún así, según los autores, edificar una teoría jurídica de la huelga es buscar la cuadratura del círculo (11).

Decir Derecho Internacional casi equivale a decir - paz. La guerra, como recurso violento, es contraria y ajena - al Derecho. Pero el denominado "Derecho de guerra" también - es considerado parte del Derecho Internacional. "Así como no hubo nunca en la historia que nosotros podemos abarcar una paz que fuera absoluta, es decir, libre de gérmenes de conflictos, tampoco hay ninguna guerra absoluta, que no contenga en sí algún elemento de relaciones pacíficas, es decir, de razón, justicia y humanidad. Ambos estados, el estado de guerra y el estado de paz, están mezclados..." (12).

En Derecho Penal también se puede encontrar cierta - similitud en los casos de legítima defensa y estado de necesidad. Existe sin duda la diferencia importante de que en este caso hay un juez que habrá de examinar los extremos del caso, previsto por lo demás en el Código respectivo. Pero lo destacable es que la fuerza se manifiesta antes que el Derecho y que éste habrá de legitimarla posteriormente.

Incluso en Derecho Privado, en Derecho Civil, hay - instituciones reconocidas como la posesión, la prescripción,-

los casos referidos a la denominada posesión de estado, ya se trate de concubinatos estables, circunstancias referidas a filiación, uso de un determinado nombre, y demás casos similares, que son tenidos en cuenta por la jurisprudencia en el Derecho Civil comparado.

En este punto es conveniente tener presente también alguna reflexión sobre la necesidad como fuente de Derecho, - pues muchas veces se la ha invocado para proceder contra la legalidad vigente al no considerársele apta para solucionar los problemas del momento político correspondiente (13). En los casos analizados ha sobresalido la problemática en algunos casos argentinos, en el romano, y quizá, también en el español.

Perassi cita a Modestino, el jurista clásico romano, quien afirma que "omne jus aut consensus facit aut necessitas - constituit aut consuetudo firmavit". Esto significa que "la - necesidad está colocada en la categoría de hechos jurídicamente relevantes como fuentes de normas jurídicas, como proceso - al cual el ordenamiento jurídico agrega una ilimitada potencia - lidad de producción jurídica. Los momentos esenciales de la - norma 'necessitas jus constituit' son por lo tanto los siguientes: a) consideración de la necesidad como 'hecho' jurídicamente relevante; b) aceptación de la necesidad a la que se - atribuye la idoneidad de producir el nacimiento, o la modificación o extinción de cualquier norma del ordenamiento jurídico. La 'necesidad' se puede concebir como situación de cosas que expresa una exigencia improrrogable en el devenir del ordenamiento jurídico, sea en el sentido que una nueva norma se -- produzca, sea que se extinga o modifique una norma existente" (14). Esto aparentemente nada tiene que ver con este estudio, pues la necesidad, según lo dicho, para ser tal, debe ser acep

tada por el ordenamiento jurídico positivo, mientras que aquí suponemos que el derecho positivo ha sido barrido por la fuerza de las circunstancias, lo que eliminaría también la necesidad, subordinada en este caso a él.

Sin embargo Perassi también afirma: "...En lo que con expresión sintética se llama 'necesidad', pueden englobarse también situaciones y procesos sociales que en la historia toman el nombre de revoluciones y golpes de Estado. El ordenamiento jurídico, que entre los hechos de producción jurídica contempla la necesidad como proceso idóneo de una ilimitada producción jurídica, es un ordenamiento en el cual cualquier cambio, por profundo que fuese, producido por un proceso revolucionario victorioso es susceptible de ser considerado como una modificación, jurídicamente valorable, de normas jurídicas. En tal ordenamiento, entre una ley que modifica un modesto artículo de un código, y un proceso revolucionario, que determina una modificación radical del ordenamiento constitucional, se buscaría en vano, desde el punto de vista de la dogmática jurídica, una diversidad que no fuese del todo secundaria: Se diría que en el primer caso la modificación tiene por fuente un acto jurídico, y en el segundo un hecho jurídico, colocándose el proceso revolucionario, en cuanto resulta victorioso como manifestación histórica de la necesidad, en la categoría de hechos jurídicamente relevantes, lo que es tanto como decir que, dogmáticamente, la idoneidad de producir el cambio de derecho existente reposa sobre el mismo ordenamiento jurídico" - (15).

Todas estas citas, extensas y quizá sobreabundantes, tienen por única finalidad dejar establecido que la circunstancia de que una norma, o un ordenamiento normativo, provenga -

de la fuerza, y sea "de hecho" y contrario al Derecho existente, no debe ser por ello automáticamente anatematizado como -- injusto. Y téngase presente que es la justicia el valor y fin principal de todo ordenamiento social regulado por unas determinadas normas. Vemos como situaciones en un tiempo totalmente fácticas, son aceptadas por el Derecho y convalidadas como Derecho positivo, tanto a nivel constitucional, como a nivel de legislación subordinada.

Olivecrona dice al respecto que "parece difícil comprender como actos de violencia pueden dar nacimiento a normas 'obligatorias'. La legislación de este género parece tener - un proceso aún más misterioso que el de la legislación ordinaria. Se supone que los constituyentes tienen derecho a establecer normas obligatorias, pero los revolucionarios no sólo - están desprovistos de todo título de esa índole sino que acc-- túan desafiando al derecho existente. Y sin embargo la nueva Constitución es la base de nuevas leyes cuya fuerza obligatoria no se cuestiona... Cuando se descarta la noción supersticiosa de la 'fuerza obligatoria' del derecho el dilema se resuelve, pero solamente entonces. Desde el punto de vista tradicional debe permanecer siendo un misterio que la fuerza engendra al derecho, perturbando para siempre el cerebro de los infortunados filósofos" (16).

También Herrfardt dice que "se trata de saber en -- principio si una revolución, que en sí es una violación del - Derecho, puede originar y como, un nuevo Derecho que tenga - fuerza obligatoria para los súbditos. De cualquier modo que - afirmemos esta cuestión, resultan una profusión de problemas peculiares. Debe aclararse desde que momento puede el nuevo orden reclamar fuerza obligatoria. Como el nuevo poder, la ma

yoría de las veces, no se presenta con una constitución completa formulada deberán ser aclarados por la Ciencia del Derecho las particularidades de su posición como poder del Estado. - Fijará también por quien y en que forma han de ser dictadas - y promulgadas las leyes del nuevo poder político, en que manos reside el Poder Ejecutivo, quien goza del derecho o facultad - de representación internacional..." (17). Afirma también este autor que "la vinculación entre la fuerza y el Derecho, fijada anteriormente como un hecho sociológico, la creación del Derecho por violación del mismo, la teoría del Derecho internacional del hecho consumado, la normatividad de lo real u objetivo, etc., reciben ahora su justificación filosófica. La Filosofía del Derecho al igual que la Divinidad, se pone del lado de los ejércitos más fuertes. 'La fuerza no es superior al Derecho, pero crea este cuando va acompañada de éxito', dijo una vez el publicista berlinés Hübler..." (18)

La sola fuerza, a secas, es siempre injusta. Pero - la fuerza que se opone al Derecho, a un orden jurídico, no -- siempre lo es, pues puede ser una fuerza justa que se rebela - contra un Derecho, contra un orden, injusto. En términos de - Ihering, la fuerza justa ya es Derecho.

La fuerza y la justicia, o, la fuerza y el Derecho - justo, son los dos polos necesarios para que funcione el aparato social. El problema radica en la adecuada combinación - de ambas. En forma dialéctica pero apropiada lo ha expresado Pascal en sus Pensamientos: "Si no podemos lograr que la - justicia sea fuerte, intentemos al menos que la fuerza sea -- justa".

Confusión doctrinal en relación con la legitimidad

Hechas estas reflexiones incompletas acerca de la fuerza y de su importancia y valor ante el Derecho, es necesario afinar más los términos para acercarnos lo más posible a una explicación final que sea justa, lógica, jurídica, y que tenga en cuenta las circunstancias políticas. Para ello es necesario aludir a la legitimidad, al concepto de legitimidad, como elemento que subsume en sí toda la problemática aquí tratada. En efecto, a lo largo de todo el estudio se ha mencionado la legalidad como patron o medida de todos los acontecimientos políticos ocurridos en los casos analizados. Pero con solo este concepto no basta. La legalidad sola, como se ha visto, puede no significar nada, si no están superpuestas mutuamente con el concepto de legitimidad. Legalidad - legitimidad: he aquí el eje alrededor del cual gira toda la problemática estudiada. En principio, como se ha dicho, ambas deben estar superpuestas. Pero cuando se disocian, cuando la legalidad, o mejor, una determinada legalidad desaparece, el peso del devenir histórico-político se transfiere a la legitimidad. Fueyo Alvarez dice que "removiendo la vieja física del poder, como mera resultante de fuerzas naturales en constelación, lo que el griego descubrió fue nada menos que el principio euclidiano de la política occidental, a saber: que la sujeción política del hombre por el hombre tiene que ser legitimada como forma ideal de convivencia, que el orden político es una creación -- del hombre a partir de una visión de la comunidad en el Logos, que, en una palabra, es una idea política, y que como tal postula su representación o expresión concreta; es decir que el orden político es de suyo y constitutivamente, representativo" (19).

Al abordar brevemente este tema de la legitimidad - es necesario primero establecer su definición y contenido. - Según Martinotti "dícese legítimo de todo ente justificado - existencialmente, cuya presencia conviene al orden natural, en cuanto tiende a la planificación posible de sus virtualidades - de realización. Será, por tanto, ilegítimo todo aquello que aún respondiendo a su esencia (sin lo cual sería otro ente distinto) defrauda en su existencia tales posibilidades de plenitud. De ello deducimos el criterio normativo de la legitimidad: el orden natural. De modo que la pauta justificante deviene de su engarce dentro de ese orden. Si la naturaleza del ser es el principio próximo de las operaciones que responden a su esencia, solo puede justificarse o legitimarse en su existencia real, conforme al puesto ocupado y a la actividad cumplida dentro de su especie" (20).

Carl Schmitt dice que "legitimidad quiere decir fórmula de la identidad y autorrepresentación moral, ideológica - y filosófica de un orden estatal. Desde que existen constituciones escritas, el autor de la Constitución trata de sancionar su identidad con declaraciones solemnes, con la invocación de Dios, con fórmulas morales, ideológicas o filosóficas a las que fija en preámbulos" (21).

