

SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL*

HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ**

SUMARIO: I. *Introducción metodológica.* II. *La interpretación constitucional desde el punto de vista de la sociología jurídica.* III. *El funcionamiento jurídico constitucional desde la perspectiva sociológica.* IV. *La clasificación de las normas constitucionales como condición necesaria para una teoría de la interpretación. Normas constitucionales formales y materiales.* V. *Clasificación de las normas constitucionales formales.* VI. *Normas operativas y programáticas.* VII. *Efectos de las normas programáticas y operativas.* VIII. *Carácter expreso o implícito de las normas programáticas.* IX. *De cómo el desuso constitucional no puede afectar a las normas programáticas.* X. *Normas imperativas y discretionales. Su relación con la distinción entre normas operativas y programáticas.* XI. *Efectos de las normas imperativas y discretionales.* XII. *Una semejanza entre la disponibilidad y la condicionalidad de las normas constitucionales.* XIII. *Normas de organización y los derechos personales de los particulares.* XIV. *La estructura constitucional como esquema de interpretación.*

I. *Introducción metodológica*

Todo estudio acerca de la interpretación jurídica obliga a precisar el punto de vista desde el cual se lo asume. En tal sentido estudiar la interpretación del derecho puede significar dos cosas: o se describe la práctica habitual de los tribunales de justicia acerca de los métodos utilizados en oportunidad de aplicar el derecho, en cuyo caso lo que se hace es ciencia de la interpretación jurídica positiva, o se prescribe cómo se debe interpretar el derecho (sin que ello implique adelantar nada acerca de cómo se comportan en la realidad los jueces), en cuyo caso se estará haciendo política de la interpretación jurídica. Cuando el jurista limita su tarea a describir lo que hacen normalmente los tribunales de justicia, cumple estrictamente su labor de jurista, pero cuando él excede esa limitación, abandona su papel de científico y se convierte en político de la interpretación jurídica. La actividad del jurista como político de la interpretación es equivalente a la tarea de todo político, esto es: proponer la creación de normas revestidas de una

* Comunicación presentada al Primer Congreso Nacional de Derecho Constitucional celebrado en Guadalajara, Jal., del 5 al 10 de noviembre de 1973.

** Profesor de la Universidad de Buenos Aires y Belgrano (Argentina).

autoridad tal que sean utilizadas por los órganos encargados de resolver los conflictos sociales cuando son llamados a darle solución.¹

En la mayoría de los casos los juristas cuando estudian y desenvuelven el tema de la interpretación lo que hacen es convertirse en políticos y pretenden con ello participar, de un modo cierto, en el gobierno social. Eso lo hacen tanto si interpretan una norma concreta o un caso particular o si estructuran un cierto método de interpretación. El papel que aquí hemos señalado convierte al jurista en un protagonista del gobierno social que, cuando éste es democrático, no puede ostentar el título de la legitimación popular pues él no ha sido elegido para ejercer esa función. Cuando el jurista se ocupa de interpretar la constitución o de enunciar un sistema adecuado para ello, el papel político que desempeña es, obviamente, de mayor relevancia pues prescribe normas acerca de la distribución de las competencias supremas del Estado y de sus ámbitos de aplicación. En el caso de los constitucionalistas, en consecuencia, la apropiación política de facultades prescriptivas reviste el eminente carácter de substituir al titular del ejercicio del poder constituyente y no simplemente al legislador ordinario. Lo dicho pone de manifiesto la trascendencia política de la función de los constitucionalistas y en evidencia lo decisivo de la orientación ideológica de cada uno y la manera determinante en que ella puede pesar a poco que un aparato conceptual sea puesto al servicio de fines políticos precisos.

No cabe en este introito profundizar más la cuestión aquí propuesta, toda vez que ella desembocaría en el estudio de la relación entre ciencia e ideología, tema capital para el conocimiento contemporáneo. Lo que sí corresponde es poner en claro que el estudio que aquí esbozaremos no tiene carácter descriptivo de lo que hacen los jueces cuando aplican la constitución argentina (tampoco se estudia aquí la aplicación de otra constitución) sino prescriptivo y, como tal, pretende colaborar, en función inevitablemente política, con la tarea de los órganos de gobierno encargados de aplicar la constitución estatal. Pero, cabe todavía una última aclaración metodológica, las consideraciones prescriptivas (no descriptivas) sobre la interpretación constitucional que aquí se hacen no pretenden valer sólo para los órganos de aplicación argentinos sino, indistintamente, para cualquier órgano encargado de aplicar la constitución de un Estado. Esto es así porque las prescripciones interpretativas que se realizaran se obtendrán como consecuencia de la construcción de una teoría general acerca del funcionamiento de las normas constitucionales. En esta tarea utilizaremos un método de concepción dialéctica (aunque reconocemos que no es orto-

¹ En materia de interpretación jurídica seguimos la orientación definida, por Alf Ross en: *Sobre el Derecho y la Justicia*, capítulo IV, p. 105. EUDEBA, Buenos Aires. 1963.

doxamente dialéctico) consistente en construir la teoría sobre bases recíprocamente sociologistas y normativistas.²

II. *La interpretación constitucional desde el punto de vista de la sociología jurídica*³

Si la sociología se ocupa de conocer el sentido u orientación de las acciones humanas referidas a otras acciones humanas o recíprocamente referidas, la sociología del derecho se ocupa de conocer la recíproca referencia de las acciones humanas cuando ella se orienta por un orden normativo válido (que para la sociología consiste en la probabilidad cierta de su eficacia) sea que dicha orientación tenga por sentido adecuarse al orden o apartarse del orden por ocultamiento o desconocimiento del mismo.

Toda acción social está integrada por motivos que la determinan, medios que la realizan y fines que la proyectan. Motivos, medios y fines están fundidos en la acción social porque tienen un sentido. El sentido es subjetivo u objetivo. El sentido subjetivo es la orientación del sujeto de la acción y está en su conciencia. El sentido objetivo son los sentidos subjetivos de todos los que integran un grupo social cuando dichos sentidos se hacen comunes; el sentido objetivo es el sentido común de la vida social. El sentido objetivo o común es diverso: el derecho, la moral, la religión, los usos sociales, son clases de sentidos común coincidentes total o parcialmente entre sí, según cada sociedad. En todos estos casos el sentido objetivo es normativo, dispone lo que debe hacer cada integrante del grupo social para adecuarse a él y no ser extranjero de la comunidad. Pero, en todos estos casos, el sentido normativo es el resultado de la comunidad de los sentidos subjetivos individuales. Cuando el legislador (constituyente o legislador ordinario) crea las normas jurídicas, intenta formalizar el sentido común del derecho. Para ello no tendrá más remedio que verificar cuál es la zona común de los sentidos subjetivos de las acciones sociales que pretende regular. Si no toma en cuenta en absoluto dicha comunidad social de los sentidos subjetivos la norma creada será válida formalmente, pero no será eficaz con lo cual habrá perdido validez para la sociología jurídica. Claro que es legítima la pretensión del legislador de modificar el sentido común

² La influencia dialéctica se la debemos a tres grandes descripciones del funcionamiento social: la egológica de Carlos Cossío (véase *La Teoría Egológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, Abelerdo-Perrot, Buenos Aires, 1964), la comprensiva de Max Weber (véase *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1964) y la sociológica de Herman Heller (véase *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1963).

³ Para el análisis sociológico es necesario acudir a Max Weber en *Economía y Sociedad*, *Op. cit.*, pp. 5 y ss., y el autor de este trabajo en *Introducción a la Teoría Social* de Max Weber, Pannenille, Buenos Aires, 1970.

social utilizando para ello normas jurídicas con un sentido contrario. Para que esto ocurra el legislador deberá tener en cuenta que sólo se cambia el sentido común social por medio de normas si aquél ya comenzó a cambiar en ciertos sectores de la sociedad o, al menos, si existe una predisposición de los motivos determinantes en tal sentido. El legislador no puede desconocer, por lo tanto, cuál es el estado del sentido común social, ni los motivos, medios y fines determinantes de los sentidos subjetivos individuales que van a rematar en el sentido común social. De hecho los legisladores desconocen esta trama social, sólo resuelven por intuición política. A veces aciertan, a veces se equivocan.

