

CAPÍTULO CUARTO	
NORMAS CONSTITUCIONALES DE EFICACIA LIMITADA . . .	103
SECCIÓN PRIMERA	
Normas constitucionales de principio	103
I. Problema terminológico	103
II. Clasificación de las normas constitucionales de principio .	104
III. Normas constitucionales de principio, normas constitucio- nales de principios generales y principios generales de de- recho constitucional	104
SECCIÓN SEGUNDA	
Normas constitucionales de principio institutivo	107
IV. Otra vez el problema terminológico	107
V. Caracterización y ejemplificación	109
VI. Función, naturaleza y concepto	110
VII. Eficacia	111
VIII. Condiciones generales de aplicabilidad	121
SECCIÓN TERCERA	
Normas constitucionales de principio programático	121
IX. Concepto	121
X. Localización de las normas programáticas	125
XI. Normas programáticas y derechos sociales	126
XII. Normas programáticas y fines del orden económico y social	127
XIII. Disposiciones programáticas y principios constitucionales	129
XIV. Normas programáticas en el sistema constitucional bra- sileño	132
XV. Naturaleza de los derechos sociales	138
XVI. Juridicidad	139

XVII. Función y relevancia	142
XVIII. Normas programáticas y régimen político	143
XIX. Normas programáticas e interpretación del derecho	143
XX. Normas programáticas y constitucionalidad de las leyes	145
XXI. Normas programáticas y leyes anteriores incompatibles	148
XXII. Condiciones generales de aplicabilidad	150
SECCIÓN CUARTA	
Instrumentos de la eficacia constitucional	151
XXIII. Cuestión de orden	151
XXIV. El artículo 5o., § 1o., de la Constitución	152
XXV. Mandato de obligación	152
XXVI. Inconstitucionalidad por omisión	153
XXVII. Iniciativa popular	153

CAPÍTULO CUARTO

NORMAS CONSTITUCIONALES DE EFICACIA
LIMITADA

SECCIÓN PRIMERA

Normas constitucionales de principio

I. PROBLEMA TERMINOLÓGICO

1. El problema del lenguaje constituye el gran drama de la metodología jurídica. La búsqueda del término propio, la especificación del sentido en que una palabra está siendo empleada, son tareas que se colocan como preliminares, especialmente para el publicista, a quien no le queda mal poseer la neurosis del término cierto, de la precisión técnica, pero no al punto de perder de vista la lección de Galicia, según el cual, “el jurista, operando con enunciaciones lingüísticas, debe formular un lenguaje científico, que, procurando adecuarse a una mayor exactitud y especificidad, tienda, contemporáneamente, a apartarse, lo menos posible, del lenguaje común”.²⁷⁴

2. No es raro, entonces, que ocurra que el publicista rebusque las pequeñas particiones de la rica lengua portuguesa y no depare hasta llegar a una expresión adecuada para expresar el objeto que tiene en mente. Danza él, entonces, en la terminología imprecisa, y acaba acuñando una propia, tomando incluso sobre la duda sobre la que se expresa con precisión el concepto pretendido. Fue así como preferimos denominar “normas constitucionales de principio” a aquellas en que se subdividen las *normas constitucionales de eficacia limitada*, o sea, aquellas que dependen de otras providencias para que puedan surtir los efectos esenciales prescritos por el legislador constituyente.

²⁷⁴ *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, p. 53.

II. CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES DE PRINCIPIO

3. Conforme ya delineamos en páginas anteriores, las normas constitucionales de eficacia limitada son de dos tipos: a) las definidoras de principio institutivo u organizativo, que, por brevedad, hemos llamado normas constitucionales de principio institutivo; b) las definidoras de principio programático, o simplemente, normas constitucionales de principio programático.

III. NORMAS CONSTITUCIONALES DE PRINCIPIO, NORMAS CONSTITUCIONALES DE PRINCIPIOS GENERALES Y PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO CONSTITUCIONAL

4. Nuestra primera tarea, aquí, consiste en evitar confundir tres conceptos correlativos, los cuales son: a) normas constitucionales de principio; b) normas constitucionales de principios generales, también denominadas normas-principios, y c) principios generales del derecho constitucional.

5. La palabra “principio” es equívoca. En las tres hipótesis arriba aparece con sentido fundamentalmente diverso. Cuando hablamos de normas definitorias del principio institutivo, la palabra “principio” se presenta en la acepción propia de comienzo o inicio, es decir, son normas que contienen el inicio o esquema de determinado órgano, entidad o institución, dejando la efectiva creación, estructuración o formación para la ley complementaria u ordinaria, como da el ejemplo el artículo 33 de la Constitución: “La ley dispondrá sobre la organización administrativa y judicial de los Territorios”.

6. Diferentes son las normas constitucionales de principios generales, o normas-principios. Éstas son, según Crisafulli, “las normas fundamentales de las que derivan lógicamente (y en las que, por tanto, ya se manifiestan implícitamente) las normas particulares regulando inmediatamente relaciones y situaciones específicas de la vida social”.²⁷⁵ Más adecuado sería llamarlas “normas fundamentales” (la Constitución de 1988 las llama de “principios fundamentales”), más adecuado sería llamarlas “normas particulares”, ya que son fundamentales, por ejemplo, las siguientes normas de la Constitución: a) “La República Federal de Brasil (está) for-

²⁷⁵ *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, p. 8.

mada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal” (artículo 1o., *caput*); b) “Todo el poder emana del pueblo, que lo ejerce por medio de representantes electos o directamente, en los términos de esta Constitución” (artículo 1o., párrafo único); c) “Son Poderes de la Unión, independientes y armónicos entre sí, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial” (artículo 2o.). Se puede decir que las normas de la Constitución constantes de los artículos 18 a 133 son dependientes de aquellas fundamentales, de aquellas que constituyen desdoblamientos, salvo, dentro de las normas particulares de los artículos 18 a 133, las que contienen materia de derecho administrativo (artículos 37-42) y otras no típicamente referentes a la estructura del Estado, la organización de los poderes, sus atribuciones o competencias.

7. Ciertas normas constitucionales no son propiamente fundamentales, pero contienen principios generales informadores de todo el orden jurídico nacional, como las que consagra el principio de la isonomía (artículo 5o. y su inciso I), el principio de la legalidad (artículo 5o., inciso II), el principio de irretroactividad de las leyes (artículo 5o., XXXVI), los principios de la organización partidaria (artículo 17).

Pero esas normas-principios y las de principios generales se distinguen básicamente de aquellas que denominamos normas constitucionales de principio o de esquema, pues éstas son de eficacia limitada y de aplicabilidad indirecta, es decir, dependientes de la legislación u otra providencia, en cuanto aquéllas son de eficacia plena y aplicabilidad inmediata autoaplicativas, en la terminología norteamericana.

8. Profundamente diversos son los principios generales de derecho constitucional.

“La ciencia del derecho constitucional (dice Pinto Ferreira) induce de la realidad histórico-social los lineamientos básicos, los grandes principios constitucionales, que sirven de base a la estructuración del Estado. Los principios esenciales así establecidos son los *summa genera* del derecho constitucional, fórmulas básicas o puestos claves de interpretación y de construcción teórica del constitucionalismo”.²⁷⁶ En el magnífico libro de los principios generales del derecho constitucional moderno,²⁷⁷ destaca la divergencia de los juristas en la formulación de esos principios,²⁷⁸ y él mismo

276 *Princípios gerais do direito constitucional moderno*, v. 1, pp. 50 y 51.

277 *Op. cit. supra*, en dos volúmenes, 5a. ed., que estamos utilizando (São Paulo, Ed. Rt, 1971).

278 *Op. cit.*, v. 1, pp. 51 y 52.

termina por indicar cinco grandes principios del derecho constitucional moderno: a) el principio de la supremacía de la Constitución; b) el principio democrático; c) el principio liberal; d) el principio del socialismo; e) el principio del federalismo.²⁷⁹

9. No se nos figura que esos principios considerados por Pinto Ferreira puedan ser, todos, principios generales del derecho constitucional moderno. Tal vez fuese válido entenderlos como principios universales, por ser inducidos del derecho constitucional comparado. Incluso así, hay que ser cautelosos en la información, ya que no todos son encontrados en todos los sistemas constitucionales. El principio federalista, por ejemplo, sólo existe en un número relativamente pequeño de los ordenamientos constitucionales, y nuestra Constitución lo tiene como un principio fundamental, y así concebido es principio limitado al ordenamiento constitucional positivo. El principio del socialismo, en un sentido universal, como máximo podría ser enfocado como una tendencia, desde que las declaraciones de derechos sociales, hoy constantes de la mayoría de las Constituciones, no tienen la naturaleza socialista en sentido técnico, sino tan sólo revelan el intervencionismo estatal, sin que eso signifique, en rigor, la adopción del régimen esencialmente diverso del capitalismo.

Lo que es posible afirmar es que aquellos principios y otros, como el del sistema de gobierno, su forma, la repartición o colaboración de poderes, etcétera, forman temas de una teoría general del derecho constitucional, que desarrollan conceptos generales, relaciones, objetos, que pueden tener su estudio destacado de la dogmática jurídico-constitucional, sin negar la existencia real de principios generales del derecho constitucional, inducidos de la realidad histórico-constitucional de cada pueblo. Así, entre nosotros, es posible admitir algunos de ellos: a) el de la supremacía de las normas constitucionales; b) el del federalismo, incluyendo el de autonomía de los estados; c) el de la autonomía municipal; d) el de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes; e) el de la protección de la autonomía individual de cara al poder, correlativo de la declaración de los derechos individuales y garantías constitucionales; f) el de la protección social del trabajador; g) el de protección de la familia, de la enseñanza y de la cultura, incluso con características programáticas; h) el de la independencia de la magistratura; i) el de la representación partidaria, etcétera.

279 *Ibidem*, v. 1, pp. 53 y 54.

10. Tales principios generales se distinguen de las normas constitucionales de principio, desde un punto de vista ontológico, pues no constituyen normas, como estas últimas, sino principios inducidos de un conjunto de normas. Que los principios generales del derecho (sea del derecho como ordenamiento jurídico, sea de una rama particular de la ciencia jurídica) no son normas, como imperativos, es algo sobre lo que la doctrina no discute. Hay quien los considera como principios institucionales que funcionan como criterios informadores de las leyes existentes.²⁸⁰ Ciertos autores enlistan entre tales principios las normas constitucionales de principio (esquema), especialmente las programáticas.²⁸¹ Veremos esa concepción más adelante.

SECCIÓN SEGUNDA

Normas constitucionales de principio institutivo

IV. OTRA VEZ EL PROBLEMA TERMINOLÓGICO

11. Dilucidados, como quedaron arriba, los problemas generales referentes a las normas constitucionales de principio, podemos dedicarnos, ahora, a aquella especie que denominamos normas constitucionales de principio institutivo.

12. Aquí también el problema terminológico se nos antepone como cuestión previa. Tales normas son de eficacia limitada y de aplicabilidad mediata o indirecta, porque son dependientes de la legislación. En la jurisprudencia y en la doctrina clásica norteamericanas eran denominadas, junto con las puramente programáticas, *not self-executing provisions*, o *not self-acting provisions*, o, incluso, *not self-enforcing provisions*, expresiones traducidas en el derecho constitucional brasileño por disposiciones o normas no autoaplicativas, o no autoejecutables por sí mismas, o, incluso, no suficientes en sí.²⁸²

280 Así Levi, Alessandro, *Teoria generale dei diritto*, pp. 110 y 112.

281 La opinión, por ejemplo, de Alessandro Levi, *op. cit.*, p. 111.

282 Cfr. Barbosa, Ruy, *Comentários à Constituição Federal brasileira*, v. II, pp. 477 y ss.; Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, t. 1, p. 126: "Cuando una regla es suficiente, por sí misma, para su incidencia, se dice suficiente en sí, *self executing, self-acting, self enforcing*. Cuando, para ello, precisan las reglas jurídicas de reglamentación, porque, sin la creación de nuevas reglas jurídicas, que las complete o suplemente, no podrían incidir y, pues, ser aplicadas, se dice no suficientes en sí".

13. La jurisprudencia y cierta corriente doctrinaria italianas, separándolas de las normas programáticas (que llaman “normas directivas”), las concibieron como normas preceptivas de aplicabilidad no inmediata, o, incluso, de aplicabilidad o eficacia diferida.

Crisafulli las llama “normas de legislación”,²⁸³ pero también las tiene como disposiciones constitucionales de principio, al lado de las programáticas.²⁸⁴ La expresión de “normas de legislación” sería la más aproximada a la realidad, si no hubiese normas no organizativas que también pueden depender de legislación, como es ejemplo el § 2o. del artículo 227: “La ley dispondrá sobre normas de construcción de los parques públicos y de los edificios de uso público y de fabricación de vehículos de transporte colectivo, con el fin de garantizar un acceso adecuado a las personas portadoras de deficiencia”.

14. Ahora bien, las normas que tratamos aquí son las no programáticas dependientes de legislación. Son de eficacia limitada porque es el legislador ordinario el que les va a conferir ejecutoriedad plena, mediante leyes complementarias u ordinarias integrativas. No están, todavía, destituidas de aplicabilidad, como quieren aquellos que las llaman normas de eficacia o aplicabilidad diferida, pretendiendo que nada significan en cuanto el legislador no emita reglas jurídicas que las complementen.

Para distinguirlas de las normas programáticas (que también son de principio, esquematizadoras de programas), preferimos designarlas como “normas de principio institutivo”, ya que contienen esquemas generales, como inicio de estructuración de instituciones, órganos o entidades, por lo que también podrían llamarse normas de principio orgánico u organizativo. No es perfecta la denominación, reconocemos, pero cualquier otra sería todavía más deficiente. La evolución de los estudios de esa materia, un poco descuidada entre nosotros, verdaderamente encontrará una terminología más precisa y adecuada. Lo importante, por ello, es situar bien el problema, definiendo con seguridad las expresiones o términos empleados, de tal suerte que, metodológicamente, el objeto indicado quede debidamente circunscrito. Ésa es nuestra preocupación en la terminología utilizada, no la veleidad o capricho de innovaciones.

²⁸³ *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, pp. 52 y 53, nota 4, y pp. 198 y ss.; pero el autor no llegó a un concepto preciso de las normas de legislación, tanto que las considera “sottospesie delle cosiddette norme programmatiche” (nota 1, p. 199).

²⁸⁴ Tanto así, que el libro en que reunió estudios sobre el tema se denominaba *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, ya varias veces citado por nosotros.

V. CARACTERIZACIÓN Y EJEMPLIFICACIÓN

15. La caracterización fundamental de las normas constitucionales de principio institutivo está en el hecho de indicar una legislación futura que les complete la eficacia y les dé efectiva aplicación. Unas dejan un margen amplio al poder discrecional del legislador, como la del § 2o. del artículo 18 de la Constitución, según el cual, “la creación de Territorio, su transformación en Estado o reintegración al Estado de origen serán reglamentadas en una ley complementaria”; otras ya indican el contenido de la ley, como la del artículo 33 —“La ley dispondrá sobre la organización administrativa y judicial de los Territorios”—, o, incluso, la del § 2o. del artículo 90: “La ley regulará la organización y el funcionamiento del Consejo de la República” (igual disposición consta en el § 2o. del artículo 91 para el Consejo de Defensa Nacional); o la del artículo 113: “La ley dispondrá sobre la Constitución, investidura, jurisdicción, competencia, garantías y condiciones de ejercicio de los órganos de la Justicia del Trabajo, asegurada en paridad de representación de trabajadores y empleadores”.²⁸⁵ Otras dejan para el legislador ordinario (o complementar apenas aspectos secundarios), como es el caso del artículo 161:

Cabe a la ley complementar: I. Definir valor adicional para fines de lo dispuesto en el artículo 158, párrafo único, I; II. Establecer normas sobre la entrega de los recursos de la que trata el artículo 159, especialmente sobre los criterios de prorrateo de los fondos previstos en su inciso I, con objeto de promover el equilibrio socioeconómico entre estados y entre municipios; III. Disponer sobre el acompañamiento, por los beneficiarios, del cálculo de las cuotas y de la liberación de las participaciones previstas en los artículos 157, 158 y 159.

