

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA CONSTITUCION Y LOS GOBIERNOS DE FACTO

Washington Durán Abarca.

SUMARIO:

- | | |
|---|-----|
| 1.- Algunas motivaciones para la formación de los gobiernos de facto | 333 |
| 2.- El problema de la preeminencia de la Constitución o del estatuto revolucionario del gobierno de facto de nuevo carácter | 335 |
| 3.- Los procesos políticos por iniciativa de los gobiernos de facto de nuevo carácter | 339 |

1.- Algunas motivaciones para la formación de los gobiernos de facto¹

Nuestra historia contemporánea nos muestra dos tipos de gobiernos de facto en la forma, con liderazgos premunidos con mucha dosis de ego personal y complejos de personalidad insustituible, protagónico. En el primer caso, se dan con el carácter de hecho en acciones estrictamente militar y/o civil-militar y, en el segundo, se trata de gobiernos en funciones *de jure* constitucionales. Sin embargo, éstos se convierten en gobiernos *de facto*², premunidos de la fuerza militar con carácter dictatorial, fuera de las reglas constitucionales, como gobiernos *de hecho*, también tipificados como *gobiernos de facto*. Cierran el parlamento, reforman la constitución e imponen según sus proyecciones. Lo que ya no sorprende es que los demás gobiernos lo reconocen. Tema complejo que escapa al espacio de este trabajo.

Se dan a menudo los gobiernos de facto pretextando una falta de mayoría parlamentaria u otras limitaciones u "obstrucciones" a la función presidencial constitucional. Pretextos cuyas causas emanan a su vez de diferentes motivaciones o razones, en particular por la ineficacia del Estado de Derecho.

¹ Puntos de vista en este texto aplicables al caso Fujimori-Montesinos-Perú 2000.

² El autogolpe de Fujimori en 1992 fue el inicio de un régimen autocrático y canibalizó las instituciones públicas.

Otras emanan como reacción ante la subsistencia de conflictos insolutos en las relaciones humanas en el Estado, particularmente por las formas crónicas e injustas de distribución de las riquezas del país. Creando cada vez mayores espacios humanos afectados por sus miserias extremas y ausencias de sus derechos a tener oportunidades educativas, laborales y asistencia social elemental. Además en muchos de los países, desde que se iniciaron como repúblicas, subsisten pueblos enteros en la condición de excluidos de todos sus derechos elementales, es decir, aún no integrados constitucionalmente. Restando o impidiendo la contribución plena de las energías de esos pueblos en el desarrollo integral del país. Fenómenos que se suscitan en la mayoría de los Estados no sólo tercer mundistas, sino también en las siete grandes potencias del mundo.

Obviamente por esas mismas razones las soberanías y las relaciones democráticas de esos pueblos devienen falacias, meros enunciados, sin signos reales de posible concreción de aquellas categorías político-jurídicas. Comportamientos que acrecientan la permanente crisis de representatividad en los órganos funcionales del Estado; reforzando la precaria estabilidad estatal con la ruptura de su continuidad normativa. Razones por las que el país exhibe a menudo afloraciones de golpes de estado con una u otra razón; como en especie de *corsi* y *ricorsi* periódicos e inexorables de Juan Bautista Vico.

Algunas acciones *de facto*, excepcionalmente, siendo inconstitucionales, contradictoriamente en procesos dialécticos singulares, permiten a los pueblos tomarlos por ser coincidentes con las reales expresiones valorativas teóricas de los contenidos del Estado constitucional democrático y porque coinciden con sus aspiraciones naturales. Tanto más si las teorías constitucionales reconocen prosaicamente a los pueblos como titular legítimo del poder del Estado. Razón del fundamento -aún lírico- de la identidad entre gobernante y gobernados. Relaciones que en la teoría son asimilables, pero en lo fáctico común constituyen falacias por sus aplicaciones con visos incoherentes y contradictorios ininterrumpidamente. Caso contrario, la sociedad universal no mostraría tanta desigualdad social y extremas miserias humanas. El Perú acaba de mostrarse ante el mundo entero como ejemplo de la profunda crisis de nuestro Estado por efectos de un *gobierno de facto*.

