Estudios de teoría constitucional

Riccardo Guastini

DOCTRINA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA

ESTUDIOS DE TEORÍA CONSTITUCIONAL

DJC

DOCTRINA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA

COLECCIÓN DIRIGIDA POR
José Ramón Cossío y Rodolfo Vázquez

Cuidado de la edición: Wendy Vanesa Rocha Cacho
Formación en computadora y elaboración de formato PDF
Dante J. Mendoza Villegas

8

ESTUDIOS DE TEORÍA CONSTITUCIONAL

Riccardo Guastini

Edición y presentación

Miguel Carbonell

Primera edición: 2001

Reservados todos los derechos conforme a la ley

DR © Distribuciones Fontamara, S. A.
Av. Hidalgo No. 47-b, Colonia del Carmen
Deleg. Coyoacan, 04100, México, D. F.
Tels. 5659•7117 y 5659•7978 Fax 5658•4282

DR © Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510, México, D. F.

ISBN 968-476-398-0

Impreso y hecho en México
Printed and made in Mexico

CONTENIDO

Presentación. Guastini y los temas constitucionales 13
Miguel CARBONELL

SOBRE EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

I. Variedad de usos del término "Constitución" . . . 29
II. La Constitución como límite al poder político . . . 30
III. La Constitución como conjunto de normas "fundamentales" 31
IV. La "materia constitucional" 33
V. La Constitución como "código" de la materia constitucional 34
VI. La Constitución como fuente diferenciada 36
VII. La Constitución y las (otras) leyes 37
VIII. La Constitución como fuente: ¿en qué sentido? . . 38
IX. Poder constituyente 40
X. Instauración constitucional *vs.* reforma de la Constitución 41
XI. La locución "Constitución (en sentido) material" . 43

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 Constitución 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

¿SEPARACIÓN DE LOS PODERES O DIVISIÓN DEL PODER?

I. Un sólo nombre para dos doctrinas 59
II. Poder 59
III. Las funciones del Estado 60
IV. Observaciones al margen 60
V. "Entreacto" sobre el poder constituyente, Constitución y revisión constitucional 62
VI. Separación de los poderes 64
VII. División del poder 66
VIII. Implicaciones divergentes 67
IX. La disposición de la función legislativa en los dos modelos 69
X. La disposición de la función ejecutiva en los dos modelos 70
XI. Implicaciones convergentes 71
XII. Comentario a la disposición de los poderes y de las funciones en la Constitución italiana vigente . 72

EN TORNO A LAS NORMAS SOBRE LA PRODUCCIÓN JURÍDICA

I. La legislación como acto "institucional" 85
II. Normas sobre la producción jurídica 86
III. Variedad de normas sobre la producción jurídica . 88

IV. Existencia y validez de las normas jurídicas 90
V. Invalidez formal y material 92
VI. Interpretación y análisis lógico de las normas . . . 93

CONCEPCIONES DE LAS FUENTES DEL DERECHO

I. Dos nociones de fuente del derecho 99
II. La noción material de fuente 100
III. Producción, aplicación y ejecución 102
IV. Disociación entre norma y contenido 104
V. La noción formal de fuente 105
VI. El criterio de eficacia 107
VII. Un argumento a favor de la noción formal 108
VIII. Una noción mixta 108

LEY

I. Variedad de usos del término "ley" 111
II. "Ley" en el lenguaje común 111
III. "Ley" en el lenguaje jurídico 113
IV. Variedad de "leyes" en el ordenamiento italiano vigente 115

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

I. Una definición provisional 117
II. "Ley" y "poderes públicos" 118
III. Conformidad a la ley 120
IV. Un sólo nombre para tres principios 123
V. La sujeción a la ley de los poderes públicos 123

VI. Condiciones de eficacia del principio de sujeción a la ley 125
VII. El llamado principio de legalidad sustancial 127

PRINCIPIOS DE DERECHO Y DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

I. La identificación de los principios 132
II. Interpretación de las disposiciones que expresan principios 135
III. Concretización de los principios 136
IV. La construcción de los principios no expresos . . . 137
V. La ponderación de los principios constitucionales . 142
VI. La interpretación orientada a principios 147
VII. Los principios constitucionales supremos 150

LA "CONSTITUCIONALIZACIÓN" DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO: EL CASO ITALIANO

I. Introducción 153
II. Condiciones de constitucionalización 154
III. Fenomenología de la constitucionalización en Italia 164

RIGIDEZ CONSTITUCIONAL Y LÍMITES A LA REFORMA EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO

I. Flexibilidad, rigidez, inmodificabilidad 185
II. Constituciones flexibles 187
III. Constituciones rígidas 188
IV. La rigidez es una cuestión de grado 189
V. Constituciones garantizadas 193
VI. Tipología de los límites 194

VII. La prohibición de reforma de la forma republicana 195
VIII. ¿Una prohibición insuperable? 197
IX. Límites implícitos de la reforma constitucional . . 199
X. Límites lógicos a la reforma constitucional 203
XI. La orientación de la Corte Constitucional italiana . 208

DERECHOS: UNA CONTRIBUCIÓN ANALÍTICA

I. El derecho y los derechos 213
II. ¿Qué es un derecho? 215
III. Variedad de fundamentos 215
IV. El prejuicio positivista 217
V. La fuente de los derechos positivos 218
VI. "Verdaderos" derechos y derechos "sobre el papel" 220
VII. Derechos fundamentales 221
VIII. El contenido de los derechos fundamentales 223
IX. Derechos humanos 224
X. Discursos prescriptivos en términos de "derechos" 225
XI. Discursos descriptivos en términos de "derechos" 226

LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ITALIANA

I. Los derechos constitucionales: un análisis preliminar 231
II. El problema de la garantía de los derechos constitucionales y la separación de poderes 233
III. Garantías frente al Poder Legislativo 236
IV. Garantías frente al Poder Ejecutivo 239

V. Garantías frente al poder jurisdiccional 243
VI. *Quis custodiet ipsos custodes*? 245

COSTUMBRES Y CONVENCIONES CONSTITUCIONALES

I. Las costumbres constitucionales 247
II. Las convenciones constitucionales 250

¿PECULIARIDADES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL?

I. El problema y sus coordenadas 255
II. Los agentes de la interpretación constitucional . . 256
III. Las técnicas de la interpretación constitucional . . 262
IV. Problemas de la interpretación constitucional . . . 265
V. Apéndice: las lagunas en la jurisprudencia constitucional italiana 273

PRESENTACIÓN

GUASTINI Y LOS TEMAS CONSTITUCIONALES

Riccardo Guastini es un autor que ya no necesita presentación en México. Desde 1997 se han traducido y publicado varios de sus trabajos más importantes en diversas revistas mexicanas. En 1999 el Instituto de Investigaciones Jurídicas publicó sus *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cuya buena aceptación entre los lectores nacionales provocó que al año siguiente se hiciera una segunda edición aumentada.[1]

En esta ocasión se publican bajo el título de *Estudios de teoría constitucional* una serie de trabajos que demuestran la vocación no solamente especulativa de Guastini, sino también su talante de jurista atento a lo que sucede a su alrededor.[2] Los artículos que siguen se refieren a una gama bastante amplia de temas de derecho constitucional, escritos a partir de la teoría analítica del derecho y con la especial "forma de ver" que aplica Guastini a los materiales jurídicos.

La metodología de Guastini se ubica, como se acaba de mencionar, dentro de las coordenadas de la filosofía analítica italiana que surge a partir de 1950 con los trabajos pioneros de Norberto Bobbio y Uberto Scarpelli.[3] Los analíticos entienden que la ho-

1 Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

2 De Guastini se puede decir lo mismo que él ha escrito de Giovanni Tarello: Guastini ha sido siempre filósofo del derecho. No obstante, Guastini, a diferencia de la mayor parte de sus colegas de disciplina, es un filósofo del derecho comprensible para los juristas, útil para los juristas, leído por los juristas y lector de juristas. La frase en Guastini, R., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. de Jordi Ferrer, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 46.

nestidad y la claridad del intelecto se producen gracias a la honestidad y claridad del discurso: el buen uso del lenguaje y el correcto empleo de las categorías es un componente esencial de dicha escuela.[4] Los trabajos de Guastini, siguiendo también las huellas de su maestro Giovanni Tarello, sin duda que hacen honor a esa premisa.

La exposición de Guastini va desbrozando los conceptos, clarificando las perspectivas, analizando los usos lingüísticos de los legisladores y de los teóricos, ubicando las notas comunes, reagrupando las diferencias, etcétera. Lo que queda al final es un excelente cuadro de las principales categorías de la teoría del derecho y, por lo que respecta al contenido del presente libro, de los temas centrales del derecho constitucional contemporáneo. Quizá la mejor forma de describir el método de Guastini sea el título de un libro suyo recientemente traducido al castellano: *Distinguiendo*.

En las páginas que siguen se pueden encontrar reflexiones acerca del concepto de Constitución, de las relaciones entre las normas constitucionales y las leyes ordinarias, sobre las fuentes del derecho y las normas sobre la producción jurídica, los derechos fundamentales y sus garantías, la reforma constitucional y la rigidez de las cartas fundamentales, los principios jurídicos y la actividad judicial, el principio de legalidad, las costumbres

3 El "manifiesto programático" de la escuela analítica italiana es el conocido trabajo de Norberto Bobbio, "Ciencia del derecho y análisis del lenguaje", publicado en 1950 en la *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (hay traducción al castellano en Bobbio, N., *Contribución a la teoría del derecho*, trad. Alfonso Ruiz Miguel, 2a. ed., Madrid, Debate, 1990). Sobre el punto, Ferrajoli, Luigi, "Filosofia analitica del diritto e dimensione pragmatica della scienza giuridica", *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milán, Giuffré, 1997, pp. 353 y ss.; *Id.*, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, 2a. ed., Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 83 y ss. Guastini ha analizado el "estilo analítico" de Bobbio en su trabajo "Bobbio, o de la distinción", en Guastini, R., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, *cit.*, nota 2, pp. 58 y ss.; dentro del mismo libro conviene también revisar el ensayo "Los juristas a la búsqueda de la ciencia", pp. 263 y ss. El interés de Guastini por la obra de Bobbio se remonta, al menos, a mediados de la década de los setenta, cuando publica tres ensayos referidos a la obra del filósofo turinés como teórico del derecho: "Norberto Bobbio: analisi del linguaggio e teoria formale del diritto (I) 1949-1960", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1978, VIII, 1, pp. 293-356; "Norberto Bobbio teorico del diritto (II) 1961-1965", *ivi*, 1979, IX, 2, pp. 523-544; "Norberto Bobbio teorico del diritto (III) 1966-1980", *ivi*, 1980, X, 2, pp. 483-508.

4 Ferrajoli, *La cultura giuridica...*, *cit.*, nota 3, p. 89.

constitucionales, las peculiaridades de la interpretación constitucional, etcétera.

Como sería muy difícil detenerse en todos y cada uno de estos puntos, voy a concentrarme solamente en tres de ellos, que me parece que pueden ser de gran interés para la situación constitucional que se está viviendo actualmente en México: 1) el primero tiene que ver con el concepto de Constitución y, concretamente, con el papel que se espera cumpla un texto constitucional dentro de un Estado democrático; 2) el segundo punto se refiere a la relación entre Constitución y leyes ordinarias, y 3) el tercero tratará de los derechos fundamentales y sus garantías.

1. *La Constitución y sus conceptos*

El primero de los ensayos de este volumen se dedica a estudiar los principales conceptos de Constitución. Guastini identifica y analiza cuatro conceptos:[5] el primero, utilizado por la filosofía política, concibe la Constitución como un límite al poder político. Este concepto proviene del conocido artículo 16 de la Declaración francesa de derechos de 1789. Aunque ha caído en desuso, algunas expresiones de uso común en la teoría constitucional lo siguen presuponiendo, explica nuestro autor. Tal es el caso de los términos "constitucionalismo", "Estado constitucional" y "gobierno constitucional". Este concepto de Constitución conlleva una importante carga emotiva, derivada de los valores que la ideología liberal asocia a la división de poderes y a la garantía de los derechos.

El segundo de los conceptos de Constitución, utilizado sobre todo en la teoría del derecho, es el que la entiende como un con-

5 Una exposición distinta de los conceptos de Constitución, aunque cercana metodológicamente a la propuesta por Guastini, se encuentra en Comanducci, Paolo, "Modelos e interpretación de la Constitución", en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 123-154. En ese mismo ensayo Comanducci analiza el tema de la "especificidad" de la interpretación constitucional a partir, entre otros, del ensayo de Guastini: "¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?", incluido en el presente volumen, *infra*, pp. 255 y ss.

junto de "normas fundamentales". Guastini explica que aunque el carácter de fundamentalidad de las normas constitucionales es algo opinable, habría tres clases generales de normas que en cualquier ordenamiento se podrían considerar como fundamentales: *a)* las que determinan la "forma de Estado" (referidas a los distintos modos en que son organizadas las recíprocas relaciones entre los llamados elementos constitutivos del Estado: pueblo, gobierno y territorio); *b)* las que determinan la "forma de gobierno" (referidas al modo en que se organizan las relaciones recíprocas entre los órganos constitucionales: Parlamento, gobierno, jefe de Estado, poder judicial), y *c)* las que regulan la producción jurídica.[6] Este segundo concepto de Constitución, a diferencia del primero, se presenta como políticamente neutro, ya que permite identificar a un texto normativo como Constitución con independencia de su contenido político.

El tercer concepto de Constitución se refiere simplemente a un documento normativo que tiene ese nombre. Desde luego, también se trata de un concepto políticamente neutro, en el sentido de que el uso del término "Constitución" adscrito a un determinado conjunto de normas no nos dice nada acerca del contenido de esas normas. Este concepto sirve sobre todo para identificar el peculiar papel de los documentos constitucionales dentro de los ordenamientos jurídicos modernos: así como en dichos ordenamientos hay varias leyes, tratados y reglamentos hay un, y sólo un, texto que se llama Constitución.

De este último punto deriva el cuarto concepto de Constitución: el documento normativo que se denomina Constitución, además de su nombre particular, tiene un régimen jurídico especial. Expresión de ese régimen jurídico son tanto la forma en que los preceptos constitucionales pueden ser modificados (en un sistema de Constitución rígida, se entiende), como la posición —suprema, por encima de cualquier otra fuente— del texto constitucional dentro del ordenamiento.[7]

6 Sobre este último tipo de normas ver el ensayo "En torno a las normas sobre la producción jurídica", *infra*, pp. 85 y ss.