Para Legaz Lacambra "con el concepto de 'legalidad' - no se expresa nada específico referente a un sistema jurídico determinado. Legalidad, en el más amplio, obvio y general sentido de la palabra, significa existencia de leyes y conformidad a las mismas de los actos de quienes a ellas están sometidos. Por eso en nuestra definición descriptiva del Derecho hemos dicho que éste es una forma de vida social, que expresa un punto de vista sobre la justicia y cristaliza en un sistema de le

galidad; con lo cual queremos decir que la legalidad es una forma manifestativa del derecho, la forma precisamente por la que el jurista reconoce la existencia del Derecho... La 'legitimidad' es un concepto paralelo al de legalidad. Como este posee también un sentido fundamental, que alude a los principios de justificación del Derecho (el Derecho como punto de vista sobre la justicia); pero también como él posee una carga histórica, si bien ahora diríamos que se trata de un concepto más bien 'antiguo' a diferencia de la legalidad, que es un concepto más 'moderno'..."En el fondo de toda pretensión de legitimidad hay una no disimulada invocación al misterio, que puede ser absorbida por la fe, pero no asimilada por un análisis racional. La comprensión de la realidad política dentro de un sistema que, como del suyo decía Laplace, hiciesen innecesaria la hipótesis de Dios, denunciaba una mentalidad --racionalista que forzosamente tenía que repudiar como irracionales los títulos de legitimidad no susceptibles de comprobación lógica. Esto explica la disolución de la legitimidad en legalidad, que es también una manera de dar una justificación del poder y de la sumisión del hombre nacido 'naturalmente libre'. Con esto, una legitimación trascendente se torna puramente inmanente, y se cae en una nueva forma de santificar lo existente..."..."...Cuando se arrumban los supuestos ideales en los que se apoya la fe en la legalidad, cuando se apagan --los últimos rescoldos que inadvertidamente se alojaban en la entraña del positivismo jurídico, la legalidad se convierte en un puro formalismo. Es una legalidad vacía, bajo la que se encubre la más variada y a veces averiada mercancía... Los juristas han ido paulatinamente abandonando su fe en la legitimación inmediata de la legalidad y su actitud se ha orientado unilateralmente a atenerse solo a la legalidad. Surge así la contraposición típica entre lo 'constituyente' y lo 'constitui

do', entre el ordo ordinans y el ordo ordinatus, entre el pouvoir constituant y el pouvoir constitué. Los juristas del Derecho positivo, esto es, constituido y estatuido, se han acostumbrado a tener en cuenta solamente este orden existente y los hechos que dentro de él acontecen, o sea, el ámbito de lo ya constituido, y en particular, el sistema de una legalidad estatal determinada. En consecuencia, rechazan como metajurídica la consideración de todos los acontecimientos que sirven para fundar y constituir ese orden y ese sistema. Refieren la legalidad a la constitución o a la voluntad del Estado constituido como persona. Pero la cuestión de donde proviene esa constitución, de como nace este Estado, la rechazan como puros 'hechos', que escapan a la consideración del jurista" (22).

El origen de la escisión entre legalidad y legitimidad, según también Legaz, "parece estar en la Francia monárquica de la Restauración, a partir de 1815, en la que se manifiesta de modo agudo la oposición entre la legitimidad histórica de la dinastía restaurada y la legalidad del todavía vigente Código Napoleónico. Años más tarde Luis Napoleón hablaba de que se imponía 'salir de la legalidad para volver al Derecho'. Al igual que la legalidad, la legitimidad pertenece al sector de los conceptos fundamentales del Derecho, y se refiere al orden de los principios justificativos del mismo, pero también es un concepto que posee su carga histórica debida a su origen en la oposición a una determinada legalidad" (23).

Para Gil Robles "la legitimidad de cualquier institución es su conformidad con la ley, en toda la extensión de la palabra, y, por lo tanto, con la ley divina, natural y positiva, y con la humana, ya consuetudinaria, ya escrita. Así, - - pues, lo mismo da decir legitimidad que legalidad: pero a ve-

ces se emplea esta última palabra, y así lo expresará, explícita o implícitamente, la elocución, en el sentido de ley contraria a Derecho o, como si dijéramos, sin moralidad y rectitud, puro legalismo pragmático, privado de espíritu de justicia y divorciado y enemigo de ella; y también puede usarse el término como expresivo de una ley que, aunque tenga en sí misma razón y justicia, no está en conexión y armonía, sino en oposición y pugna, con otras leyes de orden superior, y así -- no puede atribuir derechos actuales en colisión con los demás de preferente título... En la legitimidad, como en todos los demás derechos, hay un elemento abstracto, la razón especial de orden que cualquier derecho supone y expresa, y la concreta determinación del derecho abstracto en un sujeto, en una persona física o moral" (24).

Por su parte Fueyo Alvarez dice que "es preciso atribuir significación distinta a los conceptos de legalidad y legitimidad. Están orientados hacia campos de realidad distintos, pues mientras que el uno expresa el poder en su conformación jurídica y decide acerca de la validez de sus actos de creación normativa, el otro es un juicio de valor acerca de -- ese mismo poder como momento episódico en el existir de una comunidad de vida histórica. Así pues, no solo no es este último un concepto jurídico-positivo, sino que por el contrario, -- en cierto sentido, apunta a algo 'intemporal', puesto que ninguna coyuntura es capaz de agotarlo por completo en una realidad históricamente dada. Si la razón última de validez de un ordenamiento positivo es el principio de conservación de una comunidad de vida, la razón última de la legitimidad de un poder está en el grado en que su propia constitución incorpora -- la entidad de esa comunidad como tipo de 'ser en común'... Si la ciencia jurídica es concebida estrictamente como teoría de

las normas, incluso de normas no positivas, el problema de la legitimidad escapa de los límites de esta concepción, puesto que por definición frente a toda norma queda en juego la cuestión de su principio de autoridad. Ahora bien, al fijarse esta pauta crítica se toma ya, consciente o inconscientemente, posición ante el problema, confundiendo la legitimidad en la legalidad. Por eso es preciso salir del campo nomológico y buscar el sentido de la relación entre el poder organizado y la comunidad social como base de posición del problema como tal" (25).

Ya se ha mencionado con anterioridad la definición dada por Carl Schmitt. Este jurista ha hecho importantes reflexiones sobre estos temas (26), y es útil tener en cuenta algunas de ellas. Dice p. ej.: "...El Estado legislativo parlamentario, con su ideal y su sistema de legalidad herméticamente cerrado para todos los actos estatales, ha desarrollado un sistema de justificación completamente peculiar. La 'legalidad' tiene aquí precisamente el sentido y la pretensión de hacer supérflua y rechazar no solo la legitimidad (tanto la del monarca como la de la voluntad plebiscitaria del pueblo), sino también toda autoridad basada en sí misma o soberana. -- Cuando en este sistema se emplean todavía palabras como 'legítimo' o 'autoridad', solo se emplean como expresión de legalidad y como derivadas de ellas. Del mismo modo hay que entender los siguientes párrafos de Max Weber: 'Esta legalidad puede valer como legitimidad'; o 'la forma de legitimación más corriente hoy es la fe en la legalidad'. La legitimidad y la legalidad se reducen ambas aquí a un concepto común de legitimidad, mientras que la legalidad es justamente lo contrario de la legitimidad. Por eso considero correcta la formulación que sobre la legalidad y la legitimidad hace Otto Kirchheimer, se-

gún la cual la legitimidad de la democracia parlamentaria 'consiste únicamente en su legalidad', y hoy en día 'los límites de la legalidad acaban manifiestamente donde empieza la legitimidad'. Desde luego, el uso del lenguaje es ahora tan amplio que considera lo legal como algo "solamente formal" y lo legítimo como lo contrario. Hoy, por ejemplo, podría decirse, sin incurrir en contradicción, que la disolución del Reichstag es 'rigurosamente legal' aun cuando constituye un golpe de Estado; y, a la inversa, que una disolución del Reichstag responde propiamente al espíritu de la Constitución, aunque no sea legal. Tales antítesis sirven de expresión documental del desmoronamiento de un sistema de legalidad que termina en un formalismo y un funcionalismo sin objeto que no guarda relación con la realidad. Semejante fin solo se explica por el hecho de haberse abandonado los presupuestos esenciales y el pathos específico del concepto legalista de la ley. Por ello ha surgido también la ilusión de que sería posible encontrar vías y procedimientos legales para todo lo imaginable, incluso para las aspiraciones, objetivos y movimientos más radicales y revolucionarios, de que estos podrían alcanzar su meta sin violencia y sin subversión y, finalmente, de que este proceso funcionaría a la vez como creador de un orden, manteniéndose, no obstante, 'completamente neutral en cuanto a los valores'" (27).

Por su parte para Duverger "la legitimidad no aparece como una noción original sino sobre el terreno de la ilegalidad: por otra parte, ella está contenida en la noción de legalidad y no presenta en sí ningún interés. Un gobierno legal es siempre legítimo por definición misma; por el contrario un gobierno de hecho puede ser legítimo o ilegítimo, según las circunstancias; es por lo tanto con relación a éste que es interesante precisar esta noción de legitimidad". Pero Duverger

en vez de profundizar en este punto, hace una distinción que quiebra el concepto unívoco del Derecho cuando dice: "Las afirmaciones precedentes valen solo si se considera la legitimidad en el terreno del derecho positivo; en derecho natural la palabra adquiere otro sentido: de acuerdo con éste es posible concebir perfectamente un gobierno legal que no sea legítimo. De allí la necesidad de distinguir entre la legitimidad en derecho positivo y la legitimidad en derecho natural". En derecho natural la legalidad y la legitimidad son dos nociones completamente independientes, pudiendo existir una sin la otra. En cambio en derecho positivo "la legitimidad se acerca más a la noción de legalidad que a la de legitimidad de derecho natural. Un gobierno es legal en la medida en que se conforma a los principios jurídicos regularmente expresados y formulados en una Constitución. Un gobierno de hecho es legítimo en la medida en que se conforma a los principios jurídicos todavía no escritos en una Constitución, pero reconocidos por el mismo como los fundamentos de la autoridad pública y la base de la futura Constitución. Si un gobierno de hecho viola estos principios, la situación jurídica es muy similar a la de un gobierno legal que viola la Constitución...: hay un defecto de validez jurídica de tales actos y la autoridad que los realiza deja de ser un gobierno (de derecho o de hecho) para convertirse en simple usurpador" (28).

Para Sternberger "legitimidad es el fundamento del poder político cuando el gobernante lo ejerce con conciencia de su derecho a gobernar y los gobernados reconocen de alguna forma ese derecho"... "Las revoluciones, a diferencia de las usurpaciones o de los golpes de Estado, no son necesariamente ilegítimas. Si triunfan, introducen un nuevo principio de legitimidad que sustituye a la legitimidad del régimen anterior. En dichas circunstancias, el reconocimiento por el pueblo solo

puede lograrse una vez que el nuevo gobierno comienza a gobernar. El proceso para convertirlo en legítimo puede aparejar - violencia y terror. El reconocimiento diplomático exterior, - aunque no esencial, puede ayudar a la consolidación interna y, por tanto, acelerar la aceptación de la nueva forma de legitimidad. Los gobiernos, tanto si siguen principios tradicionales de legitimidad como si establecen principios revolucionarios, pueden perder su legitimidad al violar dichos principios. El deseo de legitimidad está tan profundamente arraigado en - las comunidades humanas que resulta difícil encontrar un tipo de gobierno histórico que no haya gozado de un auténtico y ámplo reconocimiento de su existencia o que no haya intentado ganarlo. Sin embargo, al ser la legitimidad un fenómeno tan - genérico, se ve continuamente amenazado por la diversidad de sus modelos y fuentes. Los rivales del poder suelen considerarse automáticamente como legítimos, tachando de ilegítimos a sus oponentes. Por ello no es fácil hablar de legitimidad en términos generales; han de estudiarse por separado sus diferentes clases..." (29).