Si todo legislador (constituyente incluido) debe tener en cuenta el estado del sentido común social y los motivos, medios y fines que lo integran y de hecho eso ocurre, sea intuitiva (en el mayor de los casos), sea analíticamente (en el menor), es evidente que el juez encargado de interpretar el derecho debe hacer lo mismo pues, si no lo hace, su decisión no será justa, vale decir que no coincidirá con el sentido común social. De hecho, también los jueces incluyen el sentido común social, pero a menudo se resisten a analizar los sentidos comunes existentes en la sociedad, los motivos determinantes de ellos, los medios utilizados comúnmente y los fines proyectados por la sociedad. Se fundamentan para ello en argumentos formalistas según los cuales el derecho es lo que dicen las normas jurídicas sin advertir que las normas son, inevitablemente, el sentido común de la sociedad, y si no lo son no son justas. Si los jueces tuvieran en claro que la justicia está en el encuentro del sentido común social y que ello es inevitablemente así, y no el sentido no consentido de las normas jurídicas pasarían dos cosas: los jueces no cometerían las injusticias que suelen cometer cuando se atienden al sentido normativo que se aparta del sentido común social o eludirían una suerte de hipocresía interpretativa, fundando sus decisiones en el sentido común social y no el normativo que no le corresponde, a pesar de que para la solución del caso tienen en cuenta (intuitiva o analíticamente) el sentido común social, pero no lo reconocen.

La detenida argumentación que hemos formulado viene a cuento para resolver una antigua cuestión planteada entre los constitucionalistas, quienes discuten si los fines tienen carácter normativo o no o si ellos pueden servir para fundar un fallo judicial. La cuestión se vincula con el carácter normativo del preámbulo, al cual se reconoce carácter formulativo de fines o de objetivos, pero no normativos. La cuestión es para nosotros doblemente académica y está encuadrada en la concepción formulista del derecho pues, tanto si se acepta que los fines enunciados en el preámbulo son normas como si se lo rechaza, en ambos casos, lo que se hace es pensar al derecho como un orden normativo y no como la expresión del sentido

común social. En el primer supuesto la única variante es que se amplía el contenido normativo y se le otorga dicho carácter a los fines. Pero no es ese el asunto, pues que los fines del preámbulo constitucional tenga carácter normativo no discutible en la medida que el fin social debe integrar el sentido de la acción y el sentido la orienta: de manera tal que si la función normativa es, entre otras, la de ser una técnica de motivación de conductas, y si los fines cumplen esa función, deben tener carácter normativo necesariamente. Estos puntos de vista no son discutidos, ni por la sociología, ni por la lógica deontica.

Lo que en realidad tiene de relevante la discusión acerca de si los fines son pertinentes para la fundamentación de los fallos judiciales es que coloca la cuestión de la interpretación constitucional, no en la averiguación del sentido normativo formal, sino en la averiguación del sentido común social, aquél que viene a expresar los fines programados por el legislador y aceptados en adecuada proporción por la comunidad social tanto en el momento en que la norma fue creada como cuando ella tiene que ser aplicada. Esa averiguación de los fines sociales, moviliza la interpretación del derecho en forma dinámica y dirige esta actividad a la búsqueda del sentido social no en el momento de creación de la norma sino en el momento de su aplicación. Pero, con la debida aclaración de que el momento de aplicación normativa no está desconectado de su pasado, pues el momento de creación constituye al momento de aplicación dado que el sentido social postulado en las normas no es un punto en el tiempo sino un enlace que proyecta la vida social hacia lo futuro. Captar el sentido social en el momento de la aplicación de la norma constitucional, norma más tensa de sentido y más cargada de historia, pues su desenvolvimiento preten-de perdurabilidad, supone conocer el presente en virtud de su pasado y en función de su futuro. De este modo el fin opera como la técnica de interpretación apropiada para romper con la forma fija del pasado, creada para satisfacer la finalidad de un tiempo remoto agotada y en su cumplimiento.

El fin social es el desenvolvimiento del motivo social y su cabal comprensión no será lograda al margen de la adecuada captación de este último. El motivo social es el motor de la lucha social percibida como lucha de clases para Marx, como selección social para Weber o como lucha de élite para Pareto. Pero, en todos los casos el motivo social está reconocido como lucha entre los sentidos objetivos de los grupos sociales contrapuestos, en pugna por lograr la interferencia de sentidos opuesta a la comunidad de los sentidos. La captación del motivo social y de su desenvolvimiento resulta esencial para conocer el fin o proyecto que se desea estampar en la realidad. De esta forma tenemos precisado el método sociológico para

interpretar el sentido normativo de la constitución nacional, que es el sentido común primero o supremo de la comunidad en cuestión, captado en cada acto gnoseológico de interpretación pro esclarecimiento empírico dialéctico del texto constitucional, que es sólo la expresión objetiva del sentido común social. El intérprete tomará a la norma constitucional como idea objetivada del motivo, del medio y del fin social y mirará, a través de ella, la concreta forma de darse el motivo, el medio y el fin social en el caso a resolver, de modo que el caso, que no es otra cosa que la realización de la lucha social en pugna por la prevalencia del sentido, integrará, como substrato y sentido empírico dado en la realidad, el sentido común social expresado en la norma constitucional. El método sociológico es empírico porque capta la constitución en la realidad social y es dialéctico porque utiliza a la norma constitucional como lente comprensivo de la lucha social; lente que se modifica con la realidad porque no la constituye sino la refleja.

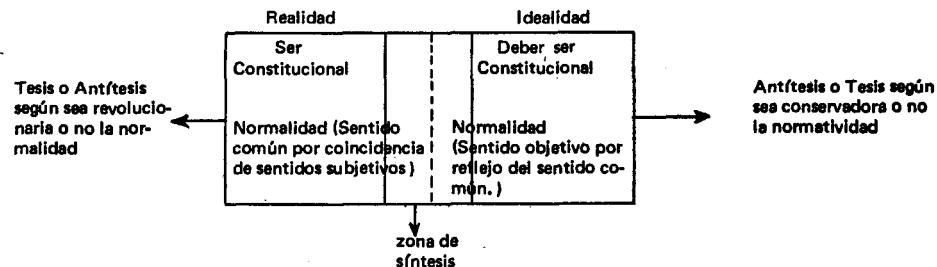
Las consideraciones efectuadas nos permiten arribar a una conclusión interpretativa concreta en materia constitucional. Muchas constituciones sostienen que ciertas cláusulas de su texto son pétreas, de forma tal que no pueden ser reformadas o modificadas si no es por decisión del poder constituyente originario. En otros casos la constitución escrita no dice nada y son los intérpretes los que se encargan de estigmatizar el sentido normativo calificándolo de pétreo. En ambos casos la interpretación sociológica desestima la existencia de cláusulas pétreas, porque la lucha social no es una porción de naturaleza que pueda ser pensada como piedra, sino un tramo de cultura que siempre es dinámica por su sentido, cualquiera fuere la orientación final que lo determine. Si los constituyentes califican de pétreo una cláusula (la forma de gobierno, por ejemplo), dicha expresión no significa nada pues no refleja la realidad social que, lejos de ser pétreo, cambia y fluye permanentemente. Tampoco se puede sostener que lo pétreo está en función del cumplimiento de un determinado fin social, de modo tal que sólo después de cumplido cabría la modificación normativa; el argumento implica un sofisma social pues, por un lado los fines constitucionales son de cumplimiento permanente de manera que nunca se reconocería su agotamiento y, por otro, desde que el titular del poder constituyente manifiesta su voluntad de modificar el fin que marca el sentido de la lucha social, aunque ello ocurra al día siguiente de haberse dictado la constitución estigmatizada, se ha cumplido la condición necesaria y suficiente para mostrar el cambio del sentido común social que orienta la lucha. Con esto queda rebatida, la también sofisticada distinción entre poder constituyente originario y derivado, pues el poder constituyente es el sujeto expresivo del motivo social supremo y si él cambia, negarle posi-

bilidad expresiva es como condenar a la mudez a un hombre sano. Los constitucionalistas que sostienen que la reforma constitucional efectuada de acuerdo con el procedimiento previsto por la ley suprema, sólo importa el ejercicio del poder constituyente derivado y por ende limitado por la constitución y por su convocatoria, lo que hacen es incitar al pueblo a la revolución violenta, pues si el derecho no da salida al cambio de sentido de la lucha social, sólo los hechos resolverán el conflicto.

III. *El funcionamiento jurídico constitucional desde la perspectiva sociológica*⁴

La constitución jurídica de un estado funciona, desde la perspectiva sociológica, en términos de una relación dialéctica entre la normalidad del ser y la normatividad del deber ser. Lo que es normal torna en convertirse en normativo de modo tal que si lo normal no coincide con lo normativo ello se produzca con un sentido revolucionario. Se trata de la revolución por vía de la normalidad. A su vez, lo que es normativo pero no es normal trata de adecuar la normalidad a su proyecto normativo, cumpliendo así la revolución por vía de la normatividad. El ángulo expuesto muestra la perspectiva revolucionaria del proceso jurídico constitucional. A la par y en tensión con ella se desenvuelve la perspectiva conservadora de ese proceso. Ella se da desde la normalidad, cuando ésta resiste el cambio que la normatividad propone, o desde la normatividad cuando ésta coincide con la normalidad a despecho de las tentativas normativas revolucionarias.

