

Néstor Pedro Sagiúes*

Las cláusulas de salvaguardia de la Constitución

1. Introducción

En los últimos lustros, el derecho constitucional latinoamericano ha elaborado una serie de preceptos constitucionales destinados a enfrentar los frecuentes golpes de Estado que han asolado la región, y que de hecho produjeron, con distintos matices, diversos gobiernos *de facto* que usurparon funciones estatales, además de simultáneos o posteriores fenómenos inconstitucionales de suspensión (total o parcial), derogación (también total o parcial), reforma o sanción de una nueva constitución.

Los operativos de paralización o de reemplazo de un texto constitucional por un régimen de facto son, por cierto, múltiples. Un método frecuente ha sido una proclama de las autoridades *de facto* (que casi siempre han sido funcionarios “nuevos”, salvo los casos de autogolpe, en los que el gobernante *de iure* se transforma en *de facto*), donde sancionan un nuevo documento con rango constitucional que declara que la constitución anterior sigue vigente, pero en tanto no se oponga a aquél.¹ Generalmente esto supone una suspensión (inconstitucional) de parte de la Constitución preexistente, la que recobraría vigor concluido el gobierno *de facto*.

* Catedrático titular de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires y Universidad Católica Argentina, donde es Director del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional.

El presente trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigaciones del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

¹ Con referencia al régimen *de facto* argentino de 1966-1973, que utilizó esta metodología, v. Miquel Ferrero Ernesto, *Leyes fundamentales argentinas*, en Instituto de Ciencia Política de la Universidad del Salvador, *La “Revolución Argentina”. Análisis y prospectiva* (Buenos Aires, 1966), editorial Depalma, pág. 199 y sigts.

Pero en otros casos el régimen *de facto* suprime la constitución hasta entonces imperante, y declara en vigor otra,² o abre una instancia constitucional nueva, convocando a una convención constituyente,³ que sanciona una constitución distinta, con frecuencia convalidada por un plebiscito. También es factible que dicte por sí una nueva constitución que reemplace total o parcialmente a la anterior, con o sin plebiscito aprobatorio.⁴ No ha faltado el régimen *de facto* que ha intentado ejercer el poder constituyente ofreciendo al pueblo un nuevo texto constitucional, y que el cuerpo electoral rechazó.⁵

El panorama descrito ha provocado que en diversos Estados latinoamericanos, producida su reconstitucionalización en las dos últimas décadas del siglo XX, sancionaran en su texto constitucional normas relativas al castigo de eventuales y futuros regímenes *de facto*, otras concernientes a la validez jurídica de sus actos y además, cláusulas concernientes al ejercicio de la rebelión popular contra ellos.

La explicación de tales artículos estriba, desde luego, en la experiencia previa. Apunta, en definitiva, a “curarse en salud”, para desalentar futuras aventuras golpistas.

Pero también cabe preguntarse por qué otros países del área, que también padecieron de regímenes *de facto*, no han dictado después, una vez reconstitucionalizados, normas proscriptivas de ellos.

La respuesta a este último interrogante puede ser triple. En primer lugar, en ciertos casos, los regímenes *de facto* han sancionado nuevas constituciones que rigen todavía en el presente, y por ende, resulta ilógico que sancionaran el pecado de su autor (caso de Chile y Perú, v. gr.). En una segunda situación, ciertas naciones padecen todavía de un estado latente de desequilibrio y de inestabilidad sistémica en el que el solo hecho de intentar abordar ahora en su texto constitucional reglas relativas a golpes de Estado, implica un fenómeno de alto riesgo y de imprudente tratamiento. Para ellas, el asunto importa una suerte de tema tabú, que hasta por cábala sería mejor no mencionar en la ley suprema. Finalmente, hay otros países que

² Tal fue la “Proclama” del gobierno militar provisional argentino del 27 de abril de 1956, que derogó la constitución de 1949 y reimplantó la de 1853/60. En 1958 una convención constituyente, elegida con graves proscipciones electorales, convalidó tal decisión. Sobre el desempeño como poder constituyente de los regímenes *de facto* argentinos, nos remitimos a nuestros *Elementos de Derecho Constitucional*, 3a. edición, (Buenos Aires, 1999), editorial Astrea, t. 1 pág. 214 y siguientes.