Según Ferrando Badía cada tipo de sociedad tiene su forma peculiar de poder político, pues cada forma política de poder se basa en un principio de legitimidad diverso. Este - autor, siguiendo a Burdeau, afirma que en toda sociedad hubo - una evolución del poder según fases de duración extremadamente variables, pero en las que aparecen sucesivamente: 1) El poder anónimo; 2) El poder individualizado; y 3) El poder institucionalizado. En ocasiones hay una vuelta periódica al poder individualizado. "De la misma manera que, de hecho, es - muy difícil que se den en la realidad los tipos ideales de poder político, también lo es que una forma de poder político lo gre el 'consensus' de la masa de los ciudadanos. Normalmente -

suelen coexistir en una misma sociedad política, dos o más sistemas de creencia relativas a la legitimidad del poder político. Cualquiera que sea su forma, un poder suele tener la oposición de una parte de los ciudadanos, que son portadores de otra legitimidad y de otro tipo de poder. Estamos en presencia de un conflicto de legitimidades. Según que predomine la oposición o el consensus la forma concreta de poder en cuestión entrará en crisis. Toda crisis de legitimidad -de legitimidad sociológica- entraña una crisis de la forma de poder político" (30). Este mismo autor, en otro lugar, se refiere a las diversas acepciones que puede tener el término legitimidad. "La concepción filosófica de legitimidad, que apunta, por límites a las esferas del poder, a la adecuación de éste, en todos sus aspectos, a lo que prescribe el llamado Derecho natural. La concepción legal de legitimidad, que identifica legitimidad con legalidad. Es legítimo lo que es legal, lo que se ajusta al derecho escrito, a la Constitución. Y, por último, nos hallamos en presencia de la concepción sociológica de legitimidad, que es la actualmente dominante, tanto entre los científicos de la política como en la praxis política" (31).

Es de observar cuan fácil es perderse en este maremagnum de definiciones, distinciones y matizaciones. Se distingue entre legalidad y legitimidad, que en algunos aspectos son una sola y misma idea, y en otros no. Se distingue entre legitimidad de derecho natural y la de derecho positivo. Se distingue entre legitimidad jurídica, legitimidad sociológica y legitimidad política. Se habla de distintas formas de legitimidad. Se habla de la coexistencia de varias de ellas en una sociedad. Y, además, se dice que en determinado momento prevalece y vale una, y en otro momento, otra. Y todo ello es el campo de la legitimidad.

La legitimidad como criterio objetivo

Es fundamental en este punto quedarnos con una idea clara, simple y global. Y la idea global y simple parece ser la de Schmitt ya mencionada: Identidad y autorrepresentación. Es decir, concordancia con la esencia de lo que se habla.

Cuando se habla de gobierno legítimo se piensa con - ello en un gobierno que, en líneas generales, es lo que los - gobernados piensan que debe ser, y que cumple, por lo tanto, con las expectativas que en él tienen depositadas. Es evidente que no todos estarán de acuerdo en todo lo que se refiere al mismo. El consensus existente será solo el básico o genérico, y quizá también el consensus fundamental, pero muy difícilmente se dará el consensus específico, que pertenece al campo propio de la opinión pública (32). Sin distinguir en diversos tipos, Shils define el consensus como "el estado particular del sistema de creencias de una sociedad que se da cuando una proporción de sus miembros adultos, y más particularmente de aquellos a los que concierne la atribución de autoridad, - status, derechos, riqueza, e ingresos y otros importantes y escasos valores, sobre los que se puede producir conflicto, está de acuerdo básicamente, en sus creencias sobre qué decisiones se deben tomar y tiene cierto sentimiento de unidad entre - ellos y con respecto a la sociedad como un todo". Para Shils los tres elementos cruciales del consensus son: 1) La aceptación de las leyes, reglamentos y normas; 2) La adhesión a las instituciones que las promulgan y aplican; y 3) Un sentimiento generalizado de identidad y unidad entre los individuos que forman la sociedad (33).

Recordemos la cita de Martinotti: "Dícese legítimo de todo ente justificado existencialmente, cuya presencia conviene al orden natural, en cuanto tiende a la planificación posible de sus virtualidades de realización. Será por lo tanto ilegítimo todo aquello que aún respondiendo a su esencia (sin lo cual sería otro ente distinto) defrauda en sus existencias tales posibilidades de plenitud". La conveniencia con el orden natural en este caso está dada por el hecho de que toda sociedad necesita de un gobierno para poder subsistir como tal. Este hecho ya no necesita demostración. Pero si el gobierno de una determinada sociedad defrauda en su existencia y con su accionar las posibilidades de plenitud, si con su accionar -- desvirtúa la finalidad de su existencia, que es el bien común de la sociedad (fórmula que sintetiza la pluralidad teleológica de la política), aunque siga siendo gobierno, ya no concuerda con las expectativas y finalidades que la sociedad le atribuye. Ya no es lo que debe ser, a los ojos de la comunidad a la que debe servir.

Si un gobierno cumple, con mayor o menor plenitud, -- con las expectativas de la sociedad a la que rige, se dirá que goza del consensus de los gobernados, y que es, por lo tanto, legítimo. El concepto filosófico se superpone con el concepto sociológico. Téngase presente que aquí no se habla para nada de legalidad. La legalidad solamente sobreviene, en última -- instancia, porque hay consensus, porque quien habrá de sancionarla, e imponerla luego, goza de legitimidad. La legalidad -- es un concepto de carácter instrumental, mientras que los fundamentos están en la legitimidad. Desde luego, todo esto en -- principio, pues en nuestra civilización este instrumento de la legalidad adquirió un carácter de fundamentalidad del que, debido a ello, se ha confundido fin e instrumento, o expresado --

en otras dimensiones, fondo o forma, contenido y continente. - De ahí parten las graves perturbaciones que se producen en la conciencia de muchos, al contemplar las turbulencias políticas que se producen en el mundo, y de las cuales los casos analizados en los capítulos precedentes son sólo ejemplos más o menos clásicos.

En definitiva entonces, con Duverger, "la legitimidad no es sino un sistema de creencias, y su contenido varía según las épocas y los países...". Agrega este autor un elemento que es fundamental: "...La legitimidad, en el sentido sociológico del término, se define solamente por la adhesión, pero por una adhesión interna, íntima, no por una sumisión exterior, obtenida por la fuerza..." (34).

Este último elemento es puesto de relieve por Hennis cuando dice: "Consensus, adhesión de los súbditos como tales, crea adhesión, pero no necesariamente legitimidad. La concentración organizada de masas en el terreno del congreso del partido en Nüremberg, o en la plaza roja de Moscú, la audición en común de los discursos radiofónicos de los jefes del partido, la participación desde la cuna hasta la tumba, contribuyen con toda certeza, en los estados totalitarios, a la estabilización del régimen, pero, con igual certeza, no contribuyen a su legitimidad. Fortalecen el poder pero no producen legitimidad. - La estabilidad de un régimen no tiene nada que ver con su legitimidad, al menos necesariamente. Incluso si noventa y nueve de cien personas han hecho psicológicamente suya la legalidad del régimen, el único justo restante es quien tiene razón" (35).

"Cuando quien manda se hace obedecer no por la violenu

cia sino libremente, con el consensus de los ciudadanos, nos hallamos entonces, ante un poder legítimo, ante la auctoritas, y no ante la mera fuerza, ante la potestas. La legitimación se refiere a la adecuación del poder con los anhelos y necesidades de la comunidad. Cuando el poder se adecua a los principios, estructuras y fines postulados por las exigencias de la comunidad, entonces ese poder, que puede ser legal, se convertirá también en legítimo: en un poder aceptado libremente por los gobernados" (36).

Para Murillo Ferrol, en el fondo del problema de la legitimidad está siempre presente la verdad que enunciara Thomas en su conocido teorema, a saber: Cuando los hombres piensan una situación como real, es real en sus consecuencias (37). Consecuencia de todo lo dicho es que la legitimidad jurídica depende de la legitimidad sociológica, de aquello que los hombres creen que es o debe ser; y a su vez ésta, depende en -- gran medida de la legitimidad política, en el sentido de que -- haya una confianza en el elenco dirigente, al cual se lo considera capaz de ser tal. Con esto la problemática adquiere -- otra dimensión al tocar el tema de la efectividad. Pero antes de abordar brevemente el punto recordemos el caso español analizado. Porque la legitimidad jurídica depende de la sociológica es tan difícil considerar cuando se ha visto legitimado -- el proceso de Reforma Política. Sociológicamente ocurrió esto con el referendum aprobatorio de la Ley de Reforma Política y más definitivamente en las elecciones del 15 de junio de 1977. Pero jurídicamente el proceso se legitimó solo al sancionarse -- la nueva Constitución, en diciembre de 1978. Y si se quiere -- pensar también en la legitimidad política, sería necesario -- abordar el delicado tema de la eficacia de los gobernantes de entonces, del momento en que los ciudadanos creyeron en ellos

y de como esa creencia se fue afianzando durante el proceso.- De esta creencia y confianza dependió en realidad toda la transición.

La misma dependencia, de una legitimidad de otra, se produjo también en los demás casos estudiados. En Roma la personalidad carismática de Augusto, jefe victorioso y de alguna manera salvador del imperio en esa hora caótica, producía en los gobernados la creencia de que era el único gobernante eficaz en esos momentos, el único capaz de aglutinar conciencias, y de defender los intereses y la integridad del imperio. Esta convicción produjo legitimidad sociológica, y esta conllevó la jurídica, en el sentido de que se aceptó sin oposición la adulteración casi total de las instituciones de la República.

En Yugoslavia más que de legitimidad política (de - eficacia política) cabría hablar de efectividad de determinado poder, el de Tito, que lo poseía por las tres razones mencionadas oportunamente. Este poder convocó a las urnas, y en -- ellas obtuvo el 90% de votos, con lo cual adquirió legitimidad sociológica, si bien ésta fue totalmente falseada por el terror. (Hay una contradicción: en realidad no hubo legitimación sociológica, pero para entendernos de alguna manera es - necesario usar este concepto, pues de cara a la galería se utiliza siempre este argumento). De la legitimidad sociológica - se deriva naturalmente también la jurídica.

Por último, en Argentina se dió siempre la misma concatenación. Hubo primero un gobierno efectivo y eficaz, el militar. Este gobierno gozó siempre de una asentimiento parcial del pueblo, mayor o menor según los casos, y en base a este - consentimiento pasivo, hubo una legitimidad sociológica parcial, en base a la cual a su vez, se instauraba un orden jurídico sui

generis, mezcla de la Constitución violada y de Estatutos dictados por los gobernantes militares.

De esta suerte, la legitimidad es una condición relativa a la estabilidad de cualquier sistema gubernativo, siempre, por supuesto, que entendamos el término en su verdadero sentido, es decir, que no haya elementos falseantes de la misma.

Es necesario tocar también, brevemente, otro punto - que surge en el tratamiento de estos temas: el de la efectividad. Murillo Ferrol dice que "se ha distinguido al efecto entre legitimidad y efectividad de los sistemas... Efectividad significa realización actual; la extensión en que el sistema satisface las funciones básicas del gobierno tal como son vistas por la mayoría de la población y por los grupos importantes. Legitimidad implica la capacidad del sistema para engendrar y mantener la creencia de que las instituciones políticas existentes son las más apropiadas para la sociedad. El grado de legitimidad de los sistemas políticos contemporáneos depende de la medida en que hayan resuelto los problemas clave que históricamente dividían la sociedad. La efectividad es primariamente instrumental; la legitimidad es primariamente valorativa. Los grupos miran un sistema político como legítimo - o ilegítimo según que sus valores coincidan o no con los del grupo" (38).

