

LA CONSTITUCIÓN COMO LÍMITE A LA LEGISLACIÓN

I. Límites constitucionales a la legislación	47
II. Límites derivados de normas “interpuestas” . . .	49
III. Consecuencias: la invalidez de la ley	50
IV. Límites a la legislación en régimen de Constitu- ción flexible	51
V. El principio de razonabilidad	53
VI. La máquina de las lagunas	54
VII. Leyes viejas, nueva Constitución	55
VIII. Límites a la reforma constitucional	56

LA CONSTITUCIÓN COMO LÍMITE A LA LEGISLACIÓN*

I. LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA LEGISLACIÓN

La Constitución puede imponer a la legislación dos tipos de límites: límites formales (o procedimentales) y límites materiales (o sustanciales).

1. Límites formales mediante normas que regulan el procedimiento de formación de la ley, de modo que el órgano legislativo no puede legislar si no lo hace de conformidad al procedimiento establecido por la Constitución.

2. Límites materiales mediante normas que vinculan el contenido de las leyes futuras, de forma que le está prohibido al legislador aprobar leyes con un cierto contenido. Este segundo punto requiere alguna profundización.

Ante todo, ¿“contenido” en qué sentido? Podemos convenir en que toda norma jurídica puede ser reducida a un enunciado condicional de la forma: “Si F, entonces G”, en el que F significa una clase de supuestos de hecho y G la consecuencia jurídica conectada a tales supuestos.

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 se suele decir— o sea, la clase de supuestos de hecho regulada por la ley.
- B) El modo en que tales supuestos de hecho están regulados, es decir, las consecuencias jurídicas previstas por ella.

* Traducción de Miguel Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

A. La Constitución puede limitar el objeto, la materia, de las leyes futuras en dos modos diversos:

- a) En primer lugar, estableciendo una reserva de competencia en favor de otras fuentes (de fuentes distintas de la ley), de modo tal que ciertas materias no puedan ser reguladas por la ley sino solamente por otras fuentes.

Este punto se puede aclarar como sigue. Normalmente la Constitución no asigna a la competencia de la ley un objeto determinado (si así fuera, entonces la ley no podría regular nada más que las materias enumeradas). En consecuencia, la ley tiene —como se suele decir— una competencia material “residual”: en principio, puede regular cualquier materia. A veces, sin embargo, la Constitución establece una reserva de competencia en favor de otras fuentes, diversas de la ley, de modo que la ley puede regular cualquier materia con excepción de las que, según la Constitución, deben ser reguladas por fuentes distintas. En consecuencia, existen, en estos casos, ciertas materias que la ley no puede regular de ningún modo.

- b) En segundo lugar, estableciendo reservas de competencia en favor de la ley misma. Al disponer una reserva de ley, la Constitución evidentemente limita la competencia material de cualquier otra fuente, ya que, donde existe una reserva de ley, solo la ley puede regular la materia en cuestión. Paradójicamente, sin embargo, la reserva de ley —si bien se crea precisamente a favor de la ley— constituye una limitación también para el legislador. Esto sucede porque, cuando una materia está reservada a la ley, el legislador debe regular esa materia de modo completo. O mejor dicho, el legislador puede decidir no regular esa materia, pero si decide regularla deberá hacerlo él mismo completamente y no puede delegar la regulación a fuentes subordinadas (reglamentos del Ejecutivo).

B. La Constitución puede también dictar límites a las consecuencias jurídicas de las leyes futuras, es decir, no al objeto de

las leyes, sino al modo en que un determinado objeto puede ser regulado. Esto puede suceder de dos formas:

- a) Directamente, mediante órdenes y (sobre todo) prohibiciones dirigidas al legislador.
- b) Indirectamente, en virtud de la combinación de dos tipos de normas: por un lado, las normas con las cuales la Constitución regula inmediatamente ciertos supuestos de hecho (por ejemplo, confiriendo derechos subjetivos a los ciudadanos) y por otro, las normas con las cuales la Constitución establece su propia superioridad jerárquica respecto a la ley. Esto, a su vez, puede hacerse disponiendo, por una parte, que la Constitución puede ser modificada sólo por un procedimiento especial, diverso del (más complejo que) procedimiento legislativo ordinario, y por tanto no puede ser modificada (o contradicha, que es lo mismo) por la ley; y por la otra, atribuyendo a los jueces en general, o bien a un tribunal constitucional, el poder de anular las leyes que contradigan la Constitución.

