



ARTÍCULOS

Gobiernos de facto

Rodolfo Berardo

Revista de Economía y Estadística, Vol. 7, No 1 - 2 (1954): 1º y 2º Trimestre, pp. 165-191.

<http://revistas.unc.edu.ar/index.php/REyE/article/view/4859>



La Revista de Economía y Estadística, se edita desde el año 1939. Es una publicación semestral del Instituto de Economía y Finanzas (IEF), Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Córdoba, Av. Valparaíso s/n, Ciudad Universitaria. X5000HRV, Córdoba, Argentina.
Teléfono: 00 - 54 - 351 - 4437300 interno 253.
Contacto: rev_eco_estad@eco.unc.edu.ar
Dirección web <http://revistas.unc.edu.ar/index.php/REyE/index>

Cómo citar este documento:

Berardo, R. (1954) Gobiernos de facto. *Revista de Economía y Estadística*. Segunda Época, Vol. 7, No 1 - 2: 1º y 2º Trimestre, pp. 165-191.

Disponible en: [<http://revistas.unc.edu.ar/index.php/REyE/article/view/4859>](http://revistas.unc.edu.ar/index.php/REyE/article/view/4859)

El Portal de Revistas de la Universidad Nacional de Córdoba es un espacio destinado a la difusión de las investigaciones realizadas por los miembros de la Universidad y a los contenidos académicos y culturales desarrollados en las revistas electrónicas de la Universidad Nacional de Córdoba. Considerando que la Ciencia es un recurso público, es que la Universidad ofrece a toda la comunidad, el acceso libre de su producción científica, académica y cultural.

<http://revistas.unc.edu.ar/index.php/index>

GOBIERNOS DE FACTO

CONCEPTO: El máximo tratadista de la teoría de facto, ALBERT CONSTANTINEAU, define de esta forma el gobierno de facto: “es el que ilegalmente obtiene la posesión o control de un estado o país, desapoderando al legítimo gobierno legal y manteniéndose por la fuerza y las armas contra la voluntad del legítimo gobierno legal, cuyos poderes declara ejercer” (1).

LECHARNY, por su parte, anota como habitual la siguiente: “Gobierno de facto es aquél que accede al poder como consecuencia de un golpe de estado o de una revolución, y que no encuentra en el derecho existente un título que le permita ejercitar la autoridad soberana” (2). LECHARNY la acepta siempre que se tenga en cuenta que “un gobierno de origen revolucionario no es *de facto* hasta tanto no adquiere un título que le permita ejercitar la autoridad soberana”.

PODESTÁ COSTA, a propósito del mismo tema, dice: “Se designa con el nombre de gobierno *de facto* a la autoridad que deponiendo al gobierno existente, o por lo menos reemplazándolo de súbito se implanta fuera del orden jurídico pre

(1) A. CONSTANTINEAU: “Tratado de la Doctrina de facto”. Tomo 1.

(2) LECHARNY: “La validité des acts internes des gouvernements de fait a l'égard des étrangères”, pág. 8.

establecido y ejerce el poder público sobre la generalidad de las personas y las cosas de un determinado territorio” (3).

JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, lo define así: “Dentro del sistema de la constitución un gobierno de hecho, *de facto*, tiene que ser aquél que, o nace de una revolución, de un plebiscito por ausencia de los elementos orgánicos de su formación o ha sido creado fuera de las normas establecidas en la constitución a manera de provisorio o interinato, mientras esas formas se llenan y sobreviene la ratificación por parte de los legítimos órganos pre establecidos para darle existencia” (4).

Y finalmente HAURIUO nos dice que “existe un poder cuyo origen no es legítimo y que se llama *poder de hecho* cuando no se han observado las reglas establecidas para la transmisión, lo que casi siempre se deriva de una revolución o golpe de Estado” (5).

Las definiciones anotadas, son, pues, dentro de ciertos límites, coincidentes. Existe un común consenso de que el gobierno de facto es aquel que se ejercita sin un título *hábil* que autorice a los gobernantes a ejercerlo. La ausencia de ese título *habilitante* debe establecerse de acuerdo con la estructura normativa superior (carta o ley constitucional) que determina cuáles son los medios por los cuales un hombre llega *juridicamente* al gobierno. El título del gobierno de facto no es hábil: es irregular.

Sin embargo, todas esas definiciones hacen excesivo hincapié en la revolución o golpe de Estado como procedimiento irregular para llegar al gobierno. Naturalmente, no yerran en esto, pero debe tenerse en cuenta que la revolución no es el *único* medio de constituir un gobierno de facto. En efecto: si el gobierno de hecho es aquél que carece de título para el

(3) PODESTA COSTA: “Manual de D. Derecho Internacional Público”, pág. 666.

(4) JOAQUÍN V. GONZÁLEZ: “Obras Completas”. Tomo XII, pág. 595.

(5) HAURIUO: “Derecho Público”, pág. 200.

ejercicio del poder jurídico regular, el simple análisis de los casos posibles nos revela que el golpe de Estado es uno de tantos medios, pero no el único.

Así tenemos que: a) un gobierno de facto puede constituirse en forma originaria cuando *no existe ley constitucional* que establezca los medios de llegar al poder. Sería el caso de la formación de un Estado soberano nuevo. GEMMA (6) cita el caso de un tal Hickey que en 1894 se refugió en el Isote de Trinidad, constituyéndolo en Estado soberano y reclamando el reconocimiento internacional con el título de James I. Hickey ejercitaba aquí un poder de hecho. No había ninguna norma que justificara *jurídicamente* su pretensión. El accedía al gobierno de facto no por transgresión internacional o involuntaria de la norma suprema; su gobierno era de facto simplemente porque la norma *no existía*, sin perjuicio de que luego intentara convertirse en *de jure*.