Mientras los pueblos mayoritarios en cada Estado sufren hambre, exclusión en sus derechos al bienestar social, a la educación, al trabajo, etc., será difícil hablar de democracia relativa o real. Pues el subdesarrollo seguirá siendo fuente de los gobiernos de facto, con tendencias a ampliarse más y más la brecha entre gentes de mucha comodidad y millones pauperizados.

2.- El problema de la preeminencia de la constitución o del estatuto revolucionario del gobierno de facto de nuevo carácter

Todo golpe de estado motiva el ejercicio de competencias diferentes de lo habitual y en base a los fines expuestos en su movimiento. Las exigencias planteadas tras la instalación de un gobierno de facto, requieren determinadas actitudes no siempre ajustadas estrictamente a la Constitución. Es tradicional que cada grupo político que asume el gobierno emite una proclama, estatuto o documento que justifique y programe su acción.

Objetivamente, se da la existencia paralela tanto de la Constitución, en crisis inevitable, como del documento que sirve de medio al gobierno instalado. Esta situación presenta el problema de la preeminencia de la Constitución sobre el Estatuto revolucionario o viceversa. Clásicamente siempre se ha defendido la supremacía constitucional.

Si la Constitución rige plagada de omisiones, deficiencias y violaciones por los propios funcionarios elegidos de acuerdo a ella, se está inevitablemente frente a una crisis social y constitucional; crisis agravada por su incumplimiento y por sus deficiencias frente a la velocidad del desarrollo social.

Este estado de cosas, con expresión realista, motiva que la presencia de gobiernos de ipso que aparejan proclamas o estatutos busquen complementar, superar o anular la constitución, ya que el sólo hecho de la toma del poder por tales gobiernos irregulares jurídicamente implica la vigencia imperativa tanto de normas constitucionales como de mandatos emitidos por el gobierno no de jure que surge para justificar su misión o fin.

La valoración ética, social, política y extensión de poder de los mandatos de la constitución en esa etapa transitoria se dan en la medida que cada mandato de gobierno ampare los intereses nacionales. Si los mandatos legales emanados del gobierno de hecho reafirmando o reformando normas y lagunas de la Constitución vigente, encuentran el beneplácito de las mayorías nacionales, será difícil condenarlos porque de hecho esa situación transitoria o de emergencia se yergue como fuente material inevitable de derecho; y la permanencia y durabilidad de esas normas dependen del grado de eficacia y acierto de las mismas, así como por la forma como expresan la voluntad humana de ser y persistir.

En tanto las medidas del gobierno de ipso sean contrarias a las mayorías nacionales, a los principios constitucionales ya establecidos que amparen los derechos individuales y sociales, motivarán el rechazo o repulsa de las masas y la vigencia del estatuto o programa del gobierno de hecho dejará de tener validez, acelerando o haciendo expedito su impugnación legal o de hecho mediante el derecho de resistencia del pueblo, no obstante que el pueblo no cuente con los instrumentos apropiados para efectivizar su protesta; pues el sólo rechazo popular de una medida de gobierno motivará su ineficacia parcial, si no total.

El derecho se organiza según evoluciona la sociedad, conforme a la aceleración social, al desarrollo político, económico y a la ideología que imprimen quienes están de turno en el gobierno, máxime si nuestra época tiende a revolucionar todo orden de cosas, determinando que la estabilidad de las normas legales, incluso constitucionales, apenas tengan cortas vigencias, vrg: los conceptos de Estado, integración de pueblos excluidos al mismo, propiedad, contratos, garantías sociales, individuales, inmunidad, acción popular, cooperativismo, socialización, globalización, etc., etc. Estas figuras jurídicas varían lentamente en sus contenidos con el tiempo y exigen en cuanto convengan al país, enriquecidas o perfeccionarlas con nuevas corrientes su reflejo en la Constitución y leyes nuevas. Años atrás algunos de esos conceptos eran impronunciables. Esto justifica en parte, aunque con interpretación distinta, la actitud de Pound, que buscaba fijar la filosofía jurídica a las necesidades de la época. Ciertamente el derecho varía ineluctablemente conforme van cambiando los órdenes de conducta social.