285 La Constitución contiene otros ejemplos conspicuos de disposiciones constitucionales de principio institutivo, que trazan el contenido básico y los principios fundamentales de la ley reguladora, como es el caso del artículo 93: “*Ley complementaria*, de iniciativa del Supremo Tribunal Federal, dispondrá sobre el Estatuto de la Magistratura, observados los siguientes principios: ... ”(se siguen once incisos que revelan tales principios a ser desarrollados en la ley, casi todos, más allá, de la aplicabilidad inmediata, o sea, independiente de la existencia de ley); *cfr.* también el artículo 163: “La *Ley complementaria* dispondrá sobre: I. finanzas públicas; II. deuda pública externa e interna, incluidas las de autarquías, fundaciones y demás entidades controladas por el poder público; III. concesión de garantías por las entidades públicas; IV. emisión y rescate de títulos de la deuda pública; V. fiscalización de las instituciones financieras; VI. operaciones de cambio realizadas por órganos y entidades de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los municipios; VII. compatibilidad de las funciones de las instituciones oficiales de crédito de la Unión, resguardadas las características y condiciones operacionales plenas de las inclinadas al desarrollo regional”. Véase, igualmente, el artículo 192, con la amplia enumeración del contenido de *ley complementaria* en el previsto.

Prefirió el constituyente, en esos casos, separar en una disposición propia el aspecto dependiente de la legislación con relación a las reglas principales de aplicabilidad inmediata, lo que se entiende por las remisiones a los dispositivos donde tales reglas principales están establecidas.²⁸⁶

VI. FUNCIÓN, NATURALEZA Y CONCEPTO

16. La función, la naturaleza y el concepto de las normas constitucionales de las que estamos conociendo no han sido objeto de apreciación doctrinal. Recalcitrándose, aquí y ahí, notaremos que algunos autores las colocan de pareja con las programáticas. Y de la naturaleza de éstas, de cierto modo, se aproximan, incluso porque constituyen, ambos tipos, normas de eficacia limitada, pero sólo en eso se asemejan.

17. En lo que se distinguen, específicamente, es un problema controvertido, y las pocas soluciones propuestas no satisfacen las exigencias científicas.

Sobre el asunto ya expusimos la tesis de Azzariti, apoyada en la jurisprudencia italiana, que las considera como preceptivas, dotadas de mandatos jurídicos de aplicación directa, pero no inmediata, porque requieren otras normas jurídicas integrativas, con lo que, salvo la terminología, podemos concordar que las programáticas serían directivas, destituidas de un precepto concreto, pero dando sólo indicaciones al legislador futuro.²⁸⁷ No recapitularemos la crítica ya realizada a tal doctrina; sólo repetiremos que, para Azzariti, la diferencia básica está en que las programáticas no serían normas jurídicas, mientras las otras lo son.

Dejando para el apartado siguiente el examen de los problemas específicos de las normas programáticas, diremos que los dos tipos se distin-

²⁸⁶ Hay disposiciones que quedan ininteligibles si no se tuvieran en mente otras normas constitucionales. Es el caso, por ejemplo, de lo dispuesto en el § 5o. del artículo 40: "el beneficio de la pensión por muerte corresponderá a la totalidad de los vencimientos o proventos del servidor fallecido, hasta el límite previsto en la ley, observando lo dispuesto en el párrafo anterior". Parece contradictorio decir que el beneficio corresponde a la totalidad de los vencimientos, al mismo tiempo en el que se habla de *límite establecido en la ley*. Es preciso atentar para el hecho de que eso no significa que una ley pueda establecer el límite de la pensión abajo de la totalidad de los vencimientos. La comprensión del texto depende de la invocación de lo que estatuye el inciso XI del artículo 37. Aquí se prevén techos de vencimientos sin ley que fijará límite máximo de remuneración en especie, en el ámbito de los Poderes. Es a esta ley la que aquel dispositivo del § 5o. del artículo 40 se refiere. Quiere decir: la totalidad de los vencimientos están contenidos en los límites máximos previstos en el inciso XI del artículo 37. El beneficio de la pensión se contiene en el mismo límite.

²⁸⁷ *Problemi attuali di diritto costituzionale*, p. 103.

guen por sus fines y contenidos. Las programáticas desarrollan un contenido social y tienen como objetivo la interferencia del Estado en el orden económico-social, mediante prestaciones positivas, con el fin de propiciar la realización del bien común, a través de la democracia social. Las de principio institutivo tienen contenido organizativo y regulativo de los órganos y entidades, respectivas atribuciones y relaciones. Tienen, pues, naturaleza organizativa; su función primordial es la de esquematizar la organización, creación o institución de esas entidades u órganos.

18. El legislador constituyente reconoce la conveniencia de disciplinar cierta materia relativa a la organización de instituciones constitucionales, pero, al mismo tiempo, por razones diversas, y hasta por presión, se limita a trazar esquemas generales (principios, como comienzo) sobre el asunto, incumbiéndole al legislador ordinario la complementación de lo que fue iniciado, según la forma, los criterios, los requisitos, las condiciones y las circunstancias previstos en la norma misma. Conforme ya observamos, esas normas dejan un mayor o menor campo a la actuación discrecional del legislador ordinario, pero siempre hay un mínimo que un poder más elevado —el constituyente— quiere ver atendido; cuando menos, se abre, al menos, una posibilidad para que el órgano Legislativo actúe de cierta manera. Léase, por ejemplo, el artículo 18, § 2o., de la Constitución; ahí se encuentra una norma de esas que representan una insignificante voluntad del constituyente, indicando una posibilidad (la creación y eventual transformación de territorios) y una norma de actuación: esa creación ha de ser realizada mediante “ley complementaria”, es decir, una ley cuyo proceso de formación tiene características peculiares: mayoría absoluta (artículo 69).

19. Son, pues, normas constitucionales de principio institutivo aquellas a través de las cuales el legislador constituyente traza esquemas generales de estructuración y atribuciones de órganos, entidades o institutos, para que el legislador ordinario los estructure en definitiva, mediante ley.

VII. EFICACIA

20. Las normas constitucionales de principio institutivo, como las programáticas (lo hemos dicho siempre), son de eficacia jurídica limitada. Problema doctrinal serio se crea, precisamente, en la configuración de esa eficacia. Una vez que entra en vigor la Constitución, ¿qué efectos produ-

cen, desde luego, esas normas? ¿Entran inmediatamente, también, en vigor, o eso sólo se verifica con la emisión de la norma ordinaria o complementaria integrativa? ¿Invalidan, o no, la legislación ordinaria anterior en conflicto, o ese efecto sólo lo adquieren con la ley integrativa? ¿Qué importancia constructiva tienen ellas en el orden jurídico ulterior? ¿Una ley ordinaria complementaria posterior que las contraríe será inconstitucional?

21. E ahí las interrogantes fundamentales que tendremos que responder; y será bueno comenzar con una distinción de esas normas desde el aspecto de la obligatoriedad.

En efecto, las normas constitucionales de principio institutivo pueden ser impositivas o facultativas.

I. Impositivas son las que determinan al legislador, en términos perentorios, la emisión de una legislación integrativa, como estas: a) la ocupación y utilización de las fajas de fronteras “serán reguladas por la ley” (artículo 20, § 2o.); “La ley federal dispondrá sobre la utilización, por el Gobierno del Distrito Federal, de las policías civil y militar y del cuerpo de bomberos militar” (artículo 32, § 4o.); “La ley dispondrá sobre la organización administrativa y judicial de los Territorios” (artículo 33); “La ley dispondrá sobre la creación, estructuración y atribuciones de los Ministerios” (artículo 88); “La ley regulará la organización y el funcionamiento del Consejo de la República” (artículo 90, § 2o., igualmente, el artículo 91, § 2o.); “La ley disciplinará la remoción o la permuta de jueces de los Tribunales Regionales Federales y determinará su jurisdicción y sede” (artículo 107, párrafo único); “A los jueces federales les compete procesar y juzgar: ...en los casos determinados por la ley, [los crímenes] contra el sistema financiero y el orden económico-financiero” (artículo 109, VI); “La ley dispondrá sobre la competencia del Tribunal Superior del Trabajo” (artículo 111, § 3o., también artículos 113 y 128, § 5o.); “La ley complementaria dispondrá sobre la organización y competencia de los tribunales, de los jueces de derecho y de las juntas electorales” (artículo 121); “Cabe a la ley complementaria: I.- Disponer sobre conflictos de competencia, en materia tributaria, entre la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los municipios; II.- Regular las limitaciones constitucionales al poder de tributar; III.- Establecer normas generales en materia de legislación tributaria, especialmente sobre: ...”(artículo 146; *cfr.* también artículos 165, § 9o. y 163). De otro modo, encontramos tales normas

bastante diseminadas en nuestra Constitución. Pero en las Constituciones contemporáneas son encontradas. Así, por ejemplo: a) en la italiana, artículo 95, § 3o.: “La legge provvede all’ordinamento della Presidenza dei Consiglio e determina il numero, le attribuzioni e l’organizzazione dei ministeri”; b) en la francesa, artículo 25: “Une loi fixe la durée des pouvoirs de chaque assemblée, le nombre de ses membres, leur indemnité, les conditions d’éligibilité, le régime des inéligibilités et des incompatibilités”; c) en la española, artículo 98, 4: “La ley regulará el estatuto e incompatibilidades de los miembros del Gobierno” (*cfr.* también artículos 87, número 3; 103, 116, 117, número 5, segunda parte; 122, 124, número 3, etcétera).

II. Facultativas o permisivas, es decir, no imponen una obligación; se limitan a dar al legislador ordinario la posibilidad de instituir o regular la situación en ellas delineadas, como son ejemplos los siguientes: “La ley complementaria podrá autorizar a los Estados a legislar sobre cuestiones específicas de las materias relacionadas en este artículo” (artículo 22, párrafo único); “La ley estadual podrá crear, mediante propuesta del Tribunal de Justicia, la Justicia Militar estadual...” (artículo 125, § 3o.); “La ley podrá instituir otras fuentes destinadas a garantizar la manutención o expansión de la seguridad social, obedeciendo lo dispuesto en el artículo 154, I” (artículo 195, § 4o.); “Los Estados podrán, mediante ley complementaria, instituir regiones metropolitanas, aglomeraciones urbanas y microrregiones...” (artículo 25, § 3o.); “La Unión podrá instituir: ...mediante ley complementaria, impuestos no previstos en el artículo anterior...” (artículo 154, I). Véase en esos dos últimos casos. Decir “Los estados podrán, mediante ley complementaria...”, o “La Unión podrá, mediante ley complementaria...”, significa dar a los estados y a la Unión la facultad de disponer sobre las materias indicadas, pero ellos sólo pueden hacerlo por medio de la ley mencionada; es lo mismo que declarar: “La ley complementaria estadual podrá instituir regiones metropolitanas...”; “La ley complementaria de la Unión podrá instituir...”.

22. Como se puede ver de estos casos, las normas impositivas establecen la obligatoriedad del legislador de emitir una ley, complementaria u ordinaria, en la forma, condiciones y para los fines previstos; las normas facultativas tan sólo le atribuyen poderes para disciplinar el asunto, si lo cree conveniente —es decir, les da mera facultad, indicando la posibilidad de regular la materia—, de lo que fluye, para ella, discrecionalidad

completa en cuanto a la iniciativa de esa reglamentación; pero, una vez tomada la iniciativa, la regla constitucional es vinculante en cuanto a los límites, forma y condiciones en ella consignados.²⁸⁸

23. Algunas normas obligatorias llegan incluso a marcar fecha hasta la cual la ley reglamentaria debe ser votada, como fue ejemplo el artículo 42 del Acto de las Disposiciones Transitorias de la Constitución de São Paulo, de 13 de mayo de 1967, y es también el caso de varias disposiciones transitorias y finales de la Constitución italiana.

24. El problema que se ve de inmediato es el de saber cuál es el valor de las normas constitucionales que imponen al legislador el deber de legislar en la forma prevista. En otras palabras: ¿cuál es la naturaleza de la obligación constitucionalmente impuesta al legislador en el sentido de emitir normas integrativas? La observación, acogida en la práctica constitucional, demuestra que aquella obligatoriedad es de pequeña eficacia, ya que, al menos jurídicamente, no se puede constreñir al legislador a legislar, ni incluso en aquellos casos en que le es prefijado plazo.²⁸⁹ Si el mandato impositivo no fuera cumplido, la omisión del legislador podrá constituir un comportamiento inconstitucional, que ahora es sindicable y controlable jurídica y jurisdiccionalmente, por fuerza del § 2o. del artículo 103 de la Constitución de 1988, según el cual, “declarada la inconstitucionalidad por omisión de medida para convertir efectiva la norma constitucional, será dada ciencia al Poder competente para la adopción de las providencias necesarias...”. Pero, como ya apuntamos en otro libro, la mera ciencia al Legislativo puede ser ineficaz, ya que él no está obligado a legislar, porque, en los términos establecidos, el principio de la discrecionalidad del legislador continúa intacto,²⁹⁰ valiendo, así incluso, la advertencia de Levi, de que nadie está legitimado para el ejercicio de una pretensión jurídica objetando el pago de tal prestación por parte de los órganos legislativos;²⁹¹ es decir, nadie tiene derecho subjetivo a la apro-

288 A propósito, *cfr.* Crisafulli, Vezio, *op. cit.*, pp. 62 y 63.

289 Crisafulli (*op. cit.*, pp. 63 y 64) reconoce la dificultad del problema, por falta de sanción específica; cree, sin embargo, que eso “non esclude la incostituzionalità in cui sono incorsi gli organi legislativi contravvenendo all’obbligo di provvedere su una certa materia, ad essi derivante dalla norma costituzionale” (p. 63). Muestra que en el sistema italiano hay otros medios para constreñir al legislador, como la petición, la iniciativa popular y la iniciativa de los Consejos regionales (p. 64). En el sistema patrio, ahora, también existen algunos de esos medios, como el derecho de petición (que no surte cualquier efecto, en el caso), la inconstitucionalidad por omisión, el mandato de enjunción y la iniciativa popular, que, sin embargo, no ha sido usado convenientemente.

290 *Curso de direito constitucional positivo*, p. 48.

291 *Teoria generale dei diritto*, p. 170.

bación de cualquier ley, incluso determinado en el texto de la Constitución. No obstante, tal vez hay otra observación de Levi, recordada en las ediciones anteriores de esta monografía, según la cual era forzoso concluir que “aquí se trata de una obligación de naturaleza política y no jurídica”.²⁹² Verdaderamente que, teniendo la Constitución reconocida la inconstitucionalidad por omisión, la obligación de legislar, especialmente después del reconocimiento jurisdiccional de esa inconstitucionalidad, tiene naturaleza jurídica y moral. Le falta, por ello, sanción específica.