³ Caso del Perú, después del autogolpe realizado por el Presidente Fujimori en 1992, que genera el proceso constituyente del que surge la Constitución de 1993.

⁴ La Constitución de Chile de 1980 fue elaborada por el régimen militar y posteriormente refrendada por vía de plebiscito. Previamente se había abolido la Constitución preexistente al golpe de 1973. Por su parte, el *Estatuto Fundamental* sancionado por el régimen militar argentino en 1972, que reformaba importantes cláusulas de la constitución preexistente, continuó aplicándose parcialmente durante el gobierno *de jure* posterior, sin haber sido ratificado por un plebiscito popular.

⁵ Tal es el caso del proyecto de Constitución elaborado durante el gobierno *de facto* de Uruguay y por medio de una asamblea (31 de octubre de 1980), rechazado por el plebiscito del 30 de noviembre de 1980.

entienden que con los artículos habituales declarativos de la supremacía constitucional el problema tiene suficiente tratamiento, y que -más todavía- no es adecuado regular a través de normas jurídicas acontecimientos extraconstitucionales (o mejor dicho, anticonstitucionales) como las asonadas, cuartelazos o usurpaciones del poder, generalmente inmanejables desde el ángulo del derecho.

2. Variables de las cláusulas antigolpistas

En el derecho constitucional latinoamericano de última generación se encuentran previstas distintas situaciones en el tema que tratamos. Sin pretender agotar el listado de textos y de alternativas, se detallan aquí algunas de ellas.

a) *Subsistencia de la vigencia de la Constitución*

Es una cláusula muy frecuente. Se puede citar, al respecto, el art. 137 de la Constitución del Paraguay de 1992, cuando advierte que “Esta Constitución no perderá su validez si dejara de observarse por actos de fuerza o fuera derogada por cualquier otro medio distinto del que ella dispone”. La misma regla se repite básicamente en el art. 333 de la Constitución de Venezuela de 1999, y cuenta con el precedente del art. 307 de la Constitución del Perú de 1979. El actual art. 136 de la Constitución de México añade que si por cualquier trastorno político se establece un gobierno contrario a los principios de la Constitución, “tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia”.

El texto argentino (art. 36, según la reforma de 1994), especifica por su parte que la Constitución “mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático”.

La idea que anima a estos preceptos es que la constitución recuperará su vigor si es suspendida inconstitucionalmente por actos de fuerza. La redacción habitual es discutible, ya que si esa interrupción es dispuesta sin mediar un “acto de fuerza” (v. gr., si se produce por decisión de una autoridad constitucional, mediando consenso colectivo, y por ende, pacíficamente), ello no estaría captado por los artículos referidos, por más que la suspensión fuese notoriamente inconstitucional. La norma argentina, por su lado, ataca los actos de fuerza en contra del sistema institucional y el orden democrático, con lo que, *a contrario sensu*, parecería que si el acto violento fuera en favor de estos últimos, tampoco estaría comprendido por la regla constitucional.

En rigor de verdad, la cláusula de autodefensa de la Constitución tiene que abarcar cualquier tipo de suspensión o derogación inconstitucional de ella: sea violento o pacífico, tenga por fin atentar contra la constitución y la democracia, o no.

b) *Nulidad de los actos del usurpador*

La invalidez de “los actos verificados” por el usurpador está prevista escueta pero terminantemente por la Constitución de Honduras de 1982 (art. 3º), mientras

que el art. 36 de la reforma constitucional argentina de 1994 declara “insanablemente” nulos los actos de fuerza contra el orden institucional y democrático.

