

# LA CONSTITUCIÓN COMO LÍMITE A LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA

Riccardo Guastini\*

## 1. LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA



A constitución puede imponer a la legislación dos tipos de límites: límites formales (o procedimentales) y límites materiales (o sustantivos).

1. *Límites formales*: mediante normas que disciplinan el procedimiento de formación de la ley, de manera que el órgano legislativo no puede legislar si no es en conformidad con el procedimiento establecido por la Constitución.

2. *Límites materiales*: mediante normas que vinculan el contenido de las leyes futuras, de manera que se prohíbe al legislador la aprobación de leyes que tengan un determinado contenido.

---

\* Traducción de Andrea Greppi.

Este segundo aspecto debe ser considerado con más detenimiento.

Para empezar, ¿en qué sentido se habla de «contenido»? Podemos convenir que toda norma jurídica pueda ser reconducida en último término a un enunciado condicional que responda a la forma «Si S, entonces G», donde S representa una clase de supuestos de hecho y G la consecuencia jurídica vinculada al supuesto anterior.

Por tanto, el contenido de una ley puede ser analizado como la combinación de dos elementos distintos:

- a) el objeto de la regulación –la materia, como suele decirse– es decir, la clase de supuestos de hecho regulado por la ley; y
- b) el modo en que tales supuestos de hecho han sido regulados, es decir, las consecuencias jurídicas que han quedado vinculadas a ellos.

Ahora bien:

2.1. La Constitución puede limitar el objeto, la materia, de las leyes futuras de dos formas diferentes:

(i) En primer lugar, estableciendo reservas de competencia en favor de otras fuentes (fuentes que no tienen rango de ley), de manera que determinadas materias no podrán ser reguladas ya por ley, sino sólo por otras fuentes diferentes.

Este punto podrá ser aclarado de la siguiente forma. Normalmente la constitución no confiere a la ley competencia sobre un objeto determinado (si así fuera, la ley tan solo podría disciplinar las materias enumeradas). Por consiguiente, la ley posee –como suele decirse– una competencia material de carácter residual: puede regular, en principio, cualquier materia. En ocasiones, incluso, la Constitución establece una reserva de competencia en favor de otras fuentes, diferentes a la ley, de manera que la ley puede efectivamente regular cualquier materia, pero con la excepción de aquellas que, según la constitución, deben ser disciplinadas por otras fuentes distintas. Existen, por tanto, en estos casos, determinadas materias que la ley no puede disciplinar nunca.

(ii) En segundo lugar, estableciendo reservas de competencia en favor de la propia ley.

Mediante reserva de ley, la Constitución limita, como es evidente, la competencia material de todas las demás fuentes, pues, cuando hay reserva,

sólo la ley puede regular la materia en cuestión. Paradójicamente, sin embargo, la reserva de ley –a pesar de estar prevista precisamente en favor de la ley– constituye una limitación incluso para el legislador. Y ello porque cuando una materia se encuentra reservada a la ley, el legislador debe regular dicha materia de forma completa. O, mejor dicho, el legislador puede no regular dicha materia; pero si decide hacerlo: (a) debe regularla de forma exhaustiva, y (b) no puede delegar la regulación a fuentes inferiores (reglamentos).

2.2. La Constitución puede también fijar los límites de las consecuencias jurídicas de las leyes futuras, esto es, no los límites del objeto de las leyes, sino de la manera en que un objeto determinado puede ser regulado. Ello puede suceder de dos formas:

(i) Directamente: por medio de mandatos y (en especial) de prohibiciones dirigidas al legislador.

(ii) Indirectamente: en virtud de la combinación de dos tipos de normas:

a) por una parte, las normas mediante las cuales la Constitución regula directamente determinados supuestos de hecho (por ejemplo, confiriendo derechos subjetivos a los ciudadanos);

b) por otra, las normas mediante las cuales la Constitución establece su propia superioridad jerárquica respecto de la ley. Esto último, a su vez, puede lograrse a través de normas que establezcan:

b.1) que la Constitución solamente puede ser modificada siguiendo un procedimiento especial, diferente (y más complejo) que el procedimiento legislativo ordinario, y que, por tanto, no puede ser modificada (o contradicha, que en este caso es lo mismo) por la ley; y

b.2) la atribución a los jueces en general, es decir, a un tribunal constitucional, del poder de anular las leyes que contradigan la Constitución.