Bidart describe que, producida una revolución el Estado vuelve válidamente a la etapa de la primogenidad, o sea que debe constatarse de nuevo un acto originario, como la primera vez. Pienso que esta opinión de Bidart va al extremo. Es admisible constituir un nuevo organismo para que admita otra Constitución de acuerdo al desarrollo social y a la presión de los sectores populares marginados. Pero esta Constitución no será totalmente nueva porque preexisten algunos principios universales, válidos sobre los que se funda la existencia de la sociedad y el Estado; circunstancia que inclina a no rechazar ni anular la presencia paralela de nuevos enunciados, vgr. las Declaraciones de Derechos Humanos que se fundan en aspiraciones no previstas constitucionalmente y que luego van a exigir su adaptación al régimen positivo, y porque tienen que conllevar exigentemente sentido de justicia cada vez integral.

En la vida política de cada pueblo se dan continuas reformas constitucionales por la evolución natural o cambios radicales colectivos. La mayor parte

provocadas por acciones de golpes de estado o por exclusivos intereses de las pequeñas elites políticas. Carré de Malberg dice: "Que son trece las constituciones que han caducado en Francia"... "radicalmente destruidas por golpes de Estado o de la revolución". Burdeau apunta que el reemplazo de una idea de derecho por otra contiene una alteración del orden estático, entendiendo por continuidad lo que está descrita en el orden de normas, oponiéndose a la dinámica que es lo que se desarrolla en realidad.

Todo cambio constitucional, encuentra su apoyo en el interés de un sector del pueblo o en la mayoría de éste, hecho que para Esmein es la voluntad popular; pues esa fuerza, fuera de todas las formas legales, es suficiente para abrogar la Constitución vigente al tiempo de la revolución, pero una revolución en su justo concepto.

Es difícil negar la variación de métodos de gobierno que se pueden presentar en un país proclive a cambiarse de un estado de desarrollo social económico a otro, tendencia general que se experimenta en nuestros países llamados sub-desarrollados y que esos cambios, en primera línea, tienen que afectar a la constitución. No es raro experimentar el cambio de valorización de un mismo o similar hecho en etapas diferentes; hoy puede resultar contrario el similar hecho de ayer, o lo ilegal de hoy era legal ayer.

Si un gobierno revolucionario señala, entre otros fines, por ejemplo "transformar la estructura del Estado, haciéndose más dinámica y eficiente para una acción de gobierno... promover a superiores niveles de vida, compatibles con la dignidad de la persona humana, a los sectores menos favorecidos de la población, realizando la transformación de las estructuras económicas sociales y culturales del país"³, está dando un carácter axiológico a su estatuto e implicando creación de derecho de nuevo tipo. Quiérase o no ese plan de gobierno va a superar —de realizarse— la vieja armazón normativa de la constitución. De otro lado, cuando el Estatuto del gobierno de ipso se somete en igual grado a la Constitución vigente, incuestionablemente tendrá que ser en las partes que facilite y amerite los fines de su movimiento.

Históricamente, en tanto un gobierno elegido o de ipso promueve e intenta revolucionar el ordenamiento imperante, tratando de ponerse a tono con la

³ Estatuto del Gobierno Revolucionario.

época, no podrá evitar superar la constitución vigente, porque resultaría contraproducente acometer acciones con normas que han venido siendo derogadas por los mismos acontecimientos. Este hecho plantea una situación de anormalidad constitucional ilegal; se llega a un estado transitorio en la armazón jurídica nacional, transición entre la etapa de reordenamiento y el de la efectividad de la superación jurídica, aspecto último que reflejará una esencia objetiva nacionalista y su justa trascendencia en las relaciones internacionales.

Distinto es cuando el Estado pasa a manos de gobiernos que enteramente se retrotraen a lo anterior o ponen en toda su vigencia las normas constitucionales sin alterarlas. A esos tipos de gobiernos de ipso se les llama constitucionales según Luis Anderson y que desde ya denotan estancamiento o apego a lo viejo. En efecto, se trata de golpes de estado o gobiernos elegidos que buscan cambiar únicamente de personas, porque no sufre alteración la continuidad de los métodos, sistemas y tendencias del gobierno derrocado.

Pero si el gobierno entrante tiene otras perspectivas, es algo o bastante revolucionario, según Burdeau, se reemplaza violentamente una idea de derecho por otra, se altera el orden estático, entendiendo por continuidad lo que está descrito económica y socialmente en el orden de las normas, oponiéndose a la dinámica que es la verdadera fuerza que desarrolla. Esta continuidad es sostenida por la doctrina que cree en la permanencia e inmodificabilidad de la constitución.

