

§ 1

LOS GOBIERNOS DE FACTO (*)

El día de ayer al señalar las nuevas tendencias del Derecho Constitucional, mencionamos que por su nuevo enfoque realista, admitía ahora contrariando una tradición de muchos años, la necesidad de estudiar ciertas realidades, que aunque en principio eran inconstitucionales, tenían una existencia tan vigorosa y persistente en muchos casos, y creaba además una serie de consecuencias en el ordenamiento jurídico, que no era posible ignorarlos por más tiempo. El fenómeno típico sobre el que hoy llamaremos la atención es el de los gobiernos de facto, que es la forma más frecuente en que se ha desarrollado nuestro constitucionalismo, por lo menos en gran parte de su historia reciente.

Antes de seguir adelante, es necesario tener presente que en el Perú no se ha enfocado seriamente hasta la fecha el problema de los gobiernos de facto. Existe, es preciso reconocerlo, una abundante bibliografía de índole costumbrista, literaria, histórica y sobre todo política, esta última casi siempre a nivel panfletario, sin ningún rigor científico, publicada ya sea para ensalzar al caudillo o golpista afortunado o para defender al gobernante depuesto. Esta actitud sin embargo empieza a ser modificada, y es preciso señalar que el año 1971 inicia un saludable viraje en este sentido. Ese año, y por iniciativa del entonces Jefe del Departamento de Derecho de la Universidad Católica de Lima, Dr. Roberto Mac Lean, se lleva a cabo una Mesa Redonda sobre los aspectos jurídicos de los gobiernos de facto, en la que intervienen el mencionado doctor Mac

(*) Publicado en Boletín Informativo (Universidad Católica de Santa María, Arequipa) No. 11, 1976. Se trata de la conferencia dictada el 8 de noviembre de 1975, dentro de un ciclo de jornadas interdisciplinarias llevadas a cabo con el co-patrocinio de la Universidad Católica de Lima. La conferencia del día 7 de noviembre fue publicada en mi libro *Constitución y Política*, Lima 1981, pp. 179-190.

Lean, los doctores Enrique Bernales y Rolando Ames, así como el que les habla. El interés que concitó fue enorme, y claro indicio de ello fue el numeroso público, sobre todo estudiantil, que se agolpó en el salón de las ponencias, para seguir de cerca dicho debate; los que lamentablemente no se llegaron a publicar. El mismo año 1971, el doctor Sigifredo Orbegoso, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Trujillo, publica en la revista de dicha Facultad, un interesante ensayo monográfico, que representa un primer y serio esfuerzo por situar los gobiernos de facto desde un punto de vista jurídico. El mismo año 1971, el Dr. Javier de Belaúnde L. de R. presentó para optar su grado de Bachiller en Derecho en la Universidad Católica, una interesante investigación comparativa sobre los gobiernos de facto en el Perú y la Argentina, que revela también una seria capacidad académica y un alto nivel científico, algunas de cuyas partes más importantes, está en vías de publicarse en la revista "Derecho" que edita dicha Universidad.

Este año 1971, por lo que hemos señalado, es sumamente interesante y creo yo que marca el inicio de la investigación seria sobre los gobiernos de facto, en nuestro país. (1)

Debemos mencionar aquí que el interés de los constitucionalistas por los gobiernos de facto, si bien tiene antecedentes algo remotos, tienen su origen más cercano después de la Segunda Guerra Mundial, gracias a la Ciencia Política; no porque ésta trajese la innovación de su estudio, sino porque esta novel ciencia convenció a los constitucionalistas que estos regímenes había que considerarlos con la misma seriedad que los gobiernos legítimamente constituidos, porque al fin y al cabo tenían ante sí una realidad incontestable. Este fenómeno, por cierto, está muy ligado al militarismo, que si ha sido muy estudiado, no solamente en el Perú, en donde últimamente tenemos los espléndidos trabajos de Víctor Villanueva —aún cuando representen una interpretación muy personal y discutible— sino también en el extranjero, no solo en casos concretos de países o aún de todo el continente latinoamericano, sino a nivel general, de las cuales el reciente libro de S. E.

(1) En la Revista del Foro (1970) se publicó el valioso ensayo de W. Duran Abarca "Consideraciones en torno a la Constitución y los gobiernos de facto", cuya circulación fue tardía y que no conocimos sino hasta fecha muy posterior (Nota de 1987).

Finner es una de las muestras más representativas.