En cuanto, pues, la obligatoriedad de emisión de leyes integrativas prácticamente equivale a las normas constitucionales de principio institutivo, impositivo y facultativo. No en tanto, al surgir una Constitución, como la nuestra, muchas de las leyes referidas en sus normas de eficacia limitada ya existen, y eso tiene importancia práctica, porque tales leyes preexistentes, integrativas, no podrán ser revocadas pura y simplemente, pues ahí habrá una actividad legislativa inconstitucional y sujeta al control jurisdiccional. Esa afirmación tiene su fundamento en el hecho de que la discrecionalidad del legislador ante las normas constitucionales de eficacia incompleta sólo se verifica en cuanto a la iniciativa de la ley integrativa; emitida ésta (la preexistencia a eso equivale), la cuestión pasa a ser jurídico-constitucional, ya que tener la ley adherida al dictamen de la ley mayor, con lo que su revocación pura y simple abre un vacío que tan sólo es permitido constitucionalmente; siendo, sin embargo, facultado el legislador para modificar la ley, desde que mantenga sus términos en la conformidad del principio o esquema que le dictó el constituyente.

25. Esas consideraciones ya están al indicar que sustentamos que las normas constitucionales de principio institutivo entran en vigor juntamente con la Constitución, salvo si ésta expresamente dispusiera lo contrario, lo que no es común. Es conocida la tesis doctrinaria según la cual una ley dependiente del reglamento en ella indicado solamente comienza a entrar en vigor a partir de la emisión del reglamento. Nuestra Ley de Introducción al Código Civil no sufraga esa doctrina, que, a nuestro parecer, comete la equivocación de confundir vigencia con eficacia. Lo que se puede decir es que la ley dependiente del reglamento sólo es ejecutoria con el decreto de aquélla; pero eso no excluye la entrada en vigor de la ley en la fecha prevista, ni impide la concurrencia de ciertos efectos jurídicos,

como revocación de las leyes anteriores contrarias o en la forma consagrada en los artículos 1o. y 2o. de la Ley de Introducción al Código Civil.

La norma constitucional dependiente de legislación también entra en vigor en la fecha prevista en la Constitución. Su eficacia integral queda en la dependencia de la ley integrativa. La distinción no es académica. Tiene consecuencias prácticas de importancia, pues tales normas, desde que entran en vigor, son aplicables hasta donde puedan, debiendo apuntarse que muchas de ellas son casi de eficacia plena, interfiriendo el legislador ordinario tan sólo para el perfeccionamiento de su aplicabilidad. Ejemplo de esto lo tenemos con el § 36, inciso III, del artículo 141 de la Constitución de 1946, que disponía: “La ley asegurará: ... III. la expedición de las certificaciones requeridas para la defensa del derecho”. En principio, se pretendió que si la promulgación de la ley referida a la administración no estaba obligada a expedir las certificaciones solicitadas, los tribunales, con todo y ello, consideraron dispensable la ley para la aplicación del inciso constitucional, reconociéndole plena eficacia, tanto que la administración lo aplicó siempre, sin mayor oposición. Lo mismo ocurrió con la disposición idéntica de la Constitución de 1969, consustanciada en el artículo 153, § 35. La Constitución de 1988 eliminó la exigencia de la ley, asegurando directamente el derecho de obtener certificaciones en reparticiones públicas para la defensa de derechos y esclarecimientos de situaciones de interés personal (artículo 5o., XXXIV, “b”).

26. Hay hipótesis en las que el intérprete tiene que recurrir a situaciones pasadas para decidir hasta qué punto la norma dependiente de legislación posee eficacia, y, en ese límite, es inmediatamente aplicable, alterando, o no, situaciones anteriores. Véase, por ejemplo, el artículo 14 de la Constitución de Brasil de 1967, mantenida en la de 1969. Ahí se decía que la ley complementaria establecería los requisitos mínimos de población y renta pública y la forma de consulta previa a las poblaciones locales para la creación de nuevos municipios. Está claro que esa disposición tuvo plena eficacia revocadora de la legislación anterior, desde el 15 de marzo de 1967. Esos requisitos para la creación de municipios eran fijados en leyes estatales, competencia que quedó revocada con aquel artículo 14, quedando los estados, entonces, imposibilitados de crear nuevos municipios con base en los requisitos previstos en sus leyes. Pero el artículo 14 no regulaba directamente los requisitos para tal fin. Ahí, el límite de la eficacia de aquella norma constitucional tuvo eficacia revocadora, negati-

va, pero no tuvo, sólo por sí, de inmediato, eficacia constructiva, organizativa, institutiva, restringiéndose, en ese punto, sólo a trazar esquemas dependientes, para su actuación positiva, de ley complementaria. La cuestión había volteado al sistema anterior, porque la Constitución de 1988 recuperó la competencia de los estados, por ley complementaria estadual, para establecer los requisitos para la creación, incorporación, fusión y desmembramiento de municipios, pero la enmienda constitucional 15/97 exigió que la ley estadual que manejara la creación y transformación de municipios sólo lo haga “dentro del periodo determinado por la ley complementaria federal”.

Otro caso interesante era el de la disposición del artículo 16, § 2o., de la Constitución de Brasil de 1967, que pasara a ser el artículo 15, § 2o., de la Constitución de 1969. Hoy, está superado por la superveniencia de normas, inclusive de la Constitución vigente (artículo 29, VI y VII), que autorizaban la remuneración de todos los consejeros municipales. Su examen, sin embargo, es muy útil, porque muestra ciertas particularidades de la eficacia y aplicabilidad de determinadas normas constitucionales. La referida disposición decía lo siguiente: “Solamente tendrán remuneración los Consejeros Municipales de las Capitales y de los municipios de población superior a cien mil habitantes, dentro de los límites y criterios fijados en la ley complementaria”. Regla como ésa, desde el punto de vista de la eficacia y aplicabilidad, debe ser analizada bajo dos ángulos: a) al decir que “solamente” tendrán remuneración los consejeros municipales de las capitales y municipios indicados, expresaba una prohibición de remunerar a otros consejeros municipales; ésa era una regla plenamente eficaz, e incidió desde el 15 de marzo de 1967, fecha de la entrada en vigor de la Constitución de 1967; así, se volvían inválidas todas las normas de ley estadual que disciplinaban el asunto, así como las resoluciones de las cámaras municipales que, entonces, conferían subsidios a sus consejeros municipales, que no a las de los capitales y de los municipios con población superior a cien mil habitantes; b) al decir que solamente los consejeros de las capitales y de los municipios de población superior a cien mil habitantes “tendrían remuneración” dentro de los límites y criterios fijados en ley complementaria, otorgar un derecho cuya eficacia, con relación a la situación preexistente, no era de gran realce, por dos motivos: l) para los consejeros municipales que ya percibían remuneración, conforme el artículo 28 del acto institucional 2, aquella regla constitucional fue

simplemente confirmativa, y, en tal caso, la situación jurídica básica preexistente tuvo su continuidad reconocida, debiendo perdurar, como era, hasta que la ley complementaria le diese nueva configuración, a través del establecimiento de nuevos límites y criterios; 2) en las hipótesis en que los consejeros municipales no eran remunerados anteriormente, entonces, podrían serlo con base en el inciso constitucional en cuestión, la norma no tenía aplicabilidad inmediata y directa, ya que, para ellos, ella creó una situación nueva que sólo podría ser jurídicamente configurada dentro de los límites y criterios previstos en la ley complementaria, de tal suerte que cualquier norma que fuese creada, atribuyendo remuneración a tales consejeros municipales, infringiría a aquella del artículo 16, § 2o., no aplicable, en el caso, sin la ley complementaria. La cuestión evolucionó ya en la Constitución de 1969, que admitió, mediante norma de eficacia limitada, la remuneración de todos los consejeros municipales, fijada por las respectivas cámaras municipales para la legislatura siguiente, los límites y según criterios establecidos en la ley complementaria. Quiere decir: la norma constitucional dependía de los límites y criterios que la ley complementaria habría de establecer. Evolucionó todavía más en la Constitución de 1988, que reguló, por sí, el asunto (artículo 29, VI). Sufrió un nuevo cambio con la EC-25/2000, que sujeta el subsidio de los consejeros municipales a criterios establecidos en la respectiva Ley Orgánica Municipal y a límites máximos siempre fijados en función del subsidio de los diputados estatales, según un escalonamiento de los municipios, de acuerdo con el número de habitantes, con minucias que no caben aquí.

27. De ahí ya podemos fijar una primera orientación sobre la eficacia de esas normas constitucionales: a) si son confirmativas de situación jurídica preexistente, ésta permanece reconocida, como era, hasta que la ley integrativa le imponía la alteración prevista; b) se trazan esquemas nuevos, revocan normas jurídicas preexistentes, instituidoras de situaciones contrarias al principio en ella consustanciado, y la situación nueva sólo será válidamente configurada con la promulgación de ley integrativa; c) si trazan esquemas contrarios a situaciones preexistentes, también invalidan las normas que acojan esas situaciones, y la nueva situación solamente podrá comenzar a ser formada con la promulgación de la ley integrativa.

28. Existen, incluso, problemas más delicados, como aquellos generados por las normas constitucionales de eficacia limitada, que solamente postulan leyes integrativas para aspectos secundarios.

Así, por ejemplo, el artículo 165, § 9o, I, dice que cabe a ley complementaria “disponer sobre el ejercicio financiero, la vigencia, los plazos, la elaboración y la organización del plan plurianual, de la ley de directrices presupuestarias y de la ley presupuestaria anual”. La ley ya existe; pero si no existiese, ni por eso dejaría de haber ejercicio financiero y presupuestos públicos, pues éstos transcurren de otras normas y principios constitucionales plenamente eficaces, bastando recordar el *caput* del artículo 165 y las reglas de los artículos 166, 167, 168 y 169, que obligan a la votación del plan plurianual, de leyes de directrices presupuestarias y de los presupuestos anuales para la Unión, a cuyos principios están subordinados los estados y los municipios. Muestra eso que aquel dispositivo del § 9o., I, del artículo 165 vino tan sólo a permitir que la ley federal dispusiese sobre la materia con validez para todas las entidades públicas. No llega, por consiguiente, ni incluso a trazar un esquema que debiese ser cumplido por la ley mencionada, pues la materia esquematizada ahí ya es el contenido de otras normas constitucionales de eficacia plena y aplicabilidad inmediata. En rigor, aquella disposición no necesitaría existir, pues su *ratio essendi* ya se encuentra en el artículo 24, I y II, que da competencia a la Unión para legislar sobre normas generales de derecho financiero y presupuestario, que sirve de base a la Ley 4320, de 17.3.64, exactamente regulando normas idénticas de la Constitución de 1946, recibidas sucesivamente por las Constituciones de 1967, 1969 y ahora también por la vigente.

29. En ciertos casos, la inexistencia de una ley integrativa de determinada regla constitucional importa a la limitación de casi todo un conjunto de disposiciones. Supóngase, por ejemplo, que no se promulgase la ley complementaria prevista en el artículo 121 de la Constitución sobre la organización de la competencia de los tribunales, jueces de derecho y de las juntas electorales. No sólo los dictámenes de ese artículo, sino todas las prescripciones constitucionales pertinentes a los procedimientos electorales quedarían prácticamente inertes. De manera semejante ocurriría a propósito de lo dispuesto en el § 3o. del artículo 111 y en el artículo 113 de la Constitución, con respecto al funcionamiento de la Justicia del Trabajo.

30. Sabemos que las normas constitucionales arriba referidas ya encontraron vigentes las leyes en ellas mencionadas. Pero la discusión del asunto, aquí, no es puramente académica, porque esclarece aspectos interesantes de la eficacia de las normas constitucionales dependientes de legislación, y sirve para ahorrarnos el examen fastidioso y empírico del caso por caso, dándonos una conclusión: cuando un conjunto de normas constitucionales prevé la institución de un órgano, con sus atribuciones y competencias, pero deja a la ley ordinaria la reglamentación de aspectos de su funcionamiento, prácticamente esa ley interfiere con todo el conjunto, que permanece inerte hasta su superveniencia. Sin embargo, salvo la existencia de otra norma constitucional, manteniendo la situación pasada (siendo el caso), ésta desaparecerá bajo la eficacia de las normas que esquematizarán la situación nueva.

31. Hasta aquí nos hemos preocupado del análisis de las normas impositivas. Algo se debe decir sobre las que facultan al legislador a emitir una ley sobre determinado asunto. Tales normas permisivas, por regla, abren la posibilidad de regular, organizar o instituir situaciones diferentes de las previstas en otras normas o principios constitucionales. Vale, pues, decir que, si el legislador no utiliza la facultad que le es otorgada, prevalecerán las situaciones instituidas en las normas o principios excepcionales.

El legislador tiene sólo una facultad. Cuando la iniciativa de la ley tiene discrecionalidad completa, no pudiendo ni siquiera ser censurado moral o políticamente si no la toma, hasta porque, en ese caso, al menos cabe la declaración de inconstitucionalidad por omisión. Queda, por ello, vinculado al texto constitucional si resuelve disciplinar los intereses o instituciones consignados en su descripción. Así sólo para dar un ejemplo rápido, el legislador estadual fue autorizado a crear la Justicia Militar en los términos del artículo 125, § 3o. Si encuentra conveniente usar esa facultad, tiene que respetar, más allá de otros, la exigencia de la previa propuesta del Tribunal de Justicia. Si no cumple tales exigencias, su ley será inconstitucional.

Por regla, las normas que facultan al legislador a regular determinado asunto, mediante ley, siguen la orientación que acabamos de mencionar. Son permisivas, pero no destituidas de eficacia, pues limitan la acción del titular de la permisión, lo que prueba que están dotadas de imperatividad, por cuanto, dadas las circunstancias de su incidencia, obligan a determinado comportamiento.

VIII. CONDICIONES GENERALES DE APLICABILIDAD

32. Finalmente, cabe una breve consideración sobre las condiciones generales de aplicabilidad de las normas constitucionales de principio institutivo.

33. Por lo que dejamos expuesto, podemos afirmar que ellas son aplicables, independientemente de la ley prevista, en cuanto puede, lo que se entiende por la configuración de elementos autónomos que contengan. Pero su completa aplicabilidad depende de la promulgación de ley integrativa. Ésta, en el caso, vale como instrumento de su ejecutoriedad. Conviene, con todo y ello, apartar una posible confusión que ese fenómeno puede generar: la ley es mero instrumento subordinado; la norma constitucional, aunque revele simples esquemas, continúa teniendo su característica básica de regla jurídica dotada de supremacía jerárquica.

34. Las normas constitucionales en tela son de aplicabilidad inmediata en lo que atañe a la legislación anterior, inclusive con relación a las normas de Constitución preexistente (tema que será desarrollado en otro capítulo, de modo específico), tanto como con relación a la legislación futura, como a las que ellas se tienen que conformar.