La secuela de esta aventura insular no interesa, máxime porque las circunstancias mundiales han convertido este caso en verdaderamente excepcional. Ya no se da la posibilidad de territorios vacantes sobre los cuales puedan fundarse nuevos Estados soberanos y toda la formación de una nación nueva llega hoy por la vía de la secesión revolucionaria o del golpe de Estado, con la previa quiebra del sistema normativo anterior.

b) Más frecuente, aunque de poca resonancia, es el caso que un gobierno se constituye como de hecho por vicio involuntario u oculto de las formas establecidas para su elección y permanencia. Dentro del estricto rigor de los términos, un gobernante que llega al poder por medio de una elección fraudulenta, mal convocada, o llevada a cabo sin las debidas previsiones constitucionales, es un gobernante *de hecho*. Carece de título jurídico válido para el ejercicio del poder,

(6) GEMMA: "Les gouvernements de fait".

desde el momento en que el acto eleccionario es pasible de nulidad.

Este caso ha sido frecuente en la vida política de algunos países. Pero generalmente no trasciende ni logra relevancia política, porque el gobierno que se constituye en esta forma sostiene a toda costa la legitimidad de su título y el caso de que éste sea declarado nulo se presenta como enteramente excepcional. Generalmente nadie llama a estos hombres gobernantes de facto y la presunción de regularidad que su título posee hasta tanto se pruebe lo contrario, constituye una *presunción* de juridicidad. De todos modos, este es un caso particular de la teoría general de los *funcionarios* de facto, y tiene más relación con el Derecho Administrativo que con el Derecho Político.

c) El tercer caso es aquél en el cual el gobernante llega al poder sin ninguna clase de título regular y con transgresión de todas las normas constitucionales. Este es propiamente el caso del gobierno revolucionario. Su advenimiento al poder se realiza con la transgresión pública y notoria de todas las leyes constitucionales que rigen la vida política. El golpe de Estado va acompañado por la fuerza o la amenaza de usarla, sistema proscripto de todos los regímenes constitucionales. El gobernante revolucionario es pues, mientras no intervengan otros factores normativos (nueva Constitución por ejemplo), un gobernante de hecho. El mismo reconoce esta circunstancia y no discute la falta de título *jurídico* regular que lo vicia.

Es el caso más común. En Francia hubo golpes de Estado en 1789, 1793, 1800, 1815, 1848, 1852, 1870, 1940 y 1944. En Italia, cuando la dinastía de Saboya se impuso sobre toda la península, y en 1922. En Norteamérica no hay antecedentes federales. En la Argentina existen dos casos claros: el de 1930 y el de 1943. Ya los analizaremos más adelante .

Los tres casos en que se nos revela la existencia de un gobierno de hecho, bastan para aclararnos su concepto.

El gobernante *de jure* es aquél que ocupa el gobierno, en virtud de una investidura *regular*, según las normas constitucionales.

El gobernante *de facto* es aquél que en determinadas condiciones de hecho, ocupa el gobierno en virtud de una investidura (o título jurídico) irregular.

El *usurpador* es aquél que ocupa el gobierno sin *ninguna* investidura, ni regular ni irregular (7).

El punto difícil es establecer en qué consiste la investidura irregular, o el título no hábil a los ojos del Derecho. Porque en ciertos casos la investidura irregular o el título inhábil tienden a confundirse con el título o investidura *inexistente*. Es decir: los límites que separan al gobernante de hecho del usurpador, se presentan como confusos.

El problema llega a fondo en este punto: ¿En qué consiste el título inhábil o la investidura irregular, a diferencia de la inexistente? Hay ciertos casos, el segundo especialmente, en que el asunto podría suscitar fácil respuesta. Título irregular, dice la jurisprudencia anglo-sajona es aquél que tiene *apariencia de legitimidad*, a punto tal que terceras personas puedan engañarse sobre su validez. Es lo que los *americanos* llaman *color* (colorable title), es el título con apariencia de legitimidad. El juez DANIEL, de la S. C. de los EE. UU. juzgando un caso de funcionarios de hecho (Wright vs. Mattison, 1885) definía el *color of title* como aquello que en apariencia es título pero que en realidad no es título. Las variaciones que alrededor de este concepto se pueden producir son múltiples: Título aparente por defecto de la elección, por premura en asumir el cargo, por continuación en el ejercicio después de perimido, por inhabilidad jurídica para ocu-

(7) Véase JEZE: "Principios generales de Derecho Administrativo", II, 323.

par el cargo, etc. "Pero es base esencial según la jurisprudencia americana que exista *apariencia* de derecho que pueda causar confusión, porque de otro modo no existía excusa para la parte engañada ni base para un pedido de protección" (8). Cuando el título es notoriamente imperfecto no hay apariencia de legitimidad (color). Esto nos revela que la teoría *color* es demasiado estrecha si bien en ella puede refugiarse un gobernante mal elegido. Por otra parte, no ofrece amparo —manifiestamente— para el gobernante revolucionario que *es la especie más común y más importante* dentro de los gobiernos de facto.

Lo que se busca es pues una *justificación jurídica* que permita calificar un título como irregular o inhábil, por oposición al inexistente.

Hagamos notar que esa justificación ha de ser esencialmente *jurídica*, pues tal es el concepto que se trata de calificar. No se trata de buscar justificaciones éticas o morales, que han sido siempre invocadas por todos los revolucionarios para cohonestar los mayores desmanes. No basta que un usurpador afirme que defiende la justicia, el bien, la verdad o la religión para que se lo considere dentro de esa especie aparte e intermedia que son los gobernantes de facto. Es preciso que encuentre un justificativo absolutamente jurídico.

En el intento de hallar este justificante, calificativo del título imperfecto, se han elaborado las diversas teorías sobre los gobiernos de facto.

TEORÍAS SOBRE GOBIERNOS DE FACTO: en primer lugar, se ha pretendido justificar los gobiernos de facto y encontrar su título (irregular pero título al fin), en las teorías del *Derecho Privado* (9). Así se han elaborado las siguientes:

(8) CONSTANTINEAU: op. cit. I, pág. 157.

(9) Seguimos muy de cerca a Sc. GEMMA: "Les gouvernements de fait". (En Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 1924, III).