Para Piovani "principio, regla o criterio de efectividad es aquel principio o criterio en base al cual se considera legitimamente constituida la comunidad política, en la cual - existe un gobierno que, por un período de tiempo que se prolonga sin solución de continuidad, ejercita orgánicamente un po-

der patente y estable, realmente obedecido por la mayor parte de los sujetos vivientes en el ámbito de aquella comunidad" - (39).

Este mismo autor, en otro lugar, dice que ésta definición contiene varios elementos que son necesarios para que dicho principio fuese aplicable, y que son: 1) Que exista una agrupación de personas convivientes; 2) Que haya un gobierno que las dirija; 3) Que este gobierno sea obedecido sin discontinuidad; y 4) Que este gobierno sea obedecido en forma patente y notoria, no clandestina (40).

Piovani afirma que la ciencia y la práctica del derecho no solamente están dispuestas a reconocer la legitimidad de cualquier ordenamiento estatal que efectivamente exista, sino que llegan a proclamar que el reconocimiento de hecho de la existencia del ordenamiento es el solo principio idóneo para aceptar la legitimidad de un ordenamiento. Toda reticencia del derecho en torno a este propósito cae. Esta verdad es explícitamente proclamada por el derecho, apertis verbis. El más velado, el más secreto arcano de la legitimidad es revelado en la explícita fórmula del criterio de efectividad. Que el Estado sea; mientras sea será legítimo. A la desconfiada prudencia del tradicionalismo legitimístico, a la bien congeñada 'fictio' del constitucionalismo democrático, sucede una sinceridad casi impúdica" (41).

"Un ordenamiento ineficiente no es un ordenamiento: la conciencia jurídica contemporánea está derivando de esta simple verdad todas las consecuencias que conlleva. No obstante esto, la coincidencia entre la eficiencia de un ordenamiento y su real existencia no han sido descubiertos por el pensa-

miento jurídico contemporáneo, ni el institucionalismo, sino - que ya Platón ha subrayado que ineficiente es el ordenamiento que no logra existir, porque no logra superar los particularismos centífugos" (42). "Basta conocer que un ordenamiento es - efectivo para reconocer la legitimidad; por lo tanto si se reconoce la ineficacia, se reconoce la inefectividad y de allí la ilegitimidad y la no juridicidad. En base al criterio de efectividad se puede admitir que la única condición para que se -- afirme que un ordenamiento es legítimo es su existencia efectiva: evidentemente, si esta condición falta se entra en el esfera del no-Derecho. El criterio de efectividad para ser claro criterio jurídico, debe asegurar el mínimo de condiciones - por las cuales se realiza la real eficacia de una sociedad civil. Si tales condiciones no se dan no existe aquella real eficacia, y por lo tanto no hay efectividad, sino su contrario, la inefectividad" (43).

En esta problemática Piovani se hace eco de la importancia que tiene la relación entre hecho y Derecho. "'Reducir el Derecho al hecho', es una expresión que tiene sentido solo - si se tiene una noción exacta del hecho como mero hecho, del hecho como hecho en sí, como hecho que es por excelencia, el -- no-Derecho. El hecho que nos interesa no es el hecho en general, sino el hecho que se contrapone al Derecho, presentándose como su contrario. Esto no impide que la valoración 'del hecho y del Derecho' encuentre frecuentemente valoración como 'el hecho en el Derecho'. Es necesario sin embargo aclarar que la valoración del hecho en el Derecho, si bien puede ayudar a comprender cual es la relación entre ambos, no puede aclarar si entre ellos hay o no antítesis. Tal duda no tiene sentido ya que, en esta interpretación, el hecho pertenece por definición al - sistema del Derecho" (44). Para Piovani "entitética al Derecho es solo aquella situación de vida refractaria a cualquier cali-

ficación jurídica. Solo esta situación es el hecho que se puede contraponer al Derecho. Hecho no es ni lo antijurídico, ni lo ajurídico, sino lo ajuridizable" (45).

"El criterio de efectividad por una parte se declara pronto a atribuir legitimidad a cualquier sociedad autónoma -- existente de hecho, y por otra indica cuales son los requisitos en base a los cuales puede reconocer, por así decir, la -- existencia de aquella existencia. De tal modo el criterio de -- efectividad trata de juridizar el hecho, pero un hecho tan social que es nada menos que sociedad, y busca en tanto que tal hecho social de dotarlo de características que aprueben y perfeccionen la sociedad" (46).

"Cuando se quiere valorar el criterio de efectividad en su compleja novedad, es oportuno no insistir solamente sobre la inicial instauración de hecho, ya que la efectividad previene que, por ejemplo, el Estado no hace sino instaurarse, en el sentido de que no hace sino confirmar las razones por las cuales no es legítimo, pero se legitima. La efectividad, si bien no adhiere sin reservas a la tesis de la legitimidad de ejercicio, muestra sin embargo su sustancial exactitud". Y aquí Piovaní cita a Duguit quien dice que "no hay por lo tanto una legitimidad creada de una vez por todas y después mantenida; la legitimidad se crea continuamente, al mismo tiempo que ella se mantiene. No hay más legitimidad de origen; se trata de la legitimidad de ejercicio en todo el rigor de esta expresión". Piovaní concluye: "En base a la efectividad, legítimo no es mas el poder que haya sido instaurado de tal o cual modo, sino el poder que en los hechos está firmemente instaurado" (47).

Ante todas estas afirmaciones es natural que surja --

una objeción importante, como la que hace Groppali. "La importancia siempre mayor que tiende a atribuirse al denominado principio de efectividad, con el cual se identifica, degradándolo, el Derecho con el hecho, en contraposición a otros principios, que han sido siempre tenidos en cuenta como fundamentos de todo ordenamiento jurídico, es otro de los tantos signos de nuestro tiempo caracterizado por el crepúsculo de los valores morales. Con la afirmación de que el Derecho se reduce al hecho, - y que toda institución, por el solo hecho de existir, debe considerarse legítima, es evidente que se niega, implícitamente, - toda diferencia entre lo lícito y lo ilícito... Resulta evidente como, con la identificación del hecho con la norma, de la -- fuerza con el Derecho, atribuyendo a todo régimen, solo porque existe, un poder legítimo que no encuentra límites de ninguna - especie, es decir, con la adopción del principio de efectividad, se termina por legalizar toda ilegalidad..." (48).

Esta preocupación de Groppali está del todo justificada, pues basar la legitimidad en la sola efectividad, en la sola fuerza bruta de quien mediante ella logra mantenerse en el - poder, puede resultar totalmente injusto, y en la historia, como en el presente, existen demasiados casos concretísimos como para tener que abundar en ello. Debido a ello Piovani, años - más tarde se hace eco de esta crítica, cuando dice que "la preocupación de que el principio de efectividad reduzca el Derecho al mero hecho puede mostrarse infundada con la simple consideración de que el 'hecho' ratificado por el principio es solamente el hecho ya social... El principio de efectividad no juridiza ciegamente cualquier situación; por el contrario, indaga a fin de conocer si una situación, por cumplir con determinados requisitos, puede ser reconocida como situación ordenada en Derecho. Que el Derecho esté pronto a reconocer como legítimo cualquier

ordenamiento que exista de hecho, no quiere decir que cualquier hecho en base a la efectividad, sea legitimado por el Derecho. El Derecho renuncia a dictar las condiciones a las cuales el hecho debe ajustarse para ser reconocido jurídicamente. Pero esto no excluye que las condiciones existan: no son condiciones impuestas, ante rem, por el Derecho, sino que son, in re, in rebus, condiciones sin las cuales el hecho, por si mismo, no vale, no tiene fuerza, no existe: éstas son las condiciones de la afectividad. Cualquiera que sea, de hecho, el ordenamiento, el Derecho se empeña en reconocerlo: pero debe aceptarse que efectivamente sea tal" (49).

Esta última cita salva de alguna manera el principio de efectividad, pero tampoco arroja sobre la problemática una claridad que permita despejar totalmente las dudas. En efecto, según el párrafo anterior, afectiva es una situación "ya social", es decir, que es efectiva solo porque previamente ha sido internalizada y hecha suya por la sociedad que la vive. Volvemos - así, por un camino distinto, al consensus, o lo que es lo mismo, a la inexistencia de conflicto en el seno de una sociedad, al menos en lo que a los problemas básicos se refiere. Un gobierno es efectivo si goza de consensus. Un gobierno es legítimo - porque es efectivo, y es efectivo porque goza de consensus. Observamos entonces que ambos aspectos, el valorativo (legitimidad) y el instrumental (efectividad), dependen del mismo supuesto. Pero la falta de claridad apuntada anteriormente se refiere a la medición o existencia real de ese consensus.

En los casos analizados surge con evidencia la gradación de los distintos momentos. En España la necesidad de un - cambio fue sentida o intuída por la mayor parte de la población, cualquiera que ese cambio fuese. Los gobernantes le han propues

to un modelo y el pueblo asintió en el Referendum (LRP) y posteriormente en las elecciones (15/6/77). Aquí no hay dudas posibles: la claridad respecto de la voluntad popular es meridiana. Por lo tanto el gobierno surgido es efectivo y además legítimo. En los casos de Argentina ya la apreciación es más difícil, pero es posible afirmar, siguiendo comentarios históricos y periodísticos de las diversas épocas, que, salvo en uno de los casos (el derrocamiento de Perón en 1955), siempre acompañó a la acción de los militares un consentimiento pasivo de la población, una cierta "comprensión". Evidentemente en estos casos es imposible tener datos concretos sobre ese consentimiento, pero es posible apreciarlo a través de algunos indicadores secundarios, como p. ej. la actitud de la prensa, el aumento de productividad, la estabilización monetaria, disminución de conflictividad laboral, silencio (no solamente el obligado, sino también el no obligado) de los políticos, pero especialmente la falta de una resistencia activa o quizá incluso armada. Estos elementos otorgaron a los gobiernos militares efectividad y una cierta legitimidad. En Roma la apreciación es más difícil aún pues estamos en otra época, con muy pocos puntos de contacto con la actual. Pero aún allí es posible afirmar, con los romanistas, que los poderes que conferían autoridad a Augusto (el ejército, el Senado, la aristocracia, y el pueblo, aun entendiendo esta última palabra con el sentido restringido de entonces, que se expresaba en comicios y más tarde en aclamaciones simples) sabían perfectamente lo que hacían. Sabían que iban contra las disposiciones "constitucionales" de la República, y sin embargo lo apoyaban. Era un régimen ad hominem que gozó de un consenso generalizado. Fue también por ello (y no solo por el apoyo del ejército) un gobierno eficaz y, hasta donde cabe utilizar el término, legítimo, y ello repetimos, porque esa efectividad era "ya social", y se creía en ella.