SECCIÓN TERCERA

Normas constitucionales de principio programático

IX. CONCEPTO

35. Las Constituciones contemporáneas constituyen documentos jurídicos de compromiso entre el liberalismo capitalista y el intervencionismo. El Estado liberal firmó la restricción de los fines estatales, consagrando una declaración de los derechos del hombre, como estatuto negativo, con la finalidad de proteger al individuo contra la usurpación y el abuso del Estado;²⁹³ y, de ese modo, configuró una democracia política, cuyo objetivo “es la liberación del individuo de las coacciones autoritarias, su participación en el establecimiento de la regla, que, en todos los dominios, estará obligado a observar”.²⁹⁴

293 Cfr. Pelloux, Robert, *Le citoyen devant l'État*, p. 13.

294 Burdeau, Georges, *La democracia. Ensayo sintético*, p. 61.

Pero “el Estado liberal permaneció indiferente al uso que se hubiera hecho de las libertades y a los resultados que de ahí se siguiesen: efecto de la creencia optimista en la armonía de los intereses” — como dice Duclos—.²⁹⁵ “Y la experiencia histórica [conforme acentúa Pelayo] acabó demostrando que el Estado no es el único que oprime el desarrollo de la personalidad; que no es la única entidad que impone relaciones coactivas de convivencia, y que las mismas libertades liberales están condicionadas, en su realización, a situaciones y poderes extraestatales”,²⁹⁶ como los raciales, eclesiásticos y, especialmente, los poderes económicos, de cuyas presiones es importante liberarse. El Estado evoluciona, y se presenta justamente como medio apropiado para realizar la liberación de esas presiones, lo que, naturalmente, supone la ampliación de su actividad y la intervención en la vida económico-social que permanecía al margen.²⁹⁷ Ese “proceso de democratización sucesiva, en lucha con los principios liberales, se acentúa cada vez más”; el concepto de democracia se transforma, calificándose democracia social,

...en cuanto extiende sus métodos y criterios a esferas situadas inicialmente al margen del Estado: la economía, la educación, etcétera; que pretende, por ejemplo, la participación en la gestión de las empresas (democratización de las empresas), como antes lo pretendió en el Estado; que pretende que la representación popular fiscalice la vida económica del país, lo que supone el paso a una economía planificada, con la subsecuente disminución de la esfera individual ante el Estado que postula la democracia en la educación, lo que supone más que una mera declaración, supone el dominio de la educación por parte del Estado.²⁹⁸

36. Ese embate entre el liberalismo, con su concepto de democracia política, y el intervencionismo o el socialismo, repercute en los textos de las Constituciones contemporáneas, con sus principios de derechos económicos y sociales, comportando un conjunto de disposiciones concernientes tanto a los derechos de los trabajadores como a la estructura de la economía y al estatuto de los ciudadanos.²⁹⁹ El conjunto de esos princi-

295 Duclos, Pierre, *L'évolution des rapports politiques depuis*, p. 61.

296 *Derecho constitucional comparado*, p. 203.

297 Cfr. García-Pelayo, *op. cit.*, p. 203.

298 *Ibidem*, p. 203, cuyas ideas tradujimos en todo el texto. V., también, sobre esa temática: Burdeau, Georges, *La democracia*, pp. 57 y ss.; Duclos, Pierre, *op. cit.*, pp. 173 y ss.

299 Cfr. Pelloux, Robert, *op. cit.*, p. 28.

prios forma el llamado contenido social de las Constituciones.³⁰⁰ Viene de ahí el concepto de Constitución-dirigente,³⁰¹ de la que la Constitución de 1988 es ejemplo destacado, en cuanto define fines y programas de acción futura en el sentido de una orientación social democrática. Por eso, ella fue minuciosa, y, en su compromiso con las conquistas liberales y con un plan de evolución política de contenido social, el enunciado de sus normas asumió, muchas veces, una gran imprecisión, comprometiendo su eficacia y aplicabilidad inmediata, por requerir providencias ulteriores para incidir concretamente. Muchas normas son traducidas en el texto supremo apenas en principio, como esquemas genéricos, simples programas a ser desarrollados posteriormente por la actividad de los legisladores ordinarios. Son éstas las que constituyen las normas constitucionales de principio programático, que estudiaremos en esta sección.

37. Su problemática comienza con las dificultades en darles un concepto preciso. Para Pontes de Miranda: “Reglas jurídicas programáticas son aquellas en las que el legislador, constituyente o no, en vez de editar reglas jurídicas de aplicación concreta, sólo traza líneas directorias, por las cuales se ha de orientar a los poderes públicos. La legislación, la ejecución y la propia justicia quedan sujetas a esos dictámenes, que son como programas dados a su función”.³⁰² Esta añadidura final es de suma importancia para comprender la posición del autor, que el concepto presentado, en sí, nos revela; al contrario, se siente en él la influencia de la doctrina de las normas directorias de los norteamericanos o de las normas directivas de los italianos, cuya procedencia ya rechazamos.

Crisafulli, que estudió las normas programáticas en sucesivos ensayos,³⁰³ fue, paulatinamente, destacando el concepto, con base en la Constitución italiana. Para él, inicialmente, ellas constituían un verdadero programa de acción (y, antes de todo, de legislación): “un programa que tiene como objetivo principal la disciplina de las relaciones sociales, y,

300 Sobre el tema, *cfr.* Limas, Fabio, *Conteúdo social nas Constituições brasileiras*, Belo Horizonte, 1959.

301 Sobre esa concepción, *cfr.* Gomes Canotilho, J. J., *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1983, incluso se hace notar, en obras más recientes, ciertos cambios de concepción del autor.

302 *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda número 1 de 1969*, t. 1, pp. 126 y 127.

303 Reunidos en el libro ya citado, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milán, 1952.

más en general, de la ordenación de la sociedad estatal, o sea, del Estado en sentido amplio, según principios democráticamente avanzados y realistas, en coherencia con la definición del artículo 1o., por el cual la República italiana está fundada sobre el trabajo”.³⁰⁴ Programáticas —define en otro lugar— son “aquellas normas constitucionales con las cuales un programa de acción es asumido por el Estado y asignado a sus órganos legislativos, de dirección política y administrativos, precisamente como un programa que a ellos le incumbe la obligación de realizar en los modos y en las formas de las respectivas actividades”.³⁰⁵ Finalmente:

Normas que, en vez de regular, desde el primer momento de modo directo e inmediato, determinadas situaciones y relaciones (a las que se refieren), regulan comportamientos públicos destinados, a su vez, a incidir sobre dichas materias, es decir, establecen aquello que los gobernantes deberían o podrían hacer (e, inversamente, pues, aquello que no podrían hacer) relativa a los asuntos determinados.³⁰⁶

Distingue él las normas programáticas en dos grupos: a) normas programáticas de simples propósitos, que prescriben a los órganos estatales cierto fin más o menos específico a alcanzar, cupiendo a los propios órganos la libertad de adoptar los medios que juzgaren más idóneos en ese sentido; b) normas programáticas que, al prescribir el fin a alcanzar, indican, además, al menos en líneas generales, los medios aptos para eso, limitando, pues, el ámbito de la discrecionalidad legislativa.³⁰⁷ Vincula las normas programáticas a la disciplina de las relaciones económico-sociales y ético-sociales.³⁰⁸

38. Aceptando las líneas fundamentales de esa doctrina, y reservando espacio para esclarecimiento y especificaciones ulteriores, podemos concebir como programáticas aquellas normas constitucionales a través de las cuales el constituyente, en vez de regular, directa e inmediatamente, determinados intereses, se limitó a trazarles los principios a ser cumplidos por sus órganos (legislativos, ejecutivos, jurisdiccionales y adminis-

304 *Op. cit.*, pp. 34 y 35.

305 *Ibidem*, pp. 103 y 104.

306 *Ibidem*, p. 19 (“Introducción”).

307 *Ibidem*, pp. 62 y 63.

308 *Ibidem*, p. 33.

trativos), como programas de las respectivas actividades, viendo la realización de los fines sociales del Estado.³⁰⁹

X. LOCALIZACIÓN DE LAS NORMAS PROGRAMÁTICAS

39. La relevancia actual del estudio de la eficacia y aplicabilidad de las normas constitucionales se manifiesta más acentuadamente en su consideración con relación a las llamadas normas programáticas. Tres razones, por lo menos, desatacan esa relevancia. Una es que incluso sirvió con relación a la Constitución de 1984 que ella está llena de normas de intención, como si no fuesen jurídicas e imperativas.³¹⁰ Otra es que tales normas traducen los elementos socioideológicos de la Constitución, donde se crean los derechos sociales, tomada, aquí, la expresión “derechos sociales” en un sentido global también de los económicos y culturales. Una tercera razón, tal vez de mayor importancia, es que indican los fines y objetivos del Estado, lo que importa definir el sentido general del orden jurídico.

40. Ellas se localizan, como vimos, entre las de eficacia limitada. En las ediciones anteriores de esta monografía afirmamos la tesis de la eficacia jurídica de las normas programáticas; observamos que ellas imponen ciertos límites a la autonomía de determinados sujetos, privados o públicos, y dictan comportamientos públicos en razón de los intereses a ser regulados; y, así, sustentamos, contra la doctrina normal, su carácter imperativo y su carácter vinculativo. Sobre todo, procuramos realzar su importante papel en el orden jurídico y en el régimen político del país.

Esa doctrina, que aquí reafirmamos, fue verdaderamente un paso avanzado en la comprensión de las disposiciones constitucionales programáti-

309 Cfr. Meirelles Teixeira, J. H., *Curso de direito constitucional*, p. 324.

310 Es verdad que ésa es una postura especialmente de privatistas, que, cuando escriben sobre derecho constitucional, insisten en dar efectos diversos a las normas constitucionales en función de su naturaleza material o formal, como se lee en lo planteado por el prof. Carlos Alberto Bittar (“A Constituição de 1988 e sua interpretação”, *Rt* 635/33, septiembre de 1988): “Entiendo que las materiales tienen vigencia inmediata, independientemente de la declaración formal del legislador constituyente”, en cuanto “las demás — en las que se encartan las relaciones privadas— solamente producen efecto en su plenitud con la adaptación de la legislación correspondiente”; así, “las normas de Derecho de Familia solamente tendrán eficacia plena cuando se ajusten al Código propio”. No existen relaciones privadas reguladas por la Constitución. Si ella reguló, en los límites por ella expuestos, la materia pasa a ser constitucional. En ella no hay derecho civil ni comercial, pero normas constitucionales sobre materia civil o comercial, poniendo principios regidores de la sociedad civil.

cas. Con todo y ello, tal vez ella todavía se resintiese de cierta duda en lo que atañe a la aplicabilidad de esas disposiciones. Pues la afirmación, incluso perentoria, del carácter jurídico y positivo de esas normas, no basta para que surtan los efectos que su contenido generalmente requiere. Restó, en nuestra afirmación de su eficacia limitada y de su aplicabilidad dependiente de la emisión de una normatividad futura, la idea de que no sea auténtico derecho actual, de inmediata aplicabilidad, concepción que las entiende, en la justa observación de Canotilho, “como líneas programáticas dirigidas al legislador, y no como auténticas normas jurídicas inmediatamente preceptivas y directamente aplicables por los tribunales o cualesquiera otras autoridades”.³¹¹ Ésa es la línea que las Constituciones y la doctrina (alemana, especialmente, con reflejo en Portugal) viene intentando superar. Vale la pena exponer algunas reflexiones que esclarecen otros aspectos de esa nueva visión que se va teniendo de esas normas.

XI. NORMAS PROGRAMÁTICAS Y DERECHOS SOCIALES

41. En nuestros estudios sobre las normas programáticas siempre las entendemos vinculadas a la disciplina de las relaciones económicas-sociales. Hace mucho que está superada la llamada “reglamentación de la libertad”, que pretendía que cada derecho individual fuese organizado; es decir, que las condiciones y los límites de su aplicabilidad fuesen determinados por una ley orgánica. Pues las normas constitucionales que enuncian los derechos individuales son de aplicabilidad inmediata y directa.³¹² Su eficacia no depende de la intermediación del legislador, desde que, en el

...curso del siglo XIX, [como apunta Biscaretti di Ruffia] la enunciación de esos derechos sufrió doble transformación: pasó al texto de las Constituciones, imprimiendo sus fórmulas, hasta entonces abstractas, el carácter concreto de normas jurídicas positivas, válidas para los individuos de los respectivos Estados (dicha subjetivización), y, también, se integró a otras normas destinadas a actuar en una completa y pormenorizada reglamentación jurídico-constitucional de sus puntos más delicados, de tal modo que

311 Cfr. Gomes Canotilho, J. J., *Direito constitucional*, 1977, p. 177.

312 *Ibidem*, pp. 185 y ss.

no requiriera posteriormente, para tal propósito, la intervención del legislador ordinario (o sea, su positivación).³¹³

Ese fenómeno de subjetivización y de positivización comienza a concretarse también con relación a los derechos económicos, sociales y culturales, pues el orden económico y social adquiere dimensión jurídica a partir del momento en que las Constituciones pasaron a disciplinarlas sistemáticamente, como elementos socioideológicos que revelan el carácter de compromiso de las Constituciones contemporáneas entre el Estado liberal individualista, el Estado social intervencionista, y, más recientemente, como es nuestro caso, el Estado democrático de derecho.

42. El problema que se coloca agudamente en la doctrina reciente consiste en buscar mecanismos constitucionales y fundamentos teóricos para superar el carácter abstracto e incompleto de las normas definidoras de derechos sociales, todavía concebidas como programáticas, con el fin de posibilitar su concretización práctica. Se piensa responder a la siguiente cuestión, puesta por Canotilho:

¿En qué medida puede una ley fundamental transformarse en programa normativo del Estado y de la sociedad? Más concretamente: ¿Cómo puede (si es que puede) una Constitución servir de fundamento normativo para la ampliación de las tareas estatales y para la incorporación de fines económico-sociales, positivamente vinculantes de las instancias de regulación jurídica?³¹⁴

XII. NORMAS PROGRAMÁTICAS Y FINES DEL ORDEN ECONÓMICO Y SOCIAL

43. Las normas programáticas son de gran importancia, como dijimos, porque procuran decir para dónde y cómo se va, buscando atribuir fines al Estado, variado por el liberalismo económico. Esa característica teleológica les confiere relevancia y función de principios generales a todo orden jurídico, como bien señala Natoli,³¹⁵ tendente a instaurar un régimen de democracia sustancial, al determinar la realización de fines sociales, a través de la actuación de programas de intervención en el orden económi-

313 *Cfr. Diritto costituzionale*, pp. 695 y 696.

314 *Cfr. Constituição dirigente*, p. 166.

315 *Cfr. Natoli, Ugo, Limiti costituzionale dell'autonomia privata del rapporto di lavoro*, p. 29.

co, con vistas a asegurar a todos una existencia digna, conforme a los dictámenes de justicia social. Éste es el fin que los artículos 170 y 193 de la Constitución de 1988 prescriben para los órdenes económico y social. No es fácil realizar la justicia social en un sistema en el que predomina la concentración de la riqueza. Y es que ella sólo se concretizará mediante una equitativa distribución de la riqueza nacional, pues un régimen de justicia social será aquel en que cada uno debe poder disponer de los medios materiales para vivir confortablemente según las exigencias de su naturaleza física, espiritual y política.³¹⁶ Un régimen democrático de justicia social no acepta las profundas desigualdades, la pobreza y la miseria. Ahora bien, el reconocimiento de los derechos sociales, como instrumentos de tutela de los menos favorecidos, no ha tenido la eficacia necesaria para reequilibrar la posición de inferioridad que les impide el efectivo ejercicio de las libertades garantizadas. Así, en el sistema anterior, la promesa constitucional de realización de la justicia social no se efectuará en la práctica. La Constitución de 1988 es más incisiva al concebir el orden económico sujeto a los dictámenes de justicia social con el fin de asegurar a todos una existencia digna. Da la justicia social un contenido preciso. Preordena algunos principios del orden económico —la defensa del consumidor, la defensa del medio ambiente, la reducción de las desigualdades regionales y personales y la búsqueda del pleno empleo— que posibilitan la comprensión de que el capitalismo concebido ha de humanizarse (si es que eso es posible). Traza, por otro lado, mecanismos en el orden social volcados a su efectivización. Todo depende de la aplicación de las normas constitucionales que contienen esas determinantes, esos principios y esos mecanismos.