En principio, diremos que por gobierno de facto debe entenderse todo lo que es opuesto a gobierno de jure. Esta definición que puede parecer algo simple, y que puede pecar de una **petitio principii**, merece sin embargo una mayor aclaración. Por ello diremos que la diferencia entre gobierno de facto y gobierno de jure radica en el **origen**. Esto es, será de jure cuando su origen se establezca y precise de conformidad con normas expresas que existieron con anterioridad a dicho gobierno. Será de facto, por el contrario, cuando dicho gobierno tenga un origen distinto a la legalidad pre-establecida. En tal sentido —y solo en tal sentido— será válida la afirmación de Carlos Cossio, al decir que la revolución —diremos nosotros los gobiernos de facto— son aquellos que rompen la lógica de sus precedentes.

En el derecho administrativo, y luego en el derecho constitucional, se ha venido elaborando muy lentamente y desde principios de siglo, lo que se conoce como “Doctrina de facto”, del cual existe el gran trabajo del canadiense Albert Constantineau; que continúa al norteamericano Goodnow y luego es desarrollado entre otros por el eminente administrativista francés Gastón Jeze. En América Latina ella ha sido incorporada —en lo que a los países de habla hispana se refiere— únicamente por la Argentina, en donde existe una copiosa literatura sobre el particular, entre la que hay que destacar a Sánchez Viamonte, que escribe un libro sobre el tema el año 1946, Segundo V. Linares Quintana, Germán J. Bidart Campos, Federico Rayces, entre otros. Pero fuera de este trato riguroso que se aprecia en la tratadística argentina, no existe en los demás países, y por cierto tampoco en el Perú, nada orgánico ni serio que pueda ser exhibido, no digo con orgullo, pero por lo menos con satisfacción. Por eso, el intento iniciado en 1971, al que nos acabamos de referir, debe ser mirado con benevolencia y como un hito para el futuro de nuestras investigaciones.

Ahora bien, esta “Doctrina de facto” tiene diversas interpretaciones y alcances. En su origen, ha sido atribuido únicamente a los funcionarios de facto, y no a los gobiernos en cuanto tales. Ha habido y hay sobre ella mucha sofisticación, que aquí no podemos tratar, pero baste decir por el momento que en sus aspectos

de detalle no las compartimos. Para nosotros, y esto será nuestro punto de partida, la “Doctrina de facto”, es la que se aplica para explicar teóricamente, académicamente, aquellos regímenes que se instalan en el poder por vías distintas a las contempladas en el ordenamiento constitucional vigente, y que por asentimiento, o cualquier otro motivo, logran perdurar en el tiempo, ser aceptados por los gobernados y reconocido, expresa o tácitamente por la comunidad internacional. Esto es, lo que nos interesa será únicamente su “origen” extra-jurídico, o anti-jurídico, pero que conmueve desde sus cimientos, o por lo menos afecta sensiblemente al ordenamiento jurídico. Dejamos acá por cierto de lado el problema de las motivaciones o justificaciones de dichos actos. No nos pronunciaremos sobre si ellos son correctos o no, acertados o desacertados. Esto es competencia del análisis político, y en especial de la filosofía moral y política, que aquí dejamos de lado. Lo importante es reconocer un **hecho** que ha modificado una situación jurídica, sin que eso nos mueva a justificar, ni menos a excusar tales acciones.

Así entendida, la “doctrina de facto” estudia los “gobiernos de facto” fundamentalmente, y llamamos “gobiernos de facto” a aquellos que aunque logren copar solo uno de los tres poderes que tradicionalmente se conocen, logre sin embargo una ascendencia tal, que los otros poderes o se ven cohibidos por el nuevo gobernante de facto, o en todo caso lo toleran. Así por ejemplo, si el Ejecutivo es de facto, pero el Legislativo y Judicial son de jure, se podrá hablar de gobierno de facto si es que el ejecutivo realmente es el que lleva la dirección del Estado, aún con la presencia de otros dos poderes de origen distinto, porque si logra imponer su voluntad, al final lo que predomina en el Estado es el poder de facto y no los de jure. Ahora bien, lo que sucede frecuentemente es que todo Poder Ejecutivo de facto depone también al Poder Legislativo, con lo cual entra en aparente colisión solamente con el Poder Judicial, el que en realidad depende, por lo menos para la ejecución de sus fallos, del Ejecutivo, en cuyo caso, la tónica general será la de un gobierno de facto, aún cuando uno de sus poderes sea de jure. Esto dicho en términos generales, y sin analizar una tesis que es también interesante, y que parcialmente comparto; o

sea que no debe hablarse de Poder Judicial, sino en rigor de Administración de Justicia, que sería más acertado.