Como puede observarse, hay una importante diferencia en reputar jurídicamente nulos *todos* los actos del régimen *de facto*, o solamente aquéllos que importen un atentado contra la Constitución y la democracia. La viabilidad de la primera declaración parece casi imposible, en virtud de la maraña de decisiones y normas que puede tomar un gobierno de aquella índole, muchas de ellas propias del derecho privado y de la gestión ordinaria de cualquier autoridad, y que por razones de seguridad jurídica se mantienen aun posteriormente, conforme a la doctrina, precisamente, de los gobiernos *de facto*.⁶

c) *Delitos del agresor al orden constitucional*

La condena al golpismo ha llevado a algunas constituciones a definir como delictual tal circunstancia.

Eso se planifica con distintas modalidades. La Constitución del Paraguay de 1992 (art. 137) determina que el autor que intente cambiar el orden constitucional “incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la ley”.

La argentina (art. 36, según la reforma de 1994) da un paso más al tipificar como delito la interrupción de la observancia de la constitución por actos de fuerza contra el orden institucional y el democrático, y al establecer la sanción, que será la contemplada por la ley penal para los traidores a la patria (remisión a los arts. 29 y 119 de la constitución). Añade el mismo art. 36 que ellos también serán inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos, y no gozarán de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Agrega igualmente el art. 36 que “Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente por sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles”.

A su turno, la Constitución del Perú de 1979, además de establecer el juzgamiento penal de los golpistas, declaraba responsables a “los principales funcionarios de los gobiernos que se organicen subsecuentemente”, aunque disponía una singular cláusula de exención penal en favor de quienes contribuyeren a restablecer el imperio de la Constitución (art. 307), lo que puede considerarse una especie de anticipo de la figura del “arrepentido” constitucional. El artículo finalizaba con la admisión por la ley suprema de la pena de confiscación de bienes (aunque eufemísticamente hablaba de “incautación”), dispuesta por el Congreso, mediante voto por la mayoría absoluta de sus miembros, en cuanto al patrimonio de los autores del golpe, los funcionarios destacados posteriores del régimen *de facto*, “y de quienes

⁶ Sobre la validez jurídica de ciertos actos de los gobiernos *de facto*, cfr. Constantineau Albert, *Tratado de la doctrina de facto*, trad. por Enrique Gil y Luis M. Baudizzone (Buenos Aires, 1945), ed. Depalma, t. II pág. 465 y sigts.

se hayan enriquecido al amparo de la usurpación”, para reparar al Estado de los perjuicios que hubieren causado.

El art. 136 de la Constitución de México alude al derecho penal aplicable al usurpador, ya que aclara que una vez restaurada la Constitución agredida por aquél, serán juzgados con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren dictado “los que hubieran figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieran cooperado a ésta”.

El análisis crítico de estas reglas alerta, primero, que cuando el constituyente califica como delictiva a cierta conducta (en el caso, el golpismo), el legislador ordinario no puede, salvo que incurra en inconstitucionalidad por omisión, dejar de incriminarla, y de castigarla adecuadamente, en función de la gravedad de tales figuras.

Una segunda observación, ya en función del tipo penal-constitucional argentino, es que rotular a los golpistas como traidores a la patria implica una excesiva ampliación de tal delito, previsto en verdad, en el derecho penal, para castigar a quienes actúan contra su país y en favor de otro. Dicho de otro modo, sin perjuicio de la natural reprobación que merece el atentado contra el orden constitucional, ese hecho puede no significar, en sentido genuino, “traición a la patria”. No es bueno, por cierto, inflacionar este último crimen, desdibujando su tipo penal específico.⁷

Por último, es dable advertir que el constituyente dedicado a legislador penal puede incurrir en defectos específicos de descripción de la figura criminal del caso, o en incoherencias que el poder legislativo común, con más tiempo de estudio y mejor asesoramiento, podría quizá evitar. Por ejemplo, y para el caso argentino: la constitución puntualiza que los autores del golpe no pueden gozar del beneficio (que puede normalmente otorgar el Poder Ejecutivo) del indulto y de la conmutación de penas, pero nada dice sobre la posible decisión legislativa de amnistiarlos, vale decir, de despenalizar el golpe. Además, el aludido art. 36 de la constitución castiga a quienes asuman ciertos cargos públicos como consecuencia del quebrantamiento de la Constitución, con la imprescriptibilidad de la acción penal, pero no establece igual sanción para los autores mismos del golpe.