7 Algunas de las consecuencias de la supremacía constitucional son examinadas por el autor en el ensayo sobre "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico:

Pues bien, en México se pueden extraer importantes lecciones de estos conceptos de Constitución que analiza Guastini. En primer lugar porque, de acuerdo con el primero de ellos, un texto constitucional debe prever una *efectiva* división de poderes, así como el aseguramiento —"la garantía", se suele decir— de los derechos fundamentales. Si no contiene esos dos requisitos un Estado no puede ser considerado "Estado constitucional", en la medida en que no estaría dotado de una Constitución y no regiría en su interior un "régimen constitucional". Bien empleado, este concepto hubiera servido, desde hace tiempo, para poner en evidencia el carácter autoritario del sistema político (pero también jurídico) mexicano y para negarle la legitimación que se quiso encontrar —y encontró, mediante la valiosa colaboración de no pocos constitucionalistas—[8] en el texto constitucional de 1917. También hubiera servido para señalar cómo, en la práctica, el Estado mexicano o, mejor dicho, sus autoridades, no estuvieron, ni seguramente están todavía hoy, limitadas del todo por el texto constitucional: en términos generales, la Constitución no ha funcionado en México como límite al poder político, con excepción del límite temporal del periodo presidencial que siempre se ha respetado. Del mismo modo, la Constitución mexicana no ha podido asegurar o garantizar adecuadamente —ni siquiera en el nivel normativo— los derechos fundamentales.

El segundo concepto de Constitución puede servir en México para entender que la Constitución debe de contener las "normas fundamentales" del sistema jurídico.... pero sólo tales normas y no el resto de contenidos normativos —por llamarles de algún modo— que las distintas reformas le han ido agregando al texto de 1917, el cual ha quedado con una amplitud, complejidad y superficialidad impropias de una Constitución, por no mencionar sus abundantes pasajes simplemente retóricos o demagógicos.

el caso italiano" (*infra* pp. 153 y ss.). El estudio de la rigidez constitucional y de las formas de modificar un texto constitucional es abordado en el trabajo sobre "Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano" (*infra*, pp. 185 y ss.).

8 Ver Cossío, José Ramón, *Cambio social y cambio jurídico*, México, M. A. Porrúa, 2001.

El cuarto concepto de Constitución que analiza Guastini también tiene una utilidad evidente en México. Particularmente para enfatizar la necesidad de que el texto constitucional tenga, en efecto, un régimen jurídico diferente del que se establece para las demás fuentes del derecho. En concreto, dicho concepto sirve para reforzar la necesidad de hacer de la Constitución un texto rígido, que no pueda ser modificado con la misma facilidad con la que se reforman las leyes;[9] por otro lado, si se trata de que —como parte de ese régimen jurídico diferenciado— la Constitución sea suprema con respecto al resto de normas del ordenamiento, entonces hay que disponer los mecanismos necesarios para hacer valer esa supremacía en los hechos, pues de otra manera la supremacía se queda como un elemento simplemente retórico, que es lo que de hecho sucede en buena medida en México.

La supremacía constitucional se pone en entredicho, por ejemplo, con la existencia de disposiciones como la contenida en la fracción II del artículo 107 de la propia carta fundamental, que reconoce solamente efectos *inter partes* a las sentencias de amparo que pronuncien la inconstitucionalidad de normas generales, o con las limitaciones a la legitimación activa que establece el artículo 105 constitucional para las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales.

En este punto conviene pasar al tema siguiente: la relación entre la Constitución y la legislación ordinaria.

2. *Constitución y leyes*

En el segundo de los ensayos que se contienen en este libro, Guastini analiza los límites que la Constitución puede imponer a la legislación. Se trata de un artículo breve, pero lleno de ideas y sugerencias muy útiles para México. Veamos.

9 En sus 84 años de vida la Constitución mexicana ha tenido más de 600 modificaciones. Muchas más que cualquier otra ley del ordenamiento jurídico nacional. La lista de las mismas puede consultarse en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, t. V, pp. 229-255.

Luego de examinar la forma que pueden tomar los límites constitucionales a las leyes, Guastini concluye que pueden existir siete tipos de consecuencias derivadas de dichos límites, que se corresponden con otras tantas causas de invalidez de las leyes. Dos de esas consecuencias son de tipo formal ("una ley es inválida cuando ha sido aprobada por un procedimiento diverso del establecido por la Constitución"; "una ley es inválida cuando viola las normas procedimentales establecidas por fuentes no constitucionales a las que la Constitución reenvía")[10] y cinco obedecen a razones materiales o sustanciales ("una ley es inválida cuando regula una materia que la Constitución reserva a otra fuente";[11] "una ley es inválida cuando regula una materia que está reservada a la ley misma, pero lo hace de forma incompleta, autorizando a otra fuente a regularla";[12] "una ley es inválida cuando viola una prohibición constitucional"; "una ley es inválida cuando contradice la Constitución, es decir, cuando regula un supuesto de hecho ya regulado por la Constitución de forma incompatible con lo dispuesto por ella"; "una ley es inválida cuando contradice normas, no constitucionales, a las que la Constitución reenvía").

Más adelante, Guastini analiza brevemente —y critica con razón— un principio omnipresente en la jurisprudencia de casi todos los tribunales constitucionales,[13] pero nunca aplicado —ni

10 En México, este último supuesto se podría dar, por ejemplo, si durante el procedimiento legislativo se violaran las disposiciones procedimentales que se recogen en la Ley Orgánica del Congreso o en su reglamento; cabe recordar que el artículo 70 de la Constitución mexicana dispone que será esa ley la que se encargue de regular la "estructura y funcionamiento internos" de las cámaras legislativas.

11 En México este supuesto se puede dar en el caso en que una ley federal regule una materia que la Constitución dispone que es competencia de las legislaturas locales o de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

12 Este supuesto se produce con relativa frecuencia en México, sobre todo como consecuencia de una lectura errónea del principio de legalidad y de un peor entendimiento de los alcances de la "reserva de ley"; la Constitución contiene diversas "reservas de ley", por ejemplo, en materia penal (artículo 14), en materia tributaria (artículo 31, fracción IV) o en materia de organización de la administración pública federal (artículo 90). Sobre este punto es especialmente importante revisar el trabajo de Guastini "El principio de legalidad", *infra*, pp. 117 y ss.

13 Al grado de que, como afirma Luis Prieto, la razonabilidad "podría ser el lema de la justicia constitucional tanto en su tarea de control de la ley como de protección de

seguramente conocido— por la Suprema Corte de Justicia de México: el principio de "razonabilidad". Se trata de un principio construido jurisprudencialmente a partir de la interpretación de las disposiciones constitucionales que recogen el principio de igualdad.

Aunque, como se encarga de poner de manifiesto Guastini, la razonabilidad puede ser "un instrumento muy potente, en las manos de los tribunales constitucionales, para revisar discrecionalmente las decisiones discrecionales del legislador", también es verdad que puede resultar una forma importante de limitar las decisiones legislativas que afecten al principio de igualdad, o por lo menos, puede funcionar como un mecanismo para mantener alerta al legislador acerca de la forma en que puede regular, o dejar de hacerlo, ciertos supuestos de hecho.

En cualquier caso, importa en este momento destacar que en México la Constitución no recoge un principio de igualdad al modo en que lo hacen, por ejemplo, el artículo 3o. de la Constitución italiana de 1947 o el artículo 14 de la Constitución española de 1978. Sin embargo, el principio de igualdad se encuentra presente en varios instrumentos internacionales de derechos humanos, que podrían servir para que la jurisdicción constitucional mexicana empezara a darse cuenta de las posibilidades que residen en dicho principio.

En otro apartado de su ensayo, Guastini analiza lo que sucede con las "leyes viejas" cuando entra en vigor una "Constitución nueva". Señala que una Constitución nueva no implica la abrogación de todas las leyes promulgadas bajo la anterior Constitución, sino que se da una especie de "recepción tácita". Pero esta recepción tácita tiene una limitación de carácter sustancial: las leyes viejas no pueden integrarse en el nuevo ordenamiento si contradicen cualquier norma de la nueva Constitución o si violan una prohibición dirigida al legislador. Dicha limita-

los derechos fundamentales", *Constitucionalismo y positivismo*, 2a. ed., México, Fontamara, 1999, p. 38.

ción se puede derivar tanto del carácter de *lex superior* como del de *lex posterior* de la nueva Constitución.[14]

El análisis de la relación entre "leyes viejas" y "Constitución nueva" puede ser muy importante en México si algún día se llega a expedir una nueva Constitución, como lo han propuesto, desde hace años, una parte de la doctrina jurídica nacional y algunos partidos políticos.[15]

3. *Los derechos fundamentales y sus garantías*

Un tercer punto, de entre los múltiples aspectos interesantes y que valdría la pena comentar de los ensayos de Guastini, es el que se refiere a los derechos y a sus garantías. Particularmente, me interesa subrayar el punto de vista expuesto por el autor en el trabajo titulado "Derechos: una contribución analítica" acerca de la correspondencia necesaria entre la existencia de un derecho y la existencia de su correspondiente garantía o medio de tutela.

14 Los efectos de aplicar uno u otro criterio son, evidentemente, distintos, ya que bajo la óptica del principio de *lex posterior* la norma precedente estaría "derogada"; una norma derogada puede ser declarada o reconocida como tal por cualquier juez, si bien con efectos *inter partes*. Por otro lado, al aplicar el principio de *lex superior*, la norma precedente se consideraría inválida, pero la invalidez de una ley —normalmente— no puede ser declarada por cualquier juez sino solamente por el tribunal constitucional, aunque con efectos *erga omnes*. Parte de esta problemática se encuentra analizada en Gascón, Marina, "La derogación", en Carbonell, Miguel y Pedroza, Susana (coords.), *Elementos de técnica legislativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 225-242, con ulteriores indicaciones bibliográficas. El propio Guastini ha dedicado varios de sus trabajos al estudio de la derogación y de la invalidez; entre ellos, "Invalidity", *Ratio Iuris*, vol. 7, núm. 2, mayo de 1994; "In tema di abrogazione", en Luzzati, Claudio (coord.), *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico*, Milán, Giuffré, 1987, así como varios capítulos de su libro *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milán, Giuffré, 1998.

15 Por ejemplo, Cárdenas, Jaime, *Transición política y reforma constitucional en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994; *Id.*, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996; *Id.*, "Hacia una Constitución normativa", *El significado actual de la Constitución*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 93 y ss.; González Oropeza, Manuel, "Una nueva Constitución para México", *El significado actual de la Constitución*, *cit.*, pp. 309 y ss.; Meyer, Lorenzo, *Fin de régimen y democracia incipiente. México hacia el siglo XXI*, México, Océano, 1998, pp. 39-44, entre otros. Un resumen de todo el debate se encuentra en varios autores, *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000 (reimpresión).

Para nuestro autor, son "verdaderos derechos" aquellos que responden conjuntamente a tres condiciones: *a*) son susceptibles de tutela jurisdiccional; *b*) pueden ser ejercidos o reivindicados frente a un sujeto determinado, y *c*) su contenido está constituido por una obligación de conducta no menos determinada que el sujeto en cuestión. Son derechos "sobre el papel" o "derechos ficción" todos aquellos que no responden al menos a una de estas condiciones. Más adelante, Guastini pone como ejemplo de "derechos ficticios" a los derechos sociales; tales derechos, de acuerdo con nuestro autor, no son justiciables y "en realidad no confieren ningún 'verdadero' derecho" ya que no se puede ubicar con precisión a ninguna contraparte a la cual poder exigírselos.

Guastini acierta plenamente al señalar el carácter ambiguo de los derechos sociales y la necesidad de intervención legislativa para hacerlos aplicables y, bajo determinadas circunstancias, justiciables. Pero creo que al hacer depender el carácter de "verdaderos derechos" de la existencia de una contraparte precisa o de la posibilidad de acudir ante un juez para hacerlos valer está rebajando la normatividad de la Constitución y viendo solamente una parte del problema.

Frente a la visión de Guastini, Luigi Ferrajoli afirma la independencia conceptual de la existencia de un derecho y de la existencia de sus correspondientes garantías.[16] Para Ferrajoli,

> ...es claro que si confundimos derechos y garantías resultarán descalificadas en el plano jurídico las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, reducidas una y otra, en defecto de las adecuadas garantías, a simples declamaciones retóricas o, a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes.[17]

16 Dicha independencia había sido advertida, desde hace años aunque sin extraer todas las consecuencias que explicita Ferrajoli, por Laporta, en su obra "Sobre el concepto de derechos humanos", *Doxa*, Madrid, núm. 4, 1987, pp. 23-46.

17 Ferrajoli, Luigi, "Derechos fundamentales", *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, p. 59. Guas-

De acuerdo con Ferrajoli, ante la falta de una norma que señale a un obligado en concreto a satisfacer un derecho, o frente a la falta de un medio de acción que permita exigir el incumplimiento de esa obligación, en realidad no nos encontraríamos frente a un "no-derecho" (o "derecho ficticio"), sino frente a dos tipos de lagunas. Frente a *lagunas primarias* en el caso en que una norma no señalara a un sujeto como obligado a realizar la conducta tendente a la satisfacción de un derecho; o frente a *lagunas secundarias* en el caso de no existir los mecanismos que invaliden o sancionen la violación de esa obligación.[18]

Además de lo anterior, es importante resaltar que las vías de tipo jurisdiccional no son las únicas para defender los derechos fundamentales. En las democracias pluralistas del presente son varios los caminos que recoge el ordenamiento para hacer valer los derechos: unos jurisdiccionales, otros de carácter político-deliberativo y otros, en fin, simplemente sociales en sentido amplio.[19] El propio Guastini reconoce que la garantía jurisdiccional es la típica, pero no la única: operan como garantías de los derechos, afirma, "todas las técnicas de organización constitucional que se pueden reconducir a la separación de poderes y, por eso mismo, a la creación de contrapoderes".

tini y Ferrajoli han protagonizado, entre otros teóricos y filósofos del derecho italiano, varias de las discusiones más importantes de los últimos años en torno a la cuestión de los derechos fundamentales; véase por ejemplo el trabajo de Guastini, "Tres problemas para Luigi Ferrajoli" y las distintas intervenciones y réplicas del propio Ferrajoli en la obra colectiva *Teoría de los derechos fundamentales. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*, ed. de Gerardo Pisarello y Antonio de Cabo, Madrid, Trotta, 2001.

18 Ferrajoli, Luigi, "Derechos fundamentales", *cit.*, nota 17, pp. 61 y 62. Las críticas a la postura de Ferrajoli se encuentran en *Teoría de los derechos fundamentales, cit.*, nota 17.

19 Los distintos tipos de garantías de los derechos son estudiados por Pisarello, Gerardo, "Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales", *Isonomía*, México, núm. 15, octubre de 2001 (en prensa); del mismo autor puede verse el trabajo "Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre derecho y política", en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001. En este último libro conviene también revisar, sobre el tema, el ensayo de Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales".

Me parece que la preocupación que subyace a los (aparentemente) distintos puntos de vista de Guastini y de Ferrajoli es la misma: la de hacer efectivos los derechos en la práctica y, sobre todo, la de "deslegitimar" el discurso que pretende tener por consagrados derechos de todo tipo (pero sobre todo sociales, económicos y culturales) con la simple incorporación a las cartas constitucionales de una serie de postulados retóricos o de buenos deseos, carentes en ambos casos de cualquier tipo de garantía dentro del propio texto constitucional. Y esta es una lección importante para el constitucionalismo mexicano, que tanto a nivel de su práctica política como dentro de la reflexión teórica, ha olvidado que los derechos deben establecerse para ser respetados y llevados a la práctica, no para decorar los repertorios legislativos o para adornar los discursos presidenciales.[20]

4. *Conclusión*

Como podrá observar el lector, el libro de Guastini contiene innumerables aportaciones a la teoría constitucional contemporánea. A la claridad de su exposición y dominio del lenguaje, el autor suma un inmenso dominio de las teorías constitucionales del presente. Todo ello hace de este libro una obra imprescindible.