1) *Prescripción*: se ha sostenido en este sentido que los gobiernos de facto podían justificar su permanencia merced al transcurso del tiempo. El tiempo significaría pues una presunción de vitalidad.

Pero no puede negarse lo feble que resulta este argumento cuando se piensa que la concepción patrimonialista de la soberanía (única dentro de la cual cabe esta teoría), ha sido abandonada hace mucho tiempo. Aparte de eso, la prescripción presupone la existencia de un Derecho positivo que le otorga caracteres jurídicos. El solo transcurso del tiempo, cuando no existen estas previsiones normativas, es jurídicamente irrelevante. Ahora bien: la revolución lo que produce muchas veces es una crisis del derecho positivo vigente y su decaimiento. Por lo demás los actos de los gobiernos de facto son válidos ab-initio, desde el primer momento de la toma del poder y dichos gobiernos nunca duran demasiado tiempo, sino que rigen circunstancias provisorias. Su prescripción sería por lo demás viciosa, porque nacería de la violencia o la clandestinidad muchas veces; y la interrupción de las mismas, que en el Derecho privado sólo depende de la voluntad del damnificado, aquí no puede operarse. ¿Podría pensarse acaso que las protestas del gobierno destituido bastan para invalidar los actos del gobierno de facto? No es menester un análisis muy profundo para desechar este intento de explicación.

2) *Renuncia*: GEMMA desarrolla como segunda teoría sobre los gobiernos de facto, la hipótesis de la renuncia presunta que los gobernantes legítimos hacen a favor de sus sucesores.

Pero en primer lugar esto no es siempre cierto. En la generalidad de los casos tal presunción resulta destruída por la energía con que el gobierno depuesto ha defendido sus

derechos. Por lo demás, esta hipótesis tiene el mismo defecto que la anterior.

Presupone una concepción propietarista a la soberanía. ¿Dónde está dicho que los gobernantes puedan disponer de la soberanía como cosa propia? Cuando el período acaba, la potestad de quién está al frente del gobierno caduca y la Constitución prevé los medios de organizar un nuevo gobierno.

3) *Poseción*: se ha pretendido ver en los gobiernos de facto un título semejante al que tiene el nudo poseedor sobre la cosa, con prescindencia de la voluntad del propietario y del transecurso del tiempo.

Pero si el derecho respeta la simple posesión otorgándole los interdictos es porque trata de asegurar algo que se presenta con *apariencia* de derecho, y hasta tanto el legítimo propietario acredita su *jus possidendi*. Todo se basa en una necesidad de orden y paz pública, y se sujeta al resultado de la litis que ocasionalmente se trava.

Pero nada de esto se presenta en los gobiernos de facto. El orden y la paz ya han sido turbados por la revolución, y el gobernante de facto no discute sus derechos con el legítimo titu'ar y si bien el poseedor posee porque posee (como dice el Código Civil), ello es cierto hasta tanto el tribunal decide sobre el mejor *jus possidendi*. En cambio, si bien el revolucionario "gobierna porque gobierna" (y en esto se parece al poseedor) lo hace con total prescindencia de lo que los tribunales decidan. Por lo demás, se daría el caso curioso de que al reconocer el Poder Judicial al Ejecutivo de hecho (como ocurrió en nuestro país en 1930 y 1943) estaría admitiendo mejor derecho en el nudo poseedor que en el titu'ar legítimo.

Esta hipótesis (como todas las tomadas de' D. Privado), también está viciada de *patrimonia'ismo*.

4) *Gestión de negocios*: se ha pretendido ver en el gobernante de facto un gestor de negocios. Pero la gestión de ne-

gocios presupone un gestor (en este caso el gobernante de facto) y un titular que ha descuidado su derecho, y en cuya utilidad concurre el primero. Ahora bien: como dice GEMMA, es imposible encontrar ese titular. No es ciertamente el gobierno anterior, violentamente desposeído. No es tampoco el Estado.

Una revolución puede ser secesionista (como la de Panamá en 1904), u organizar nuevamente un Estado que por responder a postulados ideológicos distintos nada tiene que ver con el anterior. Verbigracia en 1940 perielita la tercera República Francesa y se instaura el Estado petanista en Francia. Era un Estado tota'mente distinto. Lo mismo pasa, pero a la inversa, en 1944. Además el gestor de negocios sólo produce actos válidos cuando coopera a la utilidad y mejoramiento del derecho descuidado. Responde *personalmente* de sus errores. Nada de esto ocurre en los actos de los gobiernos de facto. Su validez se mantiene a despecho de la imprudencia o desconveniencia con que pueda rea'izarlo ⁽¹⁰⁾.

Frente a estas teorías tomadas del Derecho Privado aparecen las que buscan en el mismo *Derecho Público*, los fundamentos de la justificación jurídica del título irregular.

a) *Reconocimiento, consenso o asentimiento*. Según HAURION el gobierno de hecho se legitima y sus actos alcanzan validez merced al reconocimiento de que lo hacen objeto los órganos jurídicos que se mantienen en pié y el pueblo en general. "Pero no hay que caer en el error de creer que la legitimación sea fruto de la sola confianza del pueblo. Hay una condición de fondo esencial: esta confianza debe ser merecida por la estructura y por la conducta del nuevo gobierno" ⁽¹¹⁾.

Dos observaciones cabe hacer a esta teoría. En primer lugar el reconocimiento y la aceptación del pueblo es un hecho

(10) Seguimos de cerca a LARNAUDE, cit. por GEMMA.

(11) HAURION: "Derecho Público", pág. 201, nota.

dudoso, que no puede comprobarse sino en perspectiva histórica, o cuando el gobierno de facto recurre a la consulta popular. Ahora bien: ninguna de las dos cosas puede determinarse a breve plazo y no es posible poner en cuarentena las decisiones del gobierno de facto hasta que semejantes hechos se cumplan. Los intereses de terceros se verían gravemente perjudicados si en una votación realizada a los tres o cuatro años del golpe de Estado el pueblo expresara su repudio a ese gobierno. Tampoco ningún Estado extranjero podría regir su reconocimiento por estas normas. Por otra parte, el gobierno de facto cuenta con fuerzas armadas y policiales que hacen ilusorio todo intento de no reconocimiento.