El proceso dialéctico propuesto entre normalidad y normatividad constitucional se descompone al siguiente diagrama de la constitución del estado:



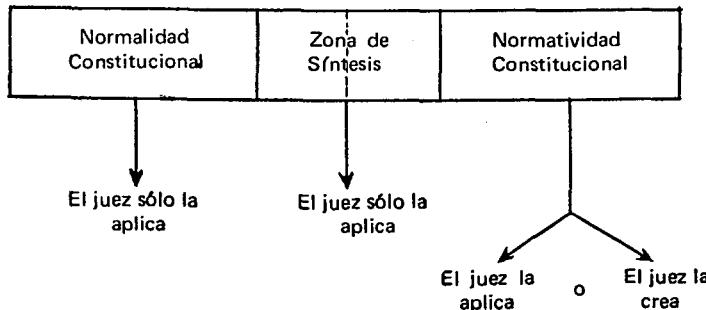
En este diagrama la realidad constitucional normal es tesis o antítesis según sea ella o no revolucionaria y la idealidad constitucional antítesis o

⁴ La relación dialéctica aquí estudiada está montada sobre el análisis estructural que hace Herman Heller de la constitución del estado. *Op. cit.*, pp. 267 y ss.

tesis según sea ella conservadora. La síntesis es la zona de confluencia de la realidad (ser) con la idealidad (deber ser) y ella marca la dinámica permanente de la lucha social en función entre la normalidad y la normatividad. Ahora bien, este proceso dialéctico se concreta en oportunidad de la interpretación de la constitución por parte de los órganos del Estado. La interpretación se da como acto gnoseológico comprensivo por medio del método empírico dialéctico ya expuesto de la normalidad y la normatividad constitucional. Pero en dicho acto el Juez (u órgano del estado competente) produce dos momentos que están también en relación dialéctica y se dan simultáneamente y son a saber: el de aplicación constitucional, que es un acto de conocimiento, y el de la creación constitucional, que es un acto de conocimiento, y el de la creación constitucional que es un acto de voluntad. El Juez, cuando conoce la Constitución, la aplica, cuando quiere la Constitución la crea. Ahora bien, ambos actos, el de conocimiento (aplicación) y el de voluntad (creación) no se dan del mismo modo pues mientras la normatividad se puede tanto conocer como crear por parte del órgano, la normalidad y la zona de síntesis, esto es, la normalidad normativa, sólo se pueden aplicar y no crear. Por otra parte, la aplicación tanto de la normalidad como de la normatividad constitucional, es revolucionaria en la medida en que una no coincide con la otra; si el Juez aplica la normalidad constitucional no coincidente con la normatividad, él revoluciona la constitución formal, y, a la inversa, si aplica la normatividad constitucional discrepante con la realidad social el Juez pretende revolucionar la realidad desde la normatividad constitucional; asimismo, también tendrá el Juez una actitud revolucionaria si crea una normatividad no prevista en la constitución formal, siempre que la

DIAGRAMA 1

CÓMO SE APLICA O CREA LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO



nueva norma no coincida con la normalidad constitucional. Finalmente, el Juez tendrá una actitud conservadora cuando aplica la normalidad que coincide con la normatividad (llamada por nosotros zona de síntesis) y cuando crea una normatividad distinta a la constitución formal pero coincidente con la normalidad. Veamos los distintos supuestos en forma diagrama.

DIAGRAMA 2

APLICACIÓN O CREACIÓN REVOLUCIONARIA DE LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO

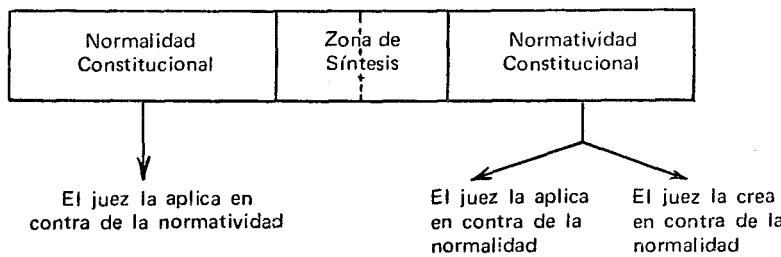
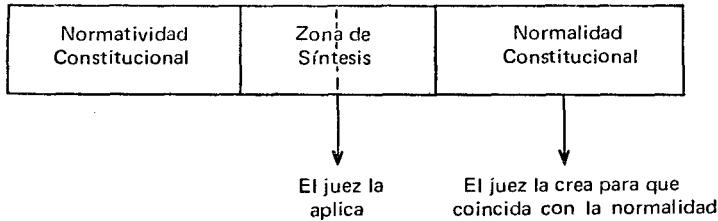


DIAGRAMA 3

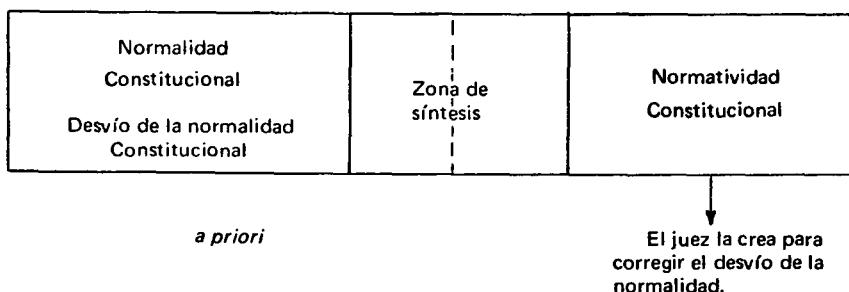
APLICACIÓN O CREACIÓN CONSERVADORA DE LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO



Con frecuencia, una parte del grupo social, nunca la mayoría, pues de lo contrario se alteraría la normalidad, desvía su conducta con relación a lo que pasa normalmente y el Juez apela a la normatividad para corregir el desvío. En este caso el Juez aplica la normatividad constitucional con el fin de modificar una parte de la realidad que se ha apartado de la normalidad y lograr que se acomode a ésta. No hay aquí aplicación revolucionaria de la constitución sino conservadora. He aquí el diagrama correspondiente:

DIAGRAMA 4

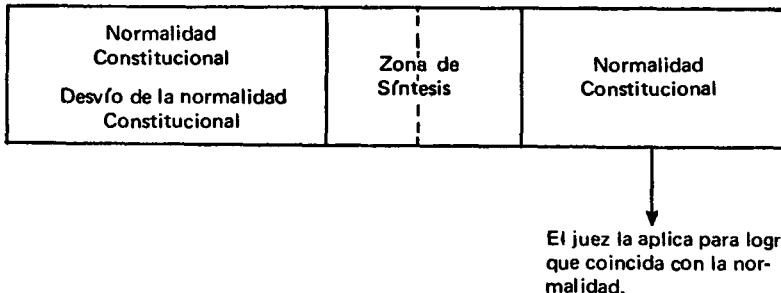
APLICACIÓN CONSERVADORA DE LA NORMATIVIDAD CONSTITUCIONAL DIRIGIDA A CORREGIR UN DESVÍO DE LA NORMALIDAD



El mismo criterio conservador se puede dar si el Juez crea una normatividad constitucional ajena a la formal con el fin de lograr la corrección del desvío de la normalidad, según se ve en el siguiente diagrama:

DIAGRAMA 5

CREACIÓN CONSERVADORA DE LA NORMATIVIDAD CONSTITUCIONAL TENDIENTE A CORREGIR UN DESVÍO DE LA NORMALIDAD



IV. La clasificación de las normas constitucionales como condición necesaria para una teoría de la interpretación. Normas constitucionales formales y materiales

Sin un aparato conceptual claro, que refleje sistemáticamente la estructura normativa de toda Constitución, no será posible avanzar en una teoría de la interpretación constitucional. Para ello distinguiremos, antes que nada,

entre normas constitucionales formales y normas constitucionales materiales. Como la forma es el modo de darse la realidad o, dicho de otra manera, el modo con que la materia se nos aparece y la materia es el ser de las cosas podemos concluir que la Constitución formal es la apariencia del ser constitucional, es decir de la constitución material. Las normas constitucionales formales permiten individualizar con cierta certeza a la constitución en la medida en que ellas se conocen de acuerdo con el procedimiento de su creación. No obstante, esta certeza produce el disconformismo de quienes no se satisfacen con las apariencias y pugnan por descubrir el ser constitucional material y denuncian el papel deformante que las formas cumplen en su afán de otorgar precisión al objeto constitucional. Esa deformación consiste en sentir con la forma constitucional una materia ajena a su propia esencia, como por ejemplo mandar repartir el texto de la Constitución entre los escolares, como disponía la Constitución Alemana de Weimar.