La realización de esta compilación de textos ha sido posible gracias a diversas personas. En primer término gracias a la generosidad e interés del propio autor. También gracias a la participación de los distintos traductores que, en su momento, acometieron la tarea de poner al castellano los ensayos que la integran: María Bono, Perfecto Andrés, José María Lujambio, Andrea Greppi y el autor de estas líneas. Ayudaron de distintas formas y revisaron varias de las traducciones Manuel Ferrer y Karla Pérez Portilla.

20 Sobre este punto, Cossío, *Cambio social y cambio jurídico, cit.*, nota 8; así como Cruz Parcero, Juan Antonio, "Los derechos sociales como técnica de protección jurídica", en Carbonell, Miguel *et al. (comps.), Derechos sociales y derechos de las minorías, cit.*, nota 19.

El hecho de que esta obra aparezca conjuntamente publicada por la UNAM y por la prestigiosa editorial Fontamara se debe a una más de las felices iniciativas de Rodolfo Vázquez, gracias a cuyos esfuerzos México se ha reposicionado en los últimos años como un país de referencia —al menos editorialmente— dentro de la filosofía y la teoría del derecho.

Como complemento de estas breves líneas de presentación, se añade a continuación una breve selección de la amplia bibliografía de Riccardo Guastini, que puede servir para profundizar en el conocimiento de la obra de este importante autor.

5. *Bibliografía seleccionada de Riccardo Guastini*

Dalle fonti alle norme, 2a. ed., Turín, Giappichelli, 1992.

Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho, trad. de Jordi Ferrer, Barcelona, Gedisa, 1999.

"El derecho como superestructura: ¿en qué sentido?", *Crítica jurídica*, México, núm. 10, 1992.

El léxico jurídico del Marx feuerbachiano (La filosofía política de la alienación), México, Universidad Autónoma de Puebla, 1986.

El léxico jurídico del Marx liberal, México, Universidad Autónoma de Puebla, 1984.

Estudios sobre la interpretación jurídica, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, 2a. ed., Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

"I fondamenti teorici e filosofici del garantismo", en GIANFORMAGGIO, Letizia (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Turín, Giappichelli, 1993.

Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale, Turín, Giappichelli, 1995.

"Kelsen y Marx", en CORREAS, Óscar (ed.), *El otro Kelsen*, México, UNAM, 1989.

Le fonti del diritto e l'interpretazione, Trattato di diritto privato, a cargo de Giovanni Iudica y Paolo Zatti, Milán, Giuffré, 1993.

"Legal Language and Facts", *The Encyclopedia of Language and Linguistics*, Oxford-Nueva-York-Seúl-Tokio, Pergamon Press, 1994, vol. IV.
Lezioni di teoria analitica del diritto, Turín, Giappichelli, 1982.
Lezioni sul linguaggio giuridico, Turín, Giappichelli, 1985.
"Normas supremas", *Doxa*, núms. 17-18, 1996.
Produzione e applicazione del diritto. Lezioni sulle Preleggi, Turín, Giappichelli, 1987.
"Produzione di norme a mezzo di norme", *Informatica e diritto*, 11, 1985.
"Questioni di tecnica legislativa", *Le Regioni*, 13, 1985.
Quindici lezioni di diritto costituzionale, 2a. ed., Turín, Giappichelli, 1992.
"Redazione e interpretazione dei documenti normativi", en BARTOLE, Sergio (ed.), *Lezioni di tecnica legislativa*, Padova, Pubblicazioni dell'Isaprel, 2, CEDAM, 1988.
"Six Concepts of 'Constitutive Rule'", en ECKHOFF, T. *et al.* (eds.), *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart*, *Rechtstheorie*, Beiheft 10, Berlín, Duncker & Humblot, 1986.
Teoria e dogmatica delle fonti, Trattato di Diritto civile e commerciale, diretto da Luigi Mengoni, Milán, Giuffré, 1998.
GUASTINI, Riccardo (ed.), *La democrazia vanificata. Stato autoritario e movimenti di opposizione*, Milán, Ottaviano, 1979.
——, *Marxismo e teorie del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1980.
——, *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1980.
——, *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Padova, CEDAM, 1995.
BESSONE, Mario y GUASTINI, Riccardo (eds.), *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, Padova, CEDAM, 1994.
CASTIGNONE, Silvana y GUASTINI, Riccardo (eds.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio (Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross)*, Génova, ECIG, 1989.
—— *et al.*, *Introduzione teorica allo studio del diritto. Lezioni*, Génova, ECIG, 1978 (hay varias ediciones posteriores).

COMANDUCCI, Paolo y GUASTINI, Riccardo (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, Turín, Giappichelli, 1987, vol. I.
——, *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, Turín, Giappichelli, vol. II, 1989.
——, *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Turín, Giappichelli, 1996.

Miguel CARBONELL*

* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

SOBRE EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

I. Variedad de usos del término "Constitución" . . . 29

II. La Constitución como límite al poder político . . . 30

III. La Constitución como conjunto de normas "fundamentales" 31

IV. La "materia constitucional" 33

V. La Constitución como "código" de la materia constitucional 34

VI. La Constitución como fuente diferenciada 36

VII. La Constitución y las (otras) leyes 37

VIII. La Constitución como fuente: ¿en qué sentido? . . 38

IX. Poder constituyente 40

X. Instauración constitucional *vs.* reforma de la Constitución 41

XI. La locución "Constitución (en sentido) material" . 43

SOBRE EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN*

I. VARIEDAD DE USOS DEL TÉRMINO "CONSTITUCIÓN"

El término "Constitución" es usado en el lenguaje jurídico (y político) con una multiplicidad de significados (cada uno de los cuales presenta muy diversos matices).[1] No es el lugar para hacer un inventario completo. Será suficiente distinguir los cuatro significados principales, que son los siguientes:

1) En una primera acepción, "Constitución" denota todo ordenamiento político de tipo "liberal".

2) En una segunda acepción, "Constitución" denota un cierto conjunto de normas jurídicas, *grosso modo*, el conjunto de

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

1 Sobre el concepto (o mejor, sobre los conceptos) de Constitución, la literatura es obviamente inmensa. *Cfr.*, por ejemplo, Crisafulli, V., "Costituzione", *Enciclopedia del novecento*, Roma, 1975, t. I; Vergottini, G. de, "Costituzione", en Bobbio, N. y Matteucci, N. (eds.), *Dizionario di politica*, Turín, 1976, pp. 274 y ss. (hay traducción al castellano en la editorial Siglo XXI, México); Burdeau, G., *Traité de science politique*, IV: *Le statut du pouvoir dans l'état*, París, 1983, capítulo I; Bastid, P., *L'idée de constitution*, París, 1985; Modugno, F., "Il concetto di costituzione", *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milán, 1977, t. I, pp. 199 y ss.; *Id.*, "Costituzione (teoria generale)", *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1988, t. X; *Id.*, *Appunti per una teoria generale del diritto*, Turín, 1988, pp. 57 y ss.; Zagrebelsky, G., *Società, stato, costituzione. Lezioni di dottrina dello stato*, Turín, 1988, pp. 75 y ss.; Barberis, M., "Progetto per la voce 'costituzione' di una enciclopedia", *Filosofia politica*, 1991, pp. 351 y ss.; Bartole, S., "Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)", *Digesto*, 4a. ed. (discipline pubblicistiche), Turín, 1991, t. VI; Comanducci, P., *Assaggi di metaetica*, Turín, 1992, pp. 155 y ss.; *Id.*, "Ordine o norma? Su alcuni concetti di costituzione nel Settecento", *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, I: *Saggi storici*, Milán, 1990, pp. 173 y ss.; Guastini, R., *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, 2a. ed., Turín, 1992, pp. 9 y ss.; Floridia, G. G., "Qu'est-ce que... la constitution?", *I viaggi di Erodoto*, 18, 1992, pp. 48 y ss.; *Id.*, "'Costituzione': il nome e le cose", *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, 1994, pp. 131 y ss.; Dogliani, M., *Introduzione al diritto costituzionale*, Bolonia, 1994, pp. 11 y ss.; Furet, F. y Halévi, R., *La monarchie républicaine*, París, 1996, capítulo I.

normas —en algún sentido fundamentales— que caracterizan e identifican todo ordenamiento.

3) En una tercera acepción, "Constitución" denota —simplemente— un documento normativo que tiene ese nombre (o un nombre equivalente).

4) En una cuarta acepción, en fin, "Constitución" denota un particular texto normativo dotado de ciertas características "formales", o sea de un peculiar régimen jurídico.

II. La Constitución como límite al poder político

Para la filosofía política, el término "Constitución" es comúnmente utilizado, en su sentido originario, para denotar cualquier ordenamiento estatal de tipo liberal (o, si se quiere, liberal-garantista);[2] un ordenamiento en el que la libertad de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado esté protegida mediante oportunas técnicas de división del poder político.[3]

El originario concepto liberal de Constitución fue puesto en claro por el artículo 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789), que estableció lo siguiente: "Una sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni reconocida la división de poderes, no tiene Constitución".[4]

2 Matteucci, N., "Positivismo giuridico e costituzionalismo", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1963; *Id.*, *Organizzazione del potere e libertà*, Turín, 1976; *Id.*, "Costituzionalismo", en Bobbio, N. y Matteucci, N., *Dizionario di politica*, Turín, 1976, pp. 262 y ss.; Sartori, G., *Elementi di teoria politica*, Bolonia, 1987, pp. 11 y ss (hay traducción al castellano en Alianza Editorial, Madrid, 1996).

3 Sobre el constitucionalismo liberal (y la correspondiente noción de Constitución): McIlwain, Ch. H., *Constitutionalism: Ancient and Modern* (1947), Bolonia, 1990, pp. 27 y ss. (hay traducción al castellano publicada por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991); Tarello, G., *Storia della cultura giuridica moderna*, Bolonia, 1976, I, pp. 22 y ss., 559 y ss.; *Id.*, "Le idee giuridiche della Rivoluzione francese", en Castignone, S. (ed.), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Bolonia, 1989, pp. 331 y ss.; Barberis, M., *Benjamin Constant. Rivoluzione, costituzione, progresso,* Bolonia, 1988, pp. 93 y ss.; *Id., Sette studi sul liberalismo rivoluzionario,* Turín, 1989, pp. 213 y ss.; Comanducci, P., "Ordine o norma? Su alcuni...", *cit.*, nota 1, pp. 173 y ss.; Floridia, G. G., *La costituzione dei moderni*, Turín, 1991.

4 A propósito, Troper, M., "Tre esercizi di interpretazione costituzionale", *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, 1990, pp. 197 y ss.; *Id.*, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, París, 1994, pp. 263 y ss., pp. 317 y ss.

En este contexto, evidentemente, el término "Constitución" denota no ya una organización política cualquiera, sino una organización política liberal y garantista. La Constitución es concebida aquí como límite al poder político.

De esta forma no todo Estado está provisto de Constitución: los Estados liberales son Estados constitucionales, es decir, tienen Constitución; mientras que los Estados despóticos no son Estados "constitucionales", ya que carecen de Constitución. En este sentido del adjetivo "constitucional", un Estado puede llamarse constitucional, o provisto de Constitución, si, y solo si, satisface dos condiciones (disyuntivamente necesarias y conjuntivamente suficientes): 1) por un lado, que estén garantizados los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado, y 2) por otro, que los poderes del Estado (el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo o de gobierno y el poder jurisdiccional) estén divididos y separados (o sea que se ejerzan por órganos diversos).

Este modo de utilizar el término "Constitución" está hoy en día en desuso. No obstante, algunas expresiones todavía de uso corriente (especialmente en sede historiográfica) presuponen el concepto liberal de Constitución, y serían incomprensibles sin él. Es el caso, por ejemplo, de los términos "constitucionalismo" y "constitucionalización",[5] de las expresiones "monarquía constitucional", "Estado constitucional" y "gobierno constitucional" (en oposición a "monarquía absoluta", "Estado absoluto" y "gobierno absoluto").

III. La Constitución como conjunto de normas "fundamentales"

En el campo de la teoría general del derecho, el término "Constitución" es generalmente usado para designar el conjunto de normas "fundamentales" que identifican o caracterizan cualquier ordenamiento jurídico.[6]

5 Sobre el concepto de constitucionalización, *cfr.* Tarello, G., *Storia della cultura..., cit.*, nota 3, pp. 22 y ss.

6 *Cfr.*, por ejemplo, Biscaretti di Ruffia, P., *Diritto costituzionale*, 14a. ed., Nápoles, 1986, p. 86.

La cuestión de cuáles normas deben ser consideradas como fundamentales es una cosa obviamente opinable, desde el momento que "fundamental" no denota una propiedad empírica (calificar alguna cosa como "fundamental" es, en última instancia, un juicio de valor). Pueden ser consideradas normas fundamentales de un determinado ordenamiento jurídico, según los diversos puntos de vista, por lo menos las siguientes:

1) Las normas que regulan la organización del Estado y el ejercicio del poder estatal (al menos en sus aspectos fundamentales: la función legislativa, la función ejecutiva y la función jurisdiccional), así como la conformación de los órganos que ejercen esos poderes (por ejemplo, las normas que regulan la formación del órgano Legislativo).

2) Las normas que regulan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos (por ejemplo, las eventuales normas que reconocen a los ciudadanos derechos de libertad).

3) Las normas que regulan la "legislación" (entendida, en sentido "material", como la función de crear el derecho), o sea las normas que confieren poderes normativos, que determinan las modalidades de formación de los órganos a los que esos poderes son conferidos, que regulan los procedimientos de ejercicio de esos poderes, etcétera.[7]

4) Las normas —frecuentemente, si son escritas, formuladas como declaraciones solemnes— que expresan los valores y principios que informan a todo el ordenamiento.

En general, se puede convenir en que son normas fundamentales de cualquier ordenamiento: *a*) las que determinan la llamada "forma de Estado"; *b*) las que determinan la "forma de gobierno", y *c*) las que regulan la producción normativa.[8]

7 Este punto de vista es característico en Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), 1945, pp. 124 y ss. (traducción al castellano de Eduardo García Maynez, México, UNAM, 1989); *Id.*, *Théorie pure du droit* (1960), París, 1962, pp. 299 y ss. (trad. al castellano de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa-UNAM, 1979).

8 Así Paladin, L., *Diritto costituzionale*, Padua, 1991, p. 25. La noción (en verdad un poco confusa) de "forma de Estado" se refiere en general a los diversos modos en que son organizadas las recíprocas relaciones entre los llamados elementos constitutivos del Estado (pueblo, gobierno y territorio), por ejemplo, democracia *vs.* autocracia, Estado unitario *vs.* Estado federal. La noción de forma de gobierno, a su vez, se refiere al modo

Es evidente que, desde este punto de vista, todo Estado tiene necesariamente su propia Constitución. Puede tratarse de una Constitución liberal o iliberal. Puede tratarse de un conjunto de normas escritas o bien, consuetudinarias. Estas normas, si son escritas, pueden estar o no recogidas en un único documento. Pero, en cualquier caso, todos los Estados están provistos de una Constitución de algún tipo.