Toda revolución o golpe necesariamente inhabilita algunas instituciones o normas de la Constitución, de modo que resulta puramente especulativa o irreal sostener la vigencia exclusiva de todas sus normas, máxime si fácticamente hay un estado de crisis institucional por alteración del viejo orden de cosas. La crisis no se da en ese preciso instante del golpe de estado, sino que se manifiesta como un proceso.

Cabe aclarar, en vía de reiteración, que será bien recibido todo golpe de estado con Estatuto o Carta propia que no llegue a vulnerar o modificar regresivamente sino positivamente algunos principios esenciales constitucionales o normas básicas que devienen permanentes, eternos, como la libertad, el derecho a la vida, al trabajo; a la igualdad humana.

Virtudes, méritos, justo derecho, obtiene un gobierno legal o de ipso que asume el poder para fortalecer la dignidad y el respeto de la persona, y reivindicar los derechos de las masas populares, empezando por reformar la Consti-

tución. Pero logra escarnio, repudio, vergüenza, fracaso y orfandad todo gobierno de ipso o legal que se opone a que el pueblo salga de su opresión económica, social y política, motivando a su vez la inconsistencia lógica, subjetiva en sus leyes, así tuviera perfecta técnica formal jurídica.

Es real que la noción de derecho inspira soluciones que están de acuerdo con los fines de quienes lo elaboran, por lo general de acuerdo con la naturaleza del hombre y los hechos concretos que permiten emitir la ley o la norma, aún cuando éstas no siempre se cumplan, pero que dichas normas no escapen al sentido o proyección democrática, popular, sobre cuya base son juzgados para tener plena, mediocre o ninguna vigencia; entendiendo que el fundamento de todo orden jurídico no puede escapar ni apartarse del interés popular o nacional.

Un gobierno de ipso es un hecho contingente, real, concreto que motiva una forma de derecho, según los fines, el momento y el lugar que su presencia inspira.

La validez de una u otra forma de creación de derecho, de facultades, competencias, están en función a sus fines justos o injustos. Y nuestra época tiende a que prevalezcan las medidas justas sobre las injustas, rasgos que deben contener necesariamente la Constitución, las leyes y reglamentos en vigencia o en proyecto.

Hay pues un proceso de integración, superación y conexión entre una Constitución y un Estatuto revolucionario, en tanto dichas modalidades jurídicas están en vigencia. El tiempo de validez de ambos, especialmente del Estatuto, por la forma como se dá, depende de su aceptación o rechazo de las masas politizadas y del pueblo en general.

3.- Los procesos políticos por iniciativa de los gobiernos de facto de nuevo carácter

Es un hecho que la ruptura constitucional se produce con el advenimiento del gobierno de facto, fenómeno inevitable cuando se hacen cargo del poder quienes lo toman prescindiendo del rigor formal constitucional. Consecuentemente, si el gobierno entrante distinto del anterior en personas, fines y perspectivas que de uno u otro modo afectan al ordenamiento legal y en esencia al orden normativo constitucional resuelve realizar cambios de forma o de fondo y forma en el status social, jurídico-político o económico vigentes, tendrá que afectar inevitablemente el orden establecido.

Antes, conviene señalar la diferencia de carácter de los gobiernos de ipso tiránico, conservador, inmoral y anti-popular de un gobierno de facto que se enfrenta a la corrupción, al abuso y tenga aceptación de un gran sector de la población. Y que sus actos concuerden plenamente o en alguna medida con los intereses del país. Se trata pues, de establecer si el gobierno de facto entrante es aceptable o repudiable en sus extremos. Este aspecto es interesante, porque la política de uno y otro tipo de gobierno de facto tiene efecto diferenciado en los cambios de la mecánica o de la estructura jurídica por construirse o desarrollarse.

Centraremos este tema en torno a gobiernos de hecho aceptables por la población, partiendo de que tales gobiernos inician tareas con perspectivas positivas y presumiendo que esa tónica seguirá en todos sus actos.

En efecto, sentamos el siguiente principio básico: el grado de profundidad de reformas o cambios estructurales a favor del pueblo determina la aceptación o repulsa a cualquier gobierno de facto o constitucional.

Establecido por los hechos los fines proclives del gobierno de facto a favor del pueblo, la doctrina aprecia que toda acción revolucionaria implica perturbación del orden social y violación de principios que rigen la sociedad porque suponen injustos (Xifra Xeres).

