

TÍTULO II
EFICACIA JURÍDICA DE LAS NORMAS
CONSTITUCIONALES

CAPÍTULO PRIMERO

NORMAS CONSTITUCIONALES EN CUANTO A SU EFICACIA . .	49
I. El problema de la eficacia de las normas constitucionales . . .	49
II. Normas constitucionales mandatorias y normas constitu- cionales directorias	52
III. Normas constitucionales <i>self-executing</i> y <i>not self-execu- ting</i>	59
IV. Concepción moderna sobre la eficacia y aplicabilidad de las normas constitucionales: el problema terminológico . .	62
V. La triple característica de las normas constitucionales en cuanto a la eficacia y aplicabilidad	67

TÍTULO II

EFICACIA JURÍDICA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

CAPÍTULO PRIMERO

NORMAS CONSTITUCIONALES EN CUANTO A SU EFICACIA

I. EL PROBLEMA DE LA EFICACIA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

1. El problema de la eficacia y aplicabilidad de las normas constitucionales comienza con la incertidumbre terminológica, lo que dificulta todavía más su solución y hasta incluso su formulación científica.

2. La cuestión, más allá, no es particular de la teoría del derecho constitucional, sino de la ciencia jurídica en general. Carlos Cossio acentúa bien las discrepancias doctrinales, cuando dice que, para aludir a la existencia del derecho, los juristas recurren a las diversas palabras, como *positividad*, *vigencia*, *eficacia*, *observancia*, *facticidad* y *efectividad del derecho*.¹⁴⁹ La teoría egológica del derecho, del mismo Cossio, resuelve la dificultad haciendo desaparecer el problema, en lo que atañe a la existencia del derecho, y él habla únicamente de validez y de la vigencia del derecho, “reconociendo que positividad, vigencia, eficacia, observancia, facticidad y efectividad del derecho son, todos, términos existenciales que aluden a la misma cosa y que se pueden usar como vocablos sinónimos”.¹⁵⁰ Eliminar el problema de esa forma, no nos parece, en absoluto, resolverlo, pues, si es verdad que la *positividad* no se puede desligar de la *vigencia* y de la *eficacia*,¹⁵¹ tales términos tienen connotaciones propias, y no se confunden en una sinonimia jurídica.

149 *Teoría de la verdad jurídica*, p. 180.

150 *Ibidem*, p. 182.

151 Lo que es reconocido por la propia corriente egológica. *Cfr.* Olano e Vilanova, Aftalión, *Introducción al derecho*, p. 186.

3. La sociología jurídica reduce el problema de la vigencia al de eficacia. Vigencia es “el derecho que obtiene, en realidad, aplicación eficaz, el que se inmiscuye en la conducta de los hombres en sociedad y no lo que simplemente se contiene en la letra de la ley, sin haber conseguido fuerza real suficiente para imponerse a los individuos y grupos sociales”.¹⁵² Bajo esa perspectiva, es como se acostumbra decir que muchas normas constitucionales, especialmente las llamadas programáticas, no adquieren vigencia mientras que una ley ordinaria o complementaria no las active efectivamente.

4. El normativismo distingue, con precisión, la vigencia de la eficacia. La lección de Kelsen es bastante clara a ese respecto. La vigencia de la norma, para él, pertenece al orden del deber ser, y no al orden del ser. *Vigencia* significa la existencia específica de la norma; *eficacia* es el acto de que la norma es efectivamente aplicada y seguida; la circunstancia de que una conducta humana conforme a la norma se verifica en el orden de los hechos.¹⁵³ “Decir que una norma vale (es vigente) traduce algo diferente de lo que se dice cuando se afirma que ella es efectivamente aplicada y respetada, si bien entre vigencia y eficacia puede existir una cierta conexión”.¹⁵⁴ Kelsen da una nítida prevalencia a la vigencia, desde que entiende que ésta pertenece al orden del deber ser, es decir, de la norma como objeto del derecho, en cuanto la eficacia pertenece al orden del ser, de los hechos; pero cree que un mínimo de eficacia es condición de la vigencia de la norma.¹⁵⁵ Una norma jurídica, sin embargo, entra en vigor antes de volverse eficaz, es decir, antes de ser seguida y aplicada.¹⁵⁶

5. La positividad del derecho no se confunde con su vigencia ni con su eficacia. Derecho positivo se opone al derecho natural; positividad signi-

152 Morais Filho, Evaristo de, *O problema de uma sociologia do direito*, p. 234; cfr. Reale, Miguel, *Filosofia do direito*, p. 406.

153 Cfr. *Teoria pura do direito*, vol. 1, pp. 18 y 19. Sobre el asunto, también Diniz, María Helena, *Norma constitucional e seus efeitos*, pp. 22 y ss., y “Vigência e eficácia da norma constitucional”, en Tércio Ferraz Jr. et al., *Constituição de 1988 legitimidade, vigência e eficácia supremacia*, artículo II, pp. 59 y ss.

154 *Ibidem*, vol. 1, p. 20. A propósito del tema, nos permitimos recordar lo que, en otro libro, escribimos, a saber:

— La eficacia, definitivamente, es el elemento que vincula el precepto lógico, escrito, a la realidad subyacente. La ley es tanto más eficaz tanto más se proyecta en el medio social, en el que debe actuar cuanto más sus términos abstractos se enriquecen del contenido social, del derecho cultural, más eficaz es. Sin un mínimo de eficacia la ley no pasará de una mera construcción teórica (cfr. nuestro *Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional*, p. 236).

155 *Ibidem*, v. 1, p. 20.

156 *Idem*.

fica, como apunta Cossio, la realidad empírica de la experiencia, “existencia como presencia del derecho”.¹⁵⁷ Es más que vigencia y eficacia, más, incluso, que la aludida “existencia como presencia del derecho”, porque como apunta Miguel Reale “podemos concebir tres modalidades del derecho positivo: el dotado actualmente de vigencia; el que ya la perdió; y el que está en vías de obtenerla”.¹⁵⁸

6. En resumen:

I. *Positividad del derecho* expresa la característica de un derecho que rige, en concreto, la conducta humana, mediante normas bilaterales y atributivas, socialmente puestas; puede ser histórico, como actual; se opone al derecho natural.

II. *Vigencia del derecho, o derecho vigente*, caracteriza el derecho que rige, aquí y ahora, *hic et nunc*, las relaciones sociales; se refiere al derecho presente; designa la existencia específica de una norma,¹⁵⁹ oponiéndose al derecho histórico.

III. *Eficacia del derecho*. Se toma la expresión en dos sentidos. La eficacia social designa una efectiva conducta acorde con la prevista por la norma;¹⁶⁰ se refiere al hecho de que la norma es realmente obedecida y aplicada;¹⁶¹ en ese sentido, la eficacia de la norma da respeto, como dice Kelsen, al “hecho real de que ella es efectivamente aplicada y seguida, de una conducta humana conforme se verifica la norma en el orden de los hechos”.¹⁶² Es lo que técnicamente se llama *efectividad* de la norma.¹⁶³ *Eficacia* es la capacidad de alcanzar los objetivos previamente fijados como metas. Tratándose de normas jurídicas, la eficacia consiste en la capacidad de alcanzar los sujetos en ella traducidos, que vienen a ser, la

¹⁵⁷ Cfr. *Teoría de la verdad jurídica*, p. 183.

¹⁵⁸ *Filosofía do direito*, p. 517.

¹⁵⁹ “Con la palabra ‘vigencia’ designamos la existencia específica de una norma”, dice Kelsen, *Teoría pura do direito*, v. I, p. 18.

¹⁶⁰ Cfr. Aftalión, Olano e Vilanova, *op. cit.*, p. 189. Karl Olivecrona adopta ese sentido de la palabra, cuando afirma que “la actitud hacia la Constitución no puede mantenerse a menos que esa Constitución sea efectivamente aplicada y que el poder se ejerza conforme a sus normas” (*El derecho como hecho*, p. 41.) Y sólo en ese sentido social que Norberto Bobbio concibe la eficacia de las normas jurídicas, o sea, “Il problema dell’*efficacia* di una norma è il problema se quella norma sia o no seguita dalle persone a cui è diretta (y cosiddetti destinatari della norma guiridica) e, nel caso in cui sia violata, sia fatta valere con mezzi coercitivi dall’autorità che l’ha posta” (cfr. *Teoría generale del diritto*, p. 25).