Así, por ejemplo, al conferir derechos a los ciudadanos y, al mismo tiempo, al afirmar su propia superioridad frente a la ley, la Constitución impide a la ley suprimir o restringir esos mismos derechos.

## 2. LÍMITES DERIVADOS DE NORMAS «INTERPUESTAS»

En ocasiones, la Constitución limita la legislación futura –tanto desde el punto de vista formal, como desde el punto de vista sustancial– de manera indirecta: no lo hace estableciendo directamente normas (procedimentales o sustanciales) sobre la legislación o sobre determinados supuestos de hecho, sino reenviando a normas no constitucionales y, al mismo tiempo, obligando al legislador a atenerse a ellas.

Por ejemplo, la Constitución italiana vigente obliga al parlamento a obedecer –en el procedimiento de formación de la ley– no sólo a la Constitución, sino también a los reglamentos parlamentarios (es cierto que, en esta materia, la opinión de la Corte Constitucional es diferente); obliga a las leyes a adecuarse no sólo a la propia Constitución, sino también a la costumbre internacional; obliga al legislador de cada región a obedecer no sólo a la Constitución, sino también a los principios fundamentales (en las diferentes materias de competencia regional) contemplados en las leyes estatales; etc.

Al reenviar a normas no constitucionales, relativas al procedimiento o al contenido de leyes futuras, la Constitución exige, explícita o implícitamente, que el legislador se adecue a dichas normas. Por consiguiente, la violación de las normas a las que la Constitución reenvía constituye una violación indirecta de la Constitución misma.

Suele decirse, en la doctrina italiana, que las normas a las que reenvía la Constitución desempeñan, en el juicio de legitimidad constitucional, el papel de «normas interpuestas», es decir, puestas entre la ley y la Constitución, y situadas, por tanto, por encima de la ley (incluso a pesar de que son normas no-constitucionales).

## 3. CONSECUENCIAS: LA INVALIDEZ DE LA LEY

De los límites que la Constitución impone a la actividad legislativa se desprende lo siguiente:

1. *Una ley es inválida* –por razones formales, como suele decirse– cuando ha sido aprobada con un procedimiento diferente al que la Constitución establece.

2. *Una ley es inválida* –diríamos: por incompetencia material– cuando regula una materia que la Constitución reserva a una fuente distinta.

3. *Una ley es inválida* –podríamos decir: por incompetencia material negativa– cuando, al regular una materia reservada a la ley, no lo hace de forma completa, sino que autoriza a otras fuentes a regularla (o a integrar las normas de la ley).

4. *Una ley es inválida* –por razones sustanciales, como suele decirse– cuando viola una prohibición constitucional, es decir, cuando atribuye a un supuesto de hecho una consecuencia jurídica que tiene prohibido atribuir.

¿Qué sucede, en cambio, cuando la ley no viola una prohibición, sino un mandato positivo que la Constitución impone al legislador? Pues bien, no podemos decir que una ley sea inválida cuando viola un mandato constitucional (por ejemplo, el mandato de dictar leyes que garanticen un puesto de trabajo para cada ciudadano, o el de dictar leyes que eliminen las desigualdades sociales). Ello porque la violación de un mandato constitucional consiste, concretamente, en esto: que el legislador se abstiene de dictar una ley que la Constitución exige. Pero ello no supone la existencia de una ley contraria a la Constitución, sino, más bien, que la ausencia de una ley prevista por la Constitución: en otras palabras, no existe ley alguna que pueda ser sometida a control por parte del Tribunal Constitucional y que pueda ser declarada inválida.

5. *Una ley es inválida* –por razones sustanciales– cuando contradice la Constitución, es decir, cuando regula una materia que ha sido regulada ya por la Constitución y lo hace de forma incompatible con ella.

6. *Una ley es inválida* –por razones formales– cuando viola las normas procedimentales establecidas por las fuentes (no-constitucionales) a las que la Constitución reenvía.

7. *Una ley es inválida* –por razones sustantivas– cuando contradice normas (no-constitucionales) a las que la Constitución reenvía.

#### 4. LÍMITES A LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA EN UN SISTEMA DE CONSTITUCIÓN FLEXIBLE

Suele decirse que sólo en los sistemas de Constitución rígida existen límites a la legislación, y que las constituciones flexibles no limitan de

forma alguna la actividad legislativa, ya que pueden ser derogadas, modificadas, abrogadas, y en general contradichas por la ley y que, por lo tanto, no existe superioridad jerárquica de la Constitución sobre la ley. En mi opinión, esta tesis debe ser parcialmente matizada.