44. No es que sea destituida del valor jurídico y de eficacia la determinante constitucional de que los órdenes económico y social objetiven realizar la justicia social. Ésta es un determinante esencial que impone y obliga que todas las demás reglas de la Constitución económica sean entendidas y operadas en función de ella. Y más eleva esa importancia cuando se acuerda que parte de la doctrina reconoce que la justicia social se erige en factor de legitimación constitucional.³¹⁷ La cuestión, actualmente, consiste más en comprender la naturaleza de ese valor-fin de los órdenes económico y social, con el fin de que se ha tenido en cuenta en la aplicación de las normas definidoras los derechos sociales del hombre.

316 Cfr. Duels, Pierre, *L'évolution des rapports politiques depuis 1750*, p. 49.

317 Cfr. Gomes Canotilho, J. J., *Constituição dirigente*, p. 24.

XIII. DISPOSICIONES PROGRAMÁTICAS Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

45. No se confunden disposiciones programáticas y principios constitucionales. Volvemos aquí, como prometimos, a la cuestión de los principios constitucionales, ahora en correlación con las normas programáticas, comenzando por la distinción entre normas y principios, teniendo en cuenta, en esta oportunidad, las lecciones de Canotilho y Vital Moreira, lo que completa, de cierto modo, la materia tratada en el número III, *supra*.

46. Las normas son preceptos que tutelan situaciones subjetivas de ventaja o de vínculo, o sea, reconocen, por un lado, a las personas o entidades que tienen la facultad de realizar ciertos intereses por acto propio o exigiendo acción u abstención de otros, y, por otro lado, vinculan personas o entidades que tienen la obligación de someterse a las exigencias de realizar una prestación, acción o abstención en favor de otros. Los principios son órdenes que se irradian e imantan a los sistemas de normas, “son [como observa Canotilho y Vital Moreira] núcleos de condensaciones en los cuales confluyen, valores y bienes constitucionales”.³¹⁸

47. El tema mereció consideraciones esclarecedoras de Canotilho. Se refiere él a dos tipos de principios: a) los principios jurídicos fundamentales; b) los principios políticos constitucionalmente conformadores.³¹⁹ Rechaza la idea de que los principios jurídicos fundamentales se reduzcan a simples principios generales de derecho o reglas jurídicas generales o se inscriban en un orden jurídico suprapositivo (iusnaturalismo). Los entiende como derecho positivo y fuente de derecho. Pero cuando habla de principios jurídicos fundamentales como fuente de derecho constitucional, se refiere “a principios fundamentales históricamente objetivados y progresivamente introducidos en la conciencia jurídica general y que encuentran una recepción expresa o implícita en el texto constitucional. Pertenecen al ordenamiento jurídico positivo y constituyen un importante fundamento para la interpretación, conocimiento y aplicación del derecho positivo”.³²⁰

318 Cfr. *Constituição da República Portuguesa anotada*, v. 1, pp. 41 y 42.

319 Cfr. *Direito constitucional*, 1983, pp. 189 y 190. Houve inovações nas edições posteriores: cfr. 6a. ed., 1993, pp. 180 y ss. y 346 y ss.

320 *Ibidem*, 1a. ed., p. 191.

Por otro lado, los principios políticos constitucionalmente conformadores son los que explicitan las valoraciones políticas fundamentales del legislador constituyente, en los cuales se condensan las opciones políticas fundamentales y se refleja la ideología inspiradora de la Constitución.³²¹ Entre ellas, él incluye las disposiciones caracterizadoras de la organización económica y social. Finaliza observando que, tal

...como acontece con relación a los principios jurídicos fundamentales, los principios políticos constitucionalmente conformadores son normas generales que la propia Constitución o el legislador desdoblan en normas más precisas e individualizadas. Sin embargo, como ellos expresan las concepciones políticas fundamentales del poder constituyente, todos los órganos del poder deben considerarlos como principios rectores y operantes, ya sea en el momento de creación del Derecho, ya sea en el momento de su aplicación.³²²

48. Es de extrema importancia tener en mente esas consideraciones, con el fin de distinguir las disposiciones programáticas y los principios políticos constitucionalmente conformadores de los órdenes económico y social. Esos principios son programáticos, pero sólo en el sentido de que definen las bases de los fines y tareas estatales y en cuanto ponen los objetivos y determinaciones del programa a ser cumplido por el Estado. Constituyen derecho inmediatamente vigente y son directamente aplicables.³²³ Así, la determinación constitucional según la cual los órdenes económico y social tienen por fin la justicia social una norma-fin, que permea todos los derechos económicos y sociales, pero no sólo ellos como, también, todo el ordenamiento constitucional, porque en ella se traduce un principio político constitucionalmente conformador, que se impone al aplicador de la Constitución. Los demás principios informadores del orden económico —propiedad privada, función social de la propiedad, libre competencia, defensa del consumidor, defensa del medio ambiente, reducción de las desigualdades regionales y sociales, búsqueda del pleno empleo— son de la misma naturaleza. Sólo esos principios se preordenan y tienen que armonizarse en virtud del principio-fin, que es la realización de la justicia social, con el propósito de asegurar a todos una existencia digna. En ese sentido, han de reputarse plenamente eficaces y directa-

321 *Ibidem*, 1a. ed., pp. 192 y 193.

322 *Ibidem*, p. 193.

323 *Cfr.* una vez más, Canotilho, *Constituição dirigente*, p. 194.

mente aplicables, aunque ni la doctrina ni la jurisprudencia hayan entendido su alcance, ni les hayan dado aplicación adecuada, como principios-condición de la justicia social.

49. Informadas por esos principios existen las normas definidoras de derechos económicos y sociales específicos. De ellas, unas mencionan una legislación futura, otras no indican. Las primeras dependen de la actividad del legislador, y están vinculadas al principio de la legalidad; las otras están referidas a los poderes públicos o a los agentes del orden económico y social en general. Su eficacia y aplicabilidad dependen mucho de su enunciado y de su conexión con otras normas. Más adelante examinaremos la repercusión que tienen en el § 1o. del artículo 5o. de la Constitución sobre la aplicabilidad de los derechos sociales considerados derechos fundamentales. Ahora, basta decir que casi todas aquellas normas presuponen o hasta exigen la emanación de otros actos, sobre todo legislativos, tal y como expresa Canotilho, que también recuerda que de ahí no se puede concluir la no preceptividad de tales normas.³²⁴ “Su disciplina (añade) es obligatoria y las directivas por él definidas, lejos de ser meras invitaciones para legislar, asumen el carácter de verdaderas imposiciones constitucionales de actividad legiferante”. Significa eso repeler la tesis de los derechos económicos, sociales y culturales como simples derechos legales, tesis que asienta fundamentadamente en la concepción de que tales directivas “no cimentarán cualquier pretensión subjetiva, judicialmente accionable”, pues sólo “cuando el legislador concretiza esas directivas, fundamentando poderes jurídicos subjetivos, es cuando puede hablar de derechos subjetivos”; luego, “los derechos subjetivos sólo existen en el ámbito de la ley ordinaria”,³²⁵ no en el ámbito de la propia norma constitucional programática.

50. La lección del citado autor es rica de consecuencias en el aspecto considerado, cuando, rechazando la tesis, sustenta que

...la fuerza dirigente de los derechos fundamentales justifica que se sobrepase a la degradación de los derechos sociales, económicos y culturales (en la parte en que se implican derechos a prestaciones estatales) en “simples derechos legales”, pues son derechos originarios a las prestaciones fundados en la Constitución y no derechos las derivadas de la ley... los derechos subjetivos a prestaciones, incluso cuando están concretizados, existen más

324 Cfr. *Direito constitucional*, 1a. ed., p. 178.

325 Cfr. *Constituição dirigente*, pp. 370 y 371.

allá de la ley por virtud de la Constitución, pudiendo ser invocados (aunque no judicialmente, dice él) contra las omisiones inconstitucionales del legislador. Hay fuerza inmediatamente vinculante que hoy se atribuye a una parte de los derechos fundamentales (los derechos, libertades y garantías y los derechos de naturaleza análoga) puede y debe ser interpretada, en lo que respecta a los derechos a prestaciones, en el sentido de fundamentar originariamente esos derechos, incluso aunque no haya imposición constitucional dirigida expresamente al legislador.³²⁶

51. Por eso, el autor puede decir con tranquilidad que

...la fuerza dirigente y determinante de los derechos a prestaciones (económicas, sociales y culturales) invierte, desde luego, el objeto clásico de la pretensión jurídica fundada en un derecho subjetivo: de una pretensión de omisión de los poderes públicos (derecho a exigir que el Estado se abstenga de interferir en los derechos, libertades y garantías) se transita a una prohibición de omisión (derecho a exigir que el Estado intervenga activamente en el sentido de asegurar prestaciones a los ciudadanos).³²⁷

Sólo tenemos que observar que, al contrario de lo que afirma Canotilho, nuestra Constitución fundamenta incluso la invocación judicial contra las omisiones inconstitucionales del legislador, por el texto del § 1o. del artículo 5o. y por el mandato de obligación.

XIV. NORMAS PROGRAMÁTICAS EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEÑO

52. Esas normas, como hemos dicho, revelan un compromiso entre las fuerzas políticas liberales y tradicionales y las reivindicaciones populares de justicia social. Se podría decir que las declaraciones de los derechos fundamentales del hombre, del siglo XVII, postulaban la realización de los valores jurídicos de seguridad, orden y de certeza, en cuanto a las declaraciones constitucionales de los derechos económicos y sociales pretenden la realización del valor-fin del derecho: la justicia social, que es una aspiración de nuestro tiempo, en lucha abierta contra las injusticias del individualismo capitalista.

³²⁶ *Ibidem*, pp. 370 y 371.

³²⁷ *Ibidem*, p. 365.

Nuestras Constituciones no quedaron ajenas a ese movimiento, desde 1934, bajo la influencia de la Constitución de Weimar de 1919. Las Constituciones brasileñas de 1937, 1946, 1967 y 1969 seguirán, poco más o menos, la Constitución de 1934, en ese aspecto. La actual dio un gran paso en sentido de la democracia social.

53. Fábio Lucas, comparando las Constituciones de 1946 y 1934 (y podríamos incluir las de 1967 y 1969), en cuanto a su contenido social, con buenas razones, afirma: “El espíritu es el mismo y la inocuidad de las medidas sociales prometidas es idéntica. Se prometieron avances, pero tan sólo en aquellos artículos sin fuerza obligatoria, que funcionan sólo como vaga aspiración y que, en verdad, no pasan de meros aforismos, meras frases con buenos juicios, pero realmente desprotegidas de providencias legales que les den ejecución”.³²⁸ Buenas razones, decimos; pero no-razón completa, porque no son meros aforismos o simples aspiraciones vagas; no lo son tan sólo hasta cierto punto, porque no dejan de tener influencia en el orden jurídico y en el condicionamiento del régimen político, como veremos.

La Constitución vigente, con todo y ello, revela el punto de vista de los fines sociales del Estado, más progresista que las normas anteriores. Contiene, incluso, normas de principio programático, como aquellas en las que el compromiso entre liberalismo y el socialismo no tuvo muchas concepciones a este último; e, incluso así, aquél, resguardándose de las ideas socializantes, va a recortarlo, por vía de enmiendas, en el afán de reducirla a una expresión formal del neoliberalismo, que desfigura sus conquistas sociales.

54. Con esas observaciones ya es posible indicar las normas de principio programático de la Constitución de 1988, haciéndose notar que, afortunadamente, ellas se concentran en los títulos VII y VIII. De ellas tenemos ejemplos en otros lugares, a veces apareciendo enredadas con reglas de eficacia plena o con aquellas de principios institutivos. Merece incluso repetir lo que ya dijimos en otro lugar: hay normas programáticas que mencionan una legislación futura para actuación positiva del programa previsto, y hay otras que no lo indican.³²⁹ Eso tiene importancia, porque vincula los programas de las primeras al principio de legalidad, dejando

³²⁸ Cfr. *Conteúdo social nas Constituições brasileiras*, p. 77.

³²⁹ Cfr. importante discusión sobre el tema en Barroso, Luis Roberto, *O direito constitucional e a efetividade de seus normas*, pp. 103 y ss.

dependientes de la actividad del legislador y de su discrecionalidad —al tiempo que las demás vinculan todo el poder público—, y abre campo a la discrecionalidad de la legislación, de la administración y de la jurisdicción (hasta donde pueda), no siempre careciendo de ley para su cumplimiento, y hay las que postulan observancia de todo el orden socioeconómico, ante las cuales cualquier sujeto, público o privado, que actúe en sentido opuesto al principio se comporta inconstitucionalmente.

55. Una vez visto esto, podemos indicar, ejemplificando, las normas programáticas de la Constitución, según los sujetos más directamente vinculados, en tres categorías:

I. Normas programáticas vinculadas al principio de la legalidad: a) “participación en lucros, o resultados, desvinculada de la remuneración, y, excepcionalmente, participación en la gestión de la empresa, conforme se define en la ley” (artículo 7, XI); como la ley ya existe,³³⁰ se puede afirmar que la norma dejó de ser programática, concretizándose;³³¹ b) “protección del mercado de trabajo de la mujer, mediante incentivos específicos, en los términos de la ley” (artículo 7, XX); en ese caso, el objeto del programa a ser fijado por la ley es tan genérico y abstracto, que no se abre ni quiera legitimidad específica para una posible solicitud del mandato de obligatoriedad, ya que es difícil establecer el derecho subjetivo directo de alguien; c) “protección en fase de automatización, en la forma de la ley” (artículo 7, XXVII); la ley es la que tiene que procurar la for-

330 La medida provisional 1.539, de 10.5.96. reeditada (actual MP 982-74, de 28.8.2000) discurso sobre la participación de los trabajadores en las utilidades o resultados de la empresa, fundada, por ello, en las convenciones de trabajo, conforme se lee en su artículo 2o.: “ Toda empresa deberá consensuar con sus empleados, por medio de comisión por ellos escogida, la forma de participación de aquéllos en sus utilidades y resultados”.