En segundo lugar, la salvedad que hace HAURIU al final de la cita nos parece poco feliz. Dice Hauriou que el gobierno *debe merecer* la confianza del pueblo. ¿Pero quién es el juez que dictaminará sobre ese merecimiento? HAURIU nos dice explícitamente que no puede ser el mismo pueblo, cuyo criterio es el que se pone en tela de juicio. ¿Quién entonces? La pregunta queda en suspenso porque no encontramos respuesta posible.

La misma salvedad podría hacerse a la posición de SALVADOR DANA MONTAÑO. Este entiende que es requisito bastante “la posesión y ejercicio efectivo de la fuerza moral y material, dirigida a asegurar el orden público y a promover el bienestar general” (12). Pero, ¿quién juzga sobre ese requisito “promover el bienestar general”? Para la Europa Occidental el movimiento de febrero y octubre de 1917 en Rusia, no buscaba la paz pública y el bienestar general sino la imposición de una doctrina disolvente del orden constituido. Para los comunistas tal movimiento era el modo de establecer un nuevo orden bajo el imperio de los Soviets. ¿Quién puede decidir científicamente si estaba dirigido al bien común? ¿Un

(12) SALVADOR DANA MONTAÑO: “Principios de Derecho Público”, II, 133.

comunista? ¿Un católico? ¿Un capitalista?. El solo planteamiento del problema nos muestra la cantidad de respuestas posibles, según sean los esquemas políticos e ideológicos que informen al interrogado. Y la determinación del título irregular del gobierno de facto es una cuestión de Ciencia del Derecho que no puede quedar librada al arbitrio de las opiniones políticas particulares.

GASTÓN JÈZE ha pretendido hacer un poco más extensa la teoría del reconocimiento. “Los gobernantes de hecho no son usurpadores. Ellos tienen un título, una investidura. Esa investidura es irregular, pero admisible. Consiste en la aceptación general del hecho consumado, que de ordinario se da en la forma pasiva de no protesta (13).

¿Pero de la no protesta es posible presumir la aceptación? Las presunciones en Derecho funcionan de modo disyuntivo. Se presume, por ejemplo, que una sentencia ha sido consentida cuando no se ha entablado recurso en el término pertinente. Mas téngase en cuenta que esta presunción se funda en el hecho de que el recurso *podía entablarse*, y estaba librado a la voluntad de las partes el hacerlo o no. Nada de esto ocurre en el caso que analizamos. Lo contrario es cierto: bajo un gobierno de facto sue'e ser muy difícil hacer oír las protestas. El golpe de Estado, primer paso del drama, como dice JÈZE, exige un control estricto que coarta la libertad individual. Tampoco puede asimilarse la presunción de consentimiento a las presunciones *juris et de jure*. En estas últimas la imposibilidad de probar la contraria está determinada por la ley, no por los hechos. En cambio en el gobierno de hecho es facticamente imposible destruir la supuesta presunción de asentimiento. Son dos casos muy distintos.

Todo esto nos prueba que las pretendidas justificaciones jurídicas fundadas en la aceptación, en el consenso, en el asen-

(13) JEZE, op. cit. II' 372.

timiento, están hipostasiadas de un contenido político irremediable. Tanto HAURIÏU como JÈZE están tratando de justificar *políticamente* (no jurídicamente) el poder, remitiéndose para ello, según la tradición francesa, a la voluntad popular. La influencia de ESMEIN se advierte clara en este punto ⁽¹⁴⁾.

b) *Necesidad*. GEMMA anota una teoría de justificación de los gobiernos de facto, que apunta a una solución. Después de extenderse sobre la vinculación que existe entre el estado de necesidad nacional y la naturaleza y forma de los gobiernos (una suerte de determinismo político), GEMMA nos dice que hablar de la necesidad general sin calificarla “puede hacernos recaer en discusiones que sobrepasan nuestro tema”. Es menester reducirse “a una concepción de la necesidad que es más modesta pero más segura: la de una necesidad que legitima un nuevo gobierno porque ella lo crea, lo consolida y lo conserva” ⁽¹⁵⁾. “Los Estados y los gobiernos son productos necesarios de factores que escapan a toda valuación jurídica. No es el derecho el que produce estos factores; es de ellos que nace el derecho. Cuando un Estado se forma, es solamente por los hechos que se forma; cuando aquél se ha dado una organización política (cualquiera que ella sea), un orden legal ha sido establecido. En la esfera de este orden legal todo lo que se le opone es ilegal” ⁽¹⁶⁾.

La necesidad que legitima el gobierno es pues la necesidad *exitosa*, calidad que puede determinarse por la simple observación de la vida de ese gobierno, y es unívoca. Y este éxito, a juicio de GEMMA, será a la larga, consecuencia del consentimiento y la voluntad popular.

Sin negar el fondo de verdad que tiene esta teoría en lo referente al factor calificante *éxito*, debemos sin embargo hacer dos observaciones.

(14) Cfr. ESMEIN: “Eléments de Droit Constitutionnel”, I, 620.

(15) GEMMA, op. cit., 315.

(16) GEMMA, op. cit., 316.

Primero: que es inútil recurrir a la *necesidad* como elemento justificante del gobierno. Ante todo, porque ello no es siempre cierto. Hay revoluciones exitosas que no responden a ninguna necesidad, sino a la ambición o los intereses de los revolucionarios. Decir que el justificante es la necesidad, aunque se la califique de exitosa, implica apelar a un factor que en este caso no es jurídico. Las necesidades a que se refiere GEMMA son sociales, económicas, políticas, etc. *Crean órdenes jurídicos, pero no los justifican jurídicamente.* E insistimos en que la necesidad suele ser ficticia.