¹⁶¹ Aftalión, Olano e Vilanova, *op. cit.*, p. 190.

¹⁶² *Op. cit.*, p. 19.

¹⁶³ Cfr. Barroso, Luís Roberto, *O direito constitucional e a efectividade de suas normas*, pp. 78 y ss.

última instancia, realizar los dictámenes jurídicos apuntados por el legislador. Por eso se dice que la eficacia jurídica de la norma designa la cualidad de producir, en mayor o menor grado, efectos jurídicos, al regular, desde luego, las situaciones, relaciones y comportamientos de que conoce;¹⁶⁴ en ese sentido, la eficacia da respeto a la aplicabilidad, exigibilidad o ejecutoriedad de la norma, como posibilidad de su aplicación jurídica. El alcance de los objetivos de la norma constituye la efectividad. Ésta es, por tanto, la medida de la extensión en que el objetivo es alcanzado, relacionándose con el producto final. Por lo tanto, tratándose de normas jurídicas, se habla de eficacia social con relación a la efectividad, porque el producto final objetivado por la norma se consustancia en el control social que ella pretende, en cuanto a la eficacia jurídica es sólo la posibilidad de que eso acontezca.

Los dos sentidos de la palabra *eficacia*, arriba señalados, son, pues, diversos. Una norma puede tener eficacia jurídica sin ser socialmente eficaz, es decir, puede generar ciertos efectos jurídicos, como, por ejemplo, el de revocar normas anteriores, y no ser efectivamente cumplida en el plano social. Pero se percibe que, a pesar de esto, los sentidos están conexos, como ya apuntamos antes.

II. NORMAS CONSTITUCIONALES MANDATORIAS Y NORMAS CONSTITUCIONALES DIRECTORIAS

7. En el plano de eficacia jurídica, que es el que nos interesa en este trabajo, la ciencia del derecho enfrenta el problema de la clasificación de las normas, “para explicar la manera de cómo el imperativo se manifiesta”.¹⁶⁵ Esa cuestión, aunque sea de teoría general del derecho y no puramente del derecho constitucional, debe, sin embargo, ser examinada aquí, para verificar hasta qué punto las normas constitucionales se ajustan a ella.

8. El carácter imperativo de las normas jurídicas se revela al determinar una conducta positiva o una omisión, un actuar o un no actuar; de ahí se distinguen las normas jurídicas en preceptivas, las que imponen una conducta positiva, y en prohibitivas, las que imponen una omisión, una conducta omisiva, un no actuar, un no hacer. Las normas constitucionales

164 Cfr. Meirelles Teixeira, J. H., *Curso de direito constitucional*, p. 289.

165 Del Vecchio, Giorgio, *Philosophie du droit*, p. 206.

son, en gran proporción, de esos dos tipos, bastando citar los ejemplos siguientes, muy característicos: a) preceptivas: 1) “Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza” (artículo 5o., caput); 2) “El Poder Legislativo es ejercido por el Congreso Nacional” (artículo 44); 3) “La competencia de la Unión para emitir moneda será ejercida exclusivamente por el Banco Central” (artículo 164); b) prohibitivas: 1) “Nadie será sometido a tortura ni tratamiento deshumano o degradante” (artículo 5o., III); 2) “Ninguna pena pasará de la persona del condenado” (artículo 5o., XLV); 3) “No habrá juicio o tribunal de excepción” (artículo 5, XXXVII); 4) “La casa es asilo inviolable del individuo” (artículo 5o., XI), “Es inviolable el sello de la correspondencia” (artículo 5o., XII); 5) “No pueden alistarse como electores los extranjeros y, durante el periodo del servicio militar obligatorio, los conscriptos” (artículo 14, § 2o.); 6) “Está prohibida la utilización por los partidos políticos de organización paramilitar” (artículo 17, § 4o.); 7) “A los militares les está prohibido la sindicalización y la huelga” (artículo 42, § 5o.) A veces, en una misma disposición, encontramos una norma preceptiva y otra negativa: “es libre la manifestación del pensamiento [norma preceptiva], siendo prohibido el anonimato [norma prohibitiva]” (artículo 5o., IV).

Esa distinción tiene poca importancia, como nota Del Vecchio, por reducirse, muchas veces, a un significado filosófico, ya que un mismo comando puede traducirse bajo la forma preceptiva o prohibitiva,¹⁶⁶ lo que es palpable en derecho constitucional, especialmente en el capítulo de los derechos y garantías individuales, donde la afirmación de derechos subjetivos en favor de los individuos importa en la negativa de la acción de poder público. Ejemplo típico de una norma prohibitiva que tiene real significado preceptivo es la del inciso II del artículo 5o. de la Constitución, al estatuir que “nadie será obligado a hacer o dejar de hacer alguna cosa sino en virtud de la ley”, valiendo decir, en términos preceptivos: “Sólo la ley puede obligar a alguien a hacer o dejar de hacer alguna cosa”. Las dos formas, como se ve, abastecen la base constitucional de las normas jurídicas preceptivas (obligar a alguien a hacer [determinar una conducta positiva]) y de las normas jurídicas prohibitivas (obligar a alguien a dejar de hacer [imponer una omisión]). Así, también: “es inviolable el sello de la correspondencia” significa, en términos preceptivos: “está garantizado el sello de la correspondencia”, o “nadie será conside-

rado culpable hasta la concurrencia en juzgado de sentencia condenatoria”, equivale, en términos preceptivos: “todos son considerados inocentes hasta la concurrencia en juzgado de sentencia condenatoria”.

9. Para Del Vecchio, esas dos especies de normas son primarias; porque son suficientes por sí mismas, es decir, expresan directamente una regla obligatoria de actuar; otras normas son llamadas secundarias, ya que no son bastantes por sí mismas, pero dependen de otras, a las que debemos reportarnos para comprender aquéllas exactamente.¹⁶⁷

Esa clasificación puede inducir a pensar que a ella pertenecen las llamadas normas constitucionales autoaplicativas y las no autoaplicativas, aquéllas suficientes por sí mismas y éstas no suficientes por sí mismas.¹⁶⁸ Las primeras serían las primarias, por ser suficientes por sí mismas, y las no autoaplicativas serían secundarias, por depender de otras normas que les completen la eficacia. Sería, por ello, pensar así, pues, por normas secundarias. Del Vecchio entiende las reglas declarativas, o explicativas;¹⁶⁹ pero creemos que las interpretativas y las permisivas también podrían ser consideradas de la misma naturaleza.

Las declarativas o explicativas contienen definiciones de vocablos o de conceptos;¹⁷⁰ las interpretativas también definen y conceptúan el sentido de otras normas. Pueden admitirse normas constitucionales explicativas e interpretativas, como es un ejemplo famoso, entre nosotros, la Ley Constitucional (Ley número 105, de 12 de mayo de 1840) interpretativa del Acto adicional a la Constitución de 25 de marzo de 1824; así nos parece lícito clasificar también a la Ley Constitucional número 8, de 12 de octubre de 1942, como demuestran sus considerandos.

Normas permisivas (o facultativas) son las que atribuyen un permiso, sin determinar la obligatoriedad de una conducta positiva u omisiva. La existencia de esas normas induce a parte de la doctrina a afirmar que no todo derecho es imperativo. Del Vecchio demostró lo contrario, pero partió de la premisa inaceptable, para el caso, de que “es jurídicamente per-

¹⁶⁷ *Op. cit.*, p. 287.

¹⁶⁸ La terminología *bastante en sí y no bastante en sí* es de Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda número 1 de 1969*, t. 1, p. 126), pero esta tiene tan poco fundamento y tan separada como las expresiones autoaplicativa y no autoaplicativa a la que corresponde, como tendremos oportunidad de ver.

¹⁶⁹ *Op. cit.*, p. 287. El autor no incluyó las interpretativas, que clasifica, desde nuestro punto de vista sin razón, como especies de normas dispositivas, pero habla en las abrogativas, sin necesidad y sin razón.