Cuando el grupo de hombres irrumpe en el poder alterando el régimen en sí mismo, lo hace porque se ha dado el quebrantamiento previo de la normalidad; es el caso del abuso de poder o usurpación de funciones, o renunciadas, etc., de quienes fueron elegidos para funciones ya establecidas como esencial deber. Bidart escribe: "Esa fractura no es la mera violación o desplazamiento de las vigencias constitucionales, es una zona gris entre lo "anterior" y lo "posterior", en la actual se quiebra la línea normativa de la constitución y la ilusión perfecta que la misma supone". Creemos que la quiebra constitucional no siempre es acto expreso del gobierno que irrumpe; se supone que la norma constitucional ha sido violada previamente para que se dé el golpe de estado que busca restaurar o normalizarla o, en otros casos, sirva de simple pretexto. Violadas las normas constitucionales por los encargados de velar por su cumplimiento, se da origen o se promueve el derecho de insurrección del pueblo o de una parte de él, acción insurrecta que inevitablemente va a seguir violando el mandato constitucional en parte o en su todo.

La quiebra de la norma constitucional no solamente se da por infracción, violación de sus normas positivas, sino también porque antes o después de esas normas hay fines de justicia que no se han cumplido o que no se han expuesto en el texto vigente, fines de justicia que de no ser realizados originan la figura de rebelión o de la resistencia a la opresión.

En nuestros días encuentran justificación toda rebelión contra gobiernos legales o de facto o constituciones injustas o en estado de crisis absoluta.

Cuando el régimen del gobierno constitucional se torna injusto desde su partida de nacimiento o durante su régimen, provoca un estado de necesidad para su cambio o superación y por lo general esa intención se exterioriza con gobiernos revolucionarios o de golpe. Porque de seguir la continuidad de violaciones con otros gobiernos elegidos que sigan a su sucesor en todos sus extremos, nunca podría superarse o corregirse los errores. Por ello surge como necesidad la resistencia popular o de un sector del pueblo frente al abuso y la intolerancia.

Se da así la presencia de un gobierno con perspectivas justas contra otro legal pero injusto, lo que a su vez deviene en fuente material de derecho o de otra constitución. Ello implica el surgimiento de normaciones válidas que, aunque no reúnan las formalidades de omisión, tendrán inevitablemente efecto y vigencia bajo el mandato del gobierno que lo emite y que tiene todos los elementos de fuerza para hacerlos cumplir. Es el caso de los decretos-leyes que se dan en forma diferente a la prevista constitucionalmente, porque en esa situación no hay otra vía de producción jurídica.

Por lo general todo golpe crea un estado de excepción, de emergencia y que no se le puede tratar con el rigor constitucional y legal imperantes, porque los golpes surgen sin enunciación constitucional ni taxativa ni enumerativa. Es esta figura que en Derecho Constitucional se llama estado de necesidad. Bielsa escribe que el estado de necesidad es legitimado frente a un hecho ajeno a la voluntad directa del Estado, hecho que entraña, para la conservación de éste o la colectividad a él referida, un peligro grave e inminente ya sea respecto del orden público interno, ya cuando esté amenazada su integridad política e institucional o en el orden internacional.

Si un gobierno revolucionario invoca la necesidad de poner fin al caos económico, a la inmoralidad o corrupción administrativa, a la improvisación, al entreguismo, etc., etc, ampara su actitud para tomar para sí las funciones del ejecutivo y legislativo en un estado de peligro, emergencia y excepción.

La acumulación de facultades constitucionales en la persona del Jefe de Estado y ministros de facto se convierte en una vasta reserva de poderes indeterminados en tiempo de crisis (Edward Corwin). Son varias las potestades que entran a accionar en este estado de anormalidad constitucional, actos que juzgan en razón a los medios adoptados que los vinculen con las causas y con los hechos que las sustentan y no independiente con el valor de justicia que esos actos lo justifiquen.

Al ser de facto un gobierno, tácticamente se atribuye funciones más amplias que los gobiernos de jure, porque son los fines de su condición de hecho que presenta variación entre lo jure y sus perspectivas o efectos inmediatos.