Pero el caso de Yugoslavia es muy distinto. Como ya se ha repetido varias veces, el gobierno de Tito tuvo efectividad debido a varias causas, también mencionadas. Pero esa efectividad fue meramente exterior. En este caso el hecho ratificado por el principio de efectividad no era un hecho "ya social", sino que era por el contrario un hecho anti-social, es decir - que la efectividad era solamente externa, faltándole el elemento interno del consentimiento popular. El hecho de haberse mantenido en el poder (y mantenerse aun) puede no significar nada a estos efectos. Al respecto dice Herrfhardt que "la concepción de que el simple poder o el hecho de la obediencia de los súbditos, independientemente de que estén o no conformes con él, sea suficiente para crear una fuente de normas obligatorias, necesita una aclaración; a saber: que no son indiferentes los motivos por lo cuales es obedecido el poder revolucionario. Si el pueblo espera unicamente el momento en que pueda librarse del dominio de la fuerza, no puede decirse todavía que exista un poder político mantenedor del orden, aunque aparentemente se le preste obediencia" (50).

Por consiguiente, para que un gobierno sea realmente efectivo no basta que controle política y militarmente (o policialmente) el país, sino que necesita del consensus de los gobernados. En Derecho Internacional se invoca siempre este principio de efectividad para reconocer gobiernos de facto, precisamente porque se presupone que conlleva el consensus. Pero este reconocimiento internacional no necesariamente implica la legitimidad de dichos gobiernos, pues el consensus, del que depende tanto la efectividad como la legitimidad, en muchos casos no está suficientemente formado o conformado, y hay solo un principio de consensus que luego puede romperse y derivar en conflicto. Por lo tanto la efectividad, como base para el reconoci--

miento internacional, no es suficiente para catalogar a un gobierno de legítimo también en el plano interno. Observamos diariamente que los gobiernos de facto, con muy pocas excepciones, muy pronto son reconocidos a nivel de comunidad internacional, en base al principio de efectividad, que presupone, según queda dicho, el consensus. Pero este consensus puede ser muchas veces falso, o falseado, y por lo tanto no real. Ejemplos de lo dicho hay muchos y no es el caso de enumerarlos -- aquí. Basta recordar el caso yugoslavo. Gran Bretaña reconoció el gobierno provisional de Tito ya el 20 de mayo de 1945, es decir, apenas unos días de terminadas las hostilidades en Europa, y sin que el proceso que habían desencadenado se hubiese clarificado. El reconocimiento de los Estados Unidos es del 28 del mismo mes y año. Aún no había finalizado ese año cuando ya ambas potencias protestaban ante la URSS por el no cumplimiento de los acuerdos de Yalta respecto de Yugoslavia, a lo cual Stalin y Molotov respondían que el gobierno establecido respondía al deseo del pueblo que lo había elegido con sus votos, cumpliéndose con ello las previsiones que en las reuniones de Yalta se habían hecho, en el sentido de asegurar para el futuro una Yugoslavia democrática (51).

Vemos como en este caso hay solo efectividad basada en la fuerza y en un consensus falseado. Por ser el consensus verdadero inexistente, no hay legitimidad. Hay solamente una ilegalidad y un orden jurídico, que por si mismos no significan nada, pues carecen del contenido que deberían tener y que normalmente se les atribuye, siendo una mera fachada de algo que no existe, al estilo de las casas de Potemkin.

Por último, en todas estas situaciones de ruptura, es evidente que hay, en cierta forma, un espacio jurídicamente

vacío, el menos a nivel de legalidad fundamental, puesto que ya se ha dicho que en muchas ocasiones la legalidad subordinada - permanece inalterada. Durante ese período de vacuidad, ¿hay alguna norma que rija la convivencia?, y en caso de haberla, - - ¿cuál es y en que consiste?

Distinguiendo entre juridicidad y arbitrariedad, Recasens Siches dice que "a lo jurídico es esencial la nota de regularidad inviolable, mientras que, por el contrario, el mandato arbitrario se presenta como una irregularidad caprichosa" (52). Estos serían los extremos y entre ellos no habría, en principio, ninguna situación intermedia. Pero, según Herrfhardt, "entre - el concepto de la simple arbitrariedad, a la cual debemos opo- nernos como podamos, y el concepto del Derecho en el sentido - estricto de normas que disfrutan del respecto de todos, debe - ser incluido el concepto de las normas de orden análogas jurí- dicamente, es decir, aquellas que aplicadas en la práctica como derecho, se convierten por ello en objeto de la Ciencia jurí- dica. En interés del orden y la seguridad debe prestarse tam- bién obediencia a las simples normas de orden; pero ellas no pueden pretender el título de Derecho, si no quiere rebajarse la estimación del orden jurídico total" (53).

Sánchez Agesta dice que "afirmar' que la Constitución es ante todo Derecho, no significa que se exclusivamente dere- cho. Las normas que establecen el 'orden constitucional' com- prenden un amplio cuadro en el que el Derecho ocupa, desde lue- go, el puesto más importante, pero junto a él figuran otras normas de la misma naturaleza genérica y que poseen característi- cas propias que escapan a la especie de lo jurídico. Donde termina el Derecho y donde empieza la vigencia de esas otras normas que completan el orden constitucional no es siempre fácil -

de deslindar, en cuanto que unas y otras normas pueden cambiar de naturaleza, convirtiéndose en jurídicas algunas normas que carecían de este carácter y perdiendo determinados preceptos jurídicos esta propiedad para asumir una diversa esencia... Junto al Derecho operan, pues, otra serie de normas, cuya naturaleza y presencia es preciso hacer constar... Las normas o preceptos de orden en sentido estricto, esto es, aquellas que tienden a cubrir un estado de necesidad, se singularizan por tres caracteres que son consecuencia de su naturaleza y su función".

"Tienen, en primer lugar, una función simplemente supletoria. Aparecen para cubrir un vacío jurídico y realizar la función ordenadora del Derecho allí donde éste no podría cumplir la porque ha perdido su vigencia y apremia la necesidad de un orden social. Con ello queda indicado que la vigencia de estas normas de orden se desenvuelven en las crisis derivadas de una guerra o en las revoluciones. Considerada la revolución como una ruptura violenta del orden de legitimidad, produce necesariamente un vacío jurídico. El Derecho nuevo precisa un período mas o menos amplio para desenvolverse y desarrollar la plenitud de su contenido. Pero como la existencia de un pueblo y la ordenación de su vida no admite esta solución de continuidad, aparecen entonces estos preceptos específicos como un orden supletorio. Son también normas provisionales con las que se trata unicamente de salvar una situación que se presume temporal y de establecer un orden provisorio hasta que se genere y desenvuelva un definitivo orden jurídico...".

La tercera característica es que "se nos presentan, en cierta manera, como preceptos al margen del ordenamiento; no comprendidos en su sistema sino adheridos a él; no pertene-

cientes a su desenvolvimiento normal, sino a su vida patológica. y esto se hace tanto más cierto si recordamos los momentos que hemos señalado como típicos de la aparición de estos preceptos: revoluciones, guerras, dictaduras y, en general, acontecimientos extraordinarios de la vida política. Son, pues, normas de un carácter excepcional que acompañan a situaciones excepcionales del orden político. Por este carácter abarcan con independencia el hecho o la situación para la que son creadas, y - como consecuencia de su carácter excepcional, sus determinaciones se limitan al hecho que les de origen sin que afecten sus principios a los restantes compartimientos del ordenamiento jurídico constitucional" (54).

La aplicación casi exacta de estas características - a los casos analizados, parece eximir de la necesidad de realizar mayores comentarios. Estas normas son el comienzo de un nuevo orden jurídico, que será válido para una sociedad determinada, en la medida en que cumpla con las notas hasta aquí expuestas.

NOTAS

- (1) Ihering, Rudolf: "L'evolution du droit", Librairie H. -- Marescq, Paris, 1901, págs. 169 y 170.
- (2) Raiciu: Ob. cit., pág. 33
- (3) Biscaretti di Rufia: "Contributo alla Teoría Giuridica -- della formaciones degli Stati", Milano, Ed. Giuffre, 1938.
- (4) Carre de Malberg, R.: "Contribution a la theorie generale de l'Etat", Librairie Recueil Sirey, Paris, 1920, págs. 61, 63 y 69
- (5) Santi Romano: Ob. cit., (L'instaurazione di fatto di un...) pág. 12.
- (6) Jellinek, Georg: "Teoría General del Estado", Ed. Albatros, Buenos Aires, 1943, págs. 287, 294 y 296.
- (7) Sánchez Agesta: Ob. cit., (Principios de T. Pol.), pág.83
- (8) Hauriou, Maurice: "Principios de Derecho Público y Constitucional", Ed. Reuss, Madrid, 1927, págs. 281 a 284, y 314 a 316.
- (9) Sánchez Agesta: Ob. cit., (Principios de T. Pol.), págs. 147 y 150.
- (10) Sánchez Agesta: "Sistema político de la Constitución Española de 1978", pág. 12
- (11) García Abellán, Juan: "Derecho de conflictos colectivos de Trabajo", Inst. Est. Políticos, Madrid, 1969, págs. 39-40
- (12) Tomberg, Valentin: "La problemática del Derecho Internacional a través de la historia", Ed. Bosch, Barcelona, 1961, - pág. 8
- (13) Ver p. ej. a Bidart Campos en su "Derecho Político", pág. - 540. También Sánchez Agesta: Ob. Cit. (Principios de T. Pol.), pág. 344.
- (14) Perassi, Tomaso: "Necessita e stato di necessita nella teoria dommatica della produzione giuridica", en Rivista di Diritto Pubblico, Anno IX, 1927, I-II, pág. 269 y ags.

- (15) Idem, pág. 271.
- (16) Olivecrona, Karl: "El Derecho como hecho", Ed. Depalma, - Buenos Aires, 1959, pág. 48
- (17) Herrfhardt: Ob. cit., pág. 14.
- (18) Idem, pág. 38.
- (19) Fueyo Alvarez, Jesus: "El principio de la autoridad en la crisis de la sociedad contemporánea", en Revista de Estudios Políticos, n^o 115, Año 1961, Enero-Febrero
- (20) Martinotti, H. Julio: "La legitimidad y el nuevo régimen constitucional argentino", en "La Revolución Argentina", Ed Depalma, Buenos Aires, 1966, pág. 77
- (21) Schmitt: Art. cit., (La revolución legal mundial), en Rev. Est. Políticos, n^o 10. 1979.
- (22) Legaz Lacambra, Luis: "Humanismo, Estado y Derecho", Ed. Bosch, 1960, Barcelona, pág. 86 y sgs.
- (23) Legaz Lacambra, Luis: "Filosofía del Derecho", 2a. Ed., - Ed. Bosch, Barcelona, pág. 581.
- (24) Gil Robles, Enrique: "Tratado de Derecho Político", Tomo II, Ed. Afrodisio Aguado, 1961, Madrid, pág. 345.
- (25) Fueyo Alvarez, Jesus: "Estudios de Teoría Política", Instituto de Est. Políticos, Madrid, 1968, pág. 50.
- (26) Schmitt, Carl: "Legalidad y legitimidad", Ed. Aguilar, Madrid, 1971.
- (27) Ob. cit., pág. 14 y 15.
- (28) Duverger, Maurice: "Contribution a l'étude de la légitimité des gouvernements de fait", en RDPSP, T. 60, pág. 73 y sgs., 1945.
- (29) Sternberger, Dolf: Voz "Legitimidad", en Enciclopedia Internac. de las Ciencias Sociales, Ed. Aguilar, Madrid, - 1975, Tomo 6.
- (30) Ferrando Badía, Juan: "Las formas históricas de poder po-

lítico y sus legitimidades", en Rev. Est. Políticos, nº - 138, Año 1964.