La expresión "gobierno de facto" sería así el género. La especie la darían las múltiples variedades en las que estos gobiernos de facto aparecen, sin importar ahora dar mayores precisiones sobre el particular. Entre estas pueden mencionarse la rebelión popular, las revueltas, la insurrección armada, las guerrillas, la sedición, los golpes de Estado, la invasión de terceros países, etc. Como es claro advertir, todas estas maneras de romper la legalidad existente e instaurar un gobierno de facto, se hace o puede hacer en nombre de diversas doctrinas y valoraciones de orden económico, político, social, religioso, etc. cuyo análisis lo dejamos para otra oportunidad.

Lo que hemos señalado anteriormente, es sin lugar a dudas nuevo en nuestro constitucionalismo. Por lo general los textos de Derecho Constitucional no lo estudian, y en el Perú ello es tema vedado, aún para los profesores universitarios y los abogados de prestigio. Sin embargo, el gobierno de facto, o mejor dicho la Doctrina de Facto merece un lugar importante dentro de la enseñanza constitucional, así como también en el libro y en la cátedra. Claro está, que ello necesita un mayor esclarecimiento, sobre todo si recordamos lo que se debe entender como Derecho Constitucional. Todos sabemos que el constitucionalismo supone el reinado de la ley, y no de los hombres, o sea es un gobierno de derecho y no de hechos. Por otro lado, todo sistema normativo tiene una Constitución, que da validez jurídica al sistema de un país (sin importar por ahora cual sea la forma que esa Constitución tenga o que descanse en usos y costumbres como Inglaterra o Israel). Pero la realidad nos demuestra que la Constitución, no obstante tener la categoría de norma suprema, no es siempre observada en la realidad, porque al lado de ella se suceden hechos que no siempre están previstos en la normatividad constitucional, como ya tuvimos ocasión de señalar en nuestra charla de ayer. Estos hechos, que son violatorios de la Constitución, son irregulares, o sea, suceden pero no deberían suceder. Sin embargo, ahí están con toda su fuerza produciendo actos y consecuencias jurídicas, que no podemos ignorar. La realidad lamentablemente es más fuerte que las normas. El constitucionalismo moderno por ello las estudia, dentro de lo

que designa como “emergencias constitucionales”, es decir, paréntesis entre una legalidad que se dejó atrás y otra que vendrá.

Independientemente a su tipificación (golpe de estado, revuelta, revolución, etc.) el Gobierno de Facto siempre significa una ruptura, un **hiatus** de la normalidad prevista. Sin embargo, con respecto a la realidad, se puede hablar de una “continuidad constitucional” en sentido material, pues la marcha del país, la marcha del Estado, su actividad en distintos campos, no se interrumpe, no se puede interrumpir, porque la vida misma no conoce ni de cortes ni de fisuras. El famoso apotegma heracliteo sobre los ríos, se cumple aquí a carta cabal. La “dinámica constitucional” reposa en una realidad, que como la vida misma, no puede ser interrumpida. Así, si repasamos brevemente los gobiernos de facto que ha tenido el Perú en lo que va del siglo, veremos que ha habido nada menos que seis (1914, 1919, 1930, 1948, 1962 y 1968) sin que ello haya significado que la dinámica de Estado se haya visto paralizada o impedida de avanzar. No importa por ahora si lo que se hizo bajo esas circunstancias fue acertado o no, pero el hecho rotundo es que la vida misma del Estado continuó.

Los gobiernos de facto producen efectos, y estos indudablemente tienen carácter jurídico y repercusión jurídica. La primera manifestación de un gobierno de facto, tal como se estilaba en la América Latina y entre nosotros, son los Decretos Leyes, que a veces subsisten mucho tiempo después que ha cesado el régimen que los promulgó. Durante mucho tiempo se pensó que los Decretos Leyes que emanaban de los gobiernos de facto tenían una validez restringida, y que no podían sobrevivir a sus autores. La jurisprudencia en la Argentina y en el Perú, por ejemplo, sostuvo que cesado el gobierno de facto e instalado un gobierno de jure, sea por elección o por institucionalización de aquel, los Decretos Leyes debían revisarse y aprobarse por el Congreso, como **conditio sine qua non** de su validez. Este criterio felizmente ha sido superado. Hoy se sostiene por el contrario que los Decretos Leyes tienen plena vigencia, en tanto no sean derogados o modificados por otra norma. Por último, en los últimos años hemos visto que se ha aplicado sin problema alguno diversos Decretos Leyes promulgados en épocas anteriores, sea para reconocerlos explícitamente con

una reforma parcial, sea ejecutando un acto netamente político, como aquel que consiste en “elevar a la categoría de ley un decreto-ley determinado”. En el Perú el proceso de este reconocimiento puede situarse en dos dimensiones: hasta 1963, tanto la doctrina, el Parlamento como el Poder Judicial sostenían en términos generales la necesidad de la revisión de todos los Decretos Leyes dados por los gobiernos de facto; a partir de 1963, se acepta la fórmula moderna antes mencionada, reconociéndoseles plena vigencia, al igual que una ley, con la sola diferencia en el origen (esto es, no dictada por un parlamento, sino por un gobierno de facto).