La instalación de un Ejecutivo de facto, suspendiendo al legislativo, provoca un estado anormal, de emergencia, con efecto en toda la armazón jurídica nacional, esencialmente en la constitución; otras veces con extremo de tomar para sí la función judicial, destituyendo a jueces. Al no consumarse este último acto, permite diferenciar el carácter de los gobiernos de facto entre sí.

Un gobierno de hecho que interfiere el normal desenvolvimiento del ejercicio judicial, somete a los civiles a la justicia militar y no a jueces ordinarios, ejerce funciones civiles arbitrariamente sin conocimiento de causa y crea confusión, anarquía, etc. Se diferencia del gobierno de hecho que respeta las jurisdicciones del fuero judicial, se somete en parte a los mandatos constitucionales, reivindica riquezas nacionales usurpadas por fuerzas extranjeras, fortalece o se encamina a lograr reafirmación de soberanía, planifica moralización. Es decir, que actúa en razón directa al principio de autodeterminación que el Derecho Internacional Público moderno reconoce a todo Estado. Este hecho no implica aceptar la infalibilidad de estos gobiernos. Su estabilidad y carácter democrático proseguirán en tanto emite y cumple normas a favor de los intereses generales. Pero apenas varía ese carácter —con la dación de normas y acciones antipopulares— se darán los suficientes estímulos nuevos para el derecho de resistencia y devendrá la negación de ese régimen de facto imperante, motivándose nuevas formas de fuentes de derecho.

Un gobierno de facto que defiende intereses generales está exceptuado de ser repudiable o censurable por sus actos de acusar a ex funcionarios por posibles delitos y ante la instancia judicial que la Constitución señala, máxime si esa tarea de denunciar se hace tipificando dentro de normas que sancionan responsabilidad política, penal, incluso civil.

Tratándose de acción política el hecho de acusar ante el fuero judicial, difícil es impedir o señalar hasta donde debe y puede un régimen de facto abstenerse de accionar política y judicialmente ante sus enemigos de régimen, ante posibles delincuentes, o ante elementos de actos delictuosos; tampoco es razonable condenar al gobierno de facto que toma medidas de reparación de daños al Estado, o persigue, respetando jurisdicciones de la función judicial, a quienes deben responder por actos delictuosos.

Si las medidas de facto que afectan a la justicia, la economía, la administración o cualquier derecho o deber, rebasan la racionalidad que debe tener, se incurren en actos de arbitrariedad repudiables desde todo punto de vista, negando el carácter positivo del gobierno de hecho, para confundirlo con cualquier otro grupo dictatorial que tradicionalmente conoce la Patria. Pero en tanto las medidas del gobierno de hecho se ajusten a la razón, a la necesidad de enmendar vicios, abusos, y no violen derechos del interés general o del grupo mayoritario, es exigible e inevitable su competencia para tomar medidas legislativas y ejecutivas. Porque, de otra parte, la omisión de esos actos implicarían amparar o secundar actos delictivos o presuntos actos violatorios del interés nacional o de las mayorías nacionales.

Negarle potestad de acusación y formación de causa a un gobierno de facto, respecto de los funcionarios, no tiene sentido si dicha acción concuerda con el sentimiento de la necesidad de moralizar; distinta sería la situación si el gobierno de facto es tan o más inmoral que el gobierno depuesto; en éste último caso sería inadmisibles ampararle en acciones que por sí mismo no responde. Cabe aquí preguntar: mientras no funcione el Congreso, deberían permanecer impunes quienes cometieron delitos? La respuesta siempre será amparando los respectivos enjuiciamientos.

Bielsa sostiene que el estado de necesidad, aunque carezca de fundamentación jurídica positiva en el Derecho Constitucional, sirve de fundamento jurídico al poder de hecho.

Las acciones y medidas de un gobierno de facto se llegan a validar porque presuponen sometimiento a principios y garantías generales de la Constitución, aunque no lleguen a cumplir las formalidades minuciosas en caso de normalidad constitucional. Según Raycés, justificada la existencia de un gobierno de facto se aplica los siguientes dos principios: a) Necesariamente alguien debe mandar; y b) Debe mandar quien cuente con los medios de hacer obedecer. Sigue sosteniendo: "Así, aquél a quien señala la Constitución no tiene ninguna

posibilidad de mandar, porque ha perdido los medios de imponer obediencia, es necesario que mande aquél que cuente con los medios, así se trate de un revolucionario triunfante o de un usurpador”.