Este concepto de Constitución es característico del positivismo jurídico moderno,[9] y es el que habitualmente se adopta hoy en día por los estudiosos del derecho público.

Dicho concepto de Constitución, a diferencia del originario ("Constitución" en sentido liberal), es un concepto políticamente "neutro"; una Constitución es tal con independencia de su contenido político (liberal, iliberal, democrático, autocrático, etcétera).

IV. La "materia constitucional"

La Constitución entendida como conjunto de normas fundamentales (en uno u otro sentido) es llamada a su vez Constitución en sentido "sustancial" o "material".[10] Al concepto "material" de Constitución, entendido en este sentido específico, se conectan las nociones de "materia constitucional" y de "norma materialmente constitucional".[11]

Se llaman *materialmente constitucionales* las normas "fundamentales" —en uno u otro sentido— de todo ordenamiento jurídico.

en que son organizadas las relaciones recíprocas entre los órganos constitucionales (especialmente Parlamento, gobierno, jefe de Estado), por ejemplo, gobierno parlamentario *vs.* gobierno presidencial.

9 Críticas en Matteucci, N., *op. cit.*, nota 2.

10 *Cfr.*, por ejemplo, Romano, S., *Principii di diritto costituzionale generale*, reimpr. de la 2a. ed., Milán, 1947, pp. 1 y ss. En este contexto, la expresión "Constitución material" (o "sustancial") tiene un sentido un poco diverso de otros más difundidos sobre los que volveremos de inmediato.

11 *Cfr.* por ejemplo Vergottini, G. de, *Diritto costituzionale comparato*, Padua, 1991, pp. 154 y ss. (y la bibliografía citada); Cicconetti, S. M., *La revisione della costituzione*, Padua, 1972, pp. 54 y ss.

Se llama *materia constitucional* el conjunto de objetos que son regulados por tales normas.

Las normas "materialmente constitucionales" pueden ser escritas o consuetudinarias. Donde existe una Constitución escrita se esperaría que esas normas estuvieran expresamente formuladas. Sin embargo, no es infrecuente que, también ahí donde existe una Constitución escrita, muchas normas pacíficamente consideradas "materialmente constitucionales" no estén escritas en la Constitución (sino que estén escritas en leyes ordinarias, o también que no estén de hecho escritas, quedando implícitas, en estado latente). De la misma forma, no es infrecuente que las Constituciones incluyan también normas no "materialmente constitucionales".[12]

V. La Constitución como "código" de la materia constitucional

En el lenguaje común, como también para la teoría de las fuentes, el término "Constitución" es comúnmente utilizado para designar un específico documento normativo —es decir, un texto formulado en una lengua natural y expresivo de normas (jurídicas)— que formula y recoge, si no todas, al menos la mayor parte de las normas materialmente constitucionales de un ordenamiento determinado.[13] En esta acepción, en suma, la Constitución es una suerte de "código" (si bien el término "código" no se suele utilizar en este contexto) de la materia constitucional. Al igual que es verdad y raro que todas las normas constitucionales contenidas en una Constitución sean "materialmente constituciona-

12 "También lo que no esté contenido en la Constitución formal puede ser materialmente constitucional y... no todo lo que está contenido en la Constitución formal es también materialmente constitucional" (Cicconetti, S. M., *La revisione della costituzione*, *cit.*, nota 11, p. 4).

13 Por otro lado, el nombre "Constitución", fatalmente, evoca los otros significados del término, a los que ya nos hemos referido. De modo que, por un lado, la "Constitución" se presenta como fuente que recoge, si no todas, al menos algunas de las normas fundamentales del ordenamiento (en el sentido que se ha indicado); por otro lado, la existencia misma de una "Constitución" sugiere —a veces engañosamente— que el ordenamiento de que se trata es un ordenamiento de tipo liberal.

les", también es raro que la Constitución agote toda la "materia constitucional".

El "código" constitucional, donde existe, es un texto que se distingue de otros documentos normativos (en particular de las "leyes" comunes) al menos por las siguientes características:

1) En primer lugar, la Constitución se distingue de otros textos normativos en virtud de su nombre propio. El nombre de "Constitución" (o en otros ordenamientos: "carta", "carta constitucional", "estatuto", "ley fundamental" y similares), corresponde a veces a una peculiar formulación: normalmente las Constituciones o una de sus partes (especialmente los eventuales preámbulos) están redactadas en un lenguaje solemne, destinado a subrayar la importancia política del documento.

El nombre "Constitución" —se puede observar— individualiza, en todo ordenamiento, no ya un tipo (una clase) de textos, sino un singular documento normativo. En otras palabras, desde el punto de vista sincrónico, cualquier ordenamiento jurídico incluye —junto a una multiplicidad de leyes, de reglamentos, etcétera— no ya también una pluralidad de Constituciones, sino una, y *una sola*, Constitución.

2) En segundo lugar, la Constitución se distingue de las otras fuentes del derecho en virtud de su contenido característico. Como se ha dicho, es raro que todas las normas contenidas en una Constitución sean "materialmente constitucionales", y es igualmente raro que la Constitución agote la "materia constitucional". No obstante, las Constituciones tienen en gran medida un contenido "materialmente constitucional", en el sentido que se ha apuntado.

Normalmente, las Constituciones incluyen:[14]

a) Normas que confieren derechos de libertad a los ciudadanos, regulando de esa forma las relaciones entre los ciudadanos y el poder político.

14 Tarello, G., *Storia della cultura..., cit.*, nota 3, pp. 607 y ss. *Cfr.* también Kelsen, Hans, *General Theory..., cit.*, nota 7, pp. 260 y ss.; Vergottini, G. de, *Diritto..., cit.*, nota 11, pp. 153 y ss.

b) Normas sobre la legislación y, más en general, normas que confieren poderes a los órganos del Estado, regulando así la organización del poder político mismo.

Muchas Constituciones contemporáneas, además, incluyen también una multiplicidad de normas "de principio" o de normas "programáticas". Unas contienen los valores y principios que informan —o al menos eso se supone— a todo el ordenamiento jurídico. Las otras recomiendan al legislador (y eventualmente a la administración pública) perseguir programas de reforma económica y/o social.

3) En tercer lugar, la Constitución se distingue de las otras fuentes del derecho en virtud de sus destinatarios típicos: si no todas, casi todas las normas constitucionales se refieren no ya a los ciudadanos particulares, y ni siquiera a los órganos jurisdiccionales comunes, sino a los órganos constitucionales supremos (como el jefe de Estado, las cámaras, el gobierno, la Corte Constitucional, etcétera).

Se observa que cuando se emplea el vocablo "Constitución" en el sentido de código constitucional, no se puede decir que todo Estado esté necesariamente provisto de una Constitución. Es verdad, sin embargo, que la gran mayoría de los Estados contemporáneos poseen un código constitucional. Pero ningún Estado del "antiguo régimen" lo poseía de hecho. En nuestra época son raros o rarísimos los Estados que no lo poseen: se suele citar el ejemplo de Gran Bretaña, cuyo derecho constitucional es en gran parte consuetudinario (y por tanto no codificado). De todas formas, no existen razones lógicas que excluyan la existencia de un Estado desprovisto de código constitucional.

VI. La Constitución como fuente diferenciada

En fin, el término "Constitución" es comúnmente utilizado para referirse a una fuente del derecho —a un documento normativo— que se diferencia de cualquier otra fuente por algunas características "formales".

1) En primer lugar, la Constitución se distingue de otros textos normativos en virtud de su procedimiento de formación, que es diverso del de todas las demás fuentes del derecho. Muchas Constituciones, por ejemplo, son fruto de la elaboración y aprobación por parte de una asamblea "constituyente" elegida para ese propósito; otras traen legitimidad de un referéndum popular; otras, sin embargo, son fruto de una decisión unilateral del soberano (Constituciones llamadas "otorgadas", es decir, dadas generosamente por el soberano a "su" pueblo), etcétera.[15]

2) En segundo lugar, la Constitución se distingue algunas veces (no siempre) de otras fuentes del derecho —y, en particular, de las leyes— en virtud de un régimen jurídico especial, de una "fuerza" peculiar, que la pone "por encima" de las leyes (y de cualquier otra fuente). Gozan de un régimen jurídico especial, en este sentido, las Constituciones que no pueden ser abrogadas, derogadas o modificadas por las leyes, en las que el procedimiento de reforma constitucional es diverso del (más complejo que el) procedimiento legislativo ordinario. Tales Constituciones se llaman *rígidas*.

VII. La Constitución y las (otras) leyes

Las Constituciones (escritas) son "leyes" en sentido genérico, es decir textos normativos: documentos que expresan normas (jurídicas). Pero ¿qué distingue a una Constitución de las demás leyes? Esta pregunta admite diversas respuestas, cada una de las cuales supone un concepto diverso de Constitución.

1) Se puede opinar ante todo que la Constitución se distingue de las otras leyes en virtud de su función característica: la función de las Constituciones es limitar el poder político. Este punto de vista está conectado al concepto liberal de Constitución.

2) Se puede opinar además que la Constitución se distingue de las otras leyes en virtud de su contenido: el contenido típico de las Constituciones es la distribución de los poderes en el seno del aparato estatal y la regulación de las relaciones entre el

15 Vergottini, G. de, *Diritto ...*, *cit.*, nota 11, pp. 138 y ss.

Estado y los ciudadanos. Este punto de vista está conectado al concepto de Constitución como conjunto de normas "fundamentales".

3) Se puede afirmar, en fin, que la Constitución se distingue de las otras leyes en virtud no de su contenido, sino prescindiendo de él, es decir, en virtud de su "forma". ¿En qué sentido?

a) En un primer sentido (débil), "forma" denota el aspecto exterior de las Constituciones; son Constituciones todos y solamente aquellos documentos normativos que tienen ese nombre (cualquiera que sea su contenido normativo). De este modo, las Constituciones consuetudinarias no son "verdaderas" Constituciones.
b) En un segundo sentido (fuerte), "forma" denota el régimen jurídico o la "fuerza" de algunas Constituciones; son Constituciones todos y solamente aquellos documentos normativos que no pueden ser abrogados, derogados o modificados por (otras) leyes. De este modo, las Constituciones flexibles no son, propiamente hablando, "Constituciones".

VIII. La Constitución como fuente: ¿en qué sentido?

En general, las Constituciones escritas —o Constituciones en sentido formal— son fuentes del derecho.[16] ¿En qué sentido? Esta tesis puede ser entendida en no menos de tres modos diversos.

1) En un primer sentido, se puede decir que la Constitución es fuente del derecho, por entender, simplemente, que los enunciados constitucionales expresan normas (ya sea normas en sentido genérico, ya sea normas en sentido estricto, es decir, mandatos), las cuales regulan —cuando menos— la organización del Estado y las relaciones entre el Estado y los ciudadanos.

16 Que la Constitución sea fuente del derecho no puede decirse de las Constituciones consuetudinarias, ya que una Constitución consuetudinaria, de hecho, es un conjunto de normas y no una fuente de normas (fuente de normas es la costumbre de la que la Constitución nace, no la Constitución misma).

Este primer modo de entender la tesis en examen es, *prima facie*, absolutamente obvio y no problemático.

2) En un segundo sentido, se puede decir que la Constitución es fuente del derecho por entender que las normas constitucionales —cuando menos bajo un régimen de Constitución rígida— son idóneas:

a) Para abrogar y/o invalidar (se trata, en este caso, de invalidez sobrevenida) normas anteriores de rango subconstitucional materialmente incompatibles con ella.
b) Para invalidar normas sucesivas de rango subconstitucional formalmente disconformes o materialmente incompatibles con ella.

Este segundo modo de entender la tesis en cuestión es menos obvio desde el momento que, en Italia, la doctrina y la jurisprudencia, al menos en relación con algunas normas constitucionales, han sostenido una opinión contraria.[17]

3) En un tercer sentido, se puede decir que la Constitución es fuente del derecho por entender que las normas constitucionales son idóneas para regular directamente no sólo la organización estatal y las relaciones entre el Estado y los ciudadanos sino también las relaciones entre particulares, y son, por tanto, susceptibles de aplicación jurisdiccional por parte de cualquier juez (y no solamente por parte del juez constitucional).[18]

17 Se alude a la distinción entre normas "preceptivas" y normas "programáticas" y/o "de principio".

18 Cfr. Zagrebelsky, G., Manuale di diritto costituzionale, reimpresión actualizada, Turín, 1991, t. I, p. 105: "Donde la estructura de la norma constitucional es suficientemente completa para poder valer como regla para casos concretos, debe ser utilizada directamente por todos los sujetos del ordenamiento jurídico, ya sean los jueces, la administración pública o los particulares. La constitución es en suma fuente directa de posiciones subjetivas para los sujetos del ordenamiento, en todo tipo de relaciones en que puedan entrar... Hoy la constitución se dirige también, directamente, a las relaciones entre los individuos y a las relaciones sociales. Por eso las normas constitucionales pueden ser invocadas, cuando sea posible, como reglas, por ejemplo, para las relaciones familiares, en las relaciones en las empresas, en las asociaciones y así por el estilo". Cfr. también Barile, P., *La costituzione come norma giuridica*, Florencia, 1951; Dogliani, M., *Interpretazioni della costituzione*, Milán, 1982; García de Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a. ed., Madrid, 1985.

Este tercer modo de entender la tesis en examen no es obvio, ya sea porque está en contraste con la concepción clásica de la Constitución (como límite al poder político), ya sea porque, más en general, está conectado a un cierto modo de interpretar los textos constitucionales.

IX. Poder constituyente

La noción de poder constituyente[19] —si es oportunamente depurada de incrustaciones ideológicas— se define, simplemente, por oposición a la de poder constituido.[20]

Se llama "constituido" a todo poder "legal", es decir, conferido y regulado por normas positivas vigentes (y ejercido de conformidad con ellas). Las normas que provienen de un poder constituido encuentran su fundamento de validez en las normas sobre la producción jurídica vigentes.

Se llama por el contrario "constituyente" al poder de instaurar una "primera" Constitución.[21]

Llamo "primera Constitución" a toda Constitución que no encuentre su fundamento de legitimidad en una Constitución precedente.[22] Una primera Constitución es, en suma, una Constitución emanada *extra ordinem* —fruto de una revolución— y por tanto privada de fundamento de validez en normas (las even-

19 A propósito, *cfr.* Carré de Malberg, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, París, 1920, t. II, pp. 483 y ss. (trad. al castellano publicada por el Fondo de Cultura Económica, México, 1998); Burdeau, G., *Traité de science politique*, *cit.*, nota 1, capítulo III; Mortati, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, 8a. ed., Padua, 1969, t. I, pp. 64 y ss.; Barile, P., "Potere costituente", *Novissimo digesto italiano,* Turín, 1966, XIII; Dogliani, M., *Potere costituente,* Turín, 1986; Angiolini, V., *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padua, 1995, pp. 74 y ss.; Carrió, G. R., *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, 1973, pp. 33 y ss.; Zagrebelsky, G., *Manuale...cit.*, nota 18, pp. 97 y ss.