¹⁷⁰ *Cfr.* Del Vecchio, *op. cit.*, p. 287.

mitido todo aquello que jurídicamente no es prohibido”;¹⁷¹ de ahí, decir que las normas permisivas no tienen, por sí mismas, razón de ser, ya que el permiso, en sí, no es preciso darlo por el derecho.¹⁷² La manifestación es errónea, porque las normas permisivas constituyen, en principio, excepciones a reglas prohibitivas existentes en el orden jurídico. Mejor, pues, se podría afirmar que su carácter imperativo transcurre por el hecho de, por vía de la regla, abrir excepción a normas prohibitivas, lo que ocurre, con frecuencia, en el derecho constitucional, como son los casos del artículo 18, § 3o.,¹⁷³ del párrafo único del artículo 22,¹⁷⁴ del artículo 25, § 3o.,¹⁷⁵ del artículo 60,¹⁷⁶ del artículo 154, I,¹⁷⁷ del artículo 182, § 4o.,¹⁷⁸ y tantos otros de nuestra Constitución, así la mayoría de las reglas de competencia, las cuales contienen simple facultad o autorización para el ejercicio del poder otorgado, como es ejemplo la competencia para decretar tributos. Pero, en esos casos, las normas son, al mismo tiempo, permissi-

171 *Op. cit.*, p. 288, pero ahí fue cauteloso al indicar que ello ocurre *en general*.

172 *Op. cit.*, p. 288.

173 “Los Estados pueden incorporarse entre sí, subdividirse o desmembrarse para anexarse a otros, o formar nuevos Estados o Territorios Federales, mediante apobación de la población directamente interesada, a través de plebiscito, y del Congreso Nacional por ley complementaria”, excepción al principio de la indisolubilidad de los Estados configurado en el artículo 1o. y también al principio de autonomía de los Estados. Sin esa regla permisiva no habría posibilidad de las modificaciones indicadas.

174 “La ley complementaria podrá autorizar a los Estados a legislar sobre cuestiones específicas de las materias relacionadas en este artículo”, excepción a la competencia privativa de la Unión, al principio de la indelegabilidad de las atribuciones y la rigidez de la repartición de competencias constitucionales.

175 Permite a los Estados instituir regiones metropolitanas, aglomeraciones urbanas y microrregiones constituidas por agrupamientos de municipios limítrofes, para integrar la organización, la planeación y la ejecución de funciones públicas de interés común, como excepción al principio de la autonomía municipal ya sea para organizarse en consorcio ya sea para la realización de servicios locales de competencia de los municipios autónomos.

176 Permitiendo enmiendas a la Constitución, quebrando la posibilidad de rigidez absoluta.

177 Permitiendo a la Unión la creación de otros impuestos que no son los previstos en la Constitución, desde que sean no acumulativos y no sean acto generador o base de cálculo propios de los discriminados en la Constitución.

178 “Está facultado el poder público municipal, mediante ley específica para el área incluida en el plan director, exigir, en los términos de la ley federal, del propietario de un suelo urbano no edificado, subutilizado o no utilizado, que promueva su adecuado aprovechamiento, bajo pena, sucesivamente, de: I. parcelamiento o edificación compulsoria; II. impuesto sobre la propiedad predial y territorial urbana progresivo en el tiempo; III. expropiación con pago mediante títulos de deuda pública de emisión previamente aprobada por el Senado Federal, con plazo de rescate de hasta 10 años, en parcelas anuales, iguales y sucesivas, asegurados al valor real de la indemnización y los intereses legales”. Sin el permiso constante del *caput* el poder público municipal no estaría autorizado a realizar las imposiciones al titular de la propiedad en el nivel previsto. El permiso, por ello, era necesario de cara al derecho de propiedad que limita la acción del poder público, y especialmente para sujetar al propietario a las sanciones constantes de los incisos de las disposiciones.

vas y prohibitivas. En cuanto al artículo 153, por ejemplo, permite a la Unión decretar los impuestos en ella indicados, al mismo tiempo prohíbe a los estados y municipios instituir los mismos tributos.

10. La clásica distinción de las normas jurídicas desde el punto de vista de la eficacia —la cual resume todas las otras— es que las separa en normas coercitivas (*ius cogens*, taxativas, en la terminología de Del Vecchio)¹⁷⁹ y normas dispositivas (*ius dispositivum*).

Coercitivas, de acuerdo con la doctrina, son las que imponen una acción o una abstención independientemente de la voluntad de las partes, clasificándose, por eso, en *normas preceptivas* (o según otros, imperativas) y en normas prohibitivas.¹⁸⁰

Dispositivas son las que “completan otras o ayudan a la voluntad de las partes a obtener sus objetivos legales, porque de la naturaleza imperativa del derecho no se sigue que él no tome en cuenta o suprima siempre la voluntad individual”.¹⁸¹ Son normas que posibilitan un acomodo particular, y sólo serán aplicables en la ausencia del acuerdo de las partes,¹⁸² a las cuales pertenecen las normas de interpretación y las integrativas o supletorias.¹⁸³ Todas son, por ello, imperativas, porque, dadas ciertas condiciones o hipótesis previstas, inciden obligatoriamente.¹⁸⁴

11. Las normas constitucionales pertenecen esencialmente al *ius cogens*; eso es un punto pacífico. Controvertida es, sin embargo, la cuestión relativa a la existencia, o no, de normas constitucionales dispositivas.

Las relaciones de derecho constitucional son relaciones de poderes entre sí y entre éstos y sujetos privados (individuos, grupos, etcétera), estableciendo derechos, obligaciones y deberes de naturaleza pública, mediante normas que, por principio, no dejan margen de actuación a la voluntad de los agentes constitucionales. Normas que son, por ello, irrenunciables o inderogables, a pesar de que, como veremos, haya posibilidad de uso del poder discrecional, con base en normas de aplicación facultativa, tales como las que admiten la celebración de convenios para ciertos fines (artículo 155, § 2o., VI y XII, g, por ejemplo) y las que otor-

179 *Op. cit.*, p. 289.

180 *Cfr.* Hermes Lima, *Introdução à ciência do direito*, pp. 121 y 123; Oliveira Filho, Benjamim de, *Introdução à ciência do direito*, pp. 149; Nunes Leal, Vítor, “Classificação das normas jurídicas”, *Problemas de direito público*; Del Vecchio, *op. cit.*, p. 289.

181 Hermes Lima, *op. cit.*, p. 122.

182 Oliveira Filho, Benjamim de, *op. cit.*, p. 249.

183 *Cfr.* Del Vecchio, Giorgio, *op. cit.*, p. 290; Oliveira Filho, Benjamim de, *op. cit.*, p. 252; Hermes Lima, *op. cit.*, p. 122.

184 *Cfr.* Del Vecchio, Giorgio, *op. cit.*, pp. 290-291; Oliveira Filho, Benjamim de, *op. cit.*, p. 250.

gan ciertas competencias sin obligar a su ejercicio.¹⁸⁵ Pero esas normas no son facultativas en el sentido de los permisos del derecho privado, pues, al facultar un modo de actuar, excluyen cualquier otro (así, los Estados no están obligados a decretar los impuestos de su competencia, pero están impedidos de crear otros) o vedan la obtención de los fines en ellos previstos de otro modo que no en la forma, límites y condiciones que autorizan (así, sólo está facultado a los estados y al Distrito Federal deliberar sobre exención, incentivos y beneficios fiscales en la forma establecida en la ley complementaria, conforme a los incisos VI y XII, g). En el fondo, por tanto, esas normas facultativas figuran tan vinculantes como las demás. Y un acto o ley que estatuye de otra manera será eliminado por inconstitucional.

12. No hay, en el derecho constitucional, normas supletorias en el sentido en el que esa expresión es usada en el derecho privado. Es cierto que la jurisprudencia norteamericana pretendió distinguir las normas constitucionales en dos categorías: a) las *mandatory provisions* (prescripciones imperativas), que serían cláusulas constitucionales esenciales o materiales, cuyo cumplimiento es obligatorio e inexcusable; b) las *directory provisions* (prescripciones directorias), de carácter reglamentario, pudiendo el legislador común disponer de otro modo, sin que eso importe en la inconstitucionalidad de su acto.