Paralelamente, respecto a los sujetos activos de los tipos penales a que hacemos alusión, no parece recomendable utilizar expresiones demasiado genéricas (como referirse a los que “hubieran figurado” o “cooperado” con la rebelión, en particular sin precisar el grado de esa colaboración), dado que ello, en particular si el régimen *de facto* perduró un tiempo prolongado, podría dar lugar a un número mayúsculo, difuso e indeterminado de culpables.

Con todo esto quiere significarse que si el constituyente intenta diseñar en esta materia algún tipo penal y establecer su sanción específica, es bueno que en tal quehacer mantenga pulcritud, lógica y consistencia jurídicas.

⁷ Nos hemos referido a este tema en Sagüés Néstor Pedro, Sobre la extensión del concepto constitucional de traición a la Patria, en “*Revista Jurídica La Ley*”, Buenos Aires, 1985-A-772.

d) *Inhabilitaciones políticas*

Otro tipo de sanción que han programado algunas constituciones es proscribir la candidatura a cargos de elección popular a “los que hayan ejercido autoridad ejecutiva en gobiernos de facto” (así, art. 101 inc. 4° de la Constitución de Ecuador, texto actualizado 1998), o a la presidencia y vicepresidencia de la República para “el caudillo (y) los jefes de un golpe de Estado, revolución armada o movimiento similar, que haya alterado el orden constitucional, ni quienes como consecuencia de tales hechos asuman la Jefatura de Gobierno” (art. 186 de la Constitución de Guatemala de 1985).⁸

e) *La desobediencia ante el régimen de facto*

Bueno es aclarar que “el supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión” está reconocido en el Preámbulo de la Declaración Universal de los derechos del Hombre (Naciones Unidas, 1948), y vale tanto para gobiernos *de facto* como *de iure* intolerablemente abusivos.

En el caso latinoamericano, otra línea de normas constitucionales antigolpistas apunta en particular a autorizar la desobediencia frente a los regímenes *de facto*. En tal sentido, el art. 3° de la Constitución de Honduras de 1982 expresa que “Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador ni a quienes asuman funciones o empleos públicos por la fuerza de las armas o usando medios o procedimientos que quebranten o desconozcan lo que esa Constitución y las leyes establecen”. Como se sabe, la desobediencia implica el primer paso del ejercicio del derecho de resistencia a la opresión, en su variante de *resistencia pasiva*.⁹

Un segundo paso se concreta cuando la constitución admite el derecho de resistencia en sentido amplio (que puede ser tanto *pasiva* como *activa*, y que culmina con el “derecho a la revolución”). En tal postura se ubica el art. 36 de la actual Constitución argentina, cuando confiere a “todos los ciudadanos” (curiosamente, la norma no habla de “habitantes”), el “derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo”. La Constitución de Honduras ya citada, después de referirse a la resistencia pasiva, añade que “El pueblo tiene derecho a recurrir a la insurrección en defensa del orden constitucional” (art. 3°).¹⁰

⁸ Estas reglas proscriptivas pueden colisionar con los derechos electorales del ciudadano enunciados por el art. 23 del Pacto de San José de Costa Rica, que no prevé como inhabilitación electoral el haberse desempeñado durante un gobierno *de facto*. Se entiende habitualmente, sin embargo, que dicho art. 23 no es necesariamente incompatible con alguna otra restricción electiva que pueda contemplar el derecho local, siempre que ella fuese intrínsecamente razonable, legítima y acorde con el sistema democrático.

⁹ Sagüés Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, ob. cit., t. 2 pág. 866.