- (31) Ferrando Badía, Juan: "Estudios de Ciencia Política", Madrid, 1976, pág. 413.
- (32) Para estos tres conceptos ver de Murillo Ferrol, Francisco su obra: "Estudios de Sociología Política", Ed. Tecnos, - Madrid, 1972, pág. 67 y sgs.
- (33) Shils, Edward: Voz "Consensus", en Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales, Ad. Aguilar, Madrid, 1974, - Tomo III.
- (34) Duverger, Maurice: "De la dictature", Rene Juillard, París, 1961, pág. 47.
- (35) Hennis, Wilhelm: "Legitimidad. Sobre una categoría de la sociedad civil", en su Politik und praktische Philosophie, Stuttgart, 1977. Este catedrático de Friburgo protagonizó en 1977 la conocida polémica con Jürgen Habermas, precisamente sobre el tema de la legitimidad.
- (36) Ferrando Badía, Juan: Art. cit., (Poder y legitimidad).
- (37) Ob. cit., pág. 136
- (38) Idem, pág. 136 y 137
- (39) Piovani, Pietro: "Il significato del principio di effetti vita", Ed. Giuffre, Milano , 1952, pág. 5
- (40) Ver voz: "Effettivita", en Enciclopedia del Diritto, Tomo XIV, Ed. Giuffre, Milano, 1965
- (41) Ob. cit., (Il significato...), pág. 8
- (42) Idem, pág. 15
- (43) Idem, pág. 91
- (44) Idem, pág. 116.
- (45) Idem, pág. 130.
- (46) Idem, pág. 143.
- (47) Idem, pág. 181.

- (48) Groppali, Alessandro: "Il principio di effettivita e la riduzione del Diritto al fatto", en Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto, Milano, 1954, Enero-Marzo.
- (49) Piovani: Voz "Effettivita", ya citada
- (50) Herrfhardt: Ob. cit., pág. 122
- (51) Ver: Ristelhueber: Ob. cit., pág. 370; también "Los documentos de Yalta" citados anteriormente.
- (52) Recasens Siches: Ob. cit., pág. 215
- (53) Herrfhardt: Ob. cit., pág. 81
- (54) Sánchez Agesta: Ob. cit., pág. 343 y 346.

IV. CONCLUSIONES

El objetivo de este estudio es buscar las condiciones para que pueda atribuirse carácter democrático a un gobierno de hecho (que es por definición un gobierno de transición), aún -- cuando no haya accedido al poder a través de medios formalmente democráticos y gobierne al margen de instrumentos democráticos clásicos. Se trata de buscar los argumentos y elementos que, en última instancia, definen a un gobierno de legítimo, - justo y aceptable para los gobernados.

Otra pretensión es también, rescatar para la comprensión aséptica el término "gobierno de hecho". En principio, es cierto, un gobierno de hecho es algo negativo, puesto que surgió mediante una rebelión contra el Derecho existente. Pero - ese gobierno de hecho se ve iluminado en forma muy diferente - si consideramos como era el Derecho contra el que se ha rebelado, y al que se ha violado.

En las circunstancias en que estos gobiernos acceden al poder es difícil, o imposible, medir los hechos y actitudes de los gobernantes mediante el metro-patrón de la ley positiva, sencillamente porque esta no existe, porque se la ha violado y desconocido, porque se ha cambiado, o se pretende cambiar, - el orden legal existente. Esta problemática se sitúa en un - terreno difuminado y no definido, no acotado, pues es el terreno de lo extra-legal. No obstante, a pesar de esta indefinición, existen instrumentos y criterios sustitutivos mediante - los cuales se conduce y aprecia la vida política durante el periodo de facto, hasta desembocar en el de jure.

En los cuatro casos históricos la problemática gira alrededor del eje: legalidad - legitimidad. En principio la legalidad debería ser expresión palpable de la legitimidad, y

la dicotomía mencionada no debería existir. Pero la realidad es distinta de lo que debería ser.

Es notoria la pretensión de actuar siempre de acuerdo a la ley:

En España se ha dicho: Respetaremos la ley. Toda la Reforma se hará por cauces legales.

En Argentina se ha dicho siempre: Acataremos la Constitución y las leyes fundamentales.

En Yugoslavia se ha afirmado: Nuestro poder proviene del Rey, quien a través del Consejo de Regencia nos lo ha cedido, y nos ha instituído en sus sucesores legales (e incluso legítimos).

En Roma Augusto dijo: Respeto en todo la legalidad e instituciones de la República.

Sin embargo todos han actuado al margen de la legalidad, en forma manifiesta o no manifiesta. Para todos ha sido solo un pretexto útil para lograr sus fines políticos. Si en algo se respetó la ley, se la respetó solo en la forma, pero de ninguna manera en el fondo.

Es observable que, en última instancia, siempre prevalecen las razones políticas que justifican lo que desde un punto de vista estrictamente jurídico no es aceptable. El Derecho positivo, como expresión palpable de un orden concreto y definido, se ve alterado y subordinado a las circunstancias, a la coyuntura política. En forma muy plástica ha sido expresa-

da esta idea por el famoso penalista de la escuela clásica, - Carrara: "La política y la justicia no han nacido hermanas... Cuando la política aparece en la puerta del sagrado recinto, la justicia huye despavorida por la ventana..." (1). Este autor se refería obviamente a acontecimientos que suelen ocurrir ante los tribunales, pero no parece ilícito trasladar lo dicho a -- nuestra problemática, con la única precaución de cambiar justicia por Derecho. También aquí la política prevalece sobre el Derecho positivo. Ya se ha dicho que la legitimidad política precede a la legitimidad jurídica.

Quien ordena la vida, y también la vida política, es el Derecho, pero entendido en su acepción global, y de ninguna manera solo como derecho positivo. Lo expone muy claramente - Herrfhardt: "...En el concepto popular y vivo del Derecho reside especialmente la idea del respeto, la imagen de un orden superior por encima de toda fuerza exterior, y que existiría eternamente, aún cuando fuera mil veces violado sobre la tierra" - (2).

El Derecho positivo, en cuanto estrictamente, es solo - el instrumento, el medio para lograr un fin. Y no hay que confundir este medio con el fin, que es la realización de la justicia en concreto, de la que todo ser humano tiene una noción clara, si bien intuitiva. El Derecho que, con sus criterios de justicia debe dominar toda la actividad humana, y por lo tanto también la actividad política, para el logro del bien común, se - transforma, o puede transformarse, mediante su reducción a la - mera ley positiva, en instrumento dócil de cualquier detentador del poder.

Carl Schmitt recoge las ideas del padre oratoriano -

francés Laberthonnière, quien en una de sus obras hace una crítica del concepto de soberanía de la ley, representado ya en la célebre máxima de Aristóteles, según la cual deben dominar "no los hombres, sino la ley". A esta máxima replica el padre oratoriano con la dura afirmación de que detrás de cada ley terrenal hay inmediatamente hombres que se sirven de ella como de un medio para su poder. Y va tan lejos en su crítica como para afirmar que "la máxima 'la ley es la ley', significa en el fondo lo mismo que la máxima 'la guerra es la guerra'". Laberthonniere recuerda la larga serie de tribunales revolucionarios, tribunales de excepción, tribunales especiales, tribunales populares, audiencias e instancias que han actuado en el curso de la historia y en cuya mano la ley ha sido un instrumento de persecución y de venganza (3).

El positivismo exclusivo, la sola ley positiva, no nos libra de los totalitarismos. La ley positiva es imprescindible para una convivencia ordenada, pero solo cuando su estructura externa es reflejo fiel de una sustancia previa e interna. Sin esta sustancia, sin los contenidos efectivos de todo orden justo, que son la libertad, la igualdad y el consentimiento, la ley positiva es un simple instrumento de organización, que produce - no solo flagrantes desilusiones, sino falseamientos sistemáticos al servicio de oligarquías (4). No sólo la ley positiva vacía de contenido no nos libra de las tiranías totalitarias, sino que, además, ayuda a mantenerlas. Todos estos regímenes tienen su constitución formal (y su legalidad subordinada), pero es solo una constitución semántica, según clasificación de Leowenstein, una simple máscara con la que se pretende satisfacer la creencia universal en la legitimidad democrática (5).

Todos los casos analizados nos muestran un sector de la historia política de diversos pueblos en distintas épocas. -

Infinidad de juristas han intentado recoger esa realidad fluida en moldes fijos. Hay opiniones e interpretaciones de la más variada índole. A pesar de todas ellas, de su acierto o error, la vida política ha seguido su curso al margen de lucubraciones teóricas. Esto conduce a la siguiente reflexión: Las normas legales se sancionan y se derogan con la mayor facilidad. - Las hojas que ayer parecían henchidas de savia y vida, caen en la noche de hoy y, secas y amarillentas, son juego de los vientos políticos. La ley positiva es, o, puede ser, una garantía muy importante, pero también puede no serlo ni en la más mínima medida.

Es posible observar, con todos estos casos históricos cuan frágil es el Derecho positivo, la ley positiva, la -- Constitución formal, en definitiva, como Ley Suprema positiva.

Solo el consentimiento es base suficiente para juzgar si un gobierno es lo que debe ser, es decir, si es legítimo. Esta doctrina ha sido expuesta ya por los clásicos españoles y en especial por Francisco Suarez (6). Solo el consentimiento, tácito o expreso, de la comunidad puede constituir título legítimo de autoridad. En el caso del consentimiento tácito, este da un carácter jurídico al poder dentro de la órbita del - derecho consuetudinario, presupuesta su continuidad y la opinio juris que acompaña su ejercicio. Pero este consentimiento ya entra dentro de la fluidez de la política. Hay al respecto dos - problemas: 1) El de la forma adecuada de medirlo o apreciarlo, para que el resultado sea real, y evitar falseamientos del mismo; y 2) El de la variabilidad humana, pues donde hoy hay consensus, mañana puede haber conflicto, y viceversa. Un gobierno, sea de de hecho o de Derecho, en un momento histórico puede gozar de él, y en otro, perderlo. Aquí, evidentemente, intervie-

ne la diferenciación entre los diversos tipos de consensus, por una parte, y por otra, el factor importante de las motivaciones que ocasionan el movimiento pendular, el flujo y reflujo consensual. Pero, repitiendo, es este un punto puramente político, - difícil o imposible de medir con unidades exactas. Además, suelen ocurrir imponderables, que imposibilitan definitivamente -- cualquier intento de mensura.

Otro factor que a veces interviene en forma decisiva en esta problemática y que también es necesario mencionar es el siguiente: Actualmente la legitimidad como concepto se ha complicado, pues se han agregado a su contenido clásico nuevos elementos, fundamentalmente dos, como son los medios de información, y como consecuencia de ello, la opinión pública nacional e internacional. Un gobierno puede gozar de consensus en lo interno y ser legítimo, pero los medios de información mundiales pueden falsear, deliberadamente o no, sea realidad, y, consecuentemente, a los ojos de la opinión internacional dicho gobierno aparecerá como ilegítimo. Evidentemente, se da también el caso inverso. Con el auge de los medios de comunicación este fenómeno se produce casi a diario.