La justicia no puede quedar insensible ante la acusación por delitos de miembros de gobierno destituido o fundado en hechos que motivan conmoción, como el caso de la Página 11 en nuestro medio.

Si el ejecutante de facto, al asumir funciones legislativas, se arroga la capacidad de acusar a funcionarios políticos ante el Poder Judicial, no hace otra cosa que reemplazar al Legislativo también en ese menester político, máxime si se justifica esa medida como estado de necesidad en un medio crítico por convulsionar.

Rafael Bielsa sostiene que el Poder Ejecutivo puede suplir al Congreso dictando Decretos-Leyes, sea por caducidad del órgano o por el receso. Por ese hecho, es obvio que no puede desconocerse la capacidad de acusación con que el Ejecutivo acciona ante la función judicial al evidenciarse o presumirse comisión de delito.

Entre un gobierno de jure y otro de facto la previsión normativa no se cumple en todos sus extremos, se quebranta, pero también prosigue la facticidad de la dinámica político-constitucional, por ejemplo cuando el Ejecutivo, en función legislativa sin detalles de acción, acusa a un ex ministro ante el fuero y competencia prevista por la Constitución vigente.

No se puede sostener que el gobierno de facto tenga únicamente competencia en menesteres ajenos a la moralización o en las acciones perseguibles por delitos, máxime si es la función judicial la que en última instancia resolverá la inocencia o culpabilidad del acusado.

Pues el Estado no puede paralizarse por dejar de tomar medidas exigibles en sus fines, aunque no identificados con los medios de representatividad constitucional.

Si las medidas políticas devienen en arbitrarias, abusivas o en actos de venganza del gobierno de facto imperante, o que la acusación contraría los fines de moralización de los funcionarios públicos, estaríamos frente a una dictadura contraria a los fines de la moralización del interés del pueblo y en general contra los objetivos de todo Estado.

Hechos razonables, admisibles en el consenso nacional, cuyo autor es un gobierno de facto, hacen justificables la violación de formalidades que sirven para encubrir el delito, la corrupción o el abuso de poder. Según Jezé estaríamos en el caso únicamente de una irregularidad de investidura.

Medidas de defensa de la soberanía nacional, de los fueros nacionales, de ratificación de moralización, de sanción de hechos delictivos, justifican el acceso al poder de quienes lo hacen no siempre de conformidad con la Carta Magna, pero que, según Deverger, lo hacen conforme a la justicia y al derecho natural, porque el fin supremo del Estado es lograr el bien, la justicia para las masas. Si se da la identidad entre el gobierno legal o ilegal con la materialización de los fines del Estado, entonces podemos decir que se trata de un gobierno legítimo, aunque ilegal, en los gobiernos de facto, por la forma como ascendió. Porque no siempre resulta legal un gobierno elegido que apenas represente una minoría y margina a la mayoría en su derecho de elegir y ser elegido, caso de los seis millones de peruanos sin derechos políticos.

Lo positivo o negativo de los actos de un gobierno de facto tienen validez o no en la medida que van siendo reconocidos o impugnados popularmente y no sólo por el grupo selecto que eligió al Presidente o a los representantes a Congreso, depuestos por la insurrección. Cuando no haya rechazo mayoritario al Gobierno de hecho, se presume la existencia de la voluntad implícita de la comunidad, pero esa aceptación expresada siempre y cuando el gobierno funcione en razón directa a los intereses de la comunidad, ya que hacer lo contrario provocaría una inmediata revuelta u oposición general. Los actos de bien del régimen de facto lo van consolidando en el cargo porque paulatinamente va legitimando su ejercicio del poder. Su estabilidad y aceptación popular presupone que ha llegado a ser sucesor a título universal, es decir heredero pleno del anterior régimen, en razón al hecho cierto de que el Estado no puede existir sin poder político.

Burdeau escribe que el Gobierno debe ser real o sea capaz de aceptar decisiones y de perseguir su ejecución mediante los recursos del Estado. Sostiene con precisión: "Desde el instante en que los jefes de movimiento revolucionario son capaces de hacer reinar el orden, de establecer y recaudar tributos, de proveer la ejecución de sus decisiones, constituye un gobierno"⁴. Tesis válida para derecho interno y derecho internacional.

⁴ *Traité de science politique* T. III, pág. 548 y ss.