La oposición constitución formal-constitución material encubre una pugna de esencias filosóficas y de posturas ideológicas en contraste. El formalismo encubre no sólo el ser-social que constituye materialmente la constitución sino la estructura ideológica dirigida a conservar las apariencias. Esta ideología conservadora que allí subyace, prefiere la estabilidad de lo aparente, aunque resulte falso, a la inestabilidad de lo real aunque resulte verdadero. En cambio el realismo denuncia no sólo la falsa formulación que anida muchas veces en las constituciones formales sino, también la paralización o atrofia de la constitución material que las formas producen. La actitud ideológica del realismo, lejos de pretender conservar las formas, tiende a descubrirlas en busca de romper la atrofia de la constitución material.

Las normas constitucionales formales responden a una concepción racionalista del derecho. Parte de la validez de la constitución como *a priori* que no necesita de la eficacia para postularse como existente. Al contrario, el reconocimiento de la existencia de normas constitucionales materiales, descansa en formulaciones de índole sociologista, de base empírista (o empírico-dialéctica, según lo llevamos explicando) que parte de la existencia de estructuras normativas fundamentales que vienen a integrar a la verdadera constitución del Estado. Las normas constitucionales formales son pensadas como juicios lógicos (hipotéticos o disyuntivos según la postura teórica) mientras que los materiales son objetos de la realidad, captados empíricamente, y conocidos como usos constitucionales.

Como es obvio la constitución material no tiene que coincidir, ni de hecho coincide, con la constitución formal. Por un lado pueden existir estructuras sociales orgánicas no previstas en la constitución formal que

integran la constitución material; ejemplo de ello sería el funcionamiento de hecho o de derecho de los partidos políticos en razón de que ellos determinan la nominación de los candidatos para cubrir los órganos efectivos previstos en la constitución formal. También integran la constitución material las normalidades contrarias a la normatividad formal, sean simples desuetudos que borren una norma sin poner otra en su lugar o sean normalidades que sustituyan una norma formal, por nuevos criterios de conducta. Finalmente forman también parte de la constitución material del estado, las normas formales de inferior categoría a la constitución que se dictan contradiciéndola; mientras dichas normas no sean declaradas inconstitucionales. Toda violación u omisión de cumplimiento de la constitución hace del cambio producido una norma constitucional material, aunque el procedimiento haya sido, a su vez, formal, pues lo que califica de formal una norma no es el respeto de una norma cualquiera, sino el de la específicamente prevista. Vemos, de acuerdo con el análisis realizado, que la constitución material está formada por usos constitucionales y por leyes constitucionales.

Todo uso constitucional, sea el uso abrogatorio o el constitutivo, tiene tres partes que si bien se presentan juntas cuando aparece el fenómeno el análisis permite distinguir: un sustrato formado por una conducta formal uniforme o repetida (normalidad social), un sentido jurídico formado por la vivencia de sentirse obligados los sujetos que cumplen la normalidad y un carácter funcional de la misma respecto de la estructura del estado (función constitucional), si falta uno de estos elementos no habrá “uso constitucional”. Las leyes constitucionales, para ser así consideradas, precisarán también revestir carácter funcional en relación con la estructura del Estado.

V. *Clasificación de las normas constitucionales formales*⁵

Las normas constitucionales formales las clasificaremos en tres pares de normas sobre la base de otros tantos criterios clasificatorios, a saber: a) por su condicionalidad o incondicionalidad ellas pueden ser o programáticas u operativas; b) por su disponibilidad o indisponibilidad ellas pueden ser o discretionales o imperativas; c) por los destinatarios a los cuales están dirigidas ellas pueden ser o de organización o derechos personales, estos últimos pueden ser individuales o sociales. Los tres pares normativos que contiene la constitución no son excluyentes, se integran en forma sucesiva, de forma tal que las normas programáticas o las operativas pue-

⁵ Hemos seguido, en forma crítica, el valioso aporte a la teoría constitucional efectuado por José Alfonso Da Silva en *Aplicabilidad das normas constitucionais*, Revista des Tribunais, São Paulo, 1968.

den ser, indistintamente, discrecionales o imperativas, y estas últimas a su vez serán o normas de organización o derechos personales (individuales y sociales).

Antes de analizar cada una de las categorías normativas indicadas, debemos señalar que, en general, todas las normas constitucionales son de competencia, vale decir que facultan crear normas obligatorias o ejercer las facultades por ellas dispuestas. Toda norma de competencia, por ende las constitucionales, no son obligatorias pues carece de sanción su incumplimiento; si son violadas sólo cabe la declaración de inconstitucionalidad o la remoción del obstáculo que impide el ejercicio de derecho (*vía habeas corpus* o acción de amparo). Si una constitución prescribe sanciones para algún acto antijurídico, esta norma, aunque esté en el texto constitucional no tiene ese carácter. Por definición la constitución es una norma de competencia y no altera su naturaleza la falla técnica que puede concretar el constituyente al incorporar prescripciones en su texto. En el derecho común o legislado, las normas que lo integran son prescripciones, esto es, son obligatorias. En cambio en el derecho constitucional no es obligatorio pues no existen sanciones para el caso de incumplimiento. El derecho común establece que si alguien no cumple con sus obligaciones contractuales deberá sufrir el pago de la indemnización correspondiente. El derecho constitucional establece que si la autoridad o un particular, priva a alguien de uno de sus derechos constitucionales, se debe restablecer al afectado el uso del derecho que le fuera privado. Entre el debe del derecho común y el debe del derecho constitucional hay sin embargo una diferencia de sentidos jurídicos. El primero indica que el infractor viola un deber jurídico (emite un acto antijurídico), el segundo indica que la violación de la competencia priva al acto realizado de su validez jurídica o de su eficacia, según sea el sistema constitucional consultado. La constitución no sanciona conductas sino restablece derechos; no busca castigar a un infractor sino reparar a un damnificado. De todos modos la estructura de la norma constitucional puede formularse como juicio hipotético del siguiente modo: si alguien viola un derecho individual entonces debe restablecer dicho derecho constitucional. Lo que busca el derecho constitucional es que no se modifique la situación jurídica de los ciudadanos que se encuentran en el goce de sus derechos, a cuyo fin prevé sólo una técnica de reparación: el amparo de los derechos constitucionales, en todas sus formas, como garantía específica.

VI. Normas operativas y programáticas

Son operativas las normas constitucionales que indican, además del programa constitucional, los medios y condiciones para su aplicación. La doctrina — las llama también “self executing” o “self enforcing” o “self

acting” o “auto aplicables” o “bastantes en sí”. Estas normas no están sujetas a condición alguna para ser eficaces; vale decir que el legislador no precisa reglamentarlas para que su violación merezca protección jurisdiccional.

Las normas operativas que admiten una modalidad, son las normas operativas de eficacia contenida, limitada o restringida. Estas normas tienen plenos efectos como todas las operativas, pero sujetos a la condición resolutoria de limitarlos por medio de restricciones normativas futuras que el legislador debe o puede dictar (según sea imperativa o discrecional la norma). En la Constitución Argentina el art. 14 limita el carácter absoluto de la operatividad de los derechos a las leyes que reglamenten su ejercicio y el art. 23 suspende las garantías de los derechos.

Por su parte entendemos por “normas programáticas”, en primer adelanto del concepto, a las normas constitucionales que ponen su eficacia bajo condición. O, dicho de otra forma, la condicionalidad de la eficacia es la cualidad específica de las normas programáticas.

Hablar de condicionalidad, cuando del derecho se trata, obliga a prudentes manejos. Todo nace del rol que juega la condición en la determinación de lo jurídico. Siguiendo a Kelsen, el derecho es creado y concretado por condiciones (nace por un acto creador y es eficaz por el cumplimiento de sus prescripciones). De ese modo los actos que crean al derecho y la eficacia que lo cumplen son las condiciones de su validez.

Lo expuesto significa que es necesario distinguir la validez y la eficacia de las normas programáticas y averiguar respecto de cuál de esos dos momentos de la dinámica jurídica es predictable la condicionalidad en dichas normas. Por de pronto las normas programáticas son, como su nombre lo indican, “normas”, pero, como no puede ser de otro modo, son “normas jurídicas”. En realidad, esta es la primera averiguación a efectuar en el estudio emprendido; las normas programáticas son normas jurídicas pues de lo contrario serían, o normas políticas o normas sociales o normas éticas y, por tanto, no servirían para conocer el sentido constitucional.

