

CÓMO QUEDAR BIEN CON DIOS Y CON EL DIABLO
Derechos humanos y teoría de la operatividad
y pragmatividad de las normas jurídicas

MARCELO SERGIO RAFFIN

"Un derecho que no se realiza, no es un derecho".
Rudolf von IHERING

Entre los elementos centrales que Marx señala en la caracterización del mundo capitalista, se encuentra el fenómeno de la inversión (*Verkehrung*). La sociedad moderna siempre se ha postulado como lo que en realidad no es. Marx desarrolla estas ideas empleando, entre otras y de manera paradigmática, una construcción clásica en filosofía: la relación sujeto-objeto. En ella, se operaría una "objetualización" del sujeto creador y transformador del mundo bajo la dominación de un objeto "personalizado" que se le escapó de las manos y en el que aquél ya no puede reflejarse y ver su obra¹.

Este fenómeno archiconocido en la explicación marxista del capitalismo, se desdobra en otro fenómeno que aparece como su correlario: las ficciones. Una ficción es aquello que se presenta como real aunque se sabe falso, es un fingimiento,

¹ Cf. Marx, Karl, "Tercer manuscrito", en *Manuscritos Económico-Filosóficos de 1844*.

una mentira, un encubrimiento de la verdad. Actúa en lugar de, por desplazamiento, procede por simbología. Este disfraz transforma los valores abiertamente defendidos en su contrario pero en forma imperceptible. También las ficciones son otro de los mecanismos clave de las sociedades modernas.

El poder, uno de los ejes de toda sociedad, hace uso de las ficciones y se traduce en infinitas inversiones, en forma históricamente inconsciente (por regla general) pero actualmente también cínicas².

Hoy en día, el Estado argentino cuenta en su andamiaje jurídico con una ficción que ya es toda una institución en las prácticas jurídicas: la teoría de la operatividad y programaticidad de las normas. Esta teoría pretende que, en la aplicación de las normas jurídicas superiores (las que sientan las reglas de juego), es necesario distinguir entre aquellas de aplicación directa, esto es, *normas operativas*, y aquellas de aplicación diferida a través de una reglamentación, esto es *programáticas*. Dicho en otras palabras, las normas operativas "operan" directamente en tanto que las programáticas enunciarían un "programa" que debe ser explicitado por reglamentación antes de su aplicación. La consecuencia que esto provoca es que una cantidad nada despreciable de instancias (derechos) del sistema jurídico, una vez exigidas, no pueden verificarse concretamente por la ausencia de reglamentación. Con esto, el Estado (coraza formal del poder político y parafernalia magna del poder social) presentaría la imagen de una sociedad que en realidad no es tal porque digita, a través de los sectores que manejan los hilos del poder jurídico-político y que guardan una relación de servidumbre-legitimación consciente-inconsciente con los grupos dominantes, la organización social según los intereses de estos últimos.

La cuestión indicada parece relativamente simple para el ojo del analista avezado pero en realidad más que compleja,

² A muy poca importa ya el "costo social" de las políticas económicas o las imperfecciones de la "democracia moderna"; se actúa más bien con el gusto desoperado de la obscenidad. Eduardo Galeano expresa esta postura con la siguiente metáfora: "la masa está servida, y la civilización occidental no niega a nadie el derecho de mendigar las sobras" ("Teoría del fin de la historia - El desprecio como destino" 2, en *Ser como ellos* y otros artículos, del Charvito, Montevideo, 1992).

es importante. Si bien el orden jurídico aparece como correlato formal del poder articulando así la dominación, incluye también una serie de posibilidades (facultades), que actúan con el sentido de la lógica del sistema pero que también pueden jugar con una contralógica o a contrasistema. Y esto porque el poder no se despliega en un solo sentido, con un esquema "esquemático" sino que también es contradictorio, se estrella en multiplicidades que van más allá de sus previsiones y cálculos, en virtualidades inimaginadas. Dentro de ese conjunto de elementos-brecha encontramos a los "derechos humanos". Ahora, si unimos operatividad-programaticidad a derechos humanos, el resultado de la ecuación norma=derecho es que algunos derechos humanos son aplicables y otros no.