331 Barroso, Luis Roberto, *op. cit.*, p. 161: en casos como éste no hay normas programáticas, porque “la Constitución impone al legislador una actuación: No son normas que prevén un fin a ser alcanzado, dejando a los órganos estatales el juicio de conveniencia, oportunidad y contenido de las conductas a seguir”. Nuestra opinión es que tales normas apuntan para un fin social a ser alcanzado, realizándose mediante ley (que, más allá, ya vimos, como anotamos, en forma de medida provisional) derechos sociales de los trabajadores (prestaciones positivas), que, en el caso, dependen de ésta. Hoy la cuestión puede ser puesta en la línea del pensamiento del autor, sólo porque hay la previsión de mandato de enjunción, que precisamente fue creado para dar aplicabilidad a tales normas, cuando la ley prevista no lo haga (claro, si el mandato de injunción no hubiere sido deformado). No se trata de colocar la cuestión de la conveniencia, porque, dada la discrecionalidad del legislador (no hubiese mandato de enjunción), el examen de la conveniencia y oportunidad también estaría presente, en el caso, como es propio de toda discrecionalidad. Además, también se podría decir que normas como las citadas por el autor como programáticas —El Estado protegerá las manifestaciones de las culturas populares (...); “El Estado promoverá e incentivará el desarrollo científico (...)”— dejan menos margen a la conveniencia y oportunidad que la otra. También las entendemos como programáticas, con las observaciones que haremos en el texto más adelante.

ma de protección; aquí, la norma ya apunta un beneficiario más directo: los trabajadores, destinatarios de la protección prometida; la programaticidad de la norma es clara, en cuanto la ley es la que tiene que crear programas específicos para proteger a los trabajadores en fase de automatización; 4) “*La ley reprimirá el abuso del poder económico de cara a la dominación de los mercados, la eliminación de la concurrencia y el aumento arbitrario de los lucros*” (artículo 173, 42); aquí también el beneficiario en la norma es abstracto; la ley ya existe, así como un mecanismo para su aplicación (el CADE); e) “*la ley establecerá incentivos para la producción y el conocimiento de bienes y valores culturales*” (artículo 216, § 3o.); f) “*la ley apoyará y estimulará a las empresas que inviertan en investigación, creación de tecnología adecuada al País, formación y perfeccionamiento de sus recursos humanos y que practiquen sistemas de remuneración que aseguren al empleado, desvinculada del salario, participación en las ganancias económicas resultantes de la productividad de su trabajo*” (artículo 218, § 4o.); etcétera. Hay que observar, por fin, que, en esos casos, cuando la ley es creada, la norma deja de ser programática, porque la ley le dio concreción práctica desde que, realmente, la ley lo haya hecho, pues puede ocurrir que la ley es igualmente abstracta que, en el fondo, no cambia nada. Pero no es la ley la que crea las situaciones jurídicas subjetivas, pues éstas encuentran su fundamento en la propia norma constitucional que las establece.

II. Normas programáticas referidas a los poderes públicos, haciéndose notar que unas vinculan sólo a los poderes de la Unión, en cuanto otras incluyen también a los órganos estatales y municipales: a) “a la Unión 1) a la cual compete elaborar y ejecutar planes nacionales y regionales de ...desarrollo económico y social” (artículo 21, IX); conviene esclarecer que, en parte, esa materia exige reglamentación legal (artículo 48, IV); 2) “*compete a la Unión expropiar por interés social, para fines de reforma agraria, el inmueble rural que no esté cumpliendo su función social, mediante previa y justa indemnización en títulos de deuda agraria, con cláusula de preservación del valor real, rescatable en el plazo de hasta veinte años, a partir del segundo año de su emisión, y cuya utilización será definida por la ley*” (artículo 184); hay que resaltar que los §§ 1o. a 5o. son especificaciones del *caput*, y todos ellos pretenden realizar, en la economía, el principio de justicia social, programada al inicio del artículo 170 y sus incisos; vale incluso consignar que los §§ 1o. a 5o. exigen tantas normas legales para su aplicabilidad que acaban transformando la regla del

caput del artículo en dependiente de un verdadero enredo de legislación; y el programa ahí previsto sólo va siendo, a duras penas, por presión de movimientos sociales, como el MST; pero ahí es donde está la importancia de las normas programáticas, normas en sentido teleológico, porque apuntan para fines futuros y sirven de pauta de valores para movimientos que las quieran ver aplicadas y cumplidas; 3) “la Unión... ejercerá, en materia educativa, función redistributiva y supletoria, de forma que garantice igualdad de oportunidades educativas y padrón mínimo de calidad de enseñanza mediante asistencia técnica y financiera a los Estados, al Distrito Federal y a los municipios” (artículo 211, § 1o., con la redacción de la enmienda constitucional 14/96); b) a los poderes públicos en general: 1) “el Estado garantizará a todos el pleno ejercicio de los derechos culturales y acceso a las fuentes de la cultura nacional, y apoyará e incentivará la revaloración y la difusión de las manifestaciones culturales” (artículo 215); 2) “el Estado protegerá las manifestaciones culturales populares, indígenas y afro brasileñas, y las de otros grupos participantes del proceso civilizatorio nacional” (artículo 215, § 1o.); en esos dos ejemplos tenemos una perentoriedad de la norma, que la hacen *in feri* para la eficacia plena, al punto de poderse discutir, a pesar de un cierto sentido del programa realizado no se encuentran, ahí, traducidos, sino derechos subjetivos, al menos intereses legítimos que implica, como mínimo, obligaciones administrativas de aparejarse para ejecutar la norma; 3) “el poder público, con la colaboración de la comunidad, promoverá y protegerá el patrimonio cultural brasileño, por medio de inventarios, registros, vigilancia, y expropiación, y de otras formas de resguardo y preservación” (artículo 216, § 1o.); la misma observación hecha arriba cabe aquí, tal vez, aquí, hasta con mayor razón, dada la enumeración de providencias que deben ser tomadas para aplicar la norma; ocurre, incluso, que algunas de esas providencias ya constan de ley (decreto-ley 25/37), lo que confiere eficacia y aplicabilidad de la norma; 4) “es deber del Estado fomentar prácticas deportivas formales y no formales, como derecho de cada uno...” (artículo 217);³³² 5) “la investigación y la capacitación tecnológica” (artículo 218); misma observación hecha arriba; 6) “el Estado apoyará la formación de recursos humanos en tareas de la ciencia, investigación y tecnológica, y concederá a los que de ellas se ocupen medios y condi-

³³² Aquí, una de aquellas situaciones en que la palabra “derecho” no clarifica una situación jurídica subjetiva que propicie exigibilidad efectiva de determinada conducta, hipótesis criticada por Luis Roberto Barroso (*op. cit.*, p. 104).

ciones especiales de trabajo” (artículo 218, § 3o.); 7) “la familia, base de la sociedad, tiene especial protección del Estado” (artículo 226); así también las disposiciones del § 8o. del mismo artículo y del § 1o. del artículo 227.

III. Normas programáticas dirigidas al orden económico-social en general: a) “El orden económico, fundado en el valor del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos la existencia digna, conforme los dictámenes de la justicia social, observados los siguientes principios:...” (artículo 170); más adelante desarrollaremos una discusión sobre ese tema; b) “El orden social tiene como base el primado del trabajo, y como objetivo el bienestar y la justicia social” (artículo 193). No incluimos aquí ni el derecho a la salud (artículo 196), ni el derecho a la educación (artículo 205), porque en ambos casos la norma instituye un deber correlativo de un sujeto determinado: el Estado, que, por eso, tiene la obligación de satisfacer aquel derecho. Si este no es satisfecho, no se trata de programaticidad, sino de incumplimiento al derecho, de incumplimiento de la norma. En el tópico siguiente (número XV) haremos, todavía, una rápida discusión sobre el tema, con alguna distinción para una mejor comprensión de la naturaleza de esas prestaciones positivas.

56. Conviene hacer notar que la separación que acabamos de hacer tiene validez puramente genérica, porque como normas jurídicas, las programáticas deben ser observadas, en los límites de su eficacia, por todos, incluso porque ellas traducen, en mayor o menor grado, limitaciones a los poderes públicos, como también las autonomías privadas.

57. El ejemplo presentado, incluso un poco más extenso, nos permite, ahora, delinear las características básicas de las normas de principio programático:

I. Son normas que tienen por objeto la disciplina de los intereses económico-sociales, tales como realización de la justicia social y existencia digna; revaloración del trabajo; desarrollo económico; represión del abuso del poder económico; asistencia social, intervención del Estado en el orden económico, amparo a la familia; combate a la ignorancia; estímulo a la cultura, a la ciencia y a la tecnología.

II. Son normas que no tuvieron fuerza suficiente para desarrollarse integralmente, siendo acogidas, en principio, como programa a ser realizado por el Estado, por medio de leyes ordinarias o de otras providencias.

III. Son normas de eficacia reducida, no siendo operantes con relación a los intereses que les constituyen objeto específico y esencial, pero pro-

ducen importantes efectos jurídicos, como tendremos oportunidad de mostrar.

XV. NATURALEZA DE LOS DERECHOS SOCIALES

58. Cierta corriente concibe los derechos sociales no como verdaderos derechos, sino como garantías institucionales, negándoles la característica de derechos fundamentales. La doctrina más coherente, con todo y ello, viene refutando esa tesis, y reconoce en ella la naturaleza de derechos fundamentales, al lado de los derechos individuales, políticos y de derecho a la nacionalidad. Son derechos fundamentales del hombre-social, y hasta “se estima que, más que una categoría de derechos fundamentales, constituyen un medio positivo para dar un contenido real y una posibilidad de ejercicio eficaz a todos los derechos y libertades”.³³³

59. La Constitución siguió esa doctrina, incluyéndolos entre los derechos fundamentales en su título II. No les da naturaleza el hecho de su realización de poder depender de providencias positivas del poder público. Por ello, se caracterizan como prestaciones positivas impuestas a las autoridades públicas por la Constitución (imposiciones constitucionales). Es cierto que, para ello, la efectivación de muchos de esos derechos depende del establecimiento de instituciones. Canotilho de nuevo nos proporciona la idea correcta, mediante un ejemplo expresivo:

Cuando se afirma que el derecho a la vivienda es un derecho del ciudadano, estamos acentuando el carácter individual del derecho; cuando afirmamos que para asegurar el derecho a la vivienda incumbe al Estado programar y ejecutar una política de vivienda inserta en el plan del ordenamiento general del territorio y apoyada en los planes de urbanización... estamos destacando la dimensión institucional de un derecho.³³⁴

A partir de ahí, el autor llega, incluso, a afirmar que esos derechos son reglas jurídicas directamente aplicables, vinculativas a todos los órganos del Estado.³³⁵

60. En otra obra Canotilho se expresa incluso con mayor precisión, haciendo distinciones que conducen a un entendimiento más adecuado de

³³³ Cfr. Pérez Luño, “Delimitación conceptual de los derechos humanos”, en el volumen del que es editor: *Derechos humanos*, p. 217. Nuestro *Curso de direito constitucional positivo*, p. 188.

³³⁴ *Direito constitucional*, 1a. ed., p. 183.

³³⁵ *Ibidem*, p.184.

las normas constitucionales con dimensión programática. He ahí su contenido:

...el reconocimiento, por ejemplo, del derecho a la salud es diferente de la imposición constitucional que exige la creación del Servicio Nacional de la Salud, destinado a proveer prestaciones existenciales inmanentes a aquel derecho. Como las prestaciones tienen, igualmente, una dimensión subjetiva y una dimensión objetiva, se considera que, en general, esta prestación es el objeto de la pretensión de los particulares y del deber concretamente impuesto al legislador a través de las imposiciones constitucionales. Aun así, como la pretensión no puede ser judicialmente exigida, no se encuadra, pues, en el modelo clásico de derecho subjetivo; la doctrina tiende a destacar sólo el deber objetivo de prestación por los entes públicos y a minimizar su contenido subjetivo. Incluso aquí la caracterización material de un derecho fundamental no tolera esta inversión de planos: los derechos a la educación, salud y asistencia no dejarán de ser derechos subjetivos por el hecho de no estar creadas las condiciones materiales e institucionales necesarias a la posesión de esos derechos.³³⁶

XVI. JURIDICIDAD

61. No son pocos los autores que niegan juridicidad a las normas constitucionales programáticas. Serían normas sin contenido imperativo, por ser impracticables.³³⁷ Del Vecchio, refiriéndose a ciertas normas programáticas de la Constitución italiana, dice que impone deber propiamente moral, antes que jurídico. Así, el principio de su artículo 40 — “La República reconoce a todos los ciudadanos el derecho al trabajo y favorece las condiciones que tornan ese derecho en efectivo” — no es (para el iusfilósofo peninsular) sino el enunciado solemne de un programa político que debería ser traducido en ley, pero no engendra, por sí, cualquier exigencia jurídicamente válida.³³⁸

³³⁶ *Constituição dirigente*, 1a. ed., p. 368.

³³⁷ Cfr. Becker, Alfredo Augusto, *Teoria geral de direito tributário*, p. 64.

³³⁸ *Philosophie du droit*, p. 285, nota 1. En el mismo sentido, en general: Levi, Alesandro, *Teoria generale del diritto*, p. III; y, particularmente: Azzariti, Gaetano, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, p. 98: “Qu’cste norme in fondo, sotto un certo aspetto, non sono nemmeno vere e proprie norme giuridiche, perché il programma che esse tracciano é destinato ad essere attuato dal legislatore, quando e circostanze en offrano la possibilità”. En otro caso, sin embargo, concede que pueda tener “un certo carattere di giuridicità” (p. 123), Villari, Salvatore, “Sulla natura giuridica della Costituzione”, *Archivio Penale*, mayo-junio de 1948, parte segunda, pp. 217 y ss., negando, más allá, carácter jurídico a toda Constitución formal.

Esa tesis, hoy combatida seriamente, es responsable por la caracterización como programática de toda norma constitucional incómoda.³³⁹ Sería fácil, así, descartarse de la incidencia de una regla, bastando tacharla de programática y, con ello, en los términos de tal doctrina, el principio sería ignorado.

62. Su juridicidad, con todo y ello, debe ser afirmada sólo por “el hecho de constar de un texto de ley”,³⁴⁰ siendo rechazada la pretendida no juridicidad de reglas pertenecientes a una Constitución, y especialmente a una Constitución rígida. Incluso prescindiendo (como resalta Natoli) de la secular disputa con respecto de la imperatividad de las normas jurídicas,

...siempre se podría observar que el precepto jurídico puede también articularse (más allá de uno solo) en una serie de disposiciones normativas, distintas y aparentemente autónomas, y presentándose, en su íntima esencia, solamente a la luz de su coordinación sistemática; y que, en todo caso, no es necesario que tal precepto tenga un contenido concreto, es decir, regule una situación bien definida y específica, pudiendo, a la inversa, aparecer como criterio general, del que debe ser informada la reglamentación concreta de toda una serie, a priori, indefinida.³⁴¹

Crisafulli, que analizó sucesivamente la temática de las normas programáticas, le sustentó la juridicidad (y la eficacia, aunque reducida),³⁴² argumentando que enuncian verdaderas normas jurídicas y, por ello, son tan preceptivas como las otras; regulan comportamientos públicos destinados, a su vez, a incidir sobre las materias que le son objeto, siendo, en ese límite, vinculantes, como consecuencia de la eficacia formal prevalente de la fuente (la Constitución), en lo que respecta a las leyes ordinarias, por lo que éstas, si son anteriores y contrarias, quedan invalidadas; si son posteriores y conflictuantes, son inconstitucionales.³⁴³

63. Ahora bien, si ellas imponen ciertos límites a la autonomía de determinados sujetos, privados o públicos, se dictan comportamientos públicos en razón de los intereses regulados; en eso claramente se encuentra

339 A propósito: Crisafulli, Vezio, *op. cit.*, p. 105.

340 Natoli, Ugo, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nei rapporti di lavoro*, p. 23; De Simone, Saverio, *op. cit.*, pp. 38-41.