Subrayemos por último la paradoja de que el criterio objetivo para definir la legitimidad, por el consentimiento de los gobernados, es al mismo tiempo una valoración de justicia, es decir, una valoración que implica, por lo tanto, subjetividad. Cada comunidad juzga por sí misma el gobierno bajo el cual vive, y es esa, y solo esa comunidad la llamada a juzgar y decidir sobre la justicia o injusticia con que ese gobierno ejerce su función. La valoración depende, por lo tanto, de cada caso particular. Las conclusiones que para un caso concreto son justas, trasladadas a uno distinto no lo son. Evidenu

temente, también dentro de la comunidad misma, habrá cierto disenso en cuanto a la conclusión final, pero mientras haya una mayoría concorde, habrá una decisión general y un juicio acabado.

Pero esto nos indica, a su vez, ya un nuevo punto común objetivo: El sentido de justicia que es propio de toda naturaleza humana. Todos los hombres intuyen la justicia o injusticia de una acción de gobierno. Es por lo tanto la justicia el universal punto común en el que se reúne y confluye toda la problemática.

De lo dicho se deriva lo siguiente: Una determinada comunidad, en un momento histórico dado puede necesitar, por determinado tiempo, un gobierno de hecho, sin que se pueda, a priori, calificar negativamente a dicho gobierno por el sólo hecho de ser tal. Del mismo modo, un gobierno, aún siendo de Derecho, puede ser injusto y reprobado por los gobernados.

Es entonces la justicia, como concepto global y simultáneamente la justicia en concreto, el criterio último y universal para calificar un gobierno. Esa justicia es percibida por la comunidad. De su existencia o de su falta depende la concesión o denegación del consentimiento y, por ende, su legitimidad.

NOTAS

- (1) Carrara, Francesco: Reproduzco la cita de memoria según - lo oído en una conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- (2) Ob. cit., pág. 80
- (3) Laberthonniere: "Critique de la notion de souveraineté de la loi", Introduction et notes de Marie-madeleine d'Hendecourt, París, Librairie philosophique J. Vrin, 1947, citado por Schmitt en su "Legalidad y legitimidad", págs. 157 y 171.
- (4) Sánchez Agesta, Luis: "Los principios cristianos del orden político", Inst. Est. Pol. Madrid, 1962, pag. 283
- (5) Loewenstein, Karl: "Reflexions sur la valeur des Constitutions dans une époque révolutionnaire", en Revue Française de Science Politique, nº 1, enero-febrero, 1952.
- (6) Suarez, Francisco: "Defensa de la fe", III., 1, 2 y 3; - Instituto de Estudios Políticos, 1970; "De las leyes" I.3; II. 10; Instituto de Estudios Políticos, 1967.

BIBLIOGRAFIA CITADA

a) Obras de carácter general:

Aristóteles: "Política", edición bilingüe, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970

Bidart Campos, Germán José: "Derecho Político", Ed. Aguillar, Buenos Aires, 1967.

- "Derecho Constitucional", Ediar, Buenos Aires, 1964.

Biscaretti di Rufia, Paolo: "Derecho Constitucional", Ed. Tecnos, Madrid, 1973.

- "Contributo alla teoría giuridica della formazione degli - stati", Ed. giuffre, Milano, 1938.

Brichet, Olivier: "Etude du Coup d'Etat en fait et en - - droit", Editions Domat-Montrchrestien, 1935.

Buerdeau, George: "Traite de science politique", 2a. edición, París, 1969.

Carre de Malberg: "Contribution a la Theorie Generale de - l'Etat", II, París, 1922.

Cattaneo, Mario: "Il concetto di rivoluzione nella scienza del diritto", Universita di Milano, Pubblicazioni della Facolta di giurisprudenza, 1960.

Cohan, A.S.: "Introducción a las teorías de la revolución", Madrid, Ed. Espasa-Calpe, 1977.

Cossio, Carlos: "El concepto puro de revolución", Ed. Bosch, Barcelona, 1936.

Dana Montaña, Salvador: "Las causas de la inestabilidad política en América Latina", Ed. Universidad de Zulía, Maracaíbo, 1966.

Del Giudice, Pietro: "Il governo de facto e la sua legittimazione", en Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 1938, VI.

Duverger, Maurice: "De la dictature", Ed. Rene Juillard, - Paris, 1961.

- "Contribution a l'etude de la legitimize des gouvernements

de fait", en Revue de Droit Public et de la Science politique, t. 60, 1945.

Ferrando Badía, Juan: "Estudios de Ciencia Política", Ed. Tecnos, Madrid, 1976.

- "Las formas históricas del poder político y sus legitimidades", en Revista de Estudios Políticos, nº 138, 1964.

Fischbach, Georg: "Derecho Político General y Constitucional Comparado", Ed. Labor, Barcelona, 1934.

Friedrich, Carl: "Gobierno Constitucional y Democracia", - Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.

Fueyo Alvarez, Jesús: "Estudios de Teoría Política", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.

- "El principio de la autoridad en la crisis de la sociedad contemporánea", en Revista de Estudios Políticos, nº 115, 1961, Enero-Febrero.

García Abellan, Juan: "Derecho de conflictos colectivos de Trabajo", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1969.

Gaudu, Raymond: "Essai sur la legitimité des gouvernements dans ses rapport avec les gouvernements de fait", Felix Alcan, París, 1914.

Gemma, Scipione: "Les gouvernements de fait", en Recueil - des Cours de l'Académie de Droit International de l'Haye, - III (4^e) 1924.

Gil Robles, Enrique: "Tratado de Derecho Político", Ed. -- Afrodísio Aguado, Madrid, 1961.

Goldschmidt, Werner: "Introducción filosófica al Derecho", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973, 4a. Edición.

Gonidec, P.F.: "Les systemes politiques africains", Bibliothèque Africain et Malgache, París, 1978.

Goodspeed, D.J.: "Golpes de Estado", Ed. Luis de Carralt, Barcelona, 1966.

Groppali, Alessandro: "Il principio di effettività e la riduzione del Diritto al fatto", en Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, Milano, 1954, Enero-Marzo.

Hauriou, Maurice: "Principios de Derecho Público y Constitucional", Ed. Reuss, Madrid, 1927.

Hennis, Wilhelm: "Legitimidad. Sobre una categoría de la sociedad civil", en su Politik und praktische Philosophie. - - Schriften zur politischen Theorie. Stuttgart, 1977.

Herrfhardt, Heinrich: "Revolución y Ciencia del Derecho", - Madrid, 1932, Ed. Revista de Derecho Privado.

Hippel, Ernst von: "Historia de la Filosofía Política", -- Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962.

Ihering, Rudolf: "L'evolution du droit", Librairie H. - - Marescq, París, 1901.

Irurzun, Victor J.: "Sociedad y Derecho", Ed. Troquel, Buenos Aires, 1970.

Jellink, Georg: "Teoría General del Estado", Ed. Albatros, Buenos Aires, 1943.

Jeze, Gaston: "Los Principios Generales del Derecho Administrativo", Ed. Reuss, Madrid, 1928.

Larnaude, F.: "Les gouvernements de fait", en Revue Generale de Droit International Publique, París, 1921.

Legaz Lacambra, Luis: "Humanismo, Estado y Derecho", Ed. - Bosch, Barcelona, 1960

- "Filosofía del Derecho", 2a. Ed., Ed. Bosch, Barcelona.

Levy-Bruhl, Henri: "Le concept juridique de revolution", - en Introduction a l'Etude du Droit Compare, Recueil d'Etudes en honneur d'Edouard Lambert, II (Le Droit Compare comme - - science juridique moderne), París, 1938.

Loewenstein, Karl: "Teoría de la Constitución", 2a. ed., - Ariel, Barcelona, 1976.

- "Reflexions sur la valeur des Constitutions dans une époque revolutionnaire", en Revue Francaise de Science Politique, n^o 1, enero-febrero.

Lucas Verdu, Pablo: Voz "Dictadura", en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Barcelona, 1955.

Martinez Useros, Enrique: "Consideraciones sobre los funcionarios de hecho", en Estudios dedicados al profesor Gazcon y Marín, Instituto de Estudios de la Administración Local, - Madrid, 1952.

Mendieta y Nuñez, Lucio: "Teoría de la revolución", Ed. -- Universidad Nacional de México, 1959.

Mirkine-Guertzevitch, Boris: "Los Principios Constitucionales del Estado Dictatorial", en Revista de Derecho Público, Madrid, 1934, Año III, nº 30.

Moss, Robert: "El colapso de la democracia", Ed. Cosmos, - Madrid, 1977.

Murillo Ferrol, Francisco: "Estudios de Sociología Política", Ed. Tecnos, Madrid, 1972.

Olivecrona, Karl: "El Derecho como hecho:", Ed. Depalma, -- Buenos Aires, 1959.

Perassi, Tomaso: "Necessita e stato di necessita nella teoria dommatica della produzione giuridica", en Rivista di Diritto o Pubblico, Anno IX, 1917, I-II.

Pierandrei, Franco: "La rivoluzione e il Diritto", Nuova - Rivista di Diritto Commerciale, 1952, Vol. 5, Fasc. 5-8.

Piovani, Pietro: "Il significato del principio di effettivita", Ed. Giuffre, Milano, 1952.

- Voz "Effettivita", en Enciclopedia del Diritto, Tomo XIV, Ed. giuffre, Milano, 1965.

PreLOT, Marcel: "Institutions politiques et Droit Constitutionnel", Ed. Dalloz, París, 1969.

Raiciu, Jean: "Legalite et necessite", Editions Domat-Montchrestien, París, 1933.

Recasens Siches, Luis: "Tratado General de Filosofía del Derecho", 5a. Ed., Ed. Parrúa, México, 1975.

Rousseau, Charles: "Derecho Internacional Público", Ed. -- Ariel, Barcelona, 1961.

Sánchez Agesta, Luis: "Principios de Teoría Política", Editora Nacional, Madrid, 1976.

- "Los Principios Cristianos del Orden Político", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962.

Sánchez Viamonte, Carlos: "Las instituciones políticas en la historia universal", Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.

Santi Romano: "Rivoluzione e Diritto", en Frammenti di un Dizionario Giuridico, Milano, 1947.

- "L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione", en Archivio Giuridico, Nuova - serie, Vol. IX, 1902.

Schmitt, Carl: "Teoría de la Constitución", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934.

- "Legalidad y legitimidad", Ed. Aguilar, Madrid, 1971.

- "La dictadura", Ed. Revista de Occidente, Madrid.

- "La revolución legal mundial", en Revista de Estudios Políticos, n^o 10, NE, Julio-Agosto 1979.

Shils, Edward: Voz "Consensus", Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales, Ed. Aguilar, Madrid, 1974.

Sontheimer, Kurt: "Ciencia Política y Teoría Jurídica del Estado", Eudeba, Colección Temas, Buenos Aires, 1971.

Spota, Alberto Antonio: "Lo político, lo jurídico, el Derecho y el poder constituyente", Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1975.

Sternberger, Dolf: Voz "Legitimidad", en Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales, Ed. Aguilar, Madrid, 1975.

Suarez, Francisco: "Defensa de la Fe", Instituto de Estudios Políticos, 1970, Madrid, T, II., Edición bilingüe.