De modo que las normas programáticas son, desde su sanción, normas jurídicas con validez plena. Como tales estas normas producen efectos inmediatos, como si no fueran normas programáticas sino operativas. Dichos efectos son propios de la validez jurídica la cual nunca se puede encontrar bajo condición a riesgo de que la norma no exista. Toda norma jurídica existe o no existe, vale o no vale, pero no puede valer a medias ni gradualmente. La validez jurídica no admite grados. El efecto propio de la validez de toda norma jurídica es derogar toda validez anterior que le fuera opuesta; por lo tanto las normas programáticas derogan toda norma constitucional anterior que tuviese un sentido contrario. Pero, además, como las

normas constitucionales son el fundamento de validez de las restantes normas del ordenamiento jurídico, si una norma constitucional pierde validez en virtud de una reforma constitucional que incluye normas programáticas de sentido opuesto a la anterior constitución, es claro que la legislación existente que reconocía fundamento de validez en la Constitución derogada queda expuesta a la declaración de inconstitucionalidad en razón de contrariar a las normas programáticas de la nueva Constitución.

Los dos efectos indicados de la validez de las normas programáticas son efectos respecto de normas existentes con anterioridad a una reforma constitucional. Pero también producen estas normas, efectos respecto a la legislación dictada con posterioridad a su establecimiento. Dichos efectos son, también, propios de su validez plena y no de su condicionada eficacia. En torno de este aspecto de la cuestión es donde la discusión de la doctrina se ha hecho más dura y más compleja. Es respecto a este punto donde Azaratti sostiene que las normas programáticas son *simples consejos de valor moral* y donde Da Silva y Crisafulli le otorgan plena imperatividad.⁶

Para profundizar este punto es preciso dilucidar el carácter normativo de la validez de una norma programática. Todo “programa” normativo constitucional es un plan o proyecto establecido por el constituyente relativo a la conducta futura de sus destinatarios. En otras palabras, una norma programática es un plan de acción a ser cumplido por los encargados de poner en funcionamiento la Constitución. Pero esto no basta, debemos poner en claro cuál es el sentido normativo del “programa”, porque toda “norma programática” es una norma (sujeto) que funciona como programa (predicado). Las normas pueden ser: o prescripciones o imperativos o permisiones o autorizaciones. A su vez las prescripciones y las autorizaciones implican permisiones, porque lo que está prescrito y autorizado es obvio que está permitido. Un programa constitucional es una autorización con límites. En cuanto autorización, el programa es normativamente una permisión, en cuanto tiene límites es normativamente una prescripción (obviamente una prescripción de no hacer o prohibición). Ambos caracteres normativos son la validez de las normas programáticas; como tal, existen desde su sanción. Lo que produce confusión es la coexistencia de la autorización (que implica discrecionalidad condicionalidad y por ende no supone operatividad, con los límites de la misma que implican operatividad respecto de la prohibición estipulada). En este sentido la operatividad de las normas programáticas es peculiar y llamativa porque se refiere a una omisión, lo cual, lejos de producir una modificación, lleva a conservar sin cambios jurídicos el ordenamiento.

⁶ En tal sentido véase Gaetano Azarati en *Problemi attuali di Diritto Costituzionale*, pp. 98, también Vezio Crisafulli en *La Costituzione e le sue Disposizioni di Princípio*, pp. 52-53 y finalmente, José Alfonso Da Silva, *Op. cit.*, pp. 129 y ss.

Lo que se encuentra bajo condición en las normas programáticas es su eficacia. Es decir, la eficacia y operatividad o realización del “programa” cuyo contenido es el sentido jurídico que se quiere realizar. Mientras no se cumplen las condiciones necesarias —expresa o tácitamente fijadas por la Constitución— estas normas valen poco, pero no pueden ser eficaces. Por ejemplo, cuando el art. 67, inc. 11, de la Constitución nacional dispone que al Congreso le corresponde dictar el Código del Trabajo y Seguridad Social, lo que hace es establecer una norma programática sujeta a la condición de que el Congreso —cuando así lo decida— dicte la ley respectiva. Mientras dicha condición no se cumpla, la norma vale como habilitación de competencia que no puede ser renunciada. En el caso de que el Congreso delegase dicha facultad a las Legislaturas Provinciales, tal medida podría ser declarada inconstitucional de llevarse a la práctica. Eso muestra el alcance de la validez de las normas programáticas en el sentido de colocar un límite o impedimento dirigido a frustrar el programa constitucional. En tal sentido negativo las normas programáticas de la Constitución Nacional son operativas. Pero, en el sentido positivo del programa dispuesto, la norma sólo será eficaz luego de que el Congreso haya dictado la ley por la cual se sancione el mencionado código.

La cuestión es saber cuál es el carácter del hecho condicionante que libera la efectividad de las normas programáticas. Porque como no puede haber consecuencias jurídicas sin un hecho condicionante, sostener que las normas programáticas se definen por la condicionalidad importaría una afirmación pueril, dado que toda norma jurídica para ser eficaz supone la producción de alguna condición. Necesario será pues que la condicionalidad de las normas Constitucionales programáticas posea alguna especificidad que permita destacar su diferencia.

El análisis del asunto nos ubica en los denominados “hechos operativos” por Alf Ross, que son los hechos condicionantes necesarios para que el derecho tenga aplicación. Los hechos operativos pueden ser estados de cosas (la capacidad como condición para delinuir) o situaciones fácticas (el nacimiento o la muerte) o situaciones jurídicamente condicionadas (ser acreedor o deudor) o, finalmente, simples acciones o actos jurídicos. Entre estas condiciones debemos seleccionar “el hecho operativo” que califica a las normas programáticas de la Constitución. Vale decir, de ese modo podremos saber qué nota distingue el hecho operativo que transforma una norma programática en eficaz, de los hechos operativos que acompañan a cualquier norma en su proceso de aplicación.⁷

La respuesta a dicha búsqueda nos coloca en términos que es posible afirmar que el hecho operativo específico transformará la norma progra-

⁷ Para profundizar lo referente a la teoría de los “hechos operativos” véase Alf Ross, *Op. cit.*, pp. 209 y ss.

mática en operativa es un “acto normativo”. Por acto normativo entendemos la clase de acto jurídico que engendra una norma jurídica en el sentido de que, como consecuencia del mismo, una conducta está permitida, o prohibida si es obligatoria. De esta forma quedan fuera de dicho cuadro de condiciones el simple ejercicio de un derecho o el reclamo ante los tribunales de un derecho o el cumplimiento de simples estados o situaciones fácticas. Por último dichos actos normativos pueden ser producidos por los particulares o por la autoridad.

Estamos en condiciones de aclarar con ejemplos el cuadro propuesto. Cuando el art. 14 bis de la Constitución Argentina reconoce a los trabajadores el derecho a organizarse sindicalmente, estamos en presencia de una norma programática cuya condición de cumplimiento es un acto normativo de los particulares pues los trabajadores deben llegar al acuerdo (acto normativo) de agremiarse. En cambio la simple inscripción en un registro especial que exige la Constitución no es un acto normativo sino una acción que equivale a ejercer el derecho previsto en la cláusula debido a que la norma en este aspecto ya es operativa.

Pero si no hubiera acuerdo entre los trabajadores de un ramo, uno solo no podría exigir el reconocimiento del gremio. En cambio, dos o más obreros, en el caso de que la ley no establezca una determinada exigencia acerca del número de trabajadores necesarios para la agremiación, estarían habilitados para solicitar su inscripción en el registro pues ya habrían cumplido con la condición constitucional: el acuerdo sindical.

Por su parte cuando el art. 13 fija las condiciones de admisión de nuevas provincias lo que hace es establecer una norma programática sujeta a la condición del acto normativo por el cual las legislaturas de las Provincias interesadas y el Congreso prestan su respectivo consentimiento. Una vez producida dicha condición, la norma se convierte en operativa y así los habitantes de la nueva provincia podrán ejercer y reclamar los derechos políticos pertinentes para integrar el nuevo gobierno local.

En cambio cuando el art. 7 dispone que los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás, establece una norma operativa aunque disponga que el Congreso *puede* por leyes generales determinar... los efectos legales que producirán, ya que al decir el texto de la cláusula “puede” no sujeta a condición el ejercicio del derecho. Por su parte a “los actos públicos y procedimientos judiciales” no son “actos normativos” puestos como condición para la operatividad de la cláusula Constitucional sino el ejercicio de la facultad allí prevista.