20 La distinción viene desde Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers Etat*, 1789.

21 Quisiera subrayar que, así entendido, el poder constituyente no es, en modo alguno, el fundamento axiológico de la Constitución, o algo por el estilo, sino simplemente el hecho de que la (primera) Constitución nace. De ello se sigue, entre otras cosas, que el poder constituyente no sobrevive al nacimiento de la (primera) Constitución, sino que desaparece en ella y con ella.

22 Kelsen, Hans, *General Theory..., cit.*, nota 7, pp. 115 y ss.; *Id.*, *Théorie..., cit.*, nota 7, pp. 264 y ss.

tuales normas sobre la producción constitucional) propias del ordenamiento constitucional precedente.[23]

Dicho esto, sin embargo, hay que agregar que detrás de esta aparente simplicidad, la noción de poder constituyente es un poco problemática. Para aclarar al menos algunos de los problemas que involucra, puede ser conveniente destacar la siguiente cuestión.

Se puede convenir que el poder de reforma constitucional es un poder constituido (constituido por la Constitución existente), y que el poder de instauración constitucional sea por el contrario el poder constituyente. Ahora bien, ¿qué distingue la reforma constitucional, es decir, la modificación de la Constitución existente de la instauración constitucional,[24] esto es, de la emanación de una nueva Constitución?

X. Instauración constitucional *vs.* reforma de la Constitución

Esta pregunta admite (por lo menos) dos respuestas interesantes; cualquiera de ellas *supone* una diversa concepción de la *Constitución* (y de su criterio de identidad) e *implica* una diversa concepción del *poder constituyente.*

1) *Concepción sustancial (o sustancialista).* La primera respuesta suena *grosso modo* así: una Constitución es una totalidad coherente y conexa de valores ético-políticos. La identidad material (axiológica) de toda Constitución descansa precisamente en el conjunto de valores —o principios supremos— que la caracterizan y la distinguen de cualquier otra Constitución.[25]

23 Con el corolario de que la primera Constitución ni es válida ni es inválida en el ámbito del ordenamiento que ella constituye. Sobre esto, Guastini, R., "Sur la validité de la constitution du point de vue du positivisme juridique", en Troper, M. y Jaume, L. (eds.), *1789 et l'invention de la constitution*, Bruselas-París, 1994.

24 *Cfr.* Romano, S., "L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione", *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milán, 1969.

25 Schmitt, C., *Dottrina della costituzione* (1928), Milán, 1984, pp. 109 y ss. (trad. al castellano, Alianza Editorial, Madrid, 1992).

Ahora bien, una cosa es revisar la Constitución existente (en sus normas de detalle) sin alterar la identidad material o axiológica y otra cuestión es modificar el "espíritu" de la Constitución existente, esto es, alterar, perturbar o subvertir los valores ético-políticos que la caracterizan.[26]

Una cosa es la simple reforma constitucional y otra —aunque sea enmascarada— es la instauración de una nueva Constitución. Una cosa es el ejercicio de un poder constituido (el poder de reforma) y otra es el ejercicio del poder constituyente.

Reforma e instauración constitucional se distinguen, entonces, no bajo un perfil formal —por el hecho de que una adviene en forma legal y otra de forma ilegal, *extra ordinem*— sino bajo el perfil sustancial: es una reforma toda modificación marginal, es instauración toda alteración —aunque legal— de la identidad axiológica de la Constitución.

De lo anterior se sigue, entre otras cosas, que en ningún caso puede la reforma constitucional ser llevada hasta modificar los principios supremos de la Constitución existente. Tales principios son límites (lógicos) infranqueables para la reforma constitucional.[27]

2) *Concepción formal (o formalista)*. La segunda respuesta suena *grosso modo* así: una Constitución no es más que un conjunto de normas. Ahora bien, un conjunto (cualquier tipo de conjunto) se identifica —extensionalmente— por la simple enumeración de los elementos que lo componen.[28]

26 "La función constituyente se caracteriza por la libertad absoluta de producción, en comparación con la cual el radio más estrecho de la función de reforma constitucional, fundándose en la constitución y por ello repitiendo el propio origen de la función constituyente, no puede tener un título para sustituirse a esta sino que puede solamente actuar dentro del ámbito de acción que le ha sido asignado... La función constituyente infiere la propia superioridad frente a la función de reforma no tanto por su ilimitación originaria sino más bien en cuanto instrumento técnico de expresión de las elecciones y decisiones fundamentales a las que se asigna el nombre de constitución en sentido material" (Cicconetti, S. M., *La revisione della costituzione*, *cit.*, nota 11, pp. 229 y 231).

27 Límites "lógicos", ya que una sedicente reforma constitucional que pretendiera alterar la identidad material de la Constitución se transformaría, por eso mismo, en instauración constitucional, es decir, por definición, no podría más llamarse "reforma constitucional".

28 Bulygin, E., *Norme, validità, sistemi normativi*, Turín, 1995, pp. 76 y ss.; Guastini, R., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Turín, 1996, pp. 246 y ss. (trad. de Jordi Ferrer, Barcelona, Gedisa, 1999).

Se sigue, ante todo, que existen tres tipos posibles de reforma constitucional: *a*) la introducción de una norma nueva; *b*) la supresión de una norma preexistente, y *c*) la sustitución de una norma preexistente (es decir la supresión de una norma vieja combinada con la introducción de una norma nueva).[29] Pero se sigue también que, comúnmente, toda reforma constitucional comporta la *modificación* del conjunto preexistente, y la modificación de éste da lugar a un conjunto *diverso:* porque son diversos los elementos que lo componen.

Desde este punto de vista, toda reforma constitucional —por más "marginal" que sea desde un punto de vista axiológico— produce una *nueva* Constitución. De modo que reforma constitucional e instauración constitucional son —desde un punto de vista *wertfrei*, avalorativo— cosas simplemente indistinguibles bajo un perfil sustancial. No resta entonces más que distinguir reforma e instauración sobre la base de elementos puramente formales.

Toda modificación constitucional realizada en forma legal —por más que pueda incidir profundamente sobre la Constitución existente— es mera reforma. Toda modificación realizada en forma ilegal —por más marginal que pueda ser ese cambio— es instauración de una nueva Constitución. En suma, la modificación legal de la Constitución es ejercicio del poder constituido, mientras que su cambio ilegal es ejercicio del poder constituyente.

Desde este punto de vista, entre otras cosas, no tiene sentido hablar de límites lógicos a la reforma constitucional.

XI. La locución "Constitución (en sentido) material"

Para concluir este trabajo, no se pueden dejar de expresar algunas palabras para ilustrar los diversos significados de la locución "Constitución (en sentido) material",[30] que recorre con fre-

29 Alchourrón, C. E., "Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos", *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991, p. 301.

30 Con la advertencia de que el inventario que sigue es ciertamente incompleto.

cuencia el lenguaje teórico y doctrinal (y también, para ser francos, el lenguaje político vulgar).[31] Pues bien, de modo sucinto se puede decir esto:

1) En un primer sentido, se habla de Constitución material para referirse a las normas que, en cualquier ordenamiento, determinan la "forma de Estado" y la "forma de gobierno".[32]

2) En un segundo sentido, se habla de Constitución material para referirse al conjunto de normas sobre la legislación, o más en general al conjunto de normas sobre las fuentes.[33]

3) En un tercer sentido, la misma expresión es utilizada para designar la "decisión política fundamental del titular del poder constituyente".[34]

La "decisión política fundamental", a su vez, puede ser concebida como la decisión relativa a la forma de Estado,[35] o como la decisión relativa al conjunto de los principios supremos que caracterizan a cualquier ordenamiento.[36]

4) En un cuarto sentido, se habla de Constitución material para referirse al régimen político vigente en un Estado.[37]

El régimen político, a su vez, es concebido[38] como el conjunto de los "fines políticos en vista de los cuales las fuerzas dominantes inspiran la acción estatal";[39] o bien como "el real arreglo y funcionamiento de las instituciones políticas en las varias fa-

31 A propósito, Mortati, C., *La costituzione in senso materiale*, Milán, 1940; *Id.*, "Costituzione (dottrine generali e costituzione della repubblica italiana)", *Enciclopedia del diritto*, Milán, 1962, t. XI; *Id.*, *Istituzioni...*, *cit.*, nota 19, pp. 26 y ss. *Cfr.* además las obras citadas en la nota 1.

32 *Cfr.* Paladin, L., *op. cit.*, nota 8, p. 25. *Cfr.* también Smend, R., *Costituzione e diritto costituzionale*, Milán, 1988, p. 147 (trad. al castellano, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985).

33 Así Kelsen, Hans, *General Theory...*, *cit.*, nota 7, pp. 124 y ss., pp. 258 y ss.; *Id.*, *Théorie pure...*, *cit.*, nota 7, pp. 299 y ss.

34 Schmitt, C., *op. cit.*, nota 25, p. 41.

35 Así parece concebirla Carl Schmitt, *idem.*

36 Paladin, L., *op. cit.*, nota 8, p. 22.

37 *Cfr.*, por ejemplo, Barile, P., *La costituzione...*, *cit.*, nota 19; Sandulli, A. M., "Fonti del diritto", *Novissimo digesto italiano*, Turín, 1961, VII, p. 527.

38 *Cfr.* Cicconetti, S. M., *op. cit.*, nota 11, p. 232.

39 Así Sorrentino, F., *Le fonti del diritto*, 4a. ed., Génova, 1997, p. 29 (con importantes observaciones críticas). Este modo de utilizar la expresión en examen puede remitirse a Mortati, C., *La costituzione...*, *cit.*, nota 31.

ses históricas, al margen de cuanto prescriban las correspondientes cartas constitucionales".[40]

5) En un quinto sentido, en fin, la locución "Constitución material" es utilizada como sinónimo de "Constitución viva".

A su vez, la expresión "Constitución viva" denota —con un lenguaje sugestivo— el modo en que una determinada Constitución escrita es concretamente interpretada y actuada en la realidad política. Por lo que se refiere a la interpretación, es bastante obvio que cualquier texto constitucional es susceptible de interpretaciones no solo sincrónicamente diversas, sino (sobre todo) diacrónicamente cambiantes. Por lo que respecta a la actuación, habría quizá que aclarar que un texto constitucional (no diversamente, por lo demás, de lo que sucede con cualquier otro texto normativo) puede permanecer inactuado. Se puede crear un problema de "actuación" constitucional y correlativamente se abre la posibilidad de que la Constitución quede "inactuada" en al menos dos clases de normas:

a) Por un lado, las eventuales normas programáticas, dirigidas al legislador. Muchas Constituciones contemporáneas contienen normas de este tipo.
b) Por otro lado, las eventuales normas —como se suele decir— "de eficacia diferida", es decir, todas aquellas normas que no pueden adquirir eficacia sin la previa creación de otras normas, las cuales son, por ello, condición necesaria de eficacia.[41]

40 Paladin, L., *Le fonti del diritto italiano*, Bolonia, 1986, p. 127.

41 La falta de una norma que sea condición necesaria para la eficacia de otra norma constituye lo que se acostumbra llamar una "laguna técnica".

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 Constitución 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, Giuffré 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 prohiba 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.

¿SEPARACIÓN DE LOS PODERES O DIVISIÓN DEL PODER?

I. Un sólo nombre para dos doctrinas 59
II. Poder 59
III. Las funciones del Estado 60
IV. Observaciones al margen 60
V. "Entreacto" sobre el poder constituyente, Constitución y revisión constitucional 62
VI. Separación de los poderes 64
VII. División del poder 66
VIII. Implicaciones divergentes 67
IX. La disposición de la función legislativa en los dos modelos 69
X. La disposición de la función ejecutiva en los dos modelos 70
XI. Implicaciones convergentes 71
XII. Comentario a la disposición de los poderes y de las funciones en la Constitución italiana vigente . 72

¿SEPARACIÓN DE LOS PODERES O DIVISIÓN DEL PODER?*

I. UN SÓLO NOMBRE PARA DOS DOCTRINAS

En la historia de las doctrinas constitucionales, la expresión "separación (o división) de los poderes" denota no ya una, sino dos técnicas diferentes de organización del poder político, que se supone que funcionan con el objeto de evitar el despotismo y garantizar (tutelar, proteger) la libertad de los ciudadanos (y del mismo modo son valoradas).

Para evitar confusiones, de ahora en adelante, usaré la expresión "separación *de los* poderes" (en sentido estricto) para referirme a la primera técnica constitucional, mientras que usaré la expresión "división *del* poder" para referirme a la segunda.

II. PODER

En el contexto de la expresión "separación de los poderes", el vocablo "poder" condensa en sí dos significados, que conviene sin embargo distinguir.

1. En un primer sentido, "poder" se refiere a las funciones del Estado. "Función" a su vez denota una actividad, es decir, una clase de actos.

2. En un segundo sentido, "poder" se refiere a los órganos del Estado que ejercen las diversas funciones.

Esta precisión es necesaria no sólo por amor a la claridad conceptual, sino también por el hecho de que, entendida en sentido es-

* Traducción de María Bono López. Revisión técnica de Manuel Ferrer Muñoz. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

tricto, la separación de los poderes consiste, por así decirlo, en una doble separación (a la cual corresponden dos distintas series de reglas): la separación de las funciones y la separación de los órganos. Como veremos en un momento, una primera serie de reglas se dirige precisamente a "separar" las funciones estatales; una segunda, a "separar" a los órganos que las ejercitan. Adviértase además que, como podremos ver, el vocablo "separar" tiene dos diversos significados según se hable de órganos o de funciones.

III. Las funciones del Estado

La doctrina de la separación de los poderes está históricamente conectada a una específica clasificación de las funciones estatales, que —por cuanto discutible y a menudo discutida que sea— es todavía hoy, desde mi punto de vista, un poderoso instrumento analítico. Según la doctrina clásica, el Estado cumple con tres —y sólo tres— funciones (esto es como decir que los actos del Estado pueden ser reagrupados en tres clases).

1. La función legislativa es aquélla que consiste en la producción de normas generales (es decir, impersonales) y abstractas (es decir, referidas al futuro).

2. La función jurisdiccional es aquélla que consiste en verificar en concreto la violación de tales normas (prácticamente, en resolver controversias que tienen como objeto la violación de normas).

3. La función ejecutiva tiene un carácter residual, en el sentido de que incluye todo acto individual y concreto (puede tratarse de un acto administrativo o de un acto de ejecución material) que no pertenezca a una u otra de las funciones anteriores. Escapan del dominio de la función ejecutiva sólo la producción de normas (generales y abstractas) y la resolución de controversias.

IV. Observaciones al margen

Esta clasificación de las funciones estatales requiere algún comentario.

1. En primer lugar, es preciso notar que esta clasificación de las funciones estatales ha sido elaborada en régimen de Consti-

tución flexible (o, mejor dicho, en una época en la que la noción de Constitución rígida ni siquiera estaba concebida).