Cooley criticó severamente esa doctrina de los tribunales:

Las Constituciones [dice él] normalmente no contienen normas de procedimiento, salvo si las consideran necesarias en la práctica de algún acto, así, entonces, deben ser tomadas como limitativas del poder a cuyo ejercicio se aplican. No podemos esperar que se encuentren en la Constitución preceptos que el pueblo no haya considerado de gran importancia y dignos de figurar en un instrumento que se destina a controlar igualmente al gobierno y los gobernados y a constituir en justa medida los poderes conferidos. Si fueron establecidas normas con respecto al tiempo en el cual un poder debe ser ejercido, o del modo por el cual su ejercicio puede tener lugar, hay, por lo menos, una fuerte presunción de que ese tiempo y ese modo condicionan la validez de la manifestación del poder.¹⁸⁶

185 Así, por ejemplo, al atribuir competencia a las entidades públicas, para decretar determinado tributo, la Constitución no obliga a utilizar esa competencia; tan sólo permite la institución de los tributos tocantes a cada una en la partida tributaria.

186 Cooley, Thomas M., *Treatise on the constitutional limitations*, 6a. ed., Boston, 1890, p. 93, "But the courts read upon very dangerous ground when they venture to apply the rules which distinguish

Francisco Campos cree, con razón, que esa

...distinción es la misma, formulada en otros términos, entre leyes constitucionales formales y materiales, consideradas las primeras como meramente directorias, por no contener materia de naturaleza o de esencia constitucional, y las segundas como imperativas por naturaleza, no por figurar en el instrumento de la Constitución, sino por ser esencial y sustancialmente constitucionales. Ahora bien, como vimos [continúa] rechaza, absolutamente, al régimen de Constitución escrita o rígida la distinción entre leyes constitucionales en sentido material y formal; en tal régimen, son indistintamente constitucionales todas las cláusulas constantes de la Constitución, sea cual sea su contenido o naturaleza.¹⁸⁷

Siendo, pues [prosigue Francisco Campos] todas ellas de orden constitucional, tendrán, igualmente, la misma fuerza, que las proveen, no de su materia, sino del carácter del instrumento a la que se adhieren, no pudiendo concebir que se reserve al legislador el arbitrio de distinguirlas, para el efecto de su observancia, en esenciales o substanciales, a saber, imperativas o mandatorias, y en accesorias o de mera de conveniencia, es decir, directorias.¹⁸⁸

Y añade, más adelante, que “una provisión constitucional exactamente porque se contiene en instrumento de la Constitución, es una provisión esencial, indispensable e imperativa, envolver de hecho o por presupuesto del legislador constituyente presuposición irremovible por argumentos en contrario materia de interés público o relativa a derechos individuales, de orden substancial, por tanto”.¹⁸⁹

13. Aceptamos plenamente esa argumentación, como se verá cuando examinemos cierta corriente italiana, que resucitó, en términos más amplios y más profundos, la distinción de las normas constitucionales en mandatorias y directorias, al sustentar que la Constitución contiene cláusulas preceptivas, de carácter impositivo o perentorio, y cláusulas directi-

directory and mandatory statutes to the provisions of a Constitution”. Usamos la traducción de Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdiccional da constitucionalidade das leis*, pp. 57 y 58.

187 *Direito constitucional*, v. I, p. 392.

188 *Ibidem*, p. 392. Cfr. también Bittencourt, Lúcio, *op. cit.*, p. 56; Buzaid, Alfredo, *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, p. 48, São Paulo, considerando erróneo pretender distinguir, en una Constitución, cláusulas mandatorias y directorias, programáticas o de orientación, atribuyéndoles eficacia jurídica diversa; Ghigliani, Alejandro E., *Del “control” jurisdiccional de constitucionalidad*, pp. 3 y 4; Reale, Miguel, *Parlamentarismo brasileiro*, p. 113.

189 *Op. cit.*, p. 395.

vas, de carácter no obligatorio, pudiendo ser hasta no respetadas por la legislación ordinaria, sin que ésta sea, por eso, inválida. Más allá del pasaje, el asunto ya fue localizado, cuando estudiamos la naturaleza jurídica de las normas constitucionales.

III. NORMAS CONSTITUCIONALES *SELF-EXECUTING* Y *NOT SELF-EXECUTING*

14. Como ocurre con casi todos los grandes temas del derecho constitucional, fueron la jurisprudencia y la doctrina constitucionales norteamericanas las que concibieron y elaboraron la clasificación de las normas constitucionales, desde el punto de vista de su aplicabilidad, en *self-executing provisions* y *not self-executing provisions*,¹⁹⁰ que los autores divulgaron, entre nosotros, por la traducción, respectivamente, de disposiciones (normas, cláusulas) autoaplicativas o autoejecutables, o aplicables por sí mismas o incluso suficientes en sí mismas, y disposiciones no autoaplicativas, o no autoejecutables, o no ejecutables por sí mismas, o incluso no suficientes por sí mismas.¹⁹¹

La distinción surgió de la verificación de que las Constituciones constatación normas, principios y reglas de carácter general, y serían convenientemente desarrolladas y aplicadas por el legislador ordinario, ya que no pueden, ni deben, descender a las minucias de su aplicación. Son, en expresión de Ruy, “largas síntesis, sumas de principios generales, donde, por vía de la regla, sólo se encuentra el *substractum* de cada institución en sus normas dominantes, la estructura de cada una, reducida, muchas veces, en una característica, a una indicación, a un trazo. El legislador cumple, ordinariamente, revistiéndose de un esqueleto delineado, imponiéndole el órgano adecuado, y dándoles capacidad de acción”.¹⁹²

15. Según la mencionada doctrina, normas constitucionales *self-executing* (o *self-enforcing*, o *self-acting*, autoejecutables, autoaplicativas, suficientes en sí), son, desde luego, aplicables, porque están revestidas de plena eficacia jurídica, por regular directamente a las materias, situaciones o comportamientos de las que conocen, en tanto que las normas cons-

190 Cfr. Cooley, *op. cit.*, pp. 98 a 101.

191 Cfr. Barbosa, Ruy, *Comentários à Constituição Federal brasileira*, pp. 475 y ss., vol. 2, donde expone, con aquella no vulgaridad y envidiable erudición, la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas sobre el asunto.

192 *Op. cit.*, pp. 477 y 478.

titucionales *not self-executing* (o *not self-enforcing*, o *not self-acting*; no autoejecutables, no autoaplicativas, no suficientes en sí) son de aplicabilidad dependientes de leyes ordinarias.

Cooley las conceptúa de la manera siguiente:

Se puede decir que una norma constitucional es autoejecutable, cuando nos proporciona una regla, mediante la cual se puede gozar y resguardar el derecho otorgado, o ejecutar el deber impuesto; y que no es autoaplicativa, cuando meramente indica principios, sin establecer normas por cuyo medio se logre dar a esos principios valor de ley.¹⁹³

Ruy Barbosa, fundado en los autores y en la jurisprudencia norteamericanos, difundió la doctrina entre nosotros, y conceptúa a las normas autoejecutables, como “las determinaciones, para ejecutar las cuales, no hay necesidad de constituir o designar una autoridad, ni crear o indicar un proceso especial, y aquellas donde el derecho instituido se crea armado por sí mismo, por su propia naturaleza, de sus medios de ejecución y preservación”.¹⁹⁴ No autoejecutables son las que “no revisten de los medios de acción esenciales para su ejercicio en sus derechos, que otorgan, a los encargos, que imponen: establecen competencias, atribuciones, poderes, cuyo uso tiene que esperar que la legislatura, según su criterio, lo habilite a ejercerse”.¹⁹⁵

16. Ruy Barbosa, analizando aquella doctrina, ofrece una amplia ejemplificación, donde extrae hipótesis de normas constitucionales autoaplicables por naturaleza, que serían aquellas que consustancian:

I. Vetos y prohibiciones constitucionales;

II. Los principios de la declaración de los derechos fundamentales del hombre;

III. Las exenciones, inmunidades y prerrogativas constitucionales.¹⁹⁶

Mas allá de éstas, por el concepto de arriba, también son autoaplicativas las que no reclamen, para su ejecución:

I. La designación de autoridades, a que se acomete específicamente esa ejecución;

II. La creación o indicación de procesos especiales de su ejecución;

III. La necesidad de ciertos requisitos para su ejecución;

193 *Op. cit.*, pp. 99 y 100. Traducción de Ruy Barbosa, *op. cit.*, p. 495.

194 *Op. cit.*, p. 488.

195 *Ibidem*, p. 489.

196 *Ibidem*, pp. 482 y ss.