Por otra parte, cuando el art. 14 establece los derechos que gozan los habitantes de la Nación, no los pone bajo ninguna condición de la operatividad según expreso reconocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

en el caso Siri. En tal caso los particulares pueden ejercer sus derechos sin necesidad de que el Congreso los reglamente pues el límite legal de los derechos no es condición necesaria para su ejercicio sino recaudo discrecional para su mejor aplicación.

VII. *Efectos de las normas programáticas y operativas*

El análisis de este punto se ve facilitado por lo que tenemos adelante en el tema. Previo a todo debemos señalar que la condicionalidad a la cual están sujetas las normas programáticas es una condicionalidad suspensiva de forma tal que los efectos propios de la norma sólo se producen a partir de cumplido el acto normativo previsto como condición por la Constitución. Antes de producirse la condición el programa no produce efecto alguno aunque posee validez como norma jurídica.

En consecuencia, los efectos propios de las normas programáticas son:

a) Antes de producida la condición el único efecto es impedir que un acto normativo u otro hecho operativo frustre el sentido jurídico previsto en el programa. En dicho caso, en sede jurisdiccional podrá declararse la inconstitucionalidad del acto o hecho en cuestión, sea que se hubiera dictado antes o después de ser sancionada la norma programática.

b) Producida la condición, el programa constitucional debe producir sus efectos de modo tal que quedarían sin apoyo constitucional las normas cuyo funcionamiento resultase incompatible con aquél. A partir de entonces las normas inferiores deben adecuarse a cada uno de los efectos previstos en la norma programática. Por ejemplo, cuando se dicta la ley estableciendo el seguro social obligatorio, la misma deberá garantizar la autonomía financiera y económica de las entidades nacionales o provinciales que lo tengan a su cargo, cuidando que sea administrado por los interesados con participación del Estado, no pudiendo disponer la superposición del aporte, según lo establece la cláusula programática del art. 14 bis. Antes de dicha ley las citadas condiciones carecen de todo efecto.

Por su parte las normas operativas, en virtud de ser incondicionales, producen plenos efectos desde que existen, a saber:

- a) Derogan las normas constitucionales anteriores que se les oponen.
- b) Son exigibles ante los órganos jurisdiccionales.
- c) Las leyes, tanto anteriores como posteriores, que las contradigan, serán inconstitucionales.

Pero cuando las normas operativas son de eficacia limitada, es decir, posean una condición resolutoria por la cual se limitan sus efectos, éstos tienen las siguientes características:

- a) La legislación futura, puesta como condición resolutoria de sus efectos, restringe la plenitud de la eficacia normativa.

b) Mientras no sea dictada dicha legislación, la eficacia de las normas es plena.

c) Son de aplicabilidad directa e inmediata en relación con los intereses por ellas regulados.

VIII. Carácter expreso o implícito de las normas programáticas

La Constitución Argentina utiliza dos formas para formular las normas programáticas: Por un lado hay disposiciones que establecen expresamente que se necesita un acto normativo de un órgano del estado (caso del art. 67, inc. 11 cuando establece que corresponde al Congreso dictar leyes generales sobre naturalización y ciudadanía con sujeción al principio de la ciudadanía natural); por otro lado hay disposiciones que al no poder ser aplicadas sin la intervención del Estado, debido que la generalidad de la formulación constitucional hace necesaria su reglamentación pues de lo contrario el reclamo de los particulares no podría ser satisfecho. En esa situación se encuentran la mayoría de las normas programáticas del art. 14 bis, pues ¿cuáles son las condiciones dignas y equitativas de labor si la ley no las precisa?

Pero, hay casos en los cuales si bien la Constitución no expresa con claridad la necesidad de un acto normativo, tampoco puede sostenerse que dicha necesidad surge tácitamente. En estos casos la claridad y precisión de la norma constitucional la hace operativa de modo tal que aunque esté dentro de un contexto de normas programáticas ella debe ser reconocida con plenos efectos. En esa situación se encuentra la cláusula que garantiza la estabilidad del empleado en el art. 14 bis.

IX. De cómo el desuso constitucional no puede afectar a las normas programáticas

Si las normas programáticas son aquellas cuya validez no se encuentra bajo condición debido a que la validez no es susceptible de estar condicionada, de modo tal que lo que se encuentra en supenso en ellas es su eficacia, es claro que la ineficacia o desuso constitucional no las puede afectar.

Las normas programáticas, de acuerdo a ello, no admiten el desuso mientras no se haya cumplido la condición prevista. Hasta entonces ellas valen simplemente, y salvo que un acto o una norma fuese dirigida a impedir el cumplimiento de la condición (por ej., si una Constitución Provincial o un acto de gobierno local prohibiese el juicio por jurados previsto en el art. 102 de la Constitución Nacional), el no incumplimiento de la misma no afecta su eficacia. En este punto es, precisamente, donde corresponde

declarar el modo cómo el incumplimiento no alcanza a las normas programáticas; porque con ello no queremos decir que la ineficacia no afecta a la validez, ya que ello es lo normal en todas las normas jurídicas. Lo que aquí se afirma es que la ineficacia de las normas programáticas no afecta su "eficacia" pues dichas normas no pueden ser ineficaces mientras no se haya cumplido la condición constitucional. Lo contrario ocurre en las normas operativas, donde su ineficacia afecta, naturalmente, a su eficacia prevista.

X. Normas imperativas y discretionales. Su relación con la distinción entre normas operativas y programáticas

Ambas clasificaciones deben ser plenamente diferenciadas.

Por no haber efectuado la diferenciación entre ambas distinciones es que Da Silva ha incurrido en el error de sostener que todas las normas constitucionales son imperativas.

Una norma es imperativa cuando su destinatario —sea particular u órgano del estado— no puede disponer acerca de ella. Una norma es discrecional cuando su destinatario puede disponer de ella. Imperatividad y discrecionalidad es un binomio de conceptos que se definen en función de su indisponibilidad o disponibilidad respectiva.

En cambio una norma es operativa (o autoaplicable) cuando su aplicación no está sujeta a condición, y es programática (no autoaplicable) cuando su aplicación está sujeta a condición. Operatividad y programatividad es un binomio conceptual que se define en función de su respectiva incondicionalidad o condicionalidad.

Entendemos que entre la disponibilidad y la condicionalidad hay una diferencia substancial. La disponibilidad es una modalidad normativa referida exclusivamente a los destinatarios; en cambio, la condicionalidad, aunque a veces depende de un acto del destinatario (como serían las leyes reglamentarias de las normas de organización), muchas veces depende de actos de quienes no son sus destinatarios (como el caso de las leyes reglamentarias de ciertos derechos constitucionales).

Por otra parte hay normas disponibles (los derechos de los particulares) que desde cierto aspecto son incondicionales, es decir, operativos, y hay normas condicionales (la que establece la intervención federal) que no son disponibles.

Finalmente, otra muestra fehaciente de que ambos pares de opuestos no son intercambiables la encontramos en que hay normas imperativas que son operativas (como las que establece la duración del mandato presidencial) pero también normas imperativas que son programáticas —o si se

prefiere: programáticas que son imperativas (como las que facultan al Congreso acordar subsidios del Tesoro Nacional a las provincias, cuyas rentas no alcancen, según sus presupuestos, a cubrir sus gastos ordinarios). Asimismo hay normas discretionales que son programáticas o, si se prefiere, programáticas que son discretionales (como la cláusula de la prosperidad del art. 67 inc. 16).

Como ya lo señalamos, Da Silva niega la existencia de normas no auto-aplicables por entender que toda norma constitucional es imperativa.⁸ No estamos de acuerdo con ello pues, como quedó explicado, hay normas constitucionales no imperativas. La confusión proviene para Da Silva en equiparar lo jurídico con lo imperativo. El derecho corresponde equipararlo con lo debido pero no con lo imperativo. De este modo puede entenderse que todas las normas existentes en la Constitución son debidas pero ello no implica que sean todas imperativas.

La cuestión es definir la noción de debido en el derecho. Si entendemos por debido sólo lo obligatorio, entonces la Constitución no sería derecho. Si lo reducimos a lo imperativo, entonces los derechos constitucionales discretionales no son parte de lo jurídico. Por debido debe entenderse lo normado por la autoridad en la medida que se estipulen efectos. Es por ello que son normas jurídicas los derechos constitucionales y las normas programáticas y no porque sean imperativas. Sólo en ese sentido debemos otorgarle juridicidad a tales disposiciones.