¹⁰ Al discutirse en la convención constituyente argentina de 1994 el derecho a la rebelión contra las autoridades *de facto*, el miembro informante del despacho mayoritario no fue claro para determinar

En orientación parecida, el art. 87 de la Constitución de El Salvador menciona expresamente el “derecho a la insurrección”, aunque lo circunscribe al “solo objeto de restablecer el orden constitucional alterado por la transgresión de las normas relativas a la forma de gobierno o al sistema político establecidos, o por graves violaciones a los derechos consagrados en esta Constitución”. Y en una descripción detallada que implica la difícil regulación jurídica del derecho a la resistencia activa, añade el mismo artículo que “El ejercicio de este derecho no producirá la abrogación ni la reforma de esta Constitución y se limitará a separar en cuanto sea necesario a los funcionarios transgresores, reemplazándolos de manera transitoria hasta que sean sustituidos en la forma establecida por esta Constitución”.

El texto de este último precepto, desde luego nada frecuente en el derecho constitucional comparado, presenta varios problemas de instrumentación práctica, por ejemplo si una vez convocados los órganos constitucionales del caso, ellos se niegan a remover a los gobernantes *de facto*, o a los transgresores del orden político, destituidos mediante la insurrección popular.

Ocasionalmente, la Constitución obliga a los particulares a participar en las acciones tendientes a recuperar su vigencia, ante su derogación inconstitucional. Así lo estableció, v. gr., el art. 307 de la Constitución peruana de 1979, respecto de “to-

si aquélla involucraba o no la insurrección armada, ya que por un lado habló de la resistencia pasiva y activa, para referirse después a una “forma argentina de resistir”, distinta al hecho de tomar las armas (cfr. *Diario de Sesiones* de la Convención Nacional Constituyente, versión provisoria, pág. 1399).

Cabe aclarar que la principal fuente jurídica del actual art. 36 de la Constitución nacional fue, según se advirtió en la Convención Constituyente, el art. 17 de la Constitución de la Provincia de Córdoba (Argentina). Reproducimos el mismo, que por su extensión es uno de los más largos, si no el más extenso, que hay en el derecho comparado sobre el tema:

“Art. 17. Esta Constitución no pierde vigencia aun cuando por acto violento o de cualquier naturaleza se llegue a interrumpir su observancia. Quienes ordenen, consientan o ejecuten actos de esta índole son considerados infames traidores al orden constitucional. Los que en este caso ejerzan las funciones previstas para las autoridades de esta Constitución, quedan inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargo o empleo público alguno en la Provincia o en sus municipios.

Es deber de todo ciudadano contribuir al restablecimiento de la efectiva vigencia del orden constitucional y de las autoridades legítimas; le asiste al pueblo de la Provincia el derecho de resistencia, cuando no sea posible otro recurso.

Cualquier disposición adoptada por las autoridades en presencia o a requisición de fuerzas armadas o reunión sediciosa que se atribuya los derechos del pueblo, es insanablemente nula.

A todos los efectos penales y procesales, se consideran vigentes, hasta la finalización del período para el que fueron elegidos, los fueros, inmunidades y privilegios procesales de los funcionarios electos directamente por el pueblo de conformidad a las disposiciones constitucionales, aunque sean destituidos por actos o hechos no previstos por esta Constitución. En consecuencia son nulas de nulidad absoluta y carentes de validez jurídica todas las condenas penales y sus accesorias civiles que se hubieran dictado o se dictaren en contravención a esta norma”.

Ciertas provincias argentinas han adoptado reglas similares, aunque haya algunas veces variaciones de importancia. Por ejemplo, la Constitución de San Juan (art. 121), de la Provincia de Buenos Aires (art. 3°), de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 4°), etc.

do ciudadano, investido o no de autoridad”, norma seguida por el art. 334 de la Constitución de Venezuela de 1999. Esto puede importar un *deber de resistencia* frente al agresor de la Constitución. Sin embargo, tales textos no aclaran si la renuencia a cumplir con tal obligación constitucional importa o no delito.

3. Sobre la eficacia de las reglas constitucionales de salvaguardia de la Constitución

El tema provoca diversas reflexiones.