IV. La elaboración de otras normas legislativas que les revistan medios de acción, porque ya se presentan armadas por sí mismas de esos medios, o sea, suficientemente explícitas sobre el asunto del que tratan.

17. Prescindimos de dar ejemplos aquí, porque tendremos que volver al tema, cuando, entonces, nuestro análisis se apoyará en tesis más tolerantes con el constitucionalismo contemporáneo. De hecho, la doctrina actual sobre la aplicabilidad de las normas constitucionales opone serios reparos a la teoría expuesta, y procura reelaborar la materia, bajo otras perspectivas y según la exigencia del contenido socioideológico de las Constituciones de la posguerra.

La clasificación pura y simple de las normas constitucionales en autoaplicativas y no autoaplicativas no corresponde, en efecto, a la realidad de las cosas y a las exigencias de la ciencia jurídica, ni a las necesidades prácticas de aplicación de las Constituciones, pues sugiere la existencia, en éstas, de normas ineficaces y desprovistas de imperatividad, como bien demuestra el concepto de Cooley, cuando habla de reglas “sin establecer normas por cuyo medio se logre dar a esos principios fuerza de ley”. El propio Ruy, sin embargo, ya reconocía que no “hay, en una Constitución, cláusulas, a las que se deba atribuir meramente el valor moral de consejos, avisos o lecciones. Todas tienen fuerza imperativa de reglas, dictadas por la soberanía nacional o popular a sus órganos”.¹⁹⁷ Ni las normas llamadas autoaplicativas producen por sí mismas todos los efectos posibles, pues son siempre pasivas de nuevos desarrollos mediante legislación ordinaria, ni las llamadas no autoaplicativas son de eficacia nula, pues producen efectos jurídicos y tienen eficacia, aunque relativa y reducida.

Cada norma constitucional es siempre ejecutable por sí misma hasta donde pueda, hasta donde sea susceptible de ejecución. El problema se sitúa, justamente, en la determinación de ese límite, en la verificación de cuáles efectos parciales es posible de cada uno.

Del mismo modo que se puede afirmar que no hay norma constitucional alguna del todo ineficaz, “porque todas son, de modo unívoco, *constitucionalmente* conocidas con relación a sus destinatarios”, como lo señala De Simone,¹⁹⁸ también se puede sustentar que ninguna es, en sí, completa, como nota Crisafulli, ya que

¹⁹⁷ *Op. cit.*, p. 289. *Cfr.* a propósito, Meirelles Teixeira, J. H., *Curso de direito constitucional*, pp. 299 y ss.

¹⁹⁸ *Cfr.* *Lineamenti per una teoria su materia e norma costituzionale nell'ordinamento giuridico italiano*, p. 41. *Cfr.* también Meirelles Teixeira, J. H., *op. cit.*, p. 315.

...no se sabría verdaderamente en qué consiste el carácter completo de una norma; cada norma, en cierto sentido, es incompleta, porque es general y abstracta, tanto que necesita del trabajo del intérprete para volverse aplicable concretamente a los casos singulares de la vida social, comprendidos en la respectiva categoría; existen, además de eso, normas más o menos... incompletas o en otros términos lentas y complejas de interpretación para tomar el espacio que siempre separa la regla abstracta del caso históricamente individual que se trata de regular concretamente.¹⁹⁹

18. La teoría clásica norteamericana no destaca, como acentúa la crítica, la importancia de las normas programáticas que revelan el nuevo carácter de las Constituciones contemporáneas, no ofreciendo una visión ordenada y científica de sus variados efectos jurídicos, así como de las demás normas de principios constantes de las cartas políticas del mundo actual, que consagran nuevos valores y reclaman la realización de otros ideales en la vida política y social, persiguiendo la concretización del bien común.²⁰⁰

De todo esto fluye (como anotó Meirelles Teixeira) la necesidad de reelaboración doctrinal de la materia, aprovechándose, sin duda, mucho de la enseñanza de la clásica teoría de las normas autoaplicativas y no autoaplicativas, dándoles, por ello, formulación más adecuada aquellos nuevos contenidos de las Constituciones contemporáneas, más volcadas para la efectivación de valores sociales, aunque imprecisos.²⁰¹

IV. CONCEPCIÓN MODERNA SOBRE LA EFICACIA Y APLICABILIDAD DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES: EL PROBLEMA TERMINOLÓGICO

19. Incitados por decisiones jurídicas sobre la eficacia y aplicabilidad de ciertas normas de la Constitución de su país, los autores italianos se concentraron en el análisis científico del tema, empeñándose en largos debates doctrinales desde los puntos de vista más extremados hasta alcanzar una orientación, aunque no satisfactoria, ya más capaz de producir resultados más alentadores, principalmente porque destacan la gran impor-

199 *Cfr. La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, p. 106.

200 *Cfr. Meirelles Teixeira, J. H., op. cit.*, p. 315.

201 *Op. cit.*, pp. 315 y 316.

tancia de las llamadas normas programáticas en el ordenamiento jurídico, en que se insertan.²⁰²

20. La Constitución italiana entró en vigor el 1o. de enero de 1948. Ya el 19 del mismo mes y año, el Tribunal Penal de Roma emitía una decisión, que suscitó importantes problemas sobre la eficacia jurídica y la aplicabilidad de las normas constitucionales, y puso en cuestión las relaciones de éstas con las leyes precedentes. La resolución de aquella Corte afirmó el principio general de que una norma de la Constitución tiene la eficacia de revocar tácitamente las disposiciones de ley que sean con ella incompatibles.²⁰³ Lo dictado, con todo y ello, no enfrentó otros problemas que las normas constitucionales provocan relativamente a su eficacia y aplicabilidad, sino los tangenció, dando margen a que la doctrina los pudiese en la pauta de los debates.²⁰⁴

Otras sentencias llegaron pronto, y pusieron en jaque el valor, la naturaleza y los efectos jurídicos de las normas constitucionales, construyendo una teoría que las clasificaba en categorías, con valor y eficacia diver-

202 Sobre el asunto, la doctrina italiana ya produjo varios trabajos, destacándose: Crisafulli, Vezio, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milán, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1952, donde se reunieron varios estudios, especialmente dedicados a las normas constitucionales de eficacia limitada, con particular atención a las de naturaleza programática; Azzariti, Gaetano, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milán, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1951, especialmente la segunda parte; Ruini, Meuccio, *Il Parlamento e la sua riforma. La Costituzione nella sua applicazione*, Milán, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1952, especialmente pp. 118 y ss.; Natoli, Ugo, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, I. *Introduzione*, Milán, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1955; Simone, Saverio de, *Lineamenti per una teoria su materia e norma costituzionale nell'ordinamento giuridico italiano*, Milán, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1953; Villari, Salvatore, "Sulla natura giurídica della Costituzione", *Archivio Penale*, segunda parte, p. 217, mayo-junio de 1948; Franchini, Flaminio, "Efficacia delle norme costituzionali", *Archivio Penale*, primera parte, p. 201, mayo-junio de 1950; Pannain, Remo, "Rapporti tra l'articolo 21 della Costituzione e l'articolo 113 della legge di P. S.", *Archivio Penal*, primera parte, p. 220, mayo-junio de 1950; Bernieri, Giovanni, "Rapporti della Costituzione con le leggi anteriori", *Archivio Penale*, primera parte, p. 409, noviembre-diciembre de 1950. Más allá de esos trabajos que versan directa y específicamente el tema, monografías sobre otras materias e incluso obras generales de derecho constitucional cuidan de él de pasada, como: Barile, Paolo, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Pádua, CEDAM, 1953, y *Le libertà nella Costituzione*, lezione, Pádua, CEDAM, 1966; Galizia, Mario, *Scienza giurídica e diritto costituzionale*, Milán, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1954; Carbone, Carmelo, *L'interpretazione delle norme costituzionali*, Pádua, CEDAM, 1951; Ballardore Pallieri, Giorgio, *Diritto costituzionali*, 4a. ed., Milán, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1955, especialmente parte 3a.; Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Diritto costituzionale*, 7a. ed., Nápoles, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, especialmente, pp. 98 y ss. y pp. 227 y ss.

203 *Cfr. La giustizia penal*, mayo de 1948, fascículo V, segunda parte, columna 309.