En régimen de Constitución rígida, la función legislativa y, en cualquier ordenamiento, también la función jurisdiccional no tienen carácter unitario. En el sentido de que en el seno de la función legislativa es preciso distinguir la producción normativa (legislación) "ordinaria" y aquélla "constitucional" (o de revisión constitucional). Y, en algunos ordenamientos, en el seno de la misma función jurisdiccional es preciso distinguir una jurisdicción "ordinaria" de una jurisdicción "constitucional".

2. En segundo lugar, es importante notar que las tres funciones del Estado, así definido, no se encuentran en el mismo plano. Al contrario, están necesariamente jerarquizadas.

La función jurisdiccional y la función ejecutiva presuponen lógica y cronológicamente normas que aplicar: así, presuponen la función legislativa (son "secundarias" respecto de ésta), y, por tanto, están jurídicamente subordinadas a ésta.

3. Viene también al caso notar que la noción de función ejecutiva, definida del modo en que se ha establecido (esto es, sólo en sentido negativo), se extiende a actividades múltiples y heterogéneas, históricamente variables con relación a la expansión de los campos de intervención del Estado: el uso de la fuerza pública, la recaudación de impuestos, la repartición de los recursos públicos, las relaciones internacionales, el ejercicio de la acción penal, entre otros.

Lo que esas diversas actividades tienen en común es sólo esto: que todas presuponen normas. En el sentido de que todas son actividades o mandadas o autorizadas —pero de todos modos previstas— por normas preconstituidas. Algunas de estas son simplemente ejecutivas (en sentido estricto) de normas preconstituidas, y, por tanto, son actividades debidas y no discrecionales; otras no son puramente ejecutivas, constituyen, por el contrario, ejercicio de poderes discrecionales, pero tales poderes son de todos modos conferidos por normas preconstituidas.

4. Generalmente hablando, en los ordenamientos contemporáneos las tres funciones están distribuidas de la siguiente manera: la función legislativa es ejercitada de forma centralizada

por una asamblea (denominada de manera general "cámara") o colectivamente por dos distintas asambleas (a las que se les denomina en su conjunto "Parlamento"); la función jurisdiccional es ejercida de forma difusa por órganos (ya monocráticos, ya colegiados) denominados genéricamente "jueces", "cortes" o "tribunales"; la función ejecutiva es ejercida por un conjunto de órganos, comúnmente denominados "administración pública", en cuyo vértice se encuentra un órgano colegiado llamado "gobierno".

Cada ordenamiento estatal, sin embargo, está dotado de un órgano superior (generalmente monocrático) denominado "jefe del Estado". No obstante, la situación del jefe del Estado respecto al resto de los poderes es variable. Hay ordenamientos (algunos ordenamientos monárquicos; todos aquellos de "gobierno presidencial"), en los cuales el jefe del Estado posee al mismo tiempo la calidad de jefe del Ejecutivo. Pero hay también ordenamientos (aquellos de "gobierno parlamentario"), en los que, por el contrario, el jefe del Estado asume el papel de un "poder neutro", distinto al resto de los poderes, con funciones de garante (o como también se dice, "custodio") de la Constitución. Y hay, finalmente, otros ordenamientos (algunos ordenamientos monárquicos; aquéllos de gobierno "semipresidencial") en los que la posición del jefe del Estado no es igualmente unívoca, y se presta a ser configurada de uno u otro modo.

V. "ENTREACTO" SOBRE EL PODER CONSTITUYENTE, CONSTITUCIÓN Y REVISIÓN CONSTITUCIONAL

La clasificación de las funciones estatales, que se ha señalado en los párrafos anteriores, se refiere evidentemente a los "poderes constituidos" y sólo a esos, es decir, a los poderes conferidos y disciplinados por las normas jurídicas positivas, formal o materialmente constitucionales. Necesariamente, pues, escapa de esta clasificación el llamado poder "constituyente".

Del poder constituyente se encuentran, en la cultura jurídica contemporánea, dos distintas concepciones que podemos denominar, respectivamente, "formalista" y "sustantiva".

1. Según la concepción formalista, poder constituyente es aquél que —no siendo "constituido" (es decir, previsto y disciplinado por normas preexistentes)— necesariamente se ejerce *extra ordinem*, o sea, en formas ilegales o, en cualquier caso, no legales.

2. Según la concepción sustantiva, por el contrario, constituyente es el poder que —cualquiera que sean sus modos de ejercicio— expresa la "decisión política fundamental": aquel poder, en fin, que elige los principios supremos y/o caracterizantes del ordenamiento.

Estas dos concepciones del poder constituyente sostienen dos distintas concepciones de la Constitución.

A. La concepción formalista del poder constituyente tácitamente supone que la Constitución es, en lo superficial, nada más que un conjunto de normas (como tal es definible extensivamente, es decir, por simple enumeración de las normas que lo componen).
B. La concepción sustantiva del poder constituyente, a su vez, tácitamente supone que la Constitución es, en cambio, una totalidad coherente de principios y/o valores.

De esto se siguen dos modos opuestos de concebir la revisión constitucional y sus límites.

a) Desde un punto de vista sustantivo, el poder de revisión constitucional no puede avanzar hasta tocar los principios constitucionales supremos (puede sólo retocar marginalmente las restantes normas del texto constitucional): si hiciera así, necesariamente se transformaría en poder constituyente. Alterar los principios supremos, en efecto, constituye no ya una mera revisión de la Constitución existente, sino una verdadera instauración de un nuevo ordenamiento constitucional.

Una consecuencia relevante de este modo de ver es que no existen modos legales de cambiar la Constitución (entendida, precisamente, como el conjunto de los principios supremos): la Constitución sólo puede ser cambiada de forma ilegal, revolucionaria.

b) Desde un punto de vista formal, por el contrario, el poder de revisión constitucional se distingue del constituyente sólo por el hecho de ejercerse en los modos previstos y regidos por la Constitución. Por lo tanto, la modificación constitucional, cuando se realice en las formas previstas por la misma Constitución, queda como mera revisión —no se transforma en instauración de un nuevo ordenamiento constitucional— cualquiera que sea su objeto, aunque, en el fondo, la revisión puede incidir sobre los principios supremos.

Consecuencia relevante de este modo de ver es que la Constitución puede ser modificada también profundamente en formas legales, sin que se ocasionen revoluciones o guerras civiles.

VI. Separación de los poderes

En estricto sentido, el modelo de la separación de los poderes resulta de la combinación de dos principios: el primero atiende a la distribución de las funciones estatales; el segundo, a las relaciones entre los órganos competentes para ejercerlas. Los principios en cuestión son: 1) el principio de especialización de las funciones, y 2) el principio de independencia recíproca de los órganos.

En otras palabras, "separar" significa especialización cuando está referido a las funciones; significa otorgar recíproca independencia cuando se refiere a los órganos.

Cualquiera de los dos principios actúa a través de una serie de reglas específicas.

1. *Especialización de las funciones*. Una función puede decirse "especializada" cuando es ejercida por un cierto órgano (o conjunto de órganos) de modo exclusivo y enteramente.

En particular, una función es especializada —es decir, constituye atribución exclusiva de un órgano dado— si, y sólo si, existen reglas que prohíben a cada órgano del Estado: 1) ejercer aquella función; 2) interferir en el ejercicio de esa función por parte del órgano al que está atribuida (obstaculizando o impidiendo el ejercicio), y 3) privar de eficacia los actos de ejercicio de esa función.

Algún ejemplo ayudará a aclarar el punto:

Diremos que la función legislativa es especializada a condición de que: *a*) esté prohibido a los jueces y al Ejecutivo producir normas (generales y abstractas); *b*) esté prohibido a los jueces anular (o negar la aplicación de) actos legislativos (incluso si son inconstitucionales), y *c*) esté prohibido al Ejecutivo oponer el veto a la promulgación de actos legislativos.

Diremos que la función jurisdiccional es especializada a condición de que esté prohibido al Legislativo y al Ejecutivo resolver controversias y, además, que esté prohibido al Legislativo y al Ejecutivo privar a una decisión jurisdiccional de la autoridad de cosa juzgada.

Diremos que la función ejecutiva es especializada con la condición de que esté prohibido al Legislativo cumplir actos de ejecución material y/o adoptar medidas individuales o concretas, como también privar retroactivamente de eficacia actos del Ejecutivo, y que esté prohibido al Judicial anular actos del Ejecutivo.

2. *Independencia de los órganos*. Dos órganos pueden decirse recíprocamente "independientes" cuando cada uno de estos está libre de cualquier interferencia por parte del otro en cuanto a su formación, a su funcionamiento y a su duración.

Particularmente, un órgano A es independiente de otro órgano B, si, y sólo si, el titular de A no es nombrado por B, y, además, el titular de A no puede ser revocado por B. Por ejemplo:

Diremos que el Ejecutivo es independiente del Legislativo con la condición de que: *a*) el Ejecutivo no sea nombrado (elegi-

do) por el órgano Legislativo, y *b*) no pueda ser revocado (por pérdida de confianza) por el órgano Legislativo.

Diremos que la asamblea legislativa es independiente del Ejecutivo con la condición de que: *a*) sus miembros no sean nombrados por el Ejecutivo, y *b*) no pueda ser disuelta por el Ejecutivo.

Diremos que el Judicial es independiente de los otros dos órganos con la condición de que los jueces: *a*) no sean nombrados por el Ejecutivo ni por la asamblea legislativa, y *b*) no puedan ser revocados o removidos o por el Ejecutivo o por la asamblea legislativa.

VII. DIVISIÓN DEL PODER

Eso que llamo "división del poder" es aquella técnica de organización constitucional que es conocida comúnmente con el nombre de *checks and balances*: frenos (o controles) y contrapesos. Este modelo de organización constitucional excluye tanto la especialización de la función ejecutiva, como la especialización plena y total de la función legislativa, como la independencia recíproca del Ejecutivo y del Legislativo.

El modelo de la división del poder se rige por la simple idea (de Montesquieu) según la cual "sólo el poder frena al poder". En otras palabras, para evitar que los diversos órganos del Estado abusen de las competencias conferidas a ellos es necesario —no ya que los "poderes" estén perfectamente "separados" (en el sentido que hemos visto), sino, por el contrario— que a cada "poder" se contraponga otro, capaz de condicionarlo y de frenarlo.

Hay que precisar que, en este contexto, el poder político incluye al Poder Legislativo y al Ejecutivo, pero no contempla al Poder Judicial, que es concebido como un poder de algún modo "nulo", porque consiste sólo en verificar la violación de las leyes.

En este orden de ideas:

1. En primer lugar, el poder político debe estar dividido entre varios órganos, de tal modo que ningún órgano pueda ejercer el poder político en su propio interés.

2. Además, cualquier función estatal debe ser —no ya especializada, sino— distribuida entre una pluralidad de órganos, de tal modo que la acción de cada uno de los órganos pueda ser, si es el caso, impedida por la acción de otro.

3. Por tanto, los diversos órganos del Estado —lejos de ser recíprocamente independientes— deben, por el contrario, disponer de poderes de control y de influencia recíprocos.

VIII. Implicaciones divergentes

Para aclarar la diversidad entre los dos modelos, puede ser útil ilustrar, de cada uno, algunas implicaciones notables y del todo divergentes.

1. En el modelo de la separación de los poderes, el Ejecutivo no es políticamente responsable ante el Legislativo. En fin, la separación de los poderes es incompatible con el gobierno parlamentario (y es, por el contrario, compatible con el gobierno presidencial, en el que el gobierno no está sujeto a la confianza y al rechazo del Parlamento).

Por el contrario, en el modelo de la división del poder, el Ejecutivo es políticamente responsable ante el Legislativo. En otras palabras, la existencia y la sobrevivencia del gobierno dependen de la confianza del Parlamento.

2. En el modelo de la separación de los poderes, el Parlamento no puede estar desvinculado del Ejecutivo.

Por el contrario, en el modelo de la división del poder, el Ejecutivo (el jefe del Estado y/o el jefe de gobierno) puede disolver a un Parlamento que le sea desfavorable y convocar nuevas elecciones con la esperanza de que obtendrá una mayoría parlamentaria diversa.

3. En ambos modelos, el Ejecutivo no tiene poderes normativos (no puede emanar actos normativos; cuando menos, actos normativos dotados de fuerza de ley).

Sin embargo, en el modelo de la separación de los poderes, el Ejecutivo no puede oponer el "veto" a las leyes (cuando menos, un veto absoluto): el jefe del Estado está obligado a promulgarlas.

Por el contrario, en el modelo de la división del poder, el Ejecutivo (en general, el jefe del Estado) —aunque no puede hacer leyes (lo que originaría confusión de los poderes)— puede, sin embargo, impedir la entrada en vigor de una ley al oponer su veto. Por otra parte, dentro de este modelo, es oportuno que la misma función legislativa sea conferida no a una sola, sino a dos asambleas distintas, de modo que cada una de ellas pueda fungir como contrapeso de la otra (concretamente, impedir que una ley sea aprobada).

4. En ambos modelos, los jueces no tienen poderes normativos (lo que originaría confusión de los poderes). Esto implica, entre otras cosas, que los precedentes judiciales no son vinculantes (a diferencia de lo que ocurre en los sistemas jurídicos de *Common Law*) y que cada decisión jurisdiccional posee eficacia sólo *inter partes*.

Sin embargo, en el modelo de la separación de los poderes, los jueces no pueden en ningún caso rechazar la aplicación de la ley; en particular, no pueden controlar la conformidad de las leyes con la Constitución. En otras palabras, la separación de los poderes es incompatible con la garantía jurisdiccional de la Constitución (la cual, naturalmente, supone una Constitución rígida).

Por el contrario, en el modelo de la división del poder, las leyes están sujetas a control jurisdiccional de legitimidad constitucional, de modo que los jueces pueden rechazar la aplicación de la ley inconstitucional (control difuso), o hasta anularla (control concentrado).

5. En el modelo de la separación de los poderes, los jueces no pueden controlar la legalidad de los actos del Ejecutivo ni anularlos o privarlos de eficacia (el control de legalidad sobre los actos de la administración es confiado a órganos internos de la misma administración).

Por el contrario, en el modelo de la división del poder, los actos del Ejecutivo están sujetos a control jurisdiccional de la legalidad, y los actos administrativos ilegales pueden ser anulados (o, al menos, desaplicados).

IX. La disposición de la función legislativa en los dos modelos

Quería llamar la atención sobre la diversa disposición de la función legislativa en el modelo de la separación de los poderes y, respectivamente, en el modelo de la división del poder.

La separación de los poderes exige la especialización plena de la función legislativa, y esto supone tres cosas fundamentales: *a*) la ausencia de poderes normativos al frente del Ejecutivo y del Judicial, en pocas palabras, la reserva de ley; *b*) la ausencia de veto sobre las leyes, así como, *c*) la ausencia de cualquier tipo de control jurisdiccional (difuso o concentrado, poco importa) sobre la conformidad de las leyes a la Constitución.