Taparelli, Luigi: "Ensayo Teórico de Derecho Natural apoyado en los hechos", Madrid, 1866, Tomo I., Cap. V.

Tomberg, Valentin: "La problemática del Derecho Internacional a través de la historia", Ed. Bosch, Barcelona, 1961.

Vanossi, Jorge Reinaldo: "Teoría Constitucional", Buenos Aires, Ed. Depalma, 1975.

Varios (Obra colectiva): "Estampas de Chile", Ed. Speiro, Madrid, 1974.

Verdross, Alfred: "Derecho Internacional Público", Ed. Aguilar, Madrid, 1973.

Vincent, Andre: "Les revolutions et le droit", Bibliotheque de Philosophie du Droit, París, 1974.

Weber, Mex: "Economía y Sociedad", Fondo de Cultura Económica, México, 1969.

Wolf, E.: "La validite des actes d'un gouvernement de fait", en Revue de Droit Public, París, 1952.

b) Bibliografía referente a España

Alzaga, Oscar: "La Constitución Española de 1978 (Comentario sistemático)", Ed. del Foro, Madrid, 1978.

- "El actual proceso constituyente español", en Revista de Derecho Público, 2a. época, Año III., Vols. III. y IV., nº 68-69, Julio-Diciembre 1977.

Carcassonne, Guy - Subra de Bieusses, Pierre: "L'Espagne - ou la democratie retrouvée", E.N.A.J., Colection Institutions et Politique, París, 1978.

Cavero, Iñigo: "Soberanía popular y elecciones para constituyentes", en Informaciones Políticas, nº 69, 18/9/76, Madrid.

Duverger, Maurice: "L'Espagne au momento de verite", en La Documentation Francaise, Problemes Politiques et sociaux, - nº 302, 21/1/77.

González Navarro, Francisco: "La nueva Ley Fundamental para la Reforma Política", Presidencia del Gobierno, Madrid, 1977

Hermet, Guy: "Espagne: Changement de la societe, modernisation autoritaire et democratie octroyée", Revue Francaise

de la Science Politique, Agosto-Octubre 1977.

Lucas Verdu, Pablo: "La Octava Ley Fundamental. Crítica - jurídico-política de la Reforma Suarez", Ed. Tecnos, Madrid, 1976.

- "La singularidad del proceso constituyente español", en -
Revista de Estudios Políticos, Nueva Epoca, n° 1, 1978.

Martín Oviedo, José María: "De la Octava Ley Fundamental - del reino a la nueva ordenación constitucional española", Revista de Derecho Público, 2a. época, Año III, Vol. III. y IV, n° 68 y 69, Julio-Diciembre 1977.

Pérez Tremps, Pablo: "La Ley para la Reforma Política", en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense n° 54, Nueva Epoca, Verano 1978.

Quijano (Seudónimo): "Las contradicciones del Proyecto Suarez", en Informaciones Políticas, n° 69, 18/9/76, Madrid.

Sánchez Agesta, Luis: "La nueva Ley Fundamental para la Reforma Política", en Revista de Derecho Público, 2a. época, - Año III., Vol. I., n° 66, enero-marzo 1977

Villaroya, Joaquín Tomás: "Proceso constituyente y nueva - Constitución. Un análisis crítico", en Revista de Estudios Políticos, n° 10 (Nueva Epoca), Julio-Agosto 1979.

Artículo en el periódico "El País": "Las leyes que se derogan con la Reforma Política", de fecha 23/11/76.

Artículo en el periódico "Ya": "La Reforma Política modifica seis Leyes Fundamentales", de fecha 21/11/76.

Periódico "La Vanguardia Española" de Barcelona

Sánchez Agesta, Luis: "Sistema político de la Constitución Española de 1978", Ed. Nacional; Madrid 1978.

c) Bibliografía referente a la Argentina

Bidart Campos, Germán José: "Historia Política y Constitucional Argentina", Ediar, Buenos Aires, 1977.

- "Constitución y Revolución en el Derecho Argentino", Ed. Alfa, Buenos Aires, 1958.

Bravo, Omar: "Historia de las instituciones argentinas", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1976.

Del Campo Wilson, Estanislao: "El problema constitucional. Su solución jurídica", Ed. Kraft, Buenos Aires, 1958.

Floria, Carlos Alberto - García Belsunce, Cesar: "Historia de los argentinos", Ed. Kapelusz, Buenos Aires, 1971.

González Arzac, Felipe: "El derecho de autoridad y la legitimación de los gobiernos de facto", Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1966.

Levene, Gustavo Gabriel: "Nueva Historia Argentina", Buenos Aires, 1974.

López, Mario Justo: "Introducción a los Estudios Políticos. Formas y Fuerzas Políticas", Ed. Kapelusz, Buenos Aires, 1971

Luna, Félix: "Argentina: De Perón a Lanusse - 1943-1972", Ed. Planeta, Barcelona, 1972.

Pérez Guilhou, Dardo: "La Corte Suprema de Justicia y los gobiernos de facto", en Idearium, Revista de la Facultad de Derecho, Mendoza, (Argentina), nº 1, 1975.

Rayces, Federico: "Base jurídica de los gobiernos de facto", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.

Romero Carranza-Rodríguez Varela-Ventura: "Manual de Historia Política y Constitucional Argentina", AZ Editora, Buenos Aires, 2a. Edición, 1978.

Sánchez Agesta, Luis: "Historia del constitucionalismo español", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974.

Sánchez Viamonte, Carlos: "El constitucionalismo. Sus problemas", Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.

- "El problema constitucional", en el periódico La Nación, de Buenos Aires, de fecha 8/11/1955.

Varios (Obra colectiva): "La Revolución Argentina", Ed. De palma, Buenos Aires, 1966.

Vazquez, Ramón F.: "La Corte Suprema de Justicia. Su función política", Buenos Aires, 1946.

Colección Oficial de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Dictámenes y Antecedentes de la Comisión Asesora para el estudio de la Reforma Institucional, Ed. Ministerio del Interior, Buenos Aires, 1971.

Periódico "La Prensa", de Buenos Aires.

d) Bibliografía referente a Yugoslavia

Arnez, John: "Slovenia in European affairs", League of CSA, New York, Washington, 1958.

Blagojevic, Borislav: "Introducción al Derecho Yugoslavo", en Revista jurídica La Ley, Buenos Aires, 20 de febrero de 1959.

Churchill, Winston: "The Second World War", Boston, Houghton Mifflin Company, 1948-53 - Vol. V.

Djordjevich, Jovan: "Yugoslavia: Democracia socialista", Fondo de Cultura Económica, México, 1961.

- "Le Droit Constitutionnel de la RPF de Jougoslavie et son evolution", en Revue International de Droit Compare, París, 1955, n° 3.

Fink, Natalio F.: "El principio de legalidad en la política penal de la RPF de Yugoslavia", en Revista de la Facultad de Derecho, Buenos Aires, n° 26, Año VI., Septiembre-October, 1951.

Gerskovic, Leon: "Historia Narodne Vlasti" (Historia del poder popular) en serbio-croata, Ed. Naucna Knjiga, Belgra-

do, 1954.

Karapandzic, Bor M.: "Jugoslovensko krvavo proleće 1945 - Titovi Katini i Gulazi" (El sangriento verano yugoslavo -- 1945- Los Katin y Gulags de Tito), en serbio-croata, Cleveland, Ohio, 1976. (Library of Congress Catalog Card - Number: 76-42909).

Novak, Bogdan: "Trieste 1941-1945: La lotta politica, etnica e ideologica", Biblioteca di storia contemporanea, Ed. Mursia, Milano, 1973.

Ristelhueber, René: "Historia de los países balcánicos", - Ediciones Castilla, Madrid, 1962.

Snuderl, Makso: "Ustavno Pravo FLRJ" (Derecho Constitucional de la República Federativa Popular de Yugoslavia), en esloveno, Ed. Facultad de Derecho de Ljubljana, Yugoslavia, 1956.

- "Zgodovina Ljudske Oblasti" (Historia del Poder Popular), en esloveno, Ed. Drzavna Zalozba Slovenije, Ljubljana, Yugoslavia.

Stojanovitch, Konstantine: "Le regime socialiste yougoslave", París, Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, - 1961.

Tomasevich, Jozo: "Yugoslavia during the Second World War", en Contemporary Yugoslavia, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1969.

Varios (Obra colectiva): "Breve Historia de Yugoslavia", - Ed. Espasa-Calpe, Madrid, Colección Austral, 1972.

Varios (Obra colectiva): "La tragedia de Bleiburg", Buenos Aires, Ed. Studia Croatica, 1963, Instituto Croata Latinoamericano de Cultura.

Vir, Marjan Miha: "Pravi obraz Osvobodilne Fronte" (La verdadera faz del Frente de Liberación), en esloveno, Ed. Filip Zakelj, Buenos Aires, 1972.

Vukcević, Radoje: "Na strašnom sudu" (Ante un juicio terrible), Ed. Instituto Histórico-Cultural Serbio, Chicago, 1968, en alfabeto cirilico.

Periódico "Slovenski Poročevalec" (El Informador Esloveno), de Ljubljana, Yugoslavia.

e) Bibliografía referente a Roma

Alvarez Suarez, Ursicino: "La crisis de la República romana: expansión territorial, y descomposición política, social, económica y cultural", en Miscelanea en honor de Juan Becerril y Anton Miralles, Madrid, 1974.

- "El Principado de Augusto. Interpretaciones de la Constitución Augustea", en Revista de Estudios Políticos, 1942, nº 7, Madrid.

Arangio-Ruiz, Vincenzo: "Storia del Diritto Romano", 7a. - edizione, Ed. Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1968.

Burdese, G.: "Manual de Derecho Público Romano", Ed. Bosch, Barcelona, 1972.

De Francisci, Pietro: "Arcana Imperii", Ed. Dott. A. Giuffre, Milano, 1948, T. III.

De Martino, Francesco: "Storia della costituzione romana", Ed. Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1962.

Giuffre, Vincenzo: "Aspetti costituzionali del potere dei militari nella tarda 'respublica'", Jovene Editore, Napoli, 1973.

Grenade, Pierre: "Essai sur les origines du Principat", Ed. E. de Boccard, París, 1961.

Guarino, Antonio: "Res Gestae Divi Augusti", Testo critico, introduzione, traduzione e commento di...; 2a. edizione, - Milano, Dott. A: Giuffre Editore, 1968.

- "La Democrazia Romana", en Res Gestae Divi Augusti, citada supra.

- "La crisi della democrazia romana", en Res Gestae Divi Augusti, citada supra.

Homo, Leon: "Les Institutions Politiques Romaines", Ed. Albin Michel, París, 1970.

Lapieza Elli, Angel Enrique: "Esquema histórico institucional introductorio al estudio del derecho romano", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1968.

Miquel, Juan: "El problema de la sucesión de Augusto", Ed. Taurus, Madrid, 1970.

Mommsen, Theodor: "Manuel des antiquites romaines", Librairie Thorin et fils, Paris, 1869.

Petit, Paul: "Histoire Generale de l'Empire Romain", Editions du Seuil, Paris, 1974.

- "La Paz Romana", Ed. Labor, Barcelona, 1969

Rostovtzeff, M.: "Historia social y económica del Imperio Romano", Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1962. T.I.