Así, por ejemplo, al conferir derechos a los ciudadanos y, al mismo tiempo, al afirmar la propia superioridad respecto a la ley, la Constitución prohíbe a la ley suprimir o restringir tales derechos.

II. LÍMITES DERIVADOS DE NORMAS “INTERPUESTAS”

A veces, la Constitución limita la legislación futura —ya sea desde un punto de vista formal o bajo un punto de vista sustancial— también de un modo indirecto, no ya dictando directamente normas (procedimentales o sustanciales) sobre la legislación o sobre ciertos supuestos de hecho, sino haciendo una remisión a normas no constitucionales y, al mismo tiempo, obligando al legislador a respetarlas.

Por ejemplo, la Constitución italiana vigente obliga al Parlamento a obedecer —en el procedimiento de formación de las le-

yes— no sólo a la Constitución misma, sino a los reglamentos parlamentarios (aunque la opinión de la Corte Constitucional es diferente en este punto); obliga a la ley a ser conforme no sólo a la Constitución misma, sino también a la costumbre internacional; obliga al legislador regional a obedecer no sólo a la Constitución misma, sino a los principios fundamentales (de las diversas materias de competencia regional) establecidos por las leyes del Estado, etcétera.

Al hacer remisiones a normas no constitucionales, relativas al procedimiento o al contenido de las leyes futuras, la Constitución exige expresa o implícitamente que el legislador se adecue a tales normas. En consecuencia, la violación de las normas a las que la Constitución remite es una violación indirecta a la Constitución misma.

Se suele decir, en la doctrina italiana, que las normas a las que la Constitución remite juegan, en el juicio de legitimidad constitucional, el papel de “normas interpuestas”, o sea puestas entre la ley y la Constitución, y por tanto superiores a la ley (aun siendo normas no constitucionales).

III. CONSECUENCIAS: LA INVALIDEZ DE LA LEY

De los límites que la Constitución impone a la legislación se deriva lo siguiente:

1. Una ley es inválida —por razones formales, como se suele decir— cuando ha sido aprobada con un procedimiento diverso del establecido en la Constitución.

2. Una ley es inválida —podríamos decir, por incompetencia material— cuando regula una materia que la Constitución reserva a otra fuente.

3. Una ley es inválida —por incompetencia material negativa— cuando al regular una materia reservada a la ley misma no la regula de modo completo, sino que autoriza a otra fuente a regularla (o a integrar las normas legislativas).

4. Una ley es inválida —por razones sustanciales, como se suele decir— cuando viola una prohibición constitucional, o sea

cuando dispone para un supuesto de hecho una determinada consecuencia jurídica que le está prohibida disponer.

¿Qué sucede, sin embargo, cuando la ley viola no ya una prohibición sino un mandato positivo dirigido por la Constitución al legislador? Pues bien, no se puede decir que una ley sea inválida cuando viola un mandato constitucional (por ejemplo, el mandato de hacer leyes que garanticen un trabajo para todos o de hacer leyes que eliminen las desigualdades sociales). Esto es así porque la violación de un mandato constitucional consiste, concretamente, en esto: que el legislador se abstiene de hacer una ley que la Constitución exigiría. Pero esto significa no que exista una ley que viole la Constitución, sino más bien que falta una ley requerida por la Constitución; en otras palabras, no existe una ley que pueda ser sometida al tribunal constitucional y declarada inválida.

5. Una ley es inválida —por razones sustanciales— cuando contradice la Constitución, es decir, cuando regula un supuesto de hecho ya regulado por la Constitución de forma incompatible con la Constitución misma.

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

7. Una ley es inválida —por razones sustanciales— cuando contradice normas (no constitucionales) a las que la Constitución reenvía.

IV. LÍMITES A LA LEGISLACIÓN EN RÉGIMEN DE CONSTITUCIÓN FLEXIBLE

Se suele decir que sólo bajo un régimen de Constitución rígida existen límites a la legislación, y que las Constituciones flexibles no limitan en modo alguno la legislación ya que pueden ser derogadas, modificadas, abrogadas o contradichas por las leyes y por tanto no existe superioridad jerárquica de la Constitución sobre la ley. Desde mi punto de vista, esta tesis debe ser aclarada.