Por el contrario, el modelo de la división del poder exige algo menos: no la plena especialización de la función legislativa, sino sólo la reserva de ley. La división del poder admite —más aún, requiere— ya sea el veto sobre las leyes, ya sea el control jurisdiccional sobre la legitimidad constitucional de las leyes. El único rasgo común de los dos modelos es la reserva de ley.

En general, la reserva de ley responde al objeto de garantizar la libertad no tanto porque impida que el Ejecutivo y el Judicial invadan la competencia reservada al legislador, sino sobre todo porque es, a su vez, un presupuesto necesario del principio de legalidad en la jurisdicción y en la administración.

El principio de legalidad es aquella regla en virtud de la cual cada acto jurisdiccional y administrativo (es decir, ejecutivo) debe ser: *a*) fundado sobre una norma previa (general y abstracta), y, además, *b*) conforme a ésta.

Este principio garantiza, por un lado, certeza del derecho; por otro lado, igualdad en la aplicación del derecho. Certeza del derecho (es decir, predecibilidad de las consecuencias jurídicas de las propias acciones), ya que las decisiones jurisdiccionales y administrativas no serían previsibles si no estuvieran fundadas sobre normas preexistentes y conocidas por todos los destinatarios. Igualdad, ya que, si el Poder Judicial y el Ejecutivo estuvieran autorizados a decidir caso por caso (y no de conformidad

con las normas preexistentes), nada impediría que casos iguales fueran tratados de modo diverso.

Evidentemente, el principio de legalidad postula que los órganos jurisdiccionales y ejecutivos encuentren normas preconstituidas, y, por lo tanto, exige que tales normas hayan sido creadas por otros órganos. Por tanto, el Judicial y el Ejecutivo no pueden estar dotados de competencias normativas.

Añádase que las normas que eventualmente hayan sido creadas por el Ejecutivo y por el Judicial para decidir casos concretos serían normas creadas *ex post facto*, y tendrían, por lo tanto, eficacia retroactiva. También bajo este perfil, el ejercicio de competencias normativas por parte de los órganos jurisdiccionales y ejecutivos convierte a sus decisiones en impredecibles, y, por tanto, convierte el derecho en incierto.

Allí donde el órgano investido de la función legislativa tiene carácter electivo (representativo), la reserva de ley está conectada a la garantía de la libertad por una razón superior: la creación de normas por parte de órganos representativos responde, en fin, al principio democrático de autonomía, autodecisión o autodeterminación. Si se conviene que cada norma jurídica constituye, en cuanto tal, una limitación de la libertad para sus destinatarios (para los sujetos a los cuales impone obligaciones), puede decirse que semejante limitación de la libertad sea, no obstante, aceptable a condición de que sea resultado de una decisión asumida por los mismos ciudadanos, si no directamente, al menos, a través de sus representantes.

X. La disposición de la función ejecutiva en los dos modelos

Conviene, además, decir alguna cosa de aquello que se refiere a la disposición ejecutiva en los dos modelos.

El modelo de la separación de los poderes exige la especialización de la función ejecutiva. Ésta, como se ha establecido, es especializada a condición de que: *a*) esté prohibido al Legislativo adoptar medidas individuales y concretas —en fin, leyes-medida—, y *b*) esté prohibido al Judicial anular actos del Ejecutivo.

El modelo de la división del poder, por el contrario, exige, sí, que al Legislativo le sea impedido adoptar leyes-medida, pero exige también que los actos del Ejecutivo estén sujetos al control jurisdiccional de legalidad.

El rasgo común entre ambos modelos es, pues, únicamente la prohibición de leyes-medida. Pero también en esto la uniformidad es sólo aparente, en el sentido de que las razones de la prohibición son diversas en los dos modelos.

En el modelo de la separación de los poderes, cualquier ley-medida está prohibida, ya que constituye por sí una invasión de la función ejecutiva.

En el modelo de la separación del poder, es preciso, en primer lugar, distinguir dos tipos de leyes-medida. Una medida individual y concreta adoptada por el Legislativo puede ser, según los casos, o una medida meramente actuativa de una norma general precedente o un procedimiento derogatorio de una norma general precedente.

Ahora bien, una ley meramente actuativa de una ley precedente es inadmisible no porque constituya una invasión de la esfera reservada al Ejecutivo, sino por una razón completamente distinta: es inadmisible porque las leyes, a diferencia de los actos del Ejecutivo, están tendencialmente sustraidas al control jurisdiccional (salvo aquel control del juez constitucional, donde esté instituido), al menos, allí donde los jueces están incondicionalmente sujetos a las leyes y no pueden en ningún caso negarles la aplicación.

Por otro lado, una ley que deroga a una norma general precedente es inadmisible, de nuevo, no porque constituya una invasión de la esfera reservada al Ejecutivo, sino por una razón del todo diversa: es inadmisible porque viola el principio de igualdad.

XI. Implicaciones convergentes

Los dos modelos, a pesar de las muchas diferencias, poseen también una implicación común: la especialización de la función jurisdiccional y la independencia del Judicial. Una y otra cosa

responden al objeto de garantizar la libertad de modo demasiado evidente, para que sea necesario argumentar extensamente a este propósito.

En cuanto a la independencia de los órganos jurisdiccionales, parece obvio que, donde los jueces fueran nombrados y/o revocados por obra de los otros dos poderes, no estaría asegurada su imparcialidad.

En cuanto a la especialización de la función jurisdiccional, puede observarse lo que sigue.

El Legislativo no debe ejercer la función jurisdiccional por las mismas razones que exigen que el Judicial no ejerza la función legislativa. Si la comprobación de la violación del derecho fuese confiada a aquel mismo órgano que es competente para crearlo, tanto el principio de igualdad como el principio de certeza del derecho estarían expuestos a posibles lesiones. Con ocasión de la decisión de una concreta controversia, el legislador podría, en fin, crear normas al mismo tiempo singulares y retroactivas.

El Ejecutivo no debe ejercer la función jurisdiccional, porque el uso de la fuerza (la aplicación de sanciones) debe estar fundado sobre la comprobación, previa e imparcial, de la violación de normas jurídicas.

Y, por otro lado, ni el Legislativo ni el Ejecutivo deben estar autorizados para revocar o privar de eficacia las decisiones jurisdiccionales. Si éstas pudieran (por cualquiera) estar privadas de la autoridad de cosa juzgada no tendríamos certeza del derecho, tanto en el sentido de la predecibilidad de las consecuencias jurídicas de las mismas acciones, como en el sentido de la estabilidad de las relaciones ya caducadas.

XII. Comentario a la disposición de los poderes y de las funciones en la Constitución italiana vigente[1]

Para concluir, alguna somera indicación acerca de la disposición de los poderes y de las funciones estatales en el ordena-

1 Todas las referencias del autor a la legislación vigente se refieren a textos normativos italianos. N. del T.

miento constitucional vigente. Una disposición —conviene subrayarlo— que está garantizada en sede jurisdiccional por la competencia de la Corte Constitucional para juzgar sobre los "conflictos de atribución entre los poderes del Estado" (artículos 134 de la Constitución; 37 y 38, Ley 87/1953).

Antes de proseguir, es necesario sólo observar que la Constitución vigente asigna al jefe del Estado un papel no bien definido. Según la doctrina mayoritaria, el presidente de la República asume el papel de "poder neutro", garante de la Constitución. Sin embargo, muchas de las atribuciones que le confiere la Constitución parecen configurarlo —aunque sólo sea exteriormente— como jefe del Ejecutivo. Por ejemplo, todos los actos normativos deliberados por el gobierno son "emanados" por el jefe del Estado (artículo 87, párrafo quinto, constitucional): en otras palabras, asumen la forma de decretos (no ya gubernativos, sino) presidenciales. La disolución de las cámaras es dispuesta por decreto presidencial, aunque se requiera el refrendo del presidente del Consejo (artículo 88 constitucional). Y otras cosas por el estilo. La ambigüedad de la figura del jefe del Estado no puede ser aclarada suficientemente en esta ocasión. En lo que sigue, por tanto, las referencias al Ejecutivo conservan esta misma ambigüedad; serán entendidas a veces como referencias al gobierno, a veces como referencias al presidente de la República.

1. En la disposición del Legislativo (órgano y función) se combinan elementos de separación, de división y de confusión.

A. En cuanto a la función:

a) Los artículos 70, 77, párrafo primero y 101, párrafo segundo, constitucionales reservan a las cámaras la función legislativa. El artículo 70, en efecto, establece que la función legislativa es ejercitada colegiadamente por las dos cámaras. El artículo 77, párrafo primero, dispone que el gobierno no puede emitir decretos que tengan valor de ley. El ar- tículo 101, párrafo segundo, en fin, establece que los jueces están sujetos a la ley.

Obsérvese que la atribución de la función legislativa no es a una única asamblea, sino a dos cámaras distintas, lo que responde al principio de la división del poder; se supone, en efecto, que cada una de las cámaras actúa como freno y contrapeso de la

otra. Pero, naturalmente, la eficacia de la división de la función legislativa en dos asambleas distintas resulta muy atenuada (si es que no cancelada) cuando las reglas de composición de las dos asambleas —es decir, las leyes electorales de las dos cámaras— son tales que producen, *grosso modo*, la misma mayoría en ambas, como ocurría en el pasado y ocurre todavía en el ordenamiento vigente.

b) La función legislativa está, en principio, reservada a las cámaras. Sin embargo, la reserva de ley no puede decirse perfecta. Es necesario recordar que —en contextos de doctrina del Estado— la expresión "función legislativa" denota no ya la creación de actos (es decir, documentos) denominados "leyes", sino más en general la producción de normas (de cualquier modo que sean denominados los actos que las expresan).

Ahora bien, por el momento, en el ordenamiento vigente (como en el resto de muchos ordenamientos, si no en todos) el gobierno, si no puede adoptar decretos que tengan valor de ley (artículo 77, párrafo primero, constitucional), puede, sin embargo, adoptar decretos de contenido normativo. Tales decretos que, conforme a la tradición, adquieren el nombre de "reglamentos" (artículo 87, párrafo quinto, constitucional; artículo 17 de la Ley 400/1988) están doblemente subordinados a la ley: por un lado, están autorizados por la ley; por el otro, no pueden contrastar con ésta. No obstante, su contenido normativo consiste en afirmar que la función de la producción normativa no está totalmente reservada a las cámaras.

Sobre todo, la regla del artículo 77, párrafo primero, según la cual el gobierno no puede adoptar decretos que tengan valor de ley, está sujeta a dos excepciones (también éstas comunes a muchos ordenamientos). Por un lado, el gobierno puede emitir decretos con fuerza de ley cuando esto sea previamente autorizado, con ley, por las mismas cámaras (artículo 76): es el fenómeno de la delegación legislativa y de la legislación delegada conectada a esa. Por otro lado, el gobierno, en circunstancias extraordinarias de necesidad y urgencia (artículo 77, párrafo segundo), puede —sin previa autorización de las cámaras— adoptar decretos con fuerza de ley, aunque dotados de eficacia sólo

provisional, y sujetos a la aprobación posterior por parte de las cámaras; lo contrario estaría sancionado con la pérdida retroactiva de la eficacia (artículo 77, párrafo segundo).

La existencia de poderes relevantes de producción normativa en el Ejecutivo es un elemento de "confusión" de los poderes.

c) El Ejecutivo, además, puede interferir en el ejercicio de la función legislativa oponiendo el "veto". Más precisamente: el presidente de la República (que, sin embargo, como señalamos, es configurado por la doctrina dominante como un "poder neutro", distinto al Ejecutivo) puede suspender la promulgación de una ley y pedir a las cámaras una nueva deliberación (artículo 74, párrafo primero, constitucional). El veto presidencial constituye obviamente un "freno" al ejercicio de la función legislativa.

Por otro lado, el veto presidencial se ha caracterizado simplemente como suspensivo, ya que, en caso de que las cámaras aprueben nuevamente la ley reenviada, el presidente no puede ulteriormente negarle la promulgación (artículo 74, párrafo segundo, constitucional). Si no fuera así, no deberíamos decir que el presidente ejerce un papel de freno frente al legislador, sino que el presidente participa, junto con las cámaras, en el ejercicio de la función legislativa.

d) El artículo 101, párrafo segundo, el cual dispone que los jueces están sujetos a la ley —y, es más, sólo a ésta—, está lleno de implicaciones. Las más interesantes en el presente contexto son las siguientes.

Antes que nada, los jueces, estando sujetos a la ley, obviamente no pueden crearla ellos mismos: las decisiones jurisdiccionales no pueden asumir contenido normativo. Además, estando sujetos los jueces *sólo* a la ley, está excluido que los precedentes judiciales puedan asumir valor vinculante, como ocurre en los sistemas de *Common Law*. En consecuencia, está también excluido que las decisiones jurisdiccionales puedan tener eficacia general: esta eficacia no puede más que ser circunscrita al caso que se decide (artículo 2909, Código Civil).

e) Sin embargo, la Constitución vigente —como la mayor parte de las Constituciones contemporáneas— es rígida (artículo 138 constitucional). Y, como conviene a una Constitución rígi-

da, las leyes están sujetas a control jurisdiccional de legitimidad constitucional: tal control es ejercido no ya de forma difusa por cada juez con ocasión de una controversia a él sometida, sino de forma concentrada, por una expresa Corte Constitucional (artículo 134 constitucional), cuyas decisiones provocan, sin más, la anulación de las normas juzgadas inconstitucionales (artículo 136, párrafo primero, constitucional).

Cuantos creen que anular una ley no es cosa sensiblemente diferente de legislar dirán que la Corte es no tanto un "contrapeso" del Legislativo, sino más bien un "legislador negativo" (si no un "colegislador").

f) La Constitución vigente instituye otro contrapeso al Poder Legislativo, desconocido por el constitucionalismo clásico, y de eso conviene hacer una mención. Se trata del referéndum derogatorio (artículo 75 constitucional; Ley 351/1970).

La Constitución prevé que quinientos mil electores (o cinco consejos regionales) puedan reclamar un referéndum popular para la derogación total o parcial de una ley. Evidentemente, el referéndum derogatorio no es otra cosa que un "contra-poder" político del pueblo frente al Legislativo; concretamente en la mayor parte de los casos, un contra-poder de las minorías parlamentarias frente a la mayoría (la mayoría que ha aprobado una determinada ley, la cual no necesariamente coincide con la mayoría que sostiene al gobierno) o bien de un movimiento político (no organizado en partido) frente a las fuerzas políticas dominantes.

B. En cuanto al órgano:

a) Las cámaras son casi totalmente independientes del Ejecutivo por lo que se refiere a su composición, ya que ambas, de hecho, tienen carácter electivo (artículos 56, párrafo segundo, y 58, párrafo primero, constitucionales).