204 Esa decisión fue comentada por Bataglini, Ernesto, "L'articolo 27 della Costituzione e l'articolo 57, número 1, del Codice Penale", *Giustizia Penale*, citada en la nota anterior, col. 309, extrayendo conclusión diversa de la del juzgado, incluso sin enfrentar directamente el problema de la eficacia y aplicabilidad de las normas constitucionales.

sos. El 7 de febrero de 1948, la Corte de Casación Penal rechazaba una tesis radical, que sustentaba que la Constitución contenía, por naturaleza, solamente normas directivas, y estatúa

...que la Constitución es un complejo de normas jurídicas, que son principalmente preceptivas, pero que también pueden ser directivas o programáticas, en cuanto tengan por destinatario, más allá de los sujetos de derecho, también al futuro legislador ordinario, ante el cual la norma jurídica constitucional está colocada en un grado jerárquico más elevado. Pero precisamente, las normas consagradas en la Constitución —excepción hecha de aquellas que habitualmente constituyen el preámbulo— son preceptivas, como todas las normas jurídicas; pero algunas son de inmediata aplicación, otras no. Es importante examinar caso por caso.²⁰⁵

Acabo concluyendo, como muestra el sumario de lo acordado, que las disposiciones constitucionales, a veces, son de naturaleza programática, a veces de naturaleza jurídica.²⁰⁶

De esa decisión surgieron dos afirmaciones, que encontraron eco en parte de la doctrina, aunque también generaron una crítica penetrante. La primera consistió en la clasificación de las normas constitucionales, en cuanto a la eficacia, en preceptivas y directivas, semejante a aquella distinción de las normas en mandatorias y directorias de la doctrina norteamericana, hoy ya superada, tal y como vimos. La segunda se refiere a la distinción de las normas constitucionales en programáticas y de naturaleza jurídica, lo que equivale, consecuentemente, a negar juridicidad a las primeras. Tesis acogida por Azzariti, quien sustentó que esas normas puramente directivas se limitan a indicar una vía al legislador futuro, no siendo ni siquiera verdaderas normas jurídicas, negándoles cualquier eficacia, e, incluso, que la ley de ellas diverja, todavía serán válidas.²⁰⁷ La

205 Cfr. *Archivio Penale*, mayo-junio de 1948, segunda parte, p. 215.

206 En original, dice la enmienda en su totalidad: “Le disposizioni contenute nella Costituzione sono talvolta di natura programmatica, talvolta di natura giuridica. La norma contenuta nell’articolo 28 (sic, el artículo 25), 2 comma della Costituzione, relativa alla irretroattività della legge penale, ha valore programmatico e non obbliga il giudice”. El dispositivo instituye el principio de *nullum crimen sine lege*, correspondiente al inciso XXXIX del artículo 5o. de la Constitución Federal de 1988; incluso fue tenido como carácter directivo por la Suprema Corte de Casación italiana en el juzgado mencionado.

207 *Op. cit.*, pp. 98 y 99. En el mismo sentido, Bernieri, Giovanni, “Rapporti della Costituzione con le leggi anteriori”, *Archivio Penale*, primera parte, p. 409, noviembre-diciembre de 1950; y Villari, Salvatore, “Sulla natura giuridica della Costituzione”, *Archivio Penale*, segunda parte, p. 217, mayo-junio de 1948, comentando la cuestionada sentencia, pero fundado en presupuestos diversos,

mayoría de los autores, por ello, realizaron críticas severas a esa teoría, y sería incluso extraño que hubiese en una Constitución rígida, instrumento jurídico dotado de supremacía y supralegalidad, normas que no fuesen de naturaleza jurídica. El simple hecho de ser inscritas en ella les atribuye naturaleza de normas fundamentales y esenciales, y no se puede dudar de su juridicidad ni de su valor normativo.²⁰⁸

21. No se niega que las normas constitucionales tienen eficacia y valor jurídico diversos unas de otras, pero eso no autoriza a negarles juridicidad. No hay norma constitucional de valor meramente moral o de consejo, avisos o lecciones, como lo dijera Ruy, tal y como mostramos en otro lugar. Todo principio inserto en una Constitución rígida adquiere dimensión jurídica, incluso aquellas de carácter más acentuadamente ideológico-programático, como la declaración del artículo 170 de la Constitución: “El orden económico... tiene como fin asegurar a todos una existencia digna, conforme los dictámenes de la justicia social”, o estas: “El Estado promoverá e incentivará el desarrollo científico, investigación tecnológica” (artículo 218); “El Estado garantizará a todos el pleno ejercicio de los derechos culturales y el acceso a las fuentes de la cultura nacional”(artículo 215).

22. En fin, con todas esas discordancias²⁰⁹ y posiciones no sustentables, la jurisprudencia y la doctrina italianas formularon una clasificación

sustenta que la Constitución formal no es ley; su eficacia jurídica está conferida por la coincidencia con la Constitución permanente aquella instrumental y de hecho, que es la única Constitución vigente; cuando las normas de la Constitución formal coinciden con las de la Constitución efectiva o de hecho, quiere decir que las normas de la Constitución formal son preceptivas; cuando al contrario, no coinciden, quiere decir que las normas de la Constitución formal son directivas y sirven para indicar, a los órganos que le incumbe manifestar la voluntad del Estado, lo que la Constitución efectiva quiere. “Si tratterebbe [concluye el autor] di un invito ad uniformarsi alla *Costituzione effettiva*, di modo que, con un atto valido (legge), gli organi legislativi facciano cessare l'efficacia di una norma que, per avere forza cogente sua propria, come tutte le norme giuridiche, continua ad avere vigore anche dopo la emanazione di una *Costituzione* scritta che, non avendo forza cogente propria, non può automaticamente fare considerare decaduta una norma preesistente in contraste con la *Costituzione formale*”. La confusión del autor entre eficacia jurídica y eficacia social es evidente, y la sitúa en el plano puramente sociológico, donde puede tener alguna validez.

208 Cfr. Franchini, Flaminio, “Eficacia delle norme costituzionale”, *Archivio Penale*, primera parte, mayo-junio de 1950, p. 203; Natoli, Ugo, *op. cit.*, p. 23; Balladore Pallieri, *op. cit.*, pp. 321-327. El resto, Francisco Campos, en un sustancioso parecer, hoy incorporado al v. I de su *Direito constitucional*, bajo el título de “Elaboração legislativa”, proferido en 1919, ya sustentaba la juridicidad de todas las normas constitucionales, al repeler la distinción entre normas mandatorias y directorias, como ya vimos en el texto.

209 Para las diferentes posiciones, Pannain, Remo, trabajo citado, *Archivio Penale*, primera parte, pp. 220 y ss., mayo-junio de 1950.

de las normas constitucionales, en cuanto a su eficacia y aplicabilidad, que, así, se presenta: a) normas *directivas*, o *programáticas*, dirigidas esencialmente al legislador; b) normas preceptivas, obligatorias, de aplicabilidad inmediata; c) normas *preceptivas, obligatorias*, pero no de aplicabilidad inmediata.²¹⁰

Las normas directivas no contienen cualquier precepto concreto, sino dan solamente directivas al legislador futuro, y no excluyen, de modo absoluto, la posibilidad de que sean emanadas leyes no conformes con ellas, y menos incluso alcanzan, de cualquier manera, las leyes preexistentes. Las normas preceptivas de aplicabilidad inmediata contienen comandos jurídicos de aplicación directa e inmediata, invalidan cualquier ley nueva discordante, y modifican o abrogan las anteriores que con ellas contrasten. Las normas preceptivas de aplicabilidad directa, pero no inmediata, porque requieren otras normas jurídicas integrativas, invalidan también nuevas leyes infringentes, pero, en cuanto a su aplicación, permanecen suspensas, no alcanzarán la eficacia de las leyes anteriores.²¹¹

Esa clasificación y su terminología son falsas e inaceptables, por la propia improcedencia de las premisas en que se asientan, pues se fundamentan en la distinción entre normas constitucionales jurídicas y no jurídicas, que ya criticamos. Normas puramente directivas no existen en las Constituciones contemporáneas.²¹² En sentido general, ya demostramos, con base en la mejor doctrina, que todas las normas jurídicas están dotadas de imperatividad, incluso las permisivas. Demostraremos, incluso, que las llamadas normas programáticas, consideradas por la doctrina señalada arriba como directivas e ineficaces, ejercen una relevante función en el ordenamiento jurídico del país, y tienen efectos jurídicos de suma importancia, no dirigiéndose sólo a los legisladores, como rara vez se afirma.