Se confunde lo jurídico con lo imperativo y no se distingue lo imperativo de la supremacía de las normas constitucionales. En tal sentido acierta el jurista brasileño Ruy Barbosa,⁹ cuando sostiene que a ninguna cláusula constitucional se le pueden atribuir sólo efectos morales, pero deben hacerse al respecto las debidas aclaraciones. Si por moral se entiende el orden autónomo e interno (de la conciencia) de la conducta humana, va de suyo que jamás pueden confundirse lo jurídico con lo moral. Pero hay una significación corriente de la calificación moral con la cual se quiere expresar la idea de ejemplaridad. Lo ejemplar, o lo paradigmático, son cualidades que a menudo van juntas al desarrollo de la conducta moral, por lo cual cada vez que el desarrollo de lo jurídico adquiere la cualidad de ejemplaridad se le atribuye la condición moral. Se olvida así que la función ejemplar es también un papel propio e ineludible del derecho, por cuanto él siempre actúa en un doble aspecto: como “guía de la conducta humana” y como “esquema de interpretación” de esa conducta. Por eso no nos debe sorprender que la Constitución contenga cláusulas orientadoras que juegan

⁸ Conforme José Alfonso Da Silva en *Op. cit.*, pp. 129 y ss.

⁹ Conforme Ruy Barbosa en *Comentarios a Constituição Federal Brasileira*, pp. 489, Ed. Saraiva & Cia., São Paulo, 1933.

un papel pre-formador de la conciencia comunitaria como un acierto lo ha marcado Heller;¹⁰ la cuestión es saber si hay cláusulas constitucionales exclusivamente orientadoras y estériles como esquema de interpretación. Así planteado el asunto, lo último es inadmisible por cuanto siempre habrá un órgano encargado de conocer y aplicar la constitución que podrá entender que sus cláusulas han sido infringidas. Y ello, aunque se entienda que la norma en cuestión sea discrecional, por cuanto la discrecionalidad no puede significar libre arbitrio para violar, incluso a la constitución. Por ejemplo, pongamos el caso de la cláusula de la prosperidad contenida en el art. 67, inc. 16, por la cual el Congreso está facultado a proveer lo conducente para ello; parece claro que esta norma de organización es discrecional y programática y, por lo tanto, ni imperativa ni operativa, actuando ella sólo como guía de la conducta del Congreso. Pero allí está la cosa, el derecho no puede contener meros consejos a todo evento; en el caso propuesto, si el Congreso hace lo opuesto a la cláusula de la prosperidad, parece claro que dicho acto de gobierno es inconstitucional.

Para nosotros cada norma programática discrecional (por ende las discrecionales operativas) existente en la Constitución contiene la prohibición tácita de hacer lo contrario. Los poderes constituidos pueden realizar o no realizar el programa constitucional, eso es lo discrecional, pero no puede ir en sentido contrario a la cláusula constitucional. Por ejemplo, si el Congreso en vez de proveer lo conducente a la prosperidad del país hiciese lo contrario, es decir, algo así como si tomase medidas que llevasen al atraso al país. Hay casos en que la posibilidad de hacer lo contrario por parte de los poderes públicos adquiere características peculiares. Pues en el caso de la declaración del estado de sitio lo contrario no sería la no declaración porque eso es lo discrecional; en general los actos contrarios impuestos por la Constitución no son nunca omisiones, sino acciones dirigidas en un sentido opuesto al dispuesto: en el caso del estado de sitio lo opuesto se lograría mediante normas dirigidas a impedir que las garantías constitucionales fuesen suspendidas aunque estuviesen cubiertos los extremos previstos en la Constitución. Este desarrollo nos lleva a una conclusión que viene a confirmar todo lo que aquí se viene sosteniendo; las normas discrecionales en general tienen dos aspectos; el discrecional que las hace no imperativas, directivas y supletorias y el no discrecional que las hace imperativas, no directivas y no supletorias. El aspecto imperativo de las normas discrecionales no desvirtúan al aspecto discrecional propio de ellas. Y aún más, si las normas discrecionales no poseyesen un carácter imperativo en cierto aspecto la Constitución Argentina dejaría de ser rígida para transformarse en una Constitución flexible. En efecto, si los poderes pú-

¹⁰ Conf. Herman Heller, *Op. cit.*, p. 275.

blicos constituidos estuviesen habilitados para dictar normas contrarias al sentido de algunas de sus disposiciones, se habría borrado la rigidez de nuestra Constitución y la diferencia entre poder constituyente y poderes constituidos. De este modo aclaramos nuestra posición respecto a la exposición de Da Silva. No todas las normas constitucionales son imperativas; las hay puramente discretionales. Pero hay un aspecto de las normas discretionales que es imperativo.

Esto de los aspectos merece mayor precisión. Cuando hablamos de aspectos de las normas constitucionales decididamente no nos estamos expresando con exactitud; decimos “aspectos”, por comodidad, muy rápidamente, pero si ello no se aclara, nuestra posición será con razón objetada. Cuando hablamos de aspectos estamos apuntando, en realidad, a normas autónomas y no a partes de una norma. Lo que pasa es que la Constitución está escrita en un lenguaje natural y en una sola cláusula están contenidas varias normas, que son entre sí normas diferentes, pero que se nos aparecen equivocadamente como aspectos de una misma cosa.

Compete a la tarea científica descubrir la existencia de diversas normas en una misma cláusula. Y es esta situación la que hace posible la afirmación, tan aparentemente contradictoria, de que una norma discrecional sea a la vez imperativa. Lo que pasa es que, en realidad, son dos las normas que están encubiertas en un mismo enunciado: “Corresponde al Congreso proveer lo conducente a la prosperidad del país...”; por un lado la norma discrecional que dice “puede el Congreso a su criterio proveer a la prosperidad del país”, por el otro la norma imperativa nos dice “no debe el Congreso tomar medidas contrarias a la prosperidad del país”. En una misma cláusula dos normas: una discrecional y otra imperativa. La cuestión se puede resumir así: no todas las normas constitucionales son imperativas, pero las que no lo son, suponen la existencia de otra norma que sí lo es.

XI. *Efectos de las normas imperativas y discretionales*

Con relación a los efectos de las normas imperativas podemos señalar los siguientes:

- a) No obligan al legislador a cumplirlas debido a que habitualmente no se sanciona dicho incumplimiento. No se trata de una obligación jurídica sino política.
- b) Derogan las normas constitucionales anteriores.
- c) Las normas legales preexistentes que sean contrarias a ellas quedan afectadas de inconstitucionalidad.
- d) Confirman a las leyes anteriores que fueran concordantes con ellas.

Por su parte las normas discrecionales producen los siguientes efectos:

a) Derogan las normas constitucionales anteriores.

b) Las leyes existentes con anterioridad no quedan afectadas en su constitucionalidad, debido a que su carácter facultativo hace que si el legislador no hace uso de su facultad, debe entenderse como que consiente el régimen jurídico vigente.

c) Con mayor razón no derogan la legislación anterior adecuada o no contradictoria con ellas.

d) No obligan al legislador a dictar la legislación prevista en la Constitución, pues ello es facultativo de su discreción política.

XII. Una semejanza entre la disponibilidad y la condicionalidad de las normas constitucionales

Efectuada la necesaria distinción entre los pares normativos de la operatividad-programaticidad e imperatividad-discrecionalidad, queda, no obstante, una semejanza que destacamos. En ambos casos uno de los términos del par normativo es relativo y en ambos casos la relatividad tiene el mismo carácter: se resuelve en su respectivo opuesto.

En efecto, como quedó demostrado, tanto en el caso de las normas discrecionales, como en el de las programáticas, el carácter normativo no es absoluto de forma tal que la discrecionalidad constitucional reposa en la imperatividad de la prohibición de ir contra el sentido jurídico de la habilitación de competencia dispuesta por la Constitución así como el carácter programático de esas normas tampoco es absoluto, ya que sólo está limitado a la eficacia de las mismas y no a su validez, respecto de lo cual son operativas.

En consecuencia, es interesante observar que en ambos pares de opuestos uno de los términos normativos de cada par es relativo en función a su respectivo opuesto. Cada norma discrecional descansa en una norma imperativa y cada norma programática descansa en otra operativa. Pero mientras en el par operatividad-programaticidad el fenómeno se da en función de la distinción de la validez y eficacia de una sola norma, en el par imperatividad-discrecionalidad el fenómeno se da sobre la base de dos normas.

XIII. Normas de organización y los derechos personales de los particulares

Las normas de organización, es decir, aquellas que están dirigidas a los órganos públicos, tienen características que permiten su distinción con los derechos personales de los particulares. Sin embargo, las diferencias en ciertos casos se tornan fluidas.