341 *Op. cit.*, p. 24.

342 *Op. cit.*, p. 18.

343 *Op. cit.*, p. 52. con las rectificaciones que el propio autor admitió en la “Introducción” de la obra citada (pp. 16 y ss.).

su carácter imperativo, imperatividad a la que se resiste en los límites de su eficacia, pero siempre imperativa. Por otro lado, esos comportamientos y mandatos, de ellas resultantes, crean una situación no tanto de expectativa, sino de ventaja efectiva, incluso mínima, en favor de todos aquellos sujetos que se creen en condiciones de beneficiarse con la ventaja de su aplicación y observancia. De ahí se infiere un vínculo jurídico inequívoco, que constituye el enlace entre los sujetos de la relación de ellas fundada, caracterizando la bilateralidad atributiva esencial a toda regla de derecho.³⁴⁴

Entre nosotros, Pontes de Miranda y Alfredo Buzaid no vacilaron en reconocerles juridicidad y eficacia. El primero, en un texto ya citado, habla de reglas jurídicas programáticas como algo que era político-partidario, programático, y entró en el sistema jurídico, cercenándose, con eso, la actividad de los legisladores futuros, que en el asunto programado no pueden tener otro programa.³⁴⁵ El segundo es incisivo cuando afirma que es erróneo pretender distinguir, en una Constitución, cláusulas mandatorias y directorias, programáticas o de orientación, atribuyéndoles eficacia jurídica diversa.³⁴⁶

64. En definitiva, cada vez más la doctrina en general afirma el carácter vinculativo de las normas programáticas, lo que equivale a decir que pierden ellas, cada vez más, su característica de programas, hasta el punto, incluso, de procurar una nueva nomenclatura para definir las, como, por ejemplo, normas que expresan “tan sólo una finalidad para ser cumplida obligatoriamente por el poder público, sin apuntar los medios adoptados para obtenerla, es decir, sin indicar las conductas específicas que satisfarían el bien jurídico consagrado en la regla”.³⁴⁷ No nos parece mejorar mucho la terminología. Son normas de principio teleológico porque apuntan, en un mero esquema, para un fin a ser alcanzado. Cualquiera que sea, por ello, la expresión utilizada, lo cierto es que su vínculo viene siendo

344 El argumento de la bilateralidad no escapó a Crisafulli, que de ella hizo uso de la p. 74 de la obra citada.

345 *Comentários a Constituição de 1967 com a Emenda número 1 de 1969*, t. I, p. 127, donde expresa una idea que también ya dejamos anotada, en ejemplos, en el texto, cuando dice: “La regla programática casi siempre está mezclada con otras reglas jurídicas de conocimiento, de modo que se ha de discriminar, desde el inicio, lo que es regla jurídica ya incidente y lo que es regla jurídica para ser observada por las reglas jurídicas que la formularan en la materia”.

346 *Da ação directa de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, p. 48.

347 *Bandeira de Mello, Celso Antônio, Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*, cit., p. 18.

más y más reconocido. Significa que el hecho de depender de providencias institucionales para su realización no quiere decir que no tengan eficacia. Al contrario, su imperatividad directa es reconocida, como imposición constitucional a los órganos públicos. Son, por ello, también aplicables en los límites de esa eficacia, tal y como resumiremos enseguida.

XVII. FUNCIÓN Y RELEVANCIA

65. La afirmación de que las normas programáticas son tan jurídicas como otras no basta para realzar su relevancia y función.

Pontes de Miranda admite que ellas procuran decir para dónde y cómo se va, buscando atribuir fines al Estado, agotado por el liberalismo económico.³⁴⁸ Esa característica teleológica les confiere relevancia y función de principios generales de todo el orden jurídico, como bien señala Natoli,³⁴⁹ para quien

...la Constitución, bajo el plano histórico, aparece como la resultante de un acuerdo de respeto recíproco entre fuerzas políticas diversas y, bajo varios aspectos, contrastantes. Y puede afirmarse, con suficiente tranquilidad, que los momentos fundamentales de tal acuerdo están indicados precisamente en las normas programáticas, con las cuales se determinan los fines y las líneas de desarrollo del nuevo orden, caracterizando el tipo de régimen, que está en la base y que en ella consagra, o sea, un régimen mixto, que se expresa a través de las Constituciones convencionales, en las cuales están presentes fuerzas políticas contrapuestas.³⁵⁰

66. Si el régimen, que es la esencia del orden jurídico,

...se califica como un régimen de democracia, por lo menos tendencialmente sustancial, (afirma Natoli) en cuanto persigue la eliminación del privilegio económico y la instauración de condiciones, en que se consiente la participación en la formación de la dirección política general también de todos aquellos que, de hecho, eran excluidos en el sistema tradicional; y que las normas programáticas se coordinan (en cuanto tales, con función típicamente instrumental) para ese fin fundamental; es, además, verdad que los

348 *Op. cit.*, p. 127.

349 *Op. cit.*, p. 29.

350 *Op. cit.*, p. 27. Natoli parte de la naturaleza convencional de las Constituciones contemporáneas y desarrolla un raciocinio para la Constitución italiana que se aplica a la Constitución Federal de 1988, hoy con mayor razón, ya que ésta es más social que aquélla.

principios expresos en tales normas protegan su relevancia bien más allá de los límites de la materia específica, para las cuales las propias normas son dictadas, e invisten todo el ordenamiento jurídico. Eso significa, incluso, que su relevancia no puede ser excluida o suspendida por la falta de la legislación prevista ulterior de actuación, sino que ella explica, por ahora, en un sentido particular —que, se puede concebir propio de todos los principios generales, salvo destacar que, aquí, deriva de principios de orden constitucional y que puede parecer, como se verá, prevalentemente negativo.³⁵¹

XVIII. NORMAS PROGRAMÁTICAS Y RÉGIMEN POLÍTICO

67. Las normas programáticas, introducidas en la Constitución como resultado del conflicto de intereses, importan, al menos, en una tentativa de superación de la democracia formal y tienden, como vimos, a instaurar un régimen de democracia sustancial, al determinar la realización de fines sociales, a través de la actuación de programas de intervención en el orden económico, con vistas a la realización de la justicia social y del bien común.

68. Son normas que contienen, más allá de los principios esquemáticos para la actuación legislativa futura, también principios generales informadores de todo orden jurídico. De donde resulta que ellas, consustanciando un compromiso entre fuerzas políticas contrarias, están en la base misma del régimen político, comprendido éste como un complejo estructural de principios y fuerzas políticas que configuran la concepción del Estado y de la sociedad, y que inspiran su ordenamiento jurídico.³⁵²

XIX. NORMAS PROGRAMÁTICAS E INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

69. La caracterización de las normas programáticas como principios generales informadores del régimen político y de su orden jurídico les da una importancia fundamental, como orientación axiológica para la com-

³⁵¹ *Op. cit.*, pp. 29 y 30.

³⁵² *Servicio español del profesorado de enseñanza superior. La estructura del Estado, curso de formación política* (obra dirigida por varios profesores de la Universidad de Barcelona), p. 111. El concepto de régimen político es todavía polémico, pero presentado se nos figura el más correcto. Sobre el asunto, *cfr.*, Jiménez de Parga, Manuel, *Los regímenes políticos contemporáneos*, Madrid, 1960; Duverger, Maurice, *Os regimes políticos*, São Paulo, 1962; Guelli, Vincenzo, *O regime político*, Coimbra, 1951.

prensión del sistema jurídico nacional. El significado de esto se consustancia en el reconocimiento de que ellas tienen una eficacia interpretativa que sobrepasa, en ese punto, a otras del sistema constitucional o legal, en cuanto apuntan los fines sociales y las exigencias del bien común, que constituyen vectores de la aplicación de la ley.

70. La interpretación jurídica resulta en una comprensión valorativa, en un juicio de valor que no se extrae de la nada, sino, al contrario, transcurre de la intuición de las tendencias socioculturales de la comunidad, y se fundamenta en los “cánones axiológicos que pertenecen al orden jurídico vigente”.³⁵³ Recaséns Siches delinea magistralmente esos nuevos fundamentos de la interpretación del derecho cuando dice que

...en la función judicial, se producen valoraciones o estimaciones. Eso no significa que tales valoraciones o estimaciones sean la proyección del criterio axiológico personal del juez, de su juicio valorativo individual. Al contrario, muchas veces, sucede, y así debe ser, que el juez emplea, como criterios valorativos, precisamente las pautas axiológicas consagradas en el orden jurídico positivo, y trata de interpretar esos cánones establecidos por el orden vigente, poniéndolos en relación con las situaciones concretas de hecho que se le antojan. Inclusive en aquellos casos que presentan una especial dificultad y mucha complicación, lo que el juez hace ordinariamente, y esto es lo que debe hacer, consiste en investigar cuáles son los criterios jerárquicos de valor, sobre los cuales está fundado y por los cuales está inspirado el orden jurídico positivo, y servirse de ellos para resolver el caso sometido a su jurisdicción.³⁵⁴

71. Es ahí donde se descubre la gran relevancia de las normas programáticas. Constituyen ellas, como reglas reveladoras de las tendencias socioculturales de la comunidad, principios básicos que, entre otros, informan la concepción del Estado y de la sociedad e inspiran su orden jurídico positivo vigente. Ahora bien, conjugada esa idea con los fundamentos de la interpretación indicados por Recaséns Siches, arriba transcritos, se ve que ellas se manifiestan exactamente como aquellos criterios jerárquicos de valor sobre los cuales está fundada y por los cuales se inspira el orden jurídico positivo, del que debe servirse el juez para resolver

353 Recaséns Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación de derecho*, p. 227.

354 *Op. cit.*, p. 126.

el caso sometido a su jurisdicción, como todo intérprete y aplicador del derecho objetivo.

72. Esos dictámenes están, más allá, configurados expresamente en el orden jurídico brasileño, cuando estatuye, en el artículo 5o. de la Ley de Introducción al Código Civil, que, en “la aplicación de la ley, el juez atenderá a los fines sociales a la que ella se dirige y a las exigencias del bien común”. Ahora bien, las normas constitucionales de principio programático tienen por objeto precisamente configurar los fines sociales al que se dirige el Estado y la sociedad, conforme con las exigencias del bien común; si así es, toda ley o norma (inclusive las constitucionales) integrante del orden jurídico nacional, tiene que conformar a la pauta del valor indicada, al menos tendencialmente, por las normas programáticas de la Constitución.

XX. NORMAS PROGRAMÁTICAS Y CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

73. De lo que expusimos en los párrafos anteriores es fácil extraer otro efecto notabilísimo de las normas constitucionales programáticas, como manifiesta Balladore Pallieri, que concluye:

Prescriben a la legislación ordinaria una vía a seguir; no consiguen constreñir, jurídicamente, al legislador a seguir aquella vía, sino lo compelen a no seguir otra diversa. Sería inconstitucional una ley que dispusiera de modo contrario lo que la Constitución exige. Y, más allá de eso, una vez dada ejecución a la norma constitucional, el legislador ordinario no puede volver atrás.³⁵⁵

74. Así, se descubre la eficacia de las normas programáticas con relación a la legislación futura, presentando, ahí, su función de condicionamiento de la actividad del legislador ordinario, sino también de la administración y de la jurisdicción, cuyos actos han de respetar los principios en ellas consagrados. Pontes de Miranda es preciso sobre el asunto, diciendo que: “La legislación, la ejecución y la propia justicia quedan sujetas a esos dictámenes, que son como programas dados a su función”;³⁵⁶ y,

³⁵⁵ *Diritto costituzionale*, p. 322.

³⁵⁶ *Comentários a Constituição de 1967 com a Emenda número 1 de 1969*, t. I, p. 127. En el mismo sentir en cuanto la inconstitucionalidad de la ley conflictuante con las normas programáticas: Buzaid, Alfredo, *op. cit.*, pp. 48-49; Bittencourt, Lúcio, *op. cit.*, p. 60.

más adelante, reafirma que ellas cercenan la actividad de los legisladores futuros, que, en el asunto programado, no pueden tener otro programa.³⁵⁷

Es que las normas programáticas se resuelven, prima facie, en un vínculo al Poder Legislativo, ya sea que le asignen solamente un cierto fin a obtener, ya sea que establezcan, desde luego, restricciones, límites, observancia de ciertas directrices, criterios o esquemas generales, para alcanzar el esquema propuesto.³⁵⁸

En ambas hipótesis (sustenta Crisafulli) no hay duda de que la no observancia de las normas constitucionales programáticas por parte del órgano legislativo será motivo de invalidez, total o parcial, del acto del ejercicio de su poder, o sea, de la ley deliberada de modo contrario o diverso en cuanto a lo dispuesto en la Constitución. Análogicamente, debe decirse, por otro lado, también en los casos de normas facultativas, cuando no hayan sido respetados los límites y las condiciones establecidas por las propias normas.³⁵⁹

75. Por ejemplo, la Constitución Federal, en el artículo 7o., asegura a los trabajadores los derechos allí enumerados, “más allá de otros que viesen la mejoría de su condición social”. Esta última parte de la disposición, como ya destacamos, es de naturaleza programática, y, ahora, podemos añadir que es de aquellas que se limitan a indicar cierto fin a conseguir: mejoría de la condición social del trabajador. Al respecto de esos otros derechos que pueden ser otorgados a los trabajadores, el legislador ordinario tiene amplia discrecionalidad, pero, incluso, está condicionado al fin ahí propuesto: mejoría de la condición social del trabajador. Cualquier providencia del poder público, específica o general, que contravenga a ese fin, es inválida, y puede ser declarada su inconstitucionalidad por el juez, haciéndose notar que éste también goza de discrecionalidad para determinar el contenido finalístico de aquella regla programática, ya que la Constitución no dio el sentido de lo que se deba entender por mejoría de la condición social del trabajador. EL juez a eso podrá llegar mediante interpretación de la pauta de valor que le ofrecen el orden jurídico y, especialmente, los demás principios programáticos y fundamentales inscritos en la vigente carta magna.

357 *Op. cit.*, p. 127.

358 Crisafulli, Vezio, *op. cit.*, pp. 62 y 63.

359 *Ibidem*, p. 63.

76. Pero hay normas constitucionales programáticas que ya indican ciertos criterios a ser seguidos por el legislador. Así, por ejemplo, el artículo 170 de la Constitución dice que “el orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene como fin asegurar a todos una existencia digna, conforme los dictámenes de la justicia social”, pero adiciona ciertos principios que entiende básicos para alcanzar el fin propuesto, o sea:

I. Soberanía nacional; II. Propiedad privada; III. Función social de la propiedad; IV. Libre concurrencia; V. Defensa del consumidor; VI. Defensa del medio ambiente; VII. Reducción de las desigualdades regionales y sociales; VIII. Búsqueda del pleno empleo; IX. Tratamiento favorable para las empresas pequeñas constituidas bajo las leyes brasileñas y que tengan su sede y administración en el país.