Por otra parte, no es hoy admisible científicamente que “los Estados y los gobiernos son productos *necesarios* de factores que escapan a toda valuación jurídica”. Nadie puede negar la crisis del determinismo histórico que estamos presenciando.

Segundo: consideramos que es innecesaria la referencia que Gemma hace a la voluntad popular, como factor, a la larga, de éxito de los gobiernos. La expresión voluntad popular tiene, a partir de 1789, un sentido muy preciso que veda el utilizarla con otra significación. Si con esto GEMMA ha querido jurídicamente hacer referencia a la legitimación democrática, la negamos, remitiéndonos a lo dicho en *a)* in fine. Si ha querido referirse a la simple pasividad popular, la tachamos de confusa, y anotamos que en la historia se han producido muchas revoluciones que lo que hacían era justamente conspirar contra el interés del pueblo. De este tipo han sido casi siempre las llamadas revoluciones restauradoras. La supuesta pasividad era en esas oportunidades equivalente a sujeción. Y esto no entra dentro de la explicación de GEMMA.

Debemos advertir que la necesidad a que se refiere este autor no es ciertamente el “estado de necesidad” creado por la revolución, y que justifica la obediencia en los actos de los funcionarios inferiores, y la validez de los actos de los funcionarios de facto de categoría subordinada que el movi-

miento pueda haber creado. El problema de los actos de los funcionarios de hecho inferiores es de estricto Derecho Administrativo.

Cuando GEMMA apela a la necesidad se refiere al “estado de necesidad nacional”, no creado por la revolución, sino padre de ésta. Es una necesidad previa, no consecuente a la revolución.

e) *La juridicidad estructural*. Para STAMMLER hay un hecho cierto que permite determinar el carácter de facto de un gobierno, por oposición a la simple usurpación. Dice STAMMLER: “Un acto de poder como la revolución puede reducirse a ser torpe arbitrariedad, pero puede también engendrar un derecho que suplante al vigente. Esto último es lo que acontecerá cuando el acto de poder en violación del derecho dominante se ajuste de lleno al criterio que delimita de un modo decisivo la norma jurídica frente a la mera arbitrariedad” (17). Para determinar el carácter de *norma jurídica* es menester atenerse a dos elementos estructurales: 1) que sea una voluntad autárquica y ligante; 2) que sea invulnerable (18). Cuando la conducta del nuevo gobierno se expresa normativamente como derecho, ese gobierno se encuentra justificado por el título irregular de la creación de la norma; y los gobiernos sucesivos serán de *jure* en tanto en cuanto se encuentren justificados por la regularidad de transmisión del poder que esa norma jurídica establece. El usurpador en cambio no crea normas, sino que comete actos arbitrarios que pueden carecer de la imperatividad o de la generalidad que caracterizan a las normas jurídicas.

Dentro de la construcción general del sistema stammleriano la explicación parece impecable.

d) *Fuerza normativa de lo fáctico. Hecho consumado*. Pa-

(17) STAMMLER: “Economía y Derecho”, 470.

(18) STAMMLER: “La génesis del Derecho”, 18.

ra JELLINEK el “ejercicio del poder del Estado por el usurpador crea inmediatamente una nueva situación jurídica, ya que no existe ninguna instancia que pueda anular jurídicamente el hecho de la usurpación”. En consecuencia el poder de hecho se transforma paulatinamente en poder jurídico, acelerándose el proceso cuando el nuevo Derecho es justificado jusnaturalistamente. Entre el momento fáctico de la revolución y el momento jurídico de la nueva constitución hay un *hiatus* o espacio vacío, de duración variable .

Esta teoría, que tiene antecedentes en BLUNTSCHLI y GIERKE, alcanza su más radical formulación en GEORG MEYER, para quien la facultad para el ejercicio del poder político no está condicionada por la adquisición legítima, sino únicamente por la *posesión de hecho*. El poder del Estado no puede carecer en ningún momento de un representante que ejerza los derechos soberanos. Como el soberano legítimo, expulsado del poder, no está en condiciones de ello, debe hacerlo el soberano ilegítimo, que de hecho se encuentra en posesión de dicho poder. La cuestión de la legitimidad de un poder político es ciertamente una cuestión jurídica, pero la consideración de un poder del Estado como legítimo no da lugar a efectos jurídicos especiales” (19). El acto de creación del Derecho “queda consumado tan pronto arraiga en los súbditos la idea de que estas son obligatorias para ellos, estén o no conformes con las mismas” (20).

La teoría del hecho consumado apunta a lo esencial. Pero a ella puede hacerse la crítica que le dirigía Kelsen: es falso que el hecho consumado pueda por sí solo crear consecuencias *jurídicas*.

e) *Justificación en la Teoría Pura del Derecho*. Kelsen ha logrado también una explicación brillante del título irre-

(19) HERRFAHRDT: “Revolución y ciencia del Derecho”, 101.

(20) HERRFAHRDT: op. cit., 108.

gular de los gobiernos de facto. Esta justificación la encuentra en la *norma hipotética fundamental*. Dice KELSEN: “Se cree poder constatar el carácter meramente fáctico de la existencia de los órganos en el caso de un derrumbamiento revolucionario de un orden jurídico estatal técnicamente desarrollado, señalando el caso de que, con anterioridad a la creación del nuevo orden se forman nuevos órganos de hecho, los cuales —en posesión del poder— legitiman después su situación creando una nueva constitución (JELLINEK). Se olvida que el hecho de la posesión revolucionaria del poder y el ejercicio del mismo en aquélla basado, no pueden comprenderse (sin el supuesto de un orden que faculta para dicha actividad) sino como manifestaciones de la fuerza ejercida por unos hombres contra otros, como fenómenos naturales causales, pero no como funciones orgánicas ni como acaecer social; y que en el mismo momento en que se considera al usurpador como órgano de la colectividad se parte del supuesto de un nuevo orden que constituye un nuevo esquema de interpretación. Un órgano sin un orden es un contrasentido” (21). Se presupone así una nueva norma fundamental, que delega en los nuevos gobernantes la calidad institutiva del derecho; y si luego continúa rigiendo la antigua constitución es porque el gobierno de facto la ha ratificado. Pero desde el mismo momento en que quebró el orden anterior pudo establecer uno nuevo o ratificar el preexistente.