Naturalmente es verdad (es una verdad analítica, que depende de la definición misma de Constitución flexible) que las constituciones flexibles pueden ser derogadas por una ley. No obstante, las constituciones flexibles, a pesar de que pueden ser derogadas, abrogadas, o, en cualquier caso, modificadas, no pueden ser violadas por el legislador. En particular, el legislador podrá cambiar las normas constitucionales sobre el procedimiento legislativo, pero no podrá violarlas hasta el momento que las haya cambiado.

Es preciso, en efecto, distinguir con rotundidad entre:

- a) una norma que abroga (tácitamente) otra norma anterior (es decir, disciplina de una forma diferente el mismo objeto que ya estaba regulado en la norma anterior); y
- b) una conducta que viola una norma.

Ninguna norma puede ser abrogada (o derogada) por una conducta: para abrogar (o derogar) una norma se necesita otra norma. El homicida no deroga la norma que prohíbe matar a otro: la viola.

Así, cuando el legislador dicta una ley siguiendo un procedimiento distinto al que establece la Constitución, no abroga o deroga en absoluto las normas constitucionales sobre el procedimiento legislativo: las viola.

En otras palabras, la abrogación o la derogación de una norma y la violación de una norma (que no haya sido previamente abrogada) son cosas totalmente distintas. Es claro que la Constitución, si es flexible, puede ser abrogada o derogada por la ley, pero lo que yo estoy afirmando aquí es que el legislador no puede violarla sin más, mientras está vigente: si no quiere cumplir la Constitución, debe cambiarla.

Pese a que todas las constituciones contemporáneas son rígidas, el problema aquí planteado no tiene un carácter meramente teórico. En algunos ordenamientos, en efecto, existen leyes que regulan el procedimiento de formación de la ley (o de los actos del ejecutivo dotados de fuerza de ley). Pues bien, la relación entre una ley cualquiera y las leyes futuras es exactamente igual a la que existe entre una Constitución flexible y la ley en general.



## 5. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

En muchos sistemas constitucionales contemporáneos, el límite sustancial quizá más importante para la legislación es el llamado principio de «razonabilidad».

Se trata de un principio elaborado por varios tribunales constitucionales a través de la interpretación de las disposiciones constitucionales que reconocen el principio de igualdad, es decir, la prohibición al legislador de establecer distinciones (o discriminaciones) entre los ciudadanos.

En muchas constituciones el principio de igualdad es formulado como una regla específica, que prohíbe no ya toda diferenciación que no tenga en cuenta otros elementos específicos, sino determinados supuestos particulares de distinción: por ejemplo, la raza, del sexo, las opiniones políticas, las condiciones sociales, etc. Por consiguiente, existen ciertas distinciones que se encuentran prohibidas (se trata, podríamos decir, no de meras distinciones, sino de «discriminaciones» en sentido valorativo), mientras que cualquier otra distinción sigue estando permitida.

No obstante, numerosos tribunales constitucionales entienden el principio de igualdad como un principio genérico, del tipo: «Los casos iguales deben ser tratados de forma igual, y los casos diferentes deben ser tratados de forma diferente». Este principio, así formulado, plantea con claridad el problema de decidir qué casos son iguales (entre sí) y cuáles no lo son: dicho de otra forma, qué distinciones están justificadas y cuáles son discriminatorias. Pues bien, el principio de razonabilidad es precisamente una respuesta a esta pregunta. Por desgracia es una respuesta tautológica.

Según este principio, las distinciones (o clasificaciones) establecidas por el legislador, si se quiere que no sean discriminatorias, deben ser razonables. ¿Y eso que significa? Significa que, para poder distinguir deben existir, precisamente, razones. ¿Y qué significa «razones»? En este tipo de contexto, es obvio que «razones» no equivale simplemente a argumentos: significa «buenos» argumentos, es decir, justificaciones. Por tanto, según el principio de razonabilidad, una distinción está justificada cuando está justificada.

Es evidente que para afirmar que un argumento es bueno (y, por tanto, que una determinada distinción legislativa está justificada), es preciso un juicio de valor. Ahora bien, el órgano competente para formular en última instancia y con eficacia general un juicio de valor como éste es, natural-

mente, el Tribunal Constitucional. Por consiguiente, esta interpretación del principio de igualdad se convierte en un instrumento extremadamente potente, en manos de los tribunales constitucionales, para revisar discrecionalmente las decisiones discrecionales del legislador.