210 Cfr. Azzariti, Gaetano, *op. cit.*, p. 103; Pannain, *trab. cit.*, en la nota anterior; Biscaretti di Ruffia, *op. cit.*, p. 230.

211 Cfr. Azzariti, Gaetano, *op. cit.*, p. 103, cuya lección constituye apoyo al texto arriba, traducida casi *ipsis litteris*.

212 Se ven, ciertamente, extravagancias relativas a la inserción de ciertas disposiciones en documentos constitucionales formales, como la del artículo 1o. de la Ley francesa 18 floreal, año 11, que dispone; "le peuple français reconnaît l'existence de l'être suprême et l'immortalité de l'ame"; tal regla no podría tener más eficacia que de mera creencia en la imposición al pueblo. Incluso así hay que reconocerle efectos jurídicos: vedación o ateísmo y materialismo manifiesto; prohibición a la libertad de creencia.

23. Es preciso, sin embargo, dar un paso más en la caracterización de las normas constitucionales, desde el punto de vista de su eficacia jurídica, que constituye la base de su aplicabilidad. Es lo que intentaremos resumir en el párrafo siguiente, después de indicar la insuficiencia de otra posición doctrinal, para, en las páginas ulteriores, ofrecer un desdoblamiento, que servirá, al mismo tiempo, de análisis demostrativo y de sustentación científica.

V. LA TRIPLE CARACTERÍSTICA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES EN CUANTO A LA EFICACIA Y APLICABILIDAD

24. Tenemos que partir, aquí, de aquella premisa ya tantas veces enunciada: no hay norma constitucional destituida de eficacia. Todas ellas irradian efectos jurídicos, importando siempre en una innovación del orden jurídico preexistente la entrada en vigor de la Constitución a la que se adhieren, y en una nueva ordenación instaurada. Lo que se puede admitir es que la eficacia de ciertas normas constitucionales no se manifiesta en la plenitud de los efectos jurídicos pretendidos por el constituyente, en cuanto no se emite una normativa jurídica ordinaria o complementaria ejecutoria, prevista o requerida.

Si todas tienen eficacia, su distinción, en ese aspecto, debe resaltar esa característica básica y atenerse a la circunstancia de que se diferencian tan sólo en cuanto al grado de sus efectos jurídicos. Es insuficiente, desde nuestro punto de vista, separarlas en dos grupos, como insinúan ciertos autores: a) normas constitucionales de eficacia plena, que serían aquellas de inmediata aplicación; b) normas constitucionales de eficacia limitada, distinguiéndose de éstas, incluso, en: 1) normas de legislación, y 2) normas programáticas.²¹³

Esa clasificación considera las normas referentes a los derechos y garantías individuales como de legislación, cuando mencionan una legislación futura que reglamente sus límites.

25. Nos parece necesario discriminar todavía más, con el fin de hacer una separación de ciertas normas que prevén una legislación futura, pero no pueden ser encuadradas entre las de eficacia limitada. En vez, pues, de

²¹³ Es lo que se deduce de la lección de Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milán, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1952. Esa lección es adoptada, entre nosotros, por Meirelles Teixeira, J. H., *op. cit.*, p. 317.

dividir las normas constitucionales, en cuanto a la eficacia y aplicabilidad, en dos grupos, creemos más adecuado considerarla bajo la triple característica, discriminándolas en tres categorías:

- I. Normas constitucionales de eficacia plena;
- II. Normas constitucionales de eficacia contenida;
- III. Normas constitucionales de eficacia limitada o reducida.

En la primera categoría se incluyen todas las normas que, desde la entrada en vigor de la Constitución, producen todos sus efectos esenciales (o tienen la posibilidad de producirlos), todos los objetivos apuntados por el legislador constituyente, porque éste creó, desde luego, una normativa para eso suficiente, incidiendo directa e inmediatamente sobre la materia que constituyó su objeto. El segundo grupo también se constituye de normas que inciden inmediatamente, y producen (o pueden producir) todos los efectos requeridos, pero prevén medios o conceptos que permiten mantener su eficacia contenida en ciertos límites, dadas ciertas circunstancias. Al contrario, las normas del tercer grupo son todas las que no producen, con la simple entrada en vigor, todos sus efectos esenciales, porque el legislador constituyente, por cualquier motivo, no estableció, sobre la materia, una normatividad para ello suficiente, dejando esa tarea al legislador ordinario o a otro órgano del Estado.

Por ello, se puede decir que las normas de eficacia plena son de aplicabilidad directa, inmediata e integral sobre los intereses objeto de su reglamentación jurídica, en cuanto las normas de eficacia limitada son de aplicabilidad indirecta, mediata y reducida, porque solamente inciden totalmente sobre esos intereses, tras una normatividad ulterior que les desenvuelva la eficacia, en cuanto tengan una incidencia reducida y surtan otros efectos no esenciales, o, mejor, no dirigidos a los valores-fines de la norma, sino sólo a ciertos valores-medios y condicionantes, como mejor se esclarecerá después. Las normas de eficacia contenida también son de aplicabilidad directa, inmediata, pero no integral, porque están sujetas a restricciones previstas o dependientes de reglamentación que limite su eficacia y aplicabilidad.

Dejamos de dar ejemplos aquí, ya que en los capítulos siguientes examinaremos pormenorizadamente esa materia.

26. Es fácil observar, por la simple lectura de las Constituciones contemporáneas, que las normas de eficacia limitada presentan categorías distintas. Basta un ejemplo extraído de nuestra Constitución, comparán-

dose dos de sus disposiciones: a) “La ley dispondrá sobre la organización administrativa y judicial de los Territorios” (artículo 33), o “La ley dispondrá sobre la creación, estructuración y atribuciones de los Ministerios” (artículo 88), o incluso “la ley regulará la organización y el funcionamiento del Consejo de la República” (artículo 90, § 2o.) y “la ley regulará la organización y el funcionamiento del Consejo de Defensa Nacional” (artículo 91, § 2o.); se trata, como desde luego se ve, de prescripciones constitucionales de eficacia limitada, pues no regulan directa e inmediatamente la materia referente a las entidades y órganos mencionados; el constituyente prefirió incluir en esa tarea al legislador ordinario (“la ley indicará...”, “regulará...”, “la ley dispondrá...”); b) “la salud es derecho de todos y deber del Estado” (artículo 196), o “es deber del Estado fomentar prácticas deportivas formales y no formales, como derecho de cada uno” (artículo 217); “deber del Estado”, ahí, no impone propiamente una obligación jurídica, pero traduce un principio según el cual la salud y el deporte para todos y cada uno se incluyen entre los fines estatales y deben ser atendidos; se establece, por ello, que las prescripciones tienen eficacia reducida, pero también se nota su diferencia en relación con aquellas otras, especialmente en cuanto a los objetos sociales y a los medios de su actuación práctica. Aquéllas dependen de legislación (la ley *dispondrá...*, *regulará*, etcétera); el constituyente encargó al legislador ordinario su ejecutoriedad, mediante una normatividad ulterior. Las últimas no remiten a la ley; establecen sólo una finalidad, un principio, pero no imponen propiamente al legislador la tarea de activarlas, sino requieren una política pertinente para la satisfacción de los fines positivos en ellas indicados.

Basada en estas circunstancias, la doctrina, como ya indicamos, estableció una división de las normas de eficacia limitada en dos grupos: a) normas programáticas, como las de los artículos 196 y 217 citados, que versan sobre materia eminentemente ético-social, constituyendo verdaderamente programas de acción social (económica, religiosa, cultural, etcétera); y b) normas de legislación, como aquella en primer lugar presentada, que no tienen contenido ético-social, pero se insertan en la parte organizativa de la Constitución.²¹⁴

Esa terminología no corresponde, por ello, a la realidad, pues hay normas programáticas que también son de legislación, porque remiten a la

214 Cfr. a propósito, Meirelles Teixeira, J. H., *op. cit.*, pp. 317 y ss.

ley para incidir, como es ejemplo el del inciso V del artículo 203 de la Constitución: “garantía de un salario mínimo de beneficio mensual a la persona portadora de deficiencia y al mayor que compruebe no poseer medios de proveer su propia manutención o tenerla provista por su familia, conforme disponga la ley”. Además, la expresión “normas de legislación” no indica el contenido de la norma, criterio en que se basa la distinción.