La presencia de un gobierno de hecho, con funciones ejecutivas y legislativas, crea situaciones de derecho, compromisos regulares y de no ser aceptadas por una mayoría nacional, provocaría trastornos graves y la estabilidad de tal gobierno sería efímero. En general, por los medios del que dispone un gobierno, sus actos se dan por consumados y consentido mientras esté al frente del gobierno.

La justificación de ese estado de cosas, para Roger Bonnard, se da por el hecho de que los gobiernos de facto son ilegales por su origen, pero legítimo en cuanto a su actividad, porque como existe necesidad y urgencia de que el Estado sea provisto de un gobierno, no hay tiempo de constituir un régimen político según las formas regulares.

La discusión podría ser en torno a si es justa o injusta la actitud asumida en cada acto, vrg., en el de acusar a ex funcionarios ante el órgano competente judicial. La validez de estos actos son más firmes si no llegan a ser impugnados por el fuero judicial al recepcionarlos.

Un gobierno de hecho con facultades legiferantes y teniendo realmente el mandato político, habiéndose constituido en la única fuente de poder, se impone la finalidad de asegurar el ejercicio sin interrupción de la función legislativa por ser inevitable para la vida nacional y con la aceptación de su fuerza imperativa. Resulta entonces competente, por decir lo menos, un gobierno de facto que toma medidas moralizadoras de una u otra forma.

En derecho político, deviene fuente de reconocimiento del gobierno de facto y como hecho básico, detalles como el cambio violento de los miembros del ejecutivo, los procesos a ex ministros, el alejamiento del poder y del país del ex presidente, la instalación de nuevas autoridades, medidas que no paralicen la marcha estatal, incluso la duración y aceptación de la fuerza imperativa.

Maurice Deverger escribe: "Como regla general los actos de los gobiernos de hecho son jurídicamente válidos, no obstante el carácter ilegal de su autor en la medida en que son estrictamente necesarios para asegurar la vida jurídica del Estado y de los particulares".

En materia legislativa, señala Burdeau que "los gobiernos de hecho se encuentran, en cuanto a la extensión de sus competencias, en igualdad con los gobiernos legales".

Creemos que un gobierno de facto puede hacer lo mismo que un gobierno de jure cuando esos actos se fundan en una necesidad y siempre que no afecten a los fines supremos del Estado.

Si todos los actos realizados -sostiene Constantineau- por usurpadores y por los funcionarios que bajo ellos gobernaron, tuviera que ser subsecuentemente declarados nulos y sin ningún valor, habrían una confusión sin fin y la restauración del Poder Legislativo sería peor que la usurpación, es decir, que en la práctica resulta casi imposible desconocer los actos de gobierno de facto. La atribución de un gobierno de facto se acepta en todo orden de cosas si no están dirigidos contra los intereses de las mayorías nacionales. Duguit acepta este criterio y para Hauriou debe existir previamente la necesidad, mientras no resulte anti-social, abusivo y tiránico.

Si se dan los casos de existencia de decretos-leyes sin validez formal pero de contenido y uso justos, purgan su defecto en beneficio de la comunidad; con mayor razón aquellas otras funciones que, al beneficiar a la sociedad, algo de ilegales han tenido. Mientras no se constituyen legalmente los órganos que la Constitución prevé, los gobiernos de facto tienen todas las facultades legislativas, siempre y cuando no signifiquen injusticias.

No se puede omitir el señalar que, cuando la función judicial acepta las acusaciones que formula el gobierno de facto le está reconociendo a éste funciones legislativas. No es de dudar que con esa actitud la función judicial también se sustenta en la tesis del hecho consumado. George Scelle sostiene que, tenida la posesión del poder, su ejercicio pacífico y obedecido por la comunidad, y si ese poder es excluyente de cualquier otro, debe ser reconocido. Sarmiento decía: "La Sociedad no puede estar una hora sin gobierno".

La acción de cada gobierno en la función ejecutiva y legislativa presenta mayor debate cuando sus actos son dudosos en extensión y profundidad del interés de la comunidad. En general, todo acto que evidentemente es contrario al pueblo sufre impugnación, oposición y rechazo, pero si es en beneficio de la comunidad gana aplausos, consentimiento y cada acción deviene inevitablemente en fuente material de derecho inmediato y mediato.