Los actos de este gobierno valen pues porque los ciudadanos están jurídicamente obligados a suponer una norma hipotética fundamental que los legitima a aquéllos. El título que emana de la norma *no es el regular*, en cuanto esa norma fundamental liga un hecho antecedente *irregular* (revolución) con un hecho consecuente (actividad institutiva de derecho)

(21) KELSEN: “Teoría General del Estado”, 351. “Teoría Pura del Derecho”, 101.

(22). En cambio en los gobiernos de *jure* la norma constitucional liga un hecho antecedente *regular* (elección, por ejemplo) con un hecho consecuente (ejercicio del poder). La pura facticidad de la revolución, a juicio de KELSEN, no justifica nada. Es menester presuponer una nueva norma fundamental, que otorga consecuencias jurídicas a esa revolución. La norma fundamental no tiene como característica la *vigencia* (que es fáctica), sino la *validez* (que es apriorística). Cuando RECASENS SICHES buscaba una base de vigencia a la norma fundamental estaba incurriendo, como dice COSSIO, en una desinterpretación socio'ogista de la Teoría Pura del Derecho (23).

Queremos observar que no encontramos dentro de los términos de esta explicación un desarrollo claro de la posible distinción entre el usurpador y gobernante de facto. Es por ello que, aunque coincidiendo en lo fundamental con la posición kelseniana, queremos anotar a continuación las reflexiones que todas estas hipótesis nos despiertan.

f) *Nuestra opinión*. Es necesariamente ecléctica. Reconocemos la validez de la crítica que KELSEN dirigiera a la teoría del hecho consumado; pero nos negamos a llevarla a los extremos. El nuevo gobernante logra, a nuestro juicio, una justificación irregular de su título mediante la norma fundamental, y en esto tiene razón indudablemente KELSEN. Pero para que el súbdito esté obligado jurídicamente a obedecer al gobierno de facto es menester:

1) Que éste tenga una vigencia cierta e indubitable. El mismo KELSEN, en su libro recientemente traducido al español por E. GARCÍA MAYNES, *Teoría General del Derecho y del*

(22) COSSIO: "El concepto puro de la revolución", 204/5.

(23) KELSEN: "Compendio de Teoría General del Estado" (Introducción por LUIS RECASENS SICHES, 89). COSSIO, op. cit. pág. 202.

Estado (México, 1952), dice que si bien la validez y la vigencia son distintas, no puede separarse *la validez total del sistema jurídico de la vigencia total del mismo*. Si un sistema no es obedecido por nadie no puede decirse que sea válido como norma positiva. La validez le viene al sistema de la norma hipotética fundamental; la vigencia de hecho antecedente (revolución, fuerza, consentimiento, etc.) que esa norma fundamental liga a la estructura general del sistema. Pero es evidente que la norma fundamental no entra a funcionar, ni tiene nada que ligar, cuando ese hecho antecedente no es *real*. Ahora bien: la realidad en la revolución está dada por el éxito. En este caso, antecedente *real* es antecedente *exitoso*.

El gobierno de facto encuentra justificación en la norma fundamental en la medida en que logra imponerse *realmente*. El usurpador y aventurero es un gobernante de facto abortado. Es el que no consigue el dominio de la situación, o mantiene el país (que es unidad política) dividido en dos bandos, o se ha apoderado simplemente de la Casa de Gobierno sin perspectiva de consolidar su autoridad.

El usurpador es precario. El gobernante de facto es estable o puede serlo. El usurpador no logra justificación jurídica ni título irregular porque no tiene el hecho antecedente (éxito, vigencia) que la norma fundamental exige para entrar a funcionar. Los actos de gobierno realizados por el usurpador en e' breve período o espacio de sus posibilidades son nulos y no crean obligaciones internacionales. En síntesis: la verdadera piedra de toque de un gobierno de facto reside en su *vi-talidad*.

2) El gobernante de facto debe crear o mantener un orden *de derecho*, no en cuanto al contenido, sino en cuanto a la forma. En tal sentido tiene razón STAMMLER, aunque difiramos de sus precisiones concretas sobre los caracteres de la

juridicidad. Es menester que el revolucionario al gobernar *Cree o mantenga un sistema normativo con todos los caracteres de tal: certeza, imperatividad, formulación disyuntiva, plenitud hermenéutica, finitud lógica, relatividad hipotética. Queremos decir que es menester que el gobernante cree Derecho, con los caracteres formales que éste tiene (cualesquiera que sean), destinados a lograr la paz, el orden y la seguridad jurídica. No es un gobernante de facto aquél que porque no tiene límites a su poder, ordena disparates lógicos o jurídicos. Los actos de los gobiernos de facto son válidos en cuanto son formalmente normas, no arbitrariedades.*

VALIDEZ DE LOS ACTOS DE LOS GOBIERNOS DE FACTO

Determinada en esta forma la diferencia entre el gobernante de facto, el de jure, y el usurpador, hay que decir que los actos de los gobiernos de facto son válidos por su origen, dentro de la regla que expondremos enseguida.

CONSTANTINEAU establece como regla general de la validez de esos actos en los funcionarios de hecho; y anota una serie de excepciones (cuando el título es notoriamente imperfecto, o se conociera su vicio, etc.), que no son aplicables a los gobiernos de facto. En estos el problema es de Derecho Político. En los simples funcionarios de hecho el problema es, lo repetimos una vez más, de Derecho Administrativo.