27. Reconocemos la dificultad de encontrar una terminología que exprese sintéticamente y con fidelidad el fenómeno que nos está preocupando. Todas las normas de eficacia reducida, sin embargo, se limitan a positivizar principios o esquemas sobre la materia objeto del conocimiento del constituyente, lo cual deja al legislador ordinario o a otros órganos del gobierno su concreción normativa, refiriéndose, o no, a una legislación futura. La diferencia es que unas declaran principios reglamentarios o institutivos y otras principios programáticos. Por otro lado, el criterio de la legislación futura es erróneo, porque hay normas constitucionales de eficacia directa y aplicabilidad inmediata que, también, mencionan una legislación futura, como ilustran algunas normas que otorgan derechos y garantías constitucionales. Ejemplo: “A los cargos, empleos y funciones públicas tienen acceso los brasileños que posean los requisitos establecidos por la ley” (artículo 37, I). En casos como éste, el derecho conferido no queda dependiendo de la ley futura; las restricciones al ejercicio de ese derecho son las que dependen de la legislación. Ésta, en consecuencia, servirá para limitar la expansión de la eficacia normativa, por lo que se podrá admitir, como ya admitimos, la clase de las normas de eficacia contenida,²¹⁵ es decir, normas cuya eficacia está contenida en ciertos límites

215 Hay autores que sugieren normas de eficacia “contenible”, en lugar de normas de eficacia “contenida”, porque ellas contienen la posibilidad de ser contenidas, y lo contenible es que expresan esa potencialidad, en cuanto la “contenida”, pasado, revelaría ya el efecto de la contención. Otros prefieren hablar de norma restringible, pasiva de restricción. El hecho importante es que se reconoce el fenómeno que queríamos apuntar. Más profunda es la crítica del profesor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, cuando declara que “la distinción, hecha por José Afonso da Silva, entre ‘normas de eficacia plena’ y ‘normas de eficacia contenida’ no separa dos especies de normas en cuanto a la eficacia, sino dos subespecies de normas en que ésta presente la plenitud de la eficacia. Rigurosamente, la lección de José Afonso da Silva llevaría, dentro de la lógica, a distinguir dos especies de normas en cuanto a la eficacia y la aplicabilidad: las normas plenamente eficaces y de aplicación desde la vigencia, y las normas de eficacia limitada y aplicabilidad reducida. Es la subdivisión de las primeras en: normas plenamente eficaces propiamente dichas (las que según José Afonso da Silva no podrían tener su alcance restringido por el legislador) y las normas de eficacia plena y de aplicabilidad inmediata, pero restringible por el legislador” (cfr. “O sistema financeiro nacional. Limitativo de juros. Comentários ao artigo 192”, *Direito constitucional econômico*, p. 140). Es una observación que no cambia la esencia de las cosas, pues lo esencial es que se reconoce la existencia de la diferencia entre ambas, sea

por el legislador ordinario o por otro sistema (poder de policía, buenas costumbres, orden público, etcétera). Si la contención, por ley restrictiva, no ocurriera, la norma será de aplicabilidad inmediata y expansiva.

28. A la vista de lo que se acaba de exponer, creemos que ya es posible presentar una clasificación más aproximada a la realidad constitucional de nuestros días, conforme al siguiente esquema:

I. Normas de eficacia plena y aplicabilidad directa, inmediata e integral;

II. Normas de eficacia contenida y aplicabilidad directa e inmediata, pero posiblemente no integral;

III. Normas de eficacia limitada:

Normas constitucionales en cuanto a la eficacia y aplicabilidad.

a. declaratorias de principios institutivos u organizativos;

b. declaratorias de principio programático.²¹⁶

como géneros diversos, sea como especies del mismo género; ni la lógica formal aplicada por el ilustre profesor mejora mucho, pues, para extremar una de las especies de la otra, él tuvo que utilizar la expresión “normas plenamente eficaces *porpamente dichas*”, lo que significa que, si son “propia-mente dichas”, es porque esa especie representa la naturaleza esencial del género, en cuanto la otra que no es “propia-mente dicha” es algo de esencia diversa.

216 Celso Antônio Bandeira de Mello ofreció una clasificación de las normas constitucionales desde el punto de vista de la posición jurídica en que los administrados se ven inmediatamente investidos en decorrencia de las reglas constitucionales, que traza ciertamente una buena contribución al tema, sin que se pretenda sustituir la nuestra, como él mismo dice. Distingue, así, las normas constitucionales en tres categorías: a) normas concebidas de poderes jurídicos; b) normas concebidas de derechos; y c) normas meramente indicadoras de una finalidad a ser acogidas (*cf.* “Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social”, tesis número 8, presentada à IX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Florianópolis - SC, 2 a 6 de maior de 1982, separata, pp. 14 e ss.). No es el momento aquí de hacer apreciación de esa clasificación, pero sí se puede decir que la terminología de “normas definidoras de una finalidad a ser cumplida”, que corresponde a las tradicionalmente llamadas programáticas, merece atención por apartar una terminología hoy muy comprometida con ideologías descualificadoras de carácter jurídico de esas normas. La clasificación de Luis Roberto Barroso como: a) normas constitucionales de organización; b) normas constitucionales definidoras de derecho, y c) normas constitucionales programáticas (*op. cit.*, p. 88), está en otro plano, que es objeto del cap. VI de este título II de esta monografía, o de la estructura normativa de las Constituciones. Celso Ribeiro Bastos y Carlos Ayres de Birito, en su ansia de innovación, acabaron produciendo una clasificación confusa, que lamentablemente no mejoró nada la nuestra. Distinguen las normas constitucionales en dos grupos: a) normas constitucionales en cuanto el modo de incidencia; y b) normas constitucionales en cuanto a la producción de efectos. Las primeras, a su vez, son: a) por vía de aplicación, distinguiéndose en normas reglamentarias y normas irreglamentarias, y b) por vía de integración, distinguiéndose en normas complementables y normas restringibles. Las segundas son de dos tipos también: a) normas de eficacia parcial, que son normas complementables, y b) normas de eficacia plena, distinguiéndose en normas reglamentables, normas irreglamentables y normas restringibles (*cf.* *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 63). Separar la aplicabilidad (normas de incidencia) de la eficacia (normas de producción de efectos) no beneficia en nada la claridad de la materia. Incluso confunde y crea redundancias innecesarias. Pinto Ferreira sugiere la siguiente clasificación: a) normas constitucionales de eficacia absoluta, no enmendables; b) normas constituciona-

29. Los capítulos siguientes estarán dedicados al análisis de esas normas y a su problemática, reservándose un capítulo para cada categoría. En otros tres capítulos procuraremos divisar otras cuestiones que las envuelven, a todas, con otros temas constitucionales y generales.

les de eficacia plena, constitucionalmente enmendables; c) normas constitucionales de eficacia contenida; d) normas constitucionales de eficacia limitada (como las programáticas) [*cf.* “Eficácia (direito constitucional)”, *Enciclopédia Saria a de Direito*, v. 30]. Maria Helena Diniz propone la siguiente clasificación: a) normas con eficacia absoluta; b) normas con eficacia plena; c) normas con eficacia relativa restringible; d) normas con eficacia relativa complementable o dependiente de complementación (*Norma constitucional e seus efeitos*, p. 97). No nos parece que quepa la clase de normas de eficacia absoluta de Pinto Ferreira y Maria Helena Diniz, toda vez que se basa en un criterio de modificabilidad constitucional y no en un criterio de la aplicabilidad. Desde este punto de vista nada más son normas de eficacia plena. Jorge Miranda hace una clasificación de normas constitucionales, muy útil, bajo diversos criterios (*cf.* *Manual de direito constitucional*, t. II, pp. 212 a 223), pero desde el punto de vista de eficacia y aplicabilidad, su clasificación se reduce tan sólo: a) normas constitucionales preceptivas y normas constitucionales programáticas; b) normas constitucionales ejecutables y no ejecutables; c) normas constitucionales por sí y normas sobre normas constitucionales (p. 216).