Pero, ¿cómo fue que este mecanismo se hizo dogma en la práctica judicial y en las teorizaciones doctrinarias? ¿quién colaboró para que el origen fuera cubierto de olvido? ¿quién habló demasiado, quién mareó al público del gran *variété* jurídico para santificar la operatividad y la programaticidad? ¿quién decide, quién hace la selección de las normas operativas y de las programáticas? Habrá que internarse en los lineales y tortuosos caminos-recovecos de la jurisprudencia y de las declaraciones doctrinarias y quizás, con suerte, encontremos alguna pista.

GENEALOGÍA DE LA OPERATIVIDAD Y LA PROGRAMATICIDAD

Según la filosofía positiva, las normas, objeto de análisis de la teoría jurídica, se insertan en un conjunto armónico denominado sistema. Dentro de ese mundo se establecen relaciones entre unas y otras, consecuencia directa de toda formación estructural: partes que se interrelacionan con cierto equilibrio sosteniendo y enervando un todo. Su arquitectura es la verticalidad: cada norma encuentra su fundamento en una superior y ésta a su vez, en otra superior y de esta manera hasta llegar a una originaria o "fundamental" (*Grundnorm* en términos kelsenianos) que es aquello que da cimiento y legítima al sistema total. Dentro de cada Estado moderno, esta norma original está representada por la Constitución (significante harto elocuente en cuanto a la naturaleza genética del significado al que reenvía).

En consecuencia, las normas que integran una Constitución son más que importantes (en tanto y en cuanto tengamos en mente un "Estado de Derecho") ya que sientan las reglas de juego básicas para una unidad política, es decir, marcan los lineamientos generales de comportamiento de una estructura político-formal. Se autodefinen como los límites, más o menos efectivos, más o menos relativos, al ejercicio del poder político.

Ahora bien, en este juego de ficciones, la modernidad ha contribuido al mismo tiempo, con un *corpus* de derechos (facultades, posibilidades, atribuciones, goces) en cada persona, en cada sujeto de derecho, en cada *ciudadano*, en cada uno de los miembros del Cielo jurídico: los "derechos humanos", que, junto con otros principios (Estado de derecho, separación de poderes, etc.), deben ser respetados y cumplidos por el Estado. Con esta modalidad fueron expresamente expuestos en las Constituciones y Pactos. De esta manera, se buscó limitar el espacio de acción del poder. Así se prohibió al Estado realizar determinadas acciones. En términos jurídicos, esto equivaldría a decir que se impuso al Estado una obligación de *non facere*.

A medida que avanzaba el siglo XIX y se revelaban los primeros índices de falla del nuevo orden burgués, se requirió al Estado que asumiera la responsabilidad por determinados "defectos sociales" y se le exigió una nueva orientación en su comportamiento. Las nuevas obligaciones ya no consistieron sólo en abstenciones sino ahora también en conductas positivas, en prestaciones, en un *dare* o *facere*.

La teoría jurídica bautizó a los dos momentos históricos señalados como "constitucionalismo clásico" y "constitucionalismo social" y a ellos correspondieron dos formas distintas de volcar los derechos individuales ("civiles y políticos" y "económico-sociales" respectivamente —otra ficción—) y los límites al Estado en los textos constitucionales. Aquellas cláusulas que imponían una abstención al Estado aparecían redactadas de la siguiente manera: "Se reconoce al ciudadano el derecho a...". A este tipo de cláusulas, la doctrina que se elaboró en torno a las constituciones decidió llamarlas "operativas" porque, según su criterio, éstas "operaban" en el plano práctico por "conducta negativa" del Estado, por un no hacer. En cambio, aquellas que implicaban una "conducta positiva" del Estado, un hacer, fueron denominadas "pro-

gramáticas" porque establecían un "programa" de acción que exigía una especificación ulterior para que "operara" en el plano empírico. Por otra parte, esta elaboración teórica quedó ratificada por un precedente de la Corte Suprema de los EE.UU. que, en el siglo pasado, decidió distinguir entre normas que se autoaplicaban (*self-executing*) y otras que no (*non self-executing*) y que por lo tanto debían ser explicitadas por una nueva norma. El precedente surtió, hegemonía mediante, efectos vinculantes ultrafronteras.