A nuestro juicio el acto de gobierno de facto para ser válido ha de ser correcto *dentro del orden jurídico que ese gobierno ha creado o mantenido. Si el gobierno de facto ha creado una nueva constitución la validez de sus actos ha de compulsarse con ésta. Si ha ratificado la existente (caso de las revoluciones de 1930 y 1943), los actos deben encuadrarse dentro de esta constitución preexistente, con la siguiente salvedad: que nunca deben ser encuadrados dentro de la parte*

violada de esa constitución. Más claramente: no toda revolución viola un orden constitucional *en su totalidad*. Puede por ejemplo, mantener la parte de declaraciones, derechos y garantías o la organización judicial. Los actos del gobierno de facto que competen a esas materias han de regirse por tanto por las leyes existentes que ese mismo gobierno ha ratificado. Y así puede funcionar el habeas corpus y la independencia judicial.

Pero en aquella parte de la constitución que la revolución ha violado abiertamente no es posible exigirle al gobierno de facto que se atenga a ella, cuando la ha violado ab-initio. Por ejemplo: si un gobierno de facto clausura el Congreso y dicta decretos-leyes, debe pensarse que ese gobierno, intencional, aunque provisoriamente quizás, está instaurando un nuevo sistema de legislar: justamente el sistema de los decretos-leyes. Hay un hecho con vigencia cierta y una norma fundamental que exigen obediencia a los decretos-leyes, porque la confección normal de las leyes está suspendida por el imperio de los hechos consumados. No hay ninguna lógica en reconocer (como lo hizo la Suprema Corte Nacional durante mucho tiempo) que el gobierno de facto podía dar por terminadas las funciones legislativas de unos hombres (los diputados y senadores) y no podía dar por iniciadas las de otros (los mismos integrantes de ese gobierno de facto). Quien tiene potestad reconocida para destruir más aun la tiene para crear.

El capítulo referente a la formación de las leyes de la Constitución Nacional se hacía funcionar en esa forma para una cosa por sí y para la otra por no, cuando ambos casos eran semejantes.

En síntesis: si el gobierno mantiene parte de la Constitución, en esa parte ha de atenerse a ella. Si la crea de nuevo, la nueva constitución le sirve de norma de enquadre para juzgar sus actos posteriores.

EXAMEN SINTETICO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
SUPREMA SOBRE VALIDEZ DE LOS ACTOS DE
UN GOBIERNO DE FACTO

En dos oportunidades la Corte Suprema de Justicia se ha expedido sobre los gobiernos de facto en forma explícita, sentando en dichas oportunidades (de singular importancia política), las normas de jurisprudencia que se imponían.

Primeramente, en acordada del 10 de setiembre de 1930 la Corte resolvió reconocer el Gobierno Provisional del General Uriburu con las siguientes consideraciones:

“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.

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 los gobiernos de facto respecto a la posibilidad de realizar válidamente los actos necesarios para el cumplimiento de los fines perseguidos por él.

Que esta Corte ha declarado, respecto de los funcionarios de hecho que la doctrina constitucional e internacional se uniforma en el sentido de dar validez a sus actos, cualquiera que pueda ser el vicio o deficiencia de sus nombramientos o de su elección, fundándose en razones de policía y de necesidad y con el fin de mantener protegidos al público y a los individuos cuyos intereses puedan 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. CONSTANTINEAU, *Public Officers and the facta Doctrine* Fallos: tomo 148, pág. 303''.

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 de seguridad social.

Que ello no obstante, si normalizada la situación, en el desenvolvimiento de la acción del gobierno de facto, los funcionarios que la 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 ésta las restablecería en las mismas condiciones y con 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.

El 7 de junio de 1943 la Corte reconoció el Gobierno del General Ramírez repitiendo textualmente las consideraciones hechas en 1930.

La Corte apoyaba su doctrina en la teoría general de los funcionarios de hecho, citando preferentemente a CONSTANTINEAU, aunque sin analizar hasta lo último el problema. En determinados casos, sin embargo, la jurisprudencia aparecía contradictoria. No cabía duda en cuanto a la necesidad de reconocer validez a los actos de los gobiernos de facto. El pro-

blema era: ¿hasta dónde debía ser reconocida esa validez? El punto difícil estribaba en la existencia de los decretos-leyes. El Presidente del gobierno de facto tenía la misma autoridad que el Presidente de jure de la República; ¿pero tenía también las atribuciones legislativas que en los tiempos normales se reservaba el Congreso?

En el caso "Administración de Impuestos Internos c/Martiniano Malmonge Nobreda" (t. 169, pág. 309) se resolvió que el funcionario de facto tiene las mismas atribuciones y facultades que el legal, y sus actos, realizados dentro del alcance de la autoridad oficial asumida, en el interés público o de terceras personas, y no para su propio uso no son inconstitucionales, sino válidos y obligatorios como si fueran de los funcionarios de jure. Pero el Gobierno de la Revolución de 1930 "sólo tuvo las facultades ejecutivas, mas no las legislativas y judiciales. Si la fuerza de la necesidad hace que al funcionario de hecho se le reconozcan las mismas facultades que al de derecho, nada justifica que se le atribuyan mayores". A continuación la Corte negaba que el Poder Judicial pudiera reconocer decretos-leyes, y a juicio del Tribunal, la ratificación de que fueron objeto por el Congreso era índice de su precariedad.

La Corte hacía lugar así al reconocimiento limitado de los actos de los gobiernos de facto. Ratificaba en esta forma su jurisprudencia esbozada en el caso "Cristóbal Moreno Postigo" (t. 148, pág. 303); pero el presidente de facto no tenía mayor competencia que la que normalmente poseía un poder ejecutivo de jure dentro de los límites constitucionales.