## 6. LA MÁQUINA DE LAS LAGUNAS

Se denomina «laguna axiológica» no cualquier situación de ausencia de normas, sino de una norma «justa», es decir, de una norma que no existe pero que «debería» existir, porque así lo requiere bien el sentido de justicia del intérprete, bien una norma superior. Pues bien, el principio de igualdad, especialmente si es interpretado como principio de razonabilidad, es una fuente de lagunas axiológicas: podríamos decir incluso, una máquina para la producción de lagunas.

Cuando el legislador trata de manera diferente casos que al intérprete le parecen iguales (esto es, cuando el legislador distingue sin tener motivo para ello), el intérprete se verá obligado a decir que falta una norma igualadora. Cuando, por el contrario, el legislador trata de manera igual aquellos casos que al intérprete le parecen diferentes (esto es, cuando el legislador debería distinguir y no lo hace), entonces el intérprete considerará que falta una norma diferenciadora.

(i) Supongamos que una norma legislativa N1 atribuye un derecho subjetivo D a una determinada clase de sujetos S1: «Si S, entonces D». Supongamos, además, que el Tribunal constitucional considera que la clase de sujetos S1 es sustancialmente igual a la clase de sujetos S2», y que, por tanto, la norma en cuestión constituye una discriminación injustificada para los sujetos S2.

Resultará entonces que, según la opinión del Tribunal, la ley contiene lagunas: faltará una norma N2 –una norma igualadora– que confiera el mismo derecho D a la clase de sujetos S2.

(ii) Supongamos ahora que una norma legislativa N1 atribuye un derecho de sujetos S: «Si S, entonces D». Supongamos además que en el seno de la clase S es posible distinguir dos sub-clases S1 y S2, y que el Tribunal Constitucional considera que la clase de sujetos S1 es sustancialmente distinta de la clase S2.





Resultará entonces que, según la opinión del Tribunal, la ley contiene lagunas: faltará una norma N2 –una norma diferenciadora– que atribuya a la clase de sujetos S2 un tratamiento jurídico diferente al que está previsto para la clase S1.

## 7. LEYES VIEJAS, CONSTITUCIÓN NUEVA

Normalmente, la promulgación de una nueva Constitución no implica la abrogación de todas las leyes promulgadas bajo la Constitución anterior, sino la (tácita) recepción en bloque de todas las leyes anteriores. Por lo demás, es claro que la Constitución puede imponer límites a la legislación futura, y no a la legislación pasada.

No obstante, la nueva Constitución –si es rígida– limita el ingreso (mediante recepción) en el nuevo ordenamiento de las normas que pertenecían al ordenamiento anterior. Este límite no se refiere en modo alguno al procedimiento de formación de las leyes: es claro que las viejas leyes no son formalmente válidas según el parámetro de la nueva Constitución, ni jamás podrían serlo (tampoco tendría sentido pretenderlo).

El límite se refiere en cambio al contenido de las leyes viejas, y más precisamente no a los supuestos de hecho regulados por las leyes viejas, sino a las consecuencias jurídicas conectadas con dichos supuestos (es decir: no a la materia regulada, sino a la manera en que dicha materia está regulada). Las leyes viejas no pueden entrar «pleno iure» en el nuevo ordenamiento constitucional mientras contradigan sustancialmente alguna norma de la nueva Constitución, esto es, mientras violen cualquiera de las prohibiciones que la Constitución dirige al legislador.

¿Pero en qué sentido se dice que las leyes viejas no pueden entrar «pleno iure» en el nuevo ordenamiento? He utilizado conscientemente una expresión un tanto ambigua, porque nos encontramos ante dos posibilidades distintas.

Es preciso observar que, respecto a las leyes del ordenamiento anterior, la nueva Constitución es –al mismo tiempo– «lex superior» y «lex posterior». De esta forma, existen dos principios, del todo diferentes, que pueden ser utilizados para resolver la contradicción entre leyes viejas y Constitución nueva.

(i) Las leyes viejas pueden ser consideradas leyes abrogadas en virtud del principio «lex posterior», que normalmente puede y debe ser aplicado por todos los jueces, aunque con efectos «inter partes»; o bien

(ii) las leyes viejas pueden ser consideradas inválidas (inválidas desde el punto de vista material) en virtud del principio «lex superior», que –en muchos ordenamientos constitucionales– puede ser aplicado (frente a la ley) únicamente por el Tribunal Constitucional, y con efectos «erga omnes».