En primer lugar resulta claro que las normas de organización son taxativas, en tanto que los derechos (y garantías) son enumerativos. Esto significa que las competencias públicas que distribuye la Constitución no admiten ser ampliadas y están limitadas a los casos prescritos en ella. En vez, los derechos y garantías enumerados son meros ejemplos que admiten la existencia implícita de otros nacidos al influjo variante de la realidad. Esto encuentra en la Constitución apoyo cierto para el caso de los derechos y garantías en el art. 33 cuando expresa que “las declaraciones, decretos y garantías que enuncia la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”; para el caso de las normas de organización el carácter —taxativo— si bien no está fijado expresamente, surge del hecho de no haber establecido la Constitución el principio opuesto, e indirectamente, del principio general del art. 29 por el cual se cuida que los gobernantes posean facultades extraordinarias, la suma del poder público y sumisiones o supremacías.

Esto permite inferir que los preceptos de organización no admiten la existencia de normas implícitas mientras que ello ocurre con los derechos y las garantías. Esta conclusión obliga a considerar la situación de las impropriamente denominadas facultades implícitas contenidas en el inc. 28 del art. 67. La doctrina entiende que, cuando dicha disposición faculta reglamentar “los poderes antecedentes” y los otros concedidos por la presente Constitución al gobierno de la nación argentina no hace otra cosa que atribuir facultades implícitas. Se confunde lo implícito con la remisión a un poder explícito; tanto los “poderes antecedentes” como los otros concedidos por la Constitución son poderes explícitos, sólo que esparcidos en el resto de su texto. Lo que hace dicha disposición es simplemente atribuir una facultad explícita por remisión.

En tercer lugar, mientras los derechos y garantías funcionan bajo el denominado principio de reserva según el cual *lo que no está prohibido está permitido*, las normas de organización se desenvuelven con el principio de que *sólo está permitido lo expresamente establecido* o lo que es equivalente: todo lo no expresamente establecido está prohibido. Para los derechos el principio de reserva encuentra formulación en el art. 19 cuando en su segunda parte dice: “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

En cuarto término, encontramos una distinción de carácter relativo. Si bien en principio las normas de organización son irrenunciables, en todos los casos, los derechos constitucionales son renunciables, pero no en forma general. La irrenunciabilidad (también denominada indisponibilidad) es una de las notas características del orden público. De esta forma es claro que las

derechos individuales. De modo que una de las especies de los derechos constitucionales de los particulares: los derechos sociales, sirven de límite a la otra especie: los derechos individuales, en razón de que un ejercicio exclusivo (o absoluto) de estos últimos, violentaría la equilibrada relación que debe darse entre la libertad y la igualdad, sustentada por la Constitución nacional.

De esta forma la estructura normativa de nuestra Constitución se articula sobre la base de un primer principio —el de limitación— que conjuga tres tipos de normas: las de organización, los derechos individuales y los derechos sociales. Los derechos constitucionales de los particulares (en general) limitan, como quedó señalado, a las normas de organización. Una clase de aquéllos: los sociales, funcionan como normas de organización y limitan a la otra clase de derechos constitucionales de los particulares: los individuales.

Ese es el mecanismo visto en general, sin detalle. Corresponde que expliquemos lo dicho sobre el funcionamiento de los derechos sociales como normas de organización. Los derechos sociales, que son una especie de los derechos constitucionales de los particulares, en principio no son, a diferencia de los derechos individuales, operativos por el solo hecho de estar en la Constitución. Al no ser operativos necesitan, para serlo, de una norma que establezca las condiciones de su aplicación. Esta necesidad, que hace a la naturaleza de las normas no operativas programáticas implica una atribución a favor de los poderes públicos de reglamentar los derechos sociales y esta facultad viene, como emanación del derecho social, a integrar el cuadro de las normas de organización. En rigor, como los derechos sociales en general son normas programáticas y, como toda norma programática necesita ser reglamentada para ser operativa, dicha reglamentación es, en sí, una norma de organización, pues las condiciones bajo las cuales operan aquéllos supone la intervención de órganos del estado. La afirmación de que los derechos sociales, en principio, no son operativos en nuestra constitución, no hace otra cosa que describir el tratamiento dado por los órganos públicos en la Argentina a estos derechos. No implica sostener que ellos no deban ser operativos de acuerdo a una valoración de “leje ferenda”. Ello no puede sostenerse en virtud de la simple consideración de que si son operativos los derechos individuales con mucha mayor justicia lo deben ser los sociales atento los relevantes intereses que defienden. Por excepción, en caso de polémica solución, podrían ser considerados operativos ciertos derechos sociales, a estar por el tratamiento que le han dispensado los órganos públicos en nuestro país. El estudio de la cuestión excede los límites de este trabajo y deberá ser considerado por separado.

Luego de este desarrollo volvemos al punto de partida aquel que nos

dispusimos a explicar: las normas de organización, en ocasión de hacer operativos a los derechos sociales, limitan a los derechos individuales. Y aún podemos deducir que, en un nivel de coherencia con lo sostenido desde el principio, dicha limitación no sólo alcanza a los derechos individuales sino, en general, también a los mismos derechos sociales, ya que por medio de su propia reglamentación ellos quedan también limitados en su alcance.

Claro está que no sólo a través de los derechos sociales las normas de organización limitan a los derechos constitucionales de los particulares. Dicha limitación está dada, también en forma general, en el art. 14 C. N., cuando condiciona el goce de los derechos a las leyes que reglamentan su ejercicio. Todo el cuadro de normas de organización se filtra por dicho art. 14 y da lugar a que los órganos públicos pongan en ejercicio el denominado “poder de policía”.

El poder de policía es el modo de darse el principio de limitación cuando él se refiere al carácter relativo de los derechos constitucionales de los particulares en beneficio de razones de utilidad general. Esta ecuación culmina, por último, en el papel que juegan “la igualdad ante la ley” (Art. 16 C.N.) y la “libertad individual” (Art. 19 C.N.) en el surgimiento del citado poder. Porque sólo se justifica la limitación a la libertad —prius constitucional— por razón de la igualdad, ya que la libertad pregonada es la libertad igual de todos. De modo tal que desde este punto de vista, es la igualdad la base de la limitación de la libertad y es ella la que da sentido al ejercicio del poder de policía en virtud del poder reglamentario del Art. 14 C.N. El principio de limitación variará según sea la orientación política del estado en cuestión. Podemos distinguir tres supuestos:

A) En el estado liberal la relación se da del siguiente modo:

a) Respecto a las normas de los particulares se aplica el principio de que todo lo que no está prohibido al particular le está permitido.

b) Respecto a las normas de organización se aplica el principio de que todo lo que no está permitido al estado le está prohibido.

B) En el estado no liberal o estatista se da del siguiente modo:

a) Respecto a las normas de los particulares se aplica el principio de que todo lo que no está prohibido al particular le está permitido.

b) Respecto a las normas de organización se aplica el principio de que todo lo que no le está prohibido al estado le está permitido.

C) En el estado liberal estatista se da del siguiente modo:

a) Respecto de las normas de los particulares se aplica el principio de que todo lo que no está permitido al particular le está permitido al estado bajo reglamentación.

b) Respecto a las normas de organización se aplica el principio de que todo lo prohibido al particular le está permitido al estado bajo reglamentación.

2) El principio de funcionalidad

Es el agente distribuidor de las funciones supremas del estado. Él, está modalizado científicamente al otorgar un mejor método a las normas constitucionales, técnicamente al dividir el trabajo concerniente al gobierno del Estado y políticamente al expresar la necesidad de que las funciones no se concentren. Este principio se divide en subprincipios, a saber:

A) *De no concentración*, dirigido a poner límite al alcance de las competencias otorgadas por las normas de organización.

B) *De cooperación*, dirigido a convocar a los poderes políticos encargados de tomar la decisión política, a los efectos de realizar la tarea de crear el derecho.

C) *De control*, dirigido a evitar las transgresiones a la Constitución y los excesos en su cumplimiento.

D) *De no bloqueo*, dirigido a evitar la frustración en la labor de gobierno por falta de cooperación entre los poderes convocados a prestarla.

3) El principio de supremacía

Consiste en la relación de subordinación y de compatibilidad horizontal y vertical en que se encuentran las normas dentro de todo el ordenamiento jurídico. Cuando la relación se da en términos de compatibilidad, la supremacía adquiere la modalidad del subprincipio de unidad que puede ser interna de ella o externa a ella respecto al resto del ordenamiento.

4) El principio de estabilidad

Consiste en garantizar la continuidad en el tiempo de la Constitución.

La estructura de principios aquí enunciada, admitirá, en cada Constitución, un análisis prolífico que, a no dudarlo, beneficiará la técnica de la interpretación constitucional.