Por lo mismo que los gobiernos de facto irrumpen por vías extra-legales, es normal suponer que no necesariamente tienen que guiarse en sus actos por la legalidad que precisamente han violado. Si bien es cierto que los aspectos generales del derecho privado y muchas partes del derecho público siguen rigiendo con el cambio de gobierno, en el nivel constitucional y en sus decisiones, el Gobierno tiene que buscar sus propias normas. Es así que es característico en América Latina, que todo gobierno de facto se inaugure con un Manifiesto, que de cuenta a la ciudadanía del porqué de su comportamiento, al que normalmente debe seguir un Estatuto, por lo general muy breve, que contendrá las pautas generales bajo las cuales se guiarán los gobernantes mientras estén en situación de facto. El problema que aquí surge es cual es la situación del Estatuto con respecto a la Constitución vigente. Todo dependerá en última instancia de lo que quiera ese gobierno de facto, y así podríamos señalar dos posibilidades; a) cuando se pretende continuar con la Constitución vigente; en cuyo caso el Estatuto es solo un injerto que se acomoda al texto constitucional, rigiendo la Constitución en todo aquello que no se vincule específicamente al funcionamiento del nuevo gobierno; en este caso se vive una constitucionalidad, con un pequeño refuerzo de normas de facto que tenderán a desaparecer con el tiempo, b) cuando por el contrario, lo que se desea es una nueva Constitución, (asumir el poder constituyente) entonces el Estatuto pasa a tener primacía, y la Constitución juega un rol secundario y supletorio en la marcha del Estado; esto es, se la utiliza solamente cuando hay interés en utilizarla, sino, se la archiva en el desván de las cosas perdidas. En el Perú hemos tenido las dos situaciones. En la actualidad y a te-

nor de lo que han sostenido los dirigentes del Gobierno Militar, se pretende promulgar una nueva Constitución que reemplace a la vigente de 1933; en conformidad con esto, la vigencia de la Constitución de 1933 a partir de 1968, ha sido totalmente disminuída, y ha desempeñado un papel muy discreto en el proceso político iniciado en aquel entonces.

Pero siempre cabe preguntarse: ¿qué hacer con los gobiernos de facto? ¿Debemos simplemente condenarlos como se hacía antaño, o es preferible aceptar su realidad y buscar la causa que los motiva?. Porque de lo que sí hay que estar bien convencido, es que no siempre los gobiernos de facto se originan en ambiciones personales o intereses de camarilla. Si ellos prosperan y sobre todo si se repiten con una frecuencia tal que ya forman parte de nuestro sistema de vida, ello se debe sin lugar a dudas porque algo está funcionando mal en todo nuestro sistema socio-económico. No recurramos entonces a la postura cómoda de negarlos aunque tampoco sea necesario aplaudirlos. El constitucionalista y el hombre de derecho deben mirar con pesar la existencia de gobiernos de facto, que a no dudar no son ni siquiera el más remoto ideal de lo que es un sistema de gobierno. Tampoco es aconsejable, como señala, por ejemplo la Constitución de México y la de San Salvador, prohibir **a priori** todo golpe de Estado y declararlo nulo en caso de ocurrir, porque eso no es posible. La esencia misma del constitucionalismo es opuesta a los gobiernos de facto. Por tanto, todo intento de justificar **a posteriori** el derrocamiento de un gobierno constitucional con argumentos estrictamente constitucionales, no tiene sentido, y en el peor de los casos no pasa de ser, como diría Wittgenstein, un abuso cometido aprovechando las vacaciones del lenguaje.

La vigencia de la Constitución es sobre todo un ideal, un valor ético. Por lo mismo que es un ideal, como lo es el constitucionalismo, es difícil de alcanzar. Y a él solo se podrá llegar paulatinamente, mediante una lucha denodada y sin cuartel, contra todas las asechanzas de orden económico, social o político, que conspiren contra ella.