## 8. LÍMITES A LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL

Por último, me referiré a los límites que, en ocasiones, la Constitución (una Constitución rígida, por supuesto) impone no ya sobre las leyes ordinarias, sino sobre las leyes constitucionales: límites, pues, a la revisión de la Constitución misma.

En todo sistema de Constitución rígida existen necesariamente límites formales a las leyes constitucionales o de revisión constitucional, en el sentido de que la Constitución (por ser rígida) establece reglas sobre el procedimiento de revisión: de lo contrario, no sería rígida. Por esta razón, se considera formalmente inválida toda ley que pretenda ser una ley constitucional y de reforma de la Constitución, que no haya sido aprobada de conformidad con el procedimiento de revisión.

La cosa más interesante, sin embargo, es que en algunos sistemas constitucionales existen también límites sustantivos, de contenido, a las leyes constitucionales, en aquellos casos en que la Constitución autoriza su revisión en general, pero al mismo tiempo prohíbe absolutamente la revisión de una parte determinada (por ejemplo, sustrae a la revisión las normas que determinan la «forma» del Estado). Así pues, la Constitución establece límites sustanciales a las leyes de revisión.

Existen dudas sobre cuál debería ser la mejor reconstrucción teórica de dichos límites. Es posible afirmar que las leyes constitucionales no pueden regular una materia determinada que se encuentra excluida de la revisión: desde este punto de vista, se trataría de un límite que hace referencia al objeto de la regulación. Pero también es posible pensar que las leyes constitucionales no pueden contradecir las normas constitucionales que ya regulan una materia determinada: se trataría entonces de un límite que no

hace referencia ya al objeto que se regula, sino a la manera de regularlo. Sin embargo, no pretendo aquí desarrollar esta cuestión.

Cuando la Constitución establece límites sustantivos a las leyes de revisión, una ley de revisión puede ser inconstitucional por razones relativas a su contenido: es inconstitucional toda ley de revisión que pretenda reformar precisamente esa parte de la Constitución cuya reforma la Constitución misma prohíbe.

Pues bien, en estas circunstancias, la cuestión consiste en saber si la cláusula constitucional que prohíbe la revisión puede, a su vez, ser reformada (abrogada) o no.

A menudo la doctrina y, en ocasiones, los propios tribunales constitucionales consideran que esto no es posible: las cláusulas constitucionales que prohíben la revisión no pueden ser abrogadas. El argumento que sostiene esta posición es, a mi juicio, muy sencillo: si las cláusulas en cuestión pudieran ser abrogadas, entonces no servirían para nada. Pero esta opinión no me parece convincente.

Para que una norma cualquiera se encuentre excluida de la abrogación es preciso que exista alguna otra norma positiva que prohíba dicha abrogación. Pero las cláusulas constitucionales que limitan la revisión prohíben no su propia reforma, sino la reforma de las demás disposiciones constitucionales.

Si, por ejemplo, el artículo *x* determina la forma del Estado, y el artículo *y* prohíbe la revisión de la forma del Estado, entonces lo que queda prohibido modificar es el artículo *x*, no el artículo *y*. La revisión del artículo *y* estará prohibida si, y sólo si, la Constitución incluye también una norma *z* que prohíba la revisión de la norma sobre los límites de la revisión. Pero si una norma como ésta (la norma *z*) no existe, entonces no hay prohibición positiva de revisar el artículo *y*. (Y, por lo demás, incluso si la norma *z* existiera, ésta no podría quedar a su vez excluida de la revisión, si no se introduce una nueva norma en la que se prohíba la revisión de *z*, pero que también podría ser revisada ...)

La verdad es que la Constitución no puede, a un mismo tiempo, autorizar y prohibir su propia revisión.

Si la revisión constitucional se encuentra absolutamente prohibida, entonces, ninguna revisión estará permitida: no habrá ningún cauce legítimo para adecuar la Constitución a las mutaciones políticas y sociales; la

reforma constitucional sólo podrá tener lugar por vías ilegales (revolucionarias).

Si, por el contrario, la revisión constitucional está permitida, entonces también está permitido revisar las cláusulas que limitan la revisión. Cuando dichas cláusulas han sido abrogadas, no subsiste ya algún límite jurídico a la revisión de cualquier parte de la Constitución.