Naturalmente, es verdad (es una verdad analítica, que depende de la definición misma de Constitución flexible) que las Constituciones flexibles pueden ser derogadas por la ley. Sin embargo, una Constitución flexible, que puede ser derogada, abrogada o modificada por la ley, no puede ser sin embargo violada por el legislador. En particular, el legislador puede cambiar las normas constitucionales sobre el procedimiento legislativo, pero no puede violarlas hasta que no las haya cambiado.

Hay que distinguir con nitidez entre:

1) Una norma que deroga (tácitamente) otra norma precedente (esto es, que regula de modo diverso el mismo objeto ya regulado por una norma precedente), y

2) Una conducta que viola una norma.

Ninguna norma puede ser derogada (o abrogada) por una conducta, ya que para derogar (o abrogar) una norma se necesita otra norma. Un asesino no deroga la norma que prohíbe el homicidio, la viola.

Ahora bien, cuando el legislador aprueba una ley siguiendo un procedimiento diverso del que establece la Constitución, no deroga en modo alguno las normas constitucionales sobre el procedimiento legislativo, las viola.

En otras palabras, la derogación o la abrogación de una norma y la violación de una norma (no previamente derogada) son cosas totalmente distintas. Ciertamente, la Constitución, si es flexible, puede ser derogada o abrogada por la ley, pero lo que sostengo es que el legislador no puede simplemente violarla mientras esté vigente; si no desea observar la Constitución, debe primero cambiarla.

Si bien casi todas las Constituciones contemporáneas son rígidas, el problema que aquí se discute no tiene interés puramente teórico. En algunos ordenamientos, de hecho, existen leyes que regulan el procedimiento de formación de la ley misma (o de actos del Ejecutivo dotados de fuerza de ley). Pues bien, la relación entre cualquier ley y las leyes futuras es exactamente la misma que se da entre una Constitución flexible y la ley en general.

V. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

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

Se trata de un principio elaborado por diversos tribunales constitucionales a través de la interpretación de las disposiciones constitucionales que establecen el principio de igualdad, o sea la prohibición para el legislador de distinguir (o discriminar) entre ciudadanos.

En muchas Constituciones el principio de igualdad es formulado como una regla específica, que prohíbe no ya cualquier distinción sin ulteriores especificaciones, sino algunas distinciones particulares determinadas: por ejemplo, las basadas en la raza, el sexo, la opinión política, las condiciones sociales, etcétera. En consecuencia, existen ciertas condiciones que están prohibidas (se trata, podríamos decir, no de meras distinciones, sino de “discriminaciones” en sentido valorativo), mientras que cualesquiera otras distinciones están permitidas.

Sin embargo, diversos tribunales constitucionales entienden el principio de igualdad como un principio genérico, del tipo: “Los casos iguales deben ser tratados del mismo modo, y los casos diferentes deben ser tratados en modos diversos”. Este principio, así formulado, supone claramente el problema de decidir cuáles casos son (entre ellos) iguales y cuáles no lo son; dicho de otro modo, cuáles distinciones son justificables y cuáles son discriminatorias. Pues bien, el principio de razonabilidad es precisamente una respuesta a esta pregunta. Desgraciadamente es una respuesta tautológica.

Según este principio, las distinciones (o clasificaciones) realizadas por el legislador, para no ser discriminatorias, deben ser razonables. ¿Qué significa esto? Significa que, para distinguir, deben existir razones, naturalmente. ¿Pero qué significa “razones”? En este tipo de contexto, es obvio que “razones” no significa simplemente argumentos, significa “buenos” argumentos, es decir, justificaciones. Por lo tanto, según el principio de razonabilidad, una distinción es justificada cuando está justificada.

Es evidente que, para decidir si un argumento es bueno (y si, por tanto, una cierta distinción legislativa está justificada), hay que hacer un juicio de valor. Ahora bien, el órgano competente para expresar en última instancia y con eficacia general semejante juicio de valor es, naturalmente, el tribunal constitucional. En consecuencia, esta interpretación del principio de igualdad se convierte en un instrumento muy potente, en las manos de los tribunales constitucionales, para revisar discrecionalmente las decisiones (discrecionales) del legislador.