En consecuencia, en uno de sus sentidos, la teoría de la operatividad y programaticidad designa modos concretos de técnica constitucional, es decir, maneras concretas de redacción de cláusulas constitucionales, entre otras, como las que distinguen entre normas de organización y de conducta o entre normas vigentes y caducas.

LA CONFUSIÓN ONTOLÓGICA

La tradición doctrinaria constitucional y la jurisprudencia argentinas parecen no tener demasiado en claro la precisión que acabamos de señalar. Por lo que se desprende de las opiniones de los miembros de esas instituciones, toda vez que hablan de normas operativas o programáticas incurren en una confusión ontológica al designar en forma errónea e interferida dos entes distintos: los derechos subjetivos reconocidos por las Constituciones y las cláusulas constitucionales. Se confunde el tipo de cláusula y su técnica de redacción con el derecho que enuncia. Las consecuencias de esta confusión son mortales y se hacen evidentes en el caso de la programaticidad, al confundirse "cláusula programática" con "derecho programático". Acto seguido, se expresa como consecuencia lógica necesaria que, una cláusula programática no puede hacerse cumplir si no se ha realizado la reglamentación posterior para que el programa de acción del Estado que establece cobre vida, lo que lleva a la no existencia de la cláusula. Según esta posición, lo programático (cláusula=derecho) se equipara con la inexistencia del derecho.

Esta actitud no se verifica sólo respecto a determinados derechos contenidos en la Constitución sino que otros incluidos en convenciones internacionales (parte integrante del

orden jurídico interno del Estado), también corren la misma suerte. En general, las convenciones internacionales de derechos humanos amplían, y en gran medida, el horizonte de derechos humanos; marcan una suerte de motor progresista en la construcción de estos derechos. En este caso, además de que el derecho no pueda realizarse, la otra consecuencia es que el Estado incurre en responsabilidad internacional porque antepones una doctrina de su derecho interno, como si fuera verdad revelada para todo el planeta, con el fin de justificar su incumplimiento.

Una Constitución o una Convención exponen los derechos que reconocen en cada ser humano. Esos derechos jamás pueden dejar de ser cumplidos o no ser procedentes por una técnica de redacción.

LA MATERIALIDAD DE LAS IDEAS

*"El sentido, ¿es otra cosa que lo que nosotros individual
o grupalmente le damos a las cosas?"*

Esther Díaz

Si las invenciones jurídicas de la operatividad y programaticidad han legitimado históricamente a los denominados "derechos civiles y políticos" y "económico-sociales" respectivamente, significando aplicación directa o no de esos derechos, esta distinción no hace más que reflejar la falsa conciencia de una clase dominante que decide quiénes tienen derecho realmente al goce de determinadas instancias sociales. La teoría de la operatividad y la programaticidad expresa un deseo, el discurso de un poder (¿qué es sino el deseo lo que acontece en el discurso?). Ninguna decisión es inofensiva ni se encuentra trabada tan sólo por mecanismos puramente jurídicos; hay una materialidad deliberada detrás de ellos.

Mientras tanto, y una y otra vez, otra ficción encubre otra inversión que, por supuesto, a los ojos de todos, o casi todos, aparece como un defecto del sistema que hay que corregir. Por eso, es conveniente mantener los ojos bien abiertos al caminar por el reino del revés para no quedar atrapados en alguna de sus trampas.