Por un lado, estas normas pueden tener un serio sentido de ética política y docencia republicana, al repudiar y neutralizar las violaciones del orden constitucional, autorizar (y hasta exigir) la resistencia frente a los usurpadores o pervertidores del régimen constitucional y prever castigos para éstos.¹¹

También es cierto que las cláusulas referidas pueden desalentar en algo las aventuras golpistas, pero de modo más intenso la participación de civiles en cargos relevantes de los gobiernos *de facto*, ante las posibles sanciones que podrían recibir en el gobierno constitucional subsiguiente.

En el campo de la realidad, la vigencia de esos preceptos puede ser relativa. No cabe olvidar, naturalmente, que el usurpador pronto dejará sin efecto a tales cláusulas, ejercitando para ello, casi con seguridad, un poder constituyente irregular. La historia, sin embargo, no terminará allí, ya que todo dependerá del vigor final del ejercicio del poder constituyente por tal régimen, esto es, si logra consolidarlo en el tiempo.

Es de presumir, eso sí, que cuando un usurpador tenga frente a sí una constitución por él atacada que castigue de modo anticipado y duramente su rebelión, intente a través de un mecanismo de autodefensa, con todas sus fuerzas y medios, removerla y sustituirla en todo o en parte por otra, que inaugure un nuevo ciclo constitucional y que borre las cláusulas de la precedente que de modo particular le castigaban.

En definitiva: si el gobierno *de facto* logra de hecho y en el tiempo mantener la abolición de las reglas de la constitución anterior que tendían a reprimirlo o a penarlo, su conducta inconstitucional quedará muy probablemente impune. Por el contrario, si la constitución agredida recupera a la postre plenamente su vigor, finalizado el período *de facto*, es posible que las violaciones causadas a dicha ley suprema queden anuladas y los golpistas, condenados.

La definición de estas posibilidades puede plantearse académicamente, pero se decide en la dimensión existencial, fáctica o vivencial del mundo jurídico. La experiencia muestra que un gobierno golpista bien puede -en la realidad- lograr la remo-

¹¹ Bidart Campos Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo VI, *La reforma constitucional de 1994* (Buenos Aires, 1995), editorial Ediar, pág. 264.

ción de las reglas constitucionales preexistentes que lo condenaban (tal ha sido el caso del Perú, respecto a la Constitución de 1979, con el dictado de la nueva Constitución de 1993). Pero el futuro puede mostrar resultados distintos. Por ejemplo, han existido varios casos de “reconstitucionalización”, vale decir, de retorno a una Constitución anterior suspendida inconstitucionalmente por un régimen *de facto* (Argentina, v. gr.), aunque todavía ello no ha ocurrido con una Constitución que explícitamente haya previsto sanciones para quienes, por la fuerza, atentaren contra ella y alteraran el orden constitucional.

En otro orden de ideas, la redacción de preceptos como los mencionados en este trabajo requiere prudencia y pulcritud jurídica. El constituyente no debe llevarse aquí por un entusiasmo irreflexivo: No se juega, en efecto, con el ejercicio del derecho (¿o deber?) popular de resistencia a la opresión, sobre cuya posible regulación jurídica cabe incluso meditar con cautela. Es del caso distinguir, asimismo, y por elementales razones de seguridad jurídica, qué actos de un régimen *de facto* son anulables y cuáles no, y a quiénes puede la Constitución declarar responsables penalmente -y hasta cuánto-. Y si se trata de describir tipos penales en la Constitución, ellos, como las sanciones que se contemplen, tendrán que ser precisos, claros e intrínsecamente razonables.

El estudioso del derecho constitucional y el constituyente tienen ya un cierto material normativo constitucional sobre el tema, con cláusulas buenas y otras regulares. No se trata entonces de copiar ni de reproducir porque sí. Lo correcto es evaluar críticamente todo ese acopio jurídico y determinar serena y responsablemente en qué medida puede ser adecuado para un país en concreto, lo que no excluye -también- el diseño de normas distintas a las que ya exhibe la vitrina del derecho constitucional comparado. Y tampoco se trata de decir mucho, sino lo posible y lo necesario. La sobriedad constitucional siempre es provechosa.