VI. LA MÁQUINA DE LAS LAGUNAS

Se llama “laguna axiológica” no a la falta de una norma cualquiera, sino de una norma “justa”, es decir, de una norma que no está pero que “debería” estar, bien porque se requiere por el sentido de justicia del intérprete, o bien por una norma superior. Pues bien, el principio de igualdad, especialmente si se interpreta como principio de razonabilidad, es una fuente de lagunas axiológicas, casi podría llamarse una máquina para producir lagunas.

Cuando el legislador trata de modo diverso casos que parecen iguales al intérprete (es decir, cuando el legislador distingue sin razón), entonces el intérprete dirá que falta una norma igualadora. Cuando por el contrario el legislador trata de modo igual casos que al intérprete le parecen diversos (es decir, cuando el legislador no distingue ahí donde debería), entonces el intérprete dirá que falta una norma diferenciadora.

1. Supongamos que una norma legislativa N1 confiera un derecho subjetivo D a una determinada clase de sujetos S1: “Si S1, entonces D”. Supongamos además que el Tribunal Constitucional considere 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 en perjuicio de los sujetos S2.

En ese caso, en opinión del Tribunal, la ley tendrá lagunas: faltará una norma N2 —una norma igualadora— que confiera el mismo derecho D también a la clase de sujetos S2.

2. Supongamos que una norma legislativa N1 confiera un derecho subjetivo D a una determinada clase de sujetos S: “Si S, entonces D”. Supongamos además que dentro de la clase S se pueden distinguir dos subclases S1 y S2, y que el Tribunal Constitucional considere que la clase de sujetos S1 es sustancialmente diversa de la clase S2.

En este caso, en opinión del tribunal, la ley tendrá lagunas: faltará una norma N2 —una norma diferenciadora— que atribuya a la clase de sujetos S2 un tratamiento jurídico diverso del que se atribuye a la clase S1.

VII. LEYES VIEJAS, NUEVA CONSTITUCIÓN

Normalmente, la promulgación de una nueva Constitución implica no la abrogación de todas las leyes promulgadas bajo la Constitución anterior, sino más bien la (tácita) recepción en bloque de todas las leyes precedentes. Por otro lado, está claro que la Constitución puede poner límites a la legislación futura, pero no a la legislación pasada.

Sin embargo, la nueva Constitución —si es rígida— limita el ingreso (mediante recepción) en el nuevo ordenamiento de las normas pertenecientes 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 nunca podrían serlo (no tendría sentido pretenderlo).

El límite se refiere más bien al contenido de las leyes viejas, y, más precisamente, no a los supuestos de hecho regulados en las leyes viejas, sino a las consecuencias jurídicas conectadas a tales supuestos (en suma, no a la materia regulada, sino al modo de regularla). Las leyes viejas no pueden entrar “de pleno derecho” en el nuevo ordenamiento constitucional cuando contradicen sustancialmente cualquier norma de la nueva Constitución, o cuando violan cualquier prohibición dirigida por la Constitución al legislador.

¿Pero en qué sentido las viejas leyes no pueden entrar “de pleno derecho” en el nuevo ordenamiento? He empleado a propósito esta expresión un tanto ambigua, porque existen dos posibilidades.

Hay que observar que, respecto a las leyes del ordenamiento precedente, la nueva Constitución es —al mismo tiempo— “*lex superior*” y “*lex posterior*”. De este modo, existen dos principios, del todo distintos, que pueden ser utilizados para resolver la contradicción entre las viejas leyes y la nueva Constitución.

1. Las viejas leyes pueden considerarse abrogadas en virtud del principio “*lex posterior*”, que normalmente puede y debe ser aplicado por todos los jueces, si bien con efectos “*inter partes*”.

2. Las viejas leyes pueden ser consideradas inválidas (materialmente inválidas) en virtud del principio “*lex superior*”, que —en muchos ordenamientos constitucionales— puede ser aplicado (en su confrontación con las leyes) solo por el Tribunal Constitucional, y con efectos *erga omnes*.