Esta jurisprudencia se mantuvo durante más de una década, aunque con contradicciones manifiestas, como la registrada en el caso "Alfredo Avellaneda Huerdo c/Gobierno Nacional". En esta oportunidad (en que el actor, juez de instrucción de la Capital, reclamaba contra la remoción de que había sido objeto por el Poder Ejecutivo de facto, basando su acción

en la garantía de inamovilidad judicial), en esta oportunidad, decimos, el Juez Federal en primera instancia hizo lugar a la demanda apoyándose en la jurisprudencia *Malmonge* de la Suprema Corte. Pero ésta, por fallo del 12 de abril de 1935 rechazó que en la acordada de 10/IX/1930 el Poder Ejecutivo de facto había sido reconocido con los hechos consumados (clausura del Congreso, etc.) y “que no había consecuencia en sostener que el gobierno provisional pudo destituir al Presidente y Vice de la Nación, a los Diputados y Senadores del Congreso —todos inamovibles durante el período de su mandato, salvo el juicio político o desafuero, previsto en la Constitución y que tal medida debiera ser descalificada tratándose de jueces, sea que se trate de los de la Constitución, o como en el caso de autos, de la ley especial. La discreción y eficacia con que el gobierno de facto procedió en uno y otro caso están al margen de las facultades de la justicia, como lo hace constar la Cámara a-quo. En el acuerdo del 10 de setiembre de 1930, y en la sentencia en el caso “Impuestos Internos vs. Malmonge Nebreda”... no se hizo pronunciamiento sobre la justicia o necesidad de los actos que reconocía por los fundamentos que allí se exponen” (t. 172, pág. 366). La Suprema Corte procuraba pues ratificar la jurisprudencia anterior, a nuestro juicio sin lograrlo. *La verdad es que se reconocían al gobierno de facto atribuciones que nunca se hubieran reconocido a uno de jure.*

El 2 de abril de 1945 la Suprema Corte dicta un fallo en el caso “Municipalidad de Buenos Aires c/Mayer-Expropiación”, donde comienza la revisión de la jurisprudencia. Puesta en duda la legitimidad de los decretos leyes dictados por el gobierno de facto de 1943, la Suprema Corte decidió por mayoría que “el gobierno surgido de la revolución del 4 de Junio de 1943 tiene todas las atribuciones que la Constitución Nacional acuerda al Poder Ejecutivo de derecho, así como las facultades, legislativas necesarias para mantener el funciona-

miento del Estado y cumplir los fines de la Revolución, si bien con limitaciones que lleven a un mínimo indispensable la derogación del principio representativo, puesto que el reconocimiento amplio de tales facultades sería incompatible con la vigencia de la Constitución.

Las normas de carácter legislativo dictadas por dicho gobierno dentro de esos límites serán formalmente válidas en cuanto a los hechos realizados mientras aquél subsiste, mas vuelto el país a la normalidad constitucional dejarán de regir para el futuro a menos que el Congreso las reconozca como válidas” (t. 201, pág. 219). El Presidente de la Corte, doctor Repetto, votó desconociendo la validez de los decretos-leyes, salvo los casos de absoluta urgencia y necesidad nacional, y dentro de los fines de la revolución.

En la posición extrema contraria, el Vocal doctor Casares votó por la validez amplia de los decretos-leyes dentro de las garantías de la Constitución. Según el doctor Casares la inhabilitación en que caían algunos órganos del gobierno (como el Poder Legislativo), no podía ser causal de irremediable paralización en la vida política y jurídica del país. “Si de todo lo precedente ha de concluirse que al gobierno de hecho le son inherentes, en cuanto a gobierno, facultades legislativas, la limitación de ellas por ser dicho gobierno autoridad de hecho, no puede hacerse fundándola en una distinción cualquiera fuere de materias o ámbito de legislación porque la generalidad de un criterio semejante es aplicable para la formulación de los juicios particularizados y concretos que la índole de la delimitación impone, como se explicará enseguida. El número de las inevitables excepciones haría que éstas lejos de confirmar la regla la destruyeran. No cabe apelar sólo a los fines de la revolución —generalmente indeterminados por las demás y condicionales en cuanto a su alcance por el proceso de las circunstancias— porque puede haber necesida-

des en materias ajenas a esos fines y de más perentoria atención que la de éstos y porque si las facultades de un gobierno de hecho en materia legislativa son limitadas a causa de la naturaleza de dichos gobiernos nada debería poder con respecto a ese límite el arbitrio de los autores de la revolución mediante la enunciación de los fines de ella. Ni a una distinción entre lo que es propio de los códigos fundamentales, las leyes orgánicas y las de Derecho Público y lo que corresponde al resto de la legislación porque tanto los fines de la revolución si se admite que éstos ponen el límite, como las necesidades generales pueden estar comprendidas en la materia de las primeras y porque mediante la segunda cabe hacer creaciones y reformas de tanta trascendencia institucional como mediante las primeras y no se ve entonces porque haya de considerarse intangibles a unas y no a otras. Ni el criterio de la necesidad porque, salvo su aplicación con el sentido extremo de lo que no puede dejar de hacerse sin que la postergación equivalga, pura y simplemente a inexistencia de gobierno, aplicación sólo posible en los casos de gobierno de brevísima duración, la determinación de la una o la otra en función de los intereses generales no es formulable con carácter general; es propio de un juicio de prudencia política en cada oportunidad y por lo mismo no es el juicio judicial'' (t. 201, pág. 285/6).

El criterio de la mayoría de la Corte Suprema resultaba en este fallo un punto medio entre los dos extremos, negativo y positivo respectivamente, asumidos por el Presidente Repetto y el Vocal Casares. Este criterio se repitió en acordada del mismo día dos de abril sobre movimiento del personal judicial por parte del gobierno de facto.

El punto de vista del doctor Casares aparece nuevamente en sentencia del 8 de setiembre de 1945, con abundancia de doctrina y numerosos considerandos. A partir del momento en que la Suprema Corte se compone nuevamente como consecuencia del juicio político seguido contra sus antiguos miembros,

el criterio amplio del doctor Casares prevalece y se confirma por jurisprudencia constante, (t. 208, pág. 184 y 562; t. 209, pág. 400, t. 211, pág. 1840, t. 218, pág. 305, etc). Así pues en este momento es jurisprudencia firme en nuestro país que los decretos-leyes dictados por los gobiernos de facto son válidos por razón de su origen y continúan siéndolo durante el gobierno constitucional subsiguiente aunque no hayan sido ratificados por el Congreso. (Véase el clarísimo fallo de la Suprema Corte, in re "Valenzuela", en t. 208, pág. 562).