Cualquier ley que atente contra alguno de estos principios debe ser declarada inconstitucional. Aquí, también, el juicio de valor del juez le deja terreno amplio para el ejercicio de una función interpretativa creadora, porque la Constitución no da el concepto de valoración del trabajo humano, ni de una existencia digna, ni de dictámenes de la justicia social, limitándose a indicar ciertos principios a ser observados, pero no bien definidos. Tales conceptos el juez los encontrará en las ciencias sociales y éticas, incluso, en las valoraciones y convicciones sociales vigentes, recordadas por Recaséns Siches.³⁶⁰

77. Por consiguiente, todas las normas que reconocen derechos sociales, incluso cuando sean programáticas, vinculan a los órganos estatales, de tal manera que

...el Poder Legislativo no podrá emanar leyes contra estos derechos y, por otro lado, está vinculado a la adopción de las medidas necesarias a su concretización; al Poder Judicial le está prohibido, ya sea a través de elementos procesales, ya sea en las propias decisiones judiciales, perjudicar la existencia de tales derechos; al Poder Ejecutivo se le impone, tal como al Legislativo, actuar de forma que proteja e impulse la realización concreta de los mismos derechos.³⁶¹

360 *Op. cit.*, especialmente pp. 225 y ss.

361 *Cfr.*, Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, p. 184.

XXI. NORMAS PROGRAMÁTICAS Y LEYES ANTERIORES INCOMPATIBLES

78. Se desarrolló un gran debate en la doctrina italiana con respecto a las relaciones entre las normas constitucionales programáticas y las leyes anteriores a la Constitución. El problema, ahí, se tornó agudo, ya que venía de un orden jurídico fascista, impregnado de normas despóticas, que, de pronto, resultaron incompatibles con el orden instaurado por la Constitución de 1o. de enero de 1948.

79. Algunas sentencias de la propia Corte Suprema del país, negando eficacia a ciertas normas tenidas por ella como programáticas, sustentaron la tesis de que tales normas no invalidaban leyes ordinarias preexistentes, aunque incompatibles. Esas leyes solamente perderían la eficacia cuando fuesen revocadas por las leyes integrativas de las disposiciones constitucionales.³⁶²

Varios autores contestaron esa doctrina. En el debate, una cuestión preliminar fue luego colocada; a saber: si, en el caso, habría revocación o sería también una hipótesis de inconstitucionalidad de la ley precedente.

80. La discusión preliminar no es académica, como a primera vista pudiera parecer.³⁶³ Tiene consecuencias prácticas interesantes. En Italia, la cuestión se resolvía incluso en un problema de determinación de la competencia jurisdiccional para pronunciar la invalidez de la ley preexistente incompatible. Si se decidiese por la *revocación*, el caso sería de competencia de la magistratura común; si se tratase de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional sería competente, en los términos del artículo 136 de la carta política peninsular. Ese aspecto no tiene importancia en el sistema brasileño, donde cualquier juez es competente tanto para reconocer de la revocación como para declarar la inconstitucionalidad de la ley.

Pero hay otras consecuencias prácticas que postulan una solución teórica del asunto. La declaración de inconstitucionalidad surte efectos *in casu et inter partes*, no anula la ley, ni la revoca; teóricamente, entre nosotros, la ley continúa en vigor, eficaz y aplicable, hasta que el Senado federal suspenda su ejecutoriedad, en los términos del artículo 52, X, de

362 Cfr. juzgados en *Archivio Penale*, mayo-junio de 1948, segunda parte, p. 215; *idem*, mayo-junio de 1950, p. 226. En el mismo sentido: Azzariti, *op. cit.*, p. 103; Bernieri, Giovanni, trabajo cit., *Archivio Penale*, mayo-junio de 1948, p. 223.

363 Cfr., Bittencourt, Lúcio, *O contrôle jurisdiccional da constitucionalidade das leyes*, p. 131.

la CF. La cuestión es muy controvertida. Unos afirman ser *ex tunc*³⁶⁴ los efectos de declaración de inconstitucionalidad; otros entienden ser *ex nunc*.³⁶⁵

Parece que el problema debe ser resuelto considerando dos aspectos. En lo que respecta al caso concreto, la declaración surte efectos *ex tunc*, es decir, fulminando la relación jurídica fundada en ley constitucional, desde su nacimiento. Sin embargo, la ley continúa eficaz y aplicable hasta que el Senado suspenda su ejecutoriedad; esa manifestación del Senado, que no revoca ni anula la ley, sino simplemente le retira la eficacia, sólo tiene efecto de ahí en adelante, *ex nunc*. Pues hasta entonces la ley existió, “aunque nula sea”³⁶⁶. Si existió, fue aplicada, reveló eficacia, produjo válidamente sus efectos.³⁶⁷ El sistema italiano es expreso sobre ese punto: “la ley declarada inconstitucional cesa su eficacia desde el día siguiente al de la publicación de la decisión” (Constitución, artículo 136).

81. Puestos esos principios, se comprende bien la diferencia de efectos conforme sean las leyes anteriores consideradas inconstitucionales o revocadas. Castro Nunes sustentó que, en el caso, se da inconstitucionalidad, pues la Constitución no revoca leyes, sino cuando expresamente lo haga.³⁶⁸ Su argumento básico es el de que “la teoría de la abrogación de las leyes supone normas de la misma autoridad. Cuando se dice que la ley posterior revoca, incluso tácitamente, la anterior, se supone en el cotejo de leyes del mismo nivel”.³⁶⁹ Con ese fundamento, la revocación expresa, por él admitida, sería, entonces una excrecencia constitucional.

364 Buzaid, Alfredo, *op. cit.*, p. 132; Brando Cavalcânti, Themístocles, *Do contrôle da constitucionalidade*, pp. 168 y ss.

365 *Cfr.* Bittencourt, Lúcio, *op. cit.*, p. 136.

366 Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1969 com a Emenda número 1 de 1969*, t. III/621, p. 90 dice que la ley inconstitucional continúa eficaz “a despecho del decreto de nulidad, que es *in casa*, hasta que el Senado Federal suspenda la ejecución (eficacia), en todo o en parte, de tal regla jurídica”.

367 En contra, Antunes Rocha, Cármen Lúcia, *Constituição e constitucionalidade*, p. 48, donde afirma: “Considerándose ésta [la inconstitucionalidad] una falla que fulmina la ley o el acto normativo en su existencia, se tiene, entonces, una no-ley o un no-acto normativo”. Y luego reafirma: “Entre tanto, el no respeto de esta diversidad de tratamiento jurídico-normativo del tema por los sistemas constitucionales, parece más... con la raíz de la cuestión analizada, y que está en la naturaleza de la inconstitucionalidad, que la ley o acto normativo no tiene validez para el Derecho. Por eso mismo, sus efectos jamás pueden ser considerados jurídicos, porque su fuente es un acto contrario al derecho” (p. 149). En la p. 150 es enfática, a la cual remitimos al lector, pues, siendo un texto extenso, no es pertinente la transcripción en este momento.

368 *Cfr.*, *Teoria e prática do Poder Judiciário*, p. 601.

369 *Op. cit.*, p. 603. En Italia, Crisafulli mantuvo un punto de vista semejante, entendiendo que, en la hipótesis, se debe hablar de una inconstitucionalidad sucesiva de la ley incompatible, no acep-

Lúcio Bittencourt discrepa de aquella posición, sustentando una tesis intermedia, que nos parece correcta, basada en los siguientes términos:

La revocación se verifica cuando la ley, tachada de incompatible con la Constitución, ya se hallaba en vigor en ocasión de la llegada de ésta. No se trata, por ello, de revocación pura y simple, como lo que sucede en virtud del conflicto intertemporal entre dos leyes de la misma jerarquía. No, una ley incompatible con la Constitución es, siempre, en la técnica jurídica pura, una ley inconstitucional, importando poco que haya precedido el Estatuto Político o le sea posterior. La revocación es consecuencia de la inconstitucionalidad.³⁷⁰

82. La tesis vale para todas las normas constitucionales, sean de eficacia plena, de eficacia contenida o de eficacia limitada, inclusive las programáticas. En ese punto, las normas programáticas se revelan con eficacia tan plena como cualquier otra. Y la ley anterior con ellas incompatible debe ser considerada revocada, por inconstitucionalidad. Más allá, desde el punto de vista de la eficacia de las normas programáticas con relación a las leyes precedentes, poco importa decir si hay inconstitucionalidad pura y simple, si hay revocación pura y simple o si hay revocación por inconstitucionalidad. Importante, incluso, es fijar la tesis de esa eficacia invalidadora de las normas preexistentes incompatibles. Si nos colocamos en la tesis de Lúcio Bittencourt y discutimos ampliamente el problema es porque tiene efectos diversos si se adopta una u otra de las soluciones puras, y porque tenemos que volver a ese problema en términos globales, por lo que ya queda fijada nuestra posición.

XXII. CONDICIONES GENERALES DE APLICABILIDAD

83. Llegados a este punto, podemos indicar las condiciones generales de aplicabilidad de las normas constitucionales programáticas.

Como normas de eficacia limitada, su aplicación plena, relativa a los intereses esenciales que condensan los principios genéricos y esquemáticos, dependen de la emisión de una normatividad futura, en que el legislador ordinario, integrándole la eficacia, mediante ley ordinaria (la Cons-

tando la tesis de la revocación, por lo menos en referencia a las normas programáticas, pues, en el caso, “le due norme in conflitto non hanno il medesimo oggetto” (*La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, p. 57).

³⁷⁰ *Op. cit.*, p. 131.

titución vigente, por lo menos en ese aspecto, fue sabia en no exigir la integración por medio de ley complementaria, en sentido propio), les dé capacidad de ejecución en términos de reglamentación de aquellos intereses presentados. Muchas, con todo y ello, pueden ser aplicadas independientemente de la ley, pero por medio de otras providencias, como aquella que se mira al amparo de la cultura por el Estado.

84. Estando también dotadas, al menos, de un mínimo de eficacia, rigen, hasta donde puedan (por sí, o en coordinación con otras normas constitucionales), situaciones, comportamientos y actividades en esa esfera de alcance del principio o esquema que contienen, especialmente condicionando la actividad de los órganos del poder público y creando situaciones jurídicas de ventaja o de vínculo (lo que todavía veremos).

85. En conclusión, las normas programáticas tienen eficacia jurídica inmediata, directa y vinculante en los casos siguientes:

I. Establecen un deber para el legislador ordinario;

II. Condicionan la legislación futura, con la consecuencia de ser inconstitucionales las leyes o actos que las contraríen;

III. Informan la concepción del Estado y de la sociedad e inspiran su ordenamiento jurídico, mediante la atribución de fines sociales, protección de los valores de la justicia social y revelación de los componentes del bien común;

IV. Constituyen un sentido teleológico para la interpretación, integración y aplicación de las normas jurídicas;

V. Condicionan la actividad discrecional de la administración y del Judicial;

VI. Crean situaciones jurídicas subjetivas, de ventaja o desventaja, lo que veremos en el capítulo siguiente.

SECCIÓN CUARTA

Instrumentos de la eficacia constitucional

XXIII. CUESTIÓN DE ORDEN

86. La Constitución de 1988 se preocupa con su eficacia y aplicabilidad; para ella, preordeno algunos instrumentos, que serán sintéticamente examinados a continuación. Tales instrumentos ven la eficacia y aplicabilidad de todas las normas de derechos y garantías fundamentales. Pero,

como el problema se sitúa básicamente en el campo de las normas referentes a los derechos sociales, especialmente a las programáticas, el asunto lo vamos a tratar aquí.

XXIV. EL ARTÍCULO 5o., § 1o. DE LA CONSTITUCIÓN

El título II de la Constitución contiene la declaración de los derechos y garantías fundamentales, incluyendo ahí los derechos individuales, colectivos, sociales, de nacionalidad y políticos. El artículo 52, § 1o., por su lado, estatuye que “las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata”. Eso abarca, por lo visto, a las normas que revelan los derechos sociales, en los términos de los artículos 6o. a 11. Eso, con todo y ello, no resuelve todas las cuestiones, porque la Constitución misma hace depender de la legislación ulterior la aplicabilidad de algunas normas definidoras de derechos sociales y colectivos. Por regla, las normas que consustancian los derechos fundamentales democráticos e individuales son de eficacia contenida y aplicabilidad inmediata,³⁷¹ en cuanto las que definen los derechos sociales tienden a serlo también en la Constitución vigente, pero algunas, especialmente las que mencionan una ley integradora, son de eficacia limitada y aplicabilidad indirecta.

Entonces, de cara a esas normas, ¿qué valor tiene lo dispuesto en el § 1o. del artículo 5o., que declara todas de aplicación inmediata? En primer lugar, significa que ellas son aplicables hasta donde puedan, hasta donde las instituciones ofrezcan condiciones para su atención. En segundo lugar, significa que el Poder Judicial, siendo invocado a propósito de una situación concreta en ellas garantizada, no puede dejar de aplicarlas, confirmando al interesado el derecho reclamado según las instituciones existentes.

XXV. MANDATO DE OBLIGACIÓN

Éste es el instrumento que, correlacionado con el citado § 1o. del artículo 5o. de la Constitución, vuelve todas las normas constitucionales potencialmente aplicables directamente. Así es el enunciado de su previsión

³⁷¹ Con todo y ello, la Constitución misma hace depender a la legislación ulterior la aplicabilidad de algunas normas definidoras de derechos y garantías individuales, como es el caso, por ejemplo, del artículo 5o., XXVIII y XXIX.

constitucional: “se concederá mandato de obligación siempre que la falta de norma reglamentaria vuelva inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y a la ciudadanía” (artículo 52, LXXI).

Su función sería hacer valer, en el interés del que suplica, un derecho o prerrogativa previsto en norma constitucional cuyo ejercicio en general no es viable por la falta de reglamentación. Pero la interpretación del Supremo Tribunal Federal impidió esa función que le daba razón de existir, por considerarlo mero medio de obtención de declaración de la inconstitucionalidad por omisión.

XXVI. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

La inconstitucionalidad por omisión se verifica en los casos en que no sean practicados actos legislativos o ejecutivos requeridos para volver plenamente aplicables normas constitucionales que postulan una ley o providencia administrativa ulterior para que los derechos o situaciones en ellas previstos se hagan efectivos en la práctica.

La Constitución de 1988 impregnó lo instituido en el artículo 283 de la Constitución portuguesa. Prevé autoridades, personas y entidades que puedan proponer la acción directa viendo la declaración de la omisión. Fue tímida, sin embargo, en las consecuencias de su reconocimiento. Apenas dispuso, en el § 2o. del artículo 103, que, “declarada la inconstitucionalidad por omisión de medida para tomar efectiva norma constitucional, será dada instrucción al poder competente para la adopción de las providencias necesarias y tratándose del órgano administrativo, para hacerlo en treinta días”. La mera instrucción del Poder Legislativo — poder competente tratándose de omisión de ley— puede ser ineficaz, ya que él no puede ser obligado a legislar, aunque un deber moral de legislar puede impulsarlo a atender lo juzgado.

XXVII. INICIATIVA POPULAR

El ejercicio de la iniciativa popular también puede contribuir a la elaboración de leyes ordinarias o complementarias integradoras de eficacia de normas constitucionales. Ella está prevista en el artículo 61, § 2o., en los términos siguientes: “La iniciativa popular puede ser ejercida por la

presentación a la Cámara de los Diputados del proyecto de ley suscrito por, como mínimo, uno por ciento del electorado nacional, distribuido por lo menos en cinco Estados, con no menos de tres decimos por ciento de los electores de cada uno de ellos”. La omisión del Poder Legislativo no puede ser totalmente suplida por la participación popular, pero la falta de iniciativa de las leyes lo puede, y por cierto que la iniciativa, suscrita por millares de electores, marca un peso específico, que estimulará la actividad de los legisladores.