VIII. LÍMITES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL

En fin, diré alguna cosa sobre los límites que, a veces, la Constitución (una Constitución rígida, obviamente) impone no ya a la legislación ordinaria, sino a las leyes constitucionales; límites, en suma, a la reforma de la misma Constitución.¹

En todo sistema con Constitución rígida necesariamente existen límites formales a las leyes constitucionales o de reforma constitucional, en el sentido de que la Constitución (siendo rígida) dicta reglas sobre el procedimiento de reforma; si no lo hiciera, no sería rígida. Y por tanto es formalmente inválida toda ley que pretenda ser una ley constitucional y reformar la Constitución, pero que no haya sido aprobada conforme al procedimiento de reforma.

1 Hay que recordar que en Italia la Constitución se reforma a través de un tipo específico de norma jurídica llamado “ley constitucional”, de acuerdo a lo que dispone el artículo 138 de la Constitución de 1947; sobre el tema puede verse Guastini, Riccardo, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milán, Giuffrè Editore, 1998, pp. 357 y ss. (N. del T.).

La cosa más interesante, sin embargo, es que, en algunos sistemas constitucionales, existen también límites sustanciales (de contenido) a las leyes constitucionales, de forma que la Constitución autoriza su reforma en general pero al mismo tiempo prohíbe absolutamente la reforma de una parte determinada (por ejemplo, sustrae a la reforma las normas que determinan la “forma” de Estado). En suma, la Constitución impone límites sustanciales a las leyes de reforma.

Cuál sea la mejor reconstrucción teórica de tales límites es algo dudoso. Se puede pensar que las leyes constitucionales no pueden regular esa determinada materia que está sustraída a la reforma: desde este punto de vista, se trataría de un límite referido al objeto de regulación. O bien, se puede entender que las leyes constitucionales no pueden contradecir las normas constitucionales que ya regulan esa determinada materia, se trataría entonces de un límite referido no al objeto de regulación sino al modo de regular ese objeto. Sin embargo, no intento aquí profundizar más en la cuestión.

Cuando la Constitución impone límites sustanciales a las leyes de revisión, una ley de revisión puede ser inconstitucional por razones atinentes a su contenido; es inconstitucional toda ley que intente reformar precisamente esa parte de la Constitución que la Constitución misma prohíbe reformar.

Ahora bien, en tales circunstancias, la cuestión es saber si la cláusula constitucional que prohíbe la reforma puede ser, a su vez, reformada (derogada) o no.

Comúnmente, la doctrina y en ocasiones los propios tribunales constitucionales piensan que no; las cláusulas constitucionales que prohíben la reforma constitucional no puede ser derogadas. El argumento que sostiene este punto de vista es, creo, muy simple: si las cláusulas en cuestión pudieran ser derogadas, entonces no servirían de nada. No obstante, esta opinión no me parece convincente.

Para que una norma cualquiera esté sustraída a la derogación hace falta que exista otra norma positiva que prohíba tal derogación. Pero las cláusulas constitucionales que limitan la reforma

prohíben reformar no a ellas mismas, sino otras disposiciones constitucionales.

Si, por ejemplo, el artículo X determina la forma de Estado, y el artículo Y prohíbe la reforma de la forma de Estado, entonces lo que está prohibido es reformar el artículo X, no el artículo Y. La reforma del artículo Y está prohibida si, y solo si, la Constitución incluye también una norma Z que prohíba la reforma de la norma sobre los límites a la reforma. Pero si una norma como esa (la norma Z) no existe, entonces no existe ninguna prohibición positiva para revisar el artículo Y (y por otro lado, si la norma Z existiera, no podría estar a su vez sustraída a la reforma, si no fuera introduciendo otra norma más, que prohibiese la reforma de Z, pero que sería a su vez revisable...).

La verdad es que la Constitución no puede, al mismo tiempo, autorizar y prohibir su propia reforma.

Si la reforma constitucional está completamente prohibida, entonces ninguna reforma está permitida: no existe modo legítimo de adecuar la Constitución a los cambios políticos y sociales; la reforma constitucional solamente puede suceder por vía ilegal (revolucionaria).

Si, por el contrario, la reforma constitucional está permitida, entonces está también permitido reformar las cláusulas que limitan la reforma. Cuando tales cláusulas han sido derogadas, no subsiste más algún límite jurídico a la reforma de cualquier parte de la Constitución.