La independencia no puede decirse total a causa de los senadores vitalicios de nombramiento presidencial (artículo 59, párrafo segundo, constitucional) que —aunque en número reducido— pueden, sin embargo, determinar la formación de una mayoría, ya sea en la aprobación de las leyes, ya sea en la aprobación de las mociones de confianza o de censura del gobierno.

b) Las cámaras son también independientes del Ejecutivo por lo que se refiere a su organización interna y a su funcionamiento: cada una de ellas, en efecto, está dotada de un reglamento propio, aprobado por la mayoría absoluta de sus componentes (artículo 64, párrafo primero, constitucional).

c) Las cámaras son también independientes del Ejecutivo en el sentido de que, en principio, ningún miembro del Parlamento puede ser de ninguna manera privado de la libertad personal sin autorización de la cámara a la que pertenece, salvo que haya sido condenado con sentencia definitiva o haya sido sorprendido en el acto de cometer un grave delito (artículo 68, párrafos primero y segundo, constitucional).

d) Las cámaras no son en absoluto independientes del Ejecutivo, por el contrario, por lo que se refiere a la duración de la legislatura, desde el momento en que pueden ser disueltas por decreto del presidente de la República (artículo 88 constitucional), refrendado por el presidente del Consejo. Y esto constituye obviamente un contrapeso del Legislativo.

e) Las cámaras, en fin, son independientes del Judicial bajo un doble perfil. Por un lado, cualquiera de las cámaras juzga los títulos de admisión de sus componentes y las causas sobrevenidas de inelegibilidad y de incompatibilidad (artículo 66 constitucional). Por el otro, los miembros de las cámaras no pueden ser llamados a responder de las opiniones expresadas y de los votos dados en el ejercicio de su función (artículo 68, párrafo primero, constitucional).

2. También en la disposición del Ejecutivo (órgano y función) se combinan elementos de separación, de división y de confusión:

A. En cuanto a la función:

a) En el ordenamiento vigente, la función ejecutiva no puede decirse íntegramente especializada. Esto a causa del fenómeno de las así denominadas "leyes-medida". Se trata de actos legislativos (aprobados, pues, por las cámaras), dotados sin embargo no ya de contenido normativo, general y abstracto, sino de contenido singular y concreto: el contenido típico de un acto administrativo, que en régimen de especialización de las funciones debe-

ría ser competencia exclusiva del Ejecutivo. Las leyes-medida suscitan diversas dudas de legitimidad constitucional.

En cuanto a las leyes que dan ejecución a una norma legislativa preexistente, parece que contradicen el artículo 113, párrafo primero, constitucional, si éste se interpreta en el sentido de que está garantizada la tutela jurisdiccional no sólo contra los "actos de la administración pública" (según la letra de la disposición), sino más en general contra todo acto "materialmente" administrativo (provenga de donde sea). Las leyes en cuestión tienen precisamente el contenido de actos administrativos, pero —teniendo la "forma" de la ley— no pueden ser impugnadas frente "a los órganos de jurisdicción ordinaria o administrativa", como querría la Constitución. Sólo la Corte Constitucional (artículo 134 constitucional) puede conocer la legitimidad constitucional de actos formalmente legislativos. Y, por otro lado, a causa del modo en que el control de legitimidad constitucional está consignado en nuestro ordenamiento (*a posteriori*, en vía incidental), es del todo posible que las leyes de este tipo escapen, de hecho, al juicio de la Corte.

En cuanto a las leyes que derogan una norma legislativa preexistente, parece que contradicen el principio de igualdad. Parece, en efecto, natural entender el principio de igualdad "ante la ley" (artículo 3o., párrafo primero, constitucional) en el sentido de que el legislador tiene la obligación de disponer en general y en abstracto. *Prima facie*, cada ley singular constituye la violación del principio de igualdad.

Pero estas dudas han sido rechazadas en muchas ocasiones por la Corte Constitucional.

En primer lugar, la Corte —con la conformidad de la doctrina dominante— niega que en la Constitución vigente exista una reserva de función administrativa (*cfr.*, por ejemplo, Corte Constitucional 60/1957, 331/1988, 143/1989). De lo que se sigue que no está prohibido a la ley contener preceptos singulares y concretos ejecutivos de normas preexistentes. Por otro lado, la Corte entiende el principio de igualdad no ya como prohibición absoluta de leyes singulares sino como prohibición de leyes "irracionales", arbitrarias, es decir, de leyes que *sin razón* discriminan

entre ciudadanos que se encuentran en situaciones iguales o similares, o que *sin razón* omitan distinguir entre ciudadanos que se encuentran en situaciones diversas (*cfr.*, por ejemplo, Corte Constitucional 15/1960, 204/1982). De lo que se sigue que una ley singular, derogatoria de una norma preexistente, no es sólo por eso inconstitucional.

b) La función ejecutiva es también balanceada por el control jurisdiccional sobre todos los actos del Ejecutivo (sean éstos normativos, como los reglamentos, o singulares y concretos, como los procedimientos administrativos). Estatuye, en efecto, el ya mencionado artículo 113, párrafo primero, constitucional que, "contra los actos de la administración pública, se admite siempre la tutela jurisdiccional de los derechos y de los intereses legítimos ante los órganos de la jurisdicción ordinaria o administrativa". Por otro lado, sólo los jueces administrativos —tribunales administrativos regionales y Consejo de Estado— tienen el poder de anular actos del Ejecutivo que sean ilegítimos: los jueces comunes pueden sólo "desaplicarlos", es decir, rechazar la aplicación, no tenerlos en cuenta al juzgar las controversias a ellos sometidas.

B. En cuanto al órgano:

a) El presidente de la República —puesto que se le ha querido considerar como parte del Ejecutivo— no puede considerarse enteramente independiente del Legislativo. En primer lugar, es elegido por el Parlamento en sesión común de las dos cámaras (artículo 83, párrafo primero, constitucional) y, no existiendo ninguna norma que excluya la reelección, es reelegible. En segundo lugar, no es —jurídica ni políticamente— responsable por los actos cumplidos en el ejercicio de sus funciones (artículos 89, párrafo primero, y 90 constitucionales), de modo que no puede ser revocado; sin embargo, puede ser sometido a estado de acusación por el Parlamento en sesión común (y juzgado después por la Corte Constitucional: artículo 134 constitucional), en caso de que se le encuentre culpable de alta traición y/o de atentado a la Constitución (artículo 90, párrafo segundo, constitucional).

b) La forma de gobierno instaurada por la Constitución vigente es esencialmente parlamentaria. El Ejecutivo es, por tan-

to, balanceado por el doble instituto de la confianza y de la censura, que lo hace políticamente responsable frente al Legislativo (artículo 94 constitucional). En otras palabras, el gobierno debe tener la confianza de las dos cámaras, de modo que no puede tener la plenitud de sus funciones hasta que no la haya obtenido, y tiene la obligación de dimitir cuando no la obtenga o, cuando habiéndola obtenido en el acto de su formación, le sea después revocada.

c) Conviene observar, por otro lado, que hay, en el ordenamiento, una parte (no despreciable) de la función ejecutiva que escapa al control del Legislativo, se trata de la función ejercida por el Ministerio Público que consiste en el ejercicio de la acción penal. El Ministerio Público tiene la *obligación* de ejercer la acción penal cada vez que tenga conocimiento de un acto calificado como delito por la ley (artículo 112 constitucional), está —como los órganos jurisdiccionales— sujeto a la ley y a ella sola.

3. En fin, el Judicial está, en el ordenamiento vigente, completamente "separado" tanto del Legislativo como del Ejecutivo.

A. En cuanto a la función jurisdiccional:

a) La función jurisdiccional es estrictamente especializada en virtud de la reserva de jurisdicción deducible del artículo 102, párrafo primero, constitucional, el cual dispone que la función jurisdiccional no puede ser ejercida más que por los magistrados ordinarios. Esto, de por sí, excluye que el legislador (mediante una ley) o el Ejecutivo (mediante un acto administrativo) puedan sustituir a los órganos jurisdiccionales en la decisión de una controversia.

Por el otro lado, como se ha dicho, los jueces están sujetos tan sólo a la ley (artículo 101, párrafo segundo, constitucional). Y esto significa, entre otras cosas, que éstos no están sujetos a órdenes o directivas políticas de cualquiera "en cuanto al modo de juzgar en concreto" (Corte Constitucional 234/1976), es decir, en orden a la solución de controversias específicas.

b) En el ordenamiento vigente, todos los actos del Estado están sujetos a un determinado tipo de control jurisdiccional de legalidad (o de "legitimidad constitucional" en el caso de los ac-

tos con fuerza de ley). Los actos del Legislativo están sujetos al control de la Corte Constitucional. Los actos administrativos están sujetos al control de los jueces ordinarios y administrativos. Las decisiones jurisdiccionales, a su vez, están sujetas al control de la Corte de Casación, frente a la cual pueden ser siempre impugnadas por violación de la ley (artículo 111, párrafo segundo, constitucional).

Pero esto quiere decir que, mientras el Legislativo y el Ejecutivo encuentran un freno o contrapeso en el Judicial, es decir, en otro poder del Estado, el Judicial no encuentra otros contrapesos más que en el interior de sí mismo.

c) La reserva de jurisdicción implica —también en ausencia de una expresa disposición constitucional en tal sentido— el principio de intangibilidad de la cosa juzgada (artículos 2909, Código Civil y 324, Código de Procedimientos Civiles). Lo cual, a su vez, implica la ilegitimidad constitucional de una eventual ley que, retroactivamente, pretendiera atropellar decisiones jurisdiccionales ya convertidas en cosa juzgada (*cfr.* Corte Constitucional 55/1971, 185/1981, 70/1983).

d) Excepciones (¿sin importancia?) a este principio están constituidas por las instituciones de la gracia, de la amnistía y del indulto, todas las cuales, de modo diverso, inciden en uno o más asuntos juzgados. La gracia constituye una interferencia en la función jurisdiccional por obra del Ejecutivo: más precisamente, la gracia es concedida por el jefe del Estado (artículo 87, párrafo decimoprimero, constitucional), pero naturalmente su decreto debe ser refrendado por el ministro que propone (artículo 89, párrafo primero, constitucional). La amnistía y el indulto constituyen otras tantas interferencias en la función jurisdiccional por obra del Legislativo: amnistía e indulto, en efecto, pueden ser concedidas sólo con una ley (aprobada por una mayoría calificada: artículo 79, párrafo primero, constitucional).

Pero, a decir verdad, en un cierto sentido, el principio de intangibilidad de la cosa juzgada no vale en derecho penal. En este específico sector del ordenamiento, de hecho, es aceptado sin discusión (no estando constitucionalizado) el principio así denominado del *favor rei* (artículo 2o., párrafo segundo, Código Penal),

en virtud del cual cualquier ley que disponga un trato más favorable al reo tiene efectos retroactivos hasta cancelar las sentencias de condena pronunciadas sobre la base de la ley precedente, haciendo cesar la ejecución y los efectos penales. De manera que, en este sentido, el legislador interfiere en la función jurisdiccional cada vez que adopta un norma penal más favorable.

e) Se ha dicho, incidentalmente, que no constituye interferencia en la función jurisdiccional el fenómeno de las leyes llamadas de "interpretación auténtica"; leyes, éstas, que —en presencia de dudas y en contrastes interpretativos— establecen qué significado los jueces deben atribuir a leyes preexistentes. Las leyes de interpretación auténtica no constituyen interferencia en la función jurisdiccional por la simple razón de que el Parlamento, al determinar (imperativamente y *erga omnes*) el significado de una ley precedente, ejerce no ya la función jurisdiccional sino la función legislativa.

B. En cuanto a los órganos jurisdiccionales:

a) Los jueces son autónomos e independientes —como dispone el artículo 104, párrafo primero, constitucional— "respecto de cualquier otro poder". Autonomía e independencia, sin embargo, provienen no tanto y en cualquier caso no sólo de esta solemne proclamación, sino más bien de otras dos circunstancias.

En primer lugar, de la circunstancia de que —como se ha dicho repetidamente— los jueces están sujetos únicamente a la ley (artículo 101, párrafo segundo, constitucional). Y, en consecuencia, ningún juez está ligado por vínculos de jerarquía con otros jueces: "los magistrados se distinguen entre sí únicamente por la diversidad de funciones" (artículo 107, párrafo tercero, constitucional).

En segundo lugar, de la circunstancia de que los jueces son inamovibles (artículo 107, párrafo primero, constitucional): admisiones, asignaciones, transferencias, promociones y medidas disciplinarias de todo tipo en los asuntos que afectan a los magistrados (incluidos, entre ellos, los del Ministerio Público) son competencia exclusiva —no del Ejecutivo ni tampoco del Legislativo, sino— del Consejo Superior de la Magistratura (artículo 105 constitucional).

El Consejo Superior —compuesto mayoritariamente (aunque no completamente) por magistrados electos por los mismos magistrados (artículo 104, párrafo cuarto, constitucional)— es, suele afirmar la doctrina, un órgano de "autogobierno" de la magistratura. Conviene subrayar que se trata precisamente de la "magistratura" y no de los jueces (titulares de la función jurisdiccional), desde el momento en que son representantes del Consejo también los magistrados de la acusación pública.

EN TORNO A LAS NORMAS SOBRE LA PRODUCCIÓN JURÍDICA

I. La legislación como acto "institucional" 85
II. Normas sobre la producción jurídica 86
III. Variedad de normas sobre la producción jurídica . 88
IV. Existencia y validez de las normas jurídicas 90
V. Invalidez formal y material 92
VI. Interpretación y análisis lógico de las normas . . . 93

EN TORNO A LAS NORMAS SOBRE LA PRODUCCIÓN JURÍDICA*

I. La legislación como acto "institucional"

Se puede convenir, sin demasiada argumentación, que "legislar"[1] es una cosa distinta que el mero "formular normas". Formular una norma es un acto "bruto", legislar —introducir las normas formuladas en el ordenamiento jurídico— es un acto "institucional", o más bien una secuencia de actos institucionales, gobernados por normas (jurídicas) constitutivas. No existiría ninguna "legislación" si las normas formuladas (por ejemplo en un diseño o proyecto de ley) no fueran después "emanadas"[2] de conformidad con algunas normas secundarias o de segundo grado. Estas últimas, según un modo de expresarse difundido entre la doctrina italiana, son "normas sobre la producción jurídica": normas constitutivas que disciplinan la creación de "leyes".[3]

Las normas sobre la producción jurídica confieren al acto "bruto" de prescribir —realizado por ciertos sujetos determinados de conformidad con ciertos, no menos determinados, procedimientos— la etiqueta "institucional" de legislación. Esas son

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

1 Aquí y en otros lugares uso el término "legislar" en el sentido amplio de crear normas jurídicas, y el término "ley" en el sentido igualmente amplio de fuente de normas jurídicas.

2 Uso el término "emanar" no en sentido técnico-jurídico, sino en el sentido genérico de introducir una norma (o más bien, una formulación normativa) en el ordenamiento jurídico.

3 *Cfr.* Perassi, T., *Introduzione alle scienze giuridiche*, Nápoles, 1922 (ahora en Perassi, T., *Scritti giuridici*, Milán, 1958, vol. I); Gavazzi, G., *Norme primarie e norme secondarie*, Turín, 1967; Bobbio, N., *Studi per una teoria generale del diritto*, Turín, 1970, pp. 175 y ss.; *Id.*, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Turín, 1994, capítulo XII; Guastini, R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, 1993, capítulo III.

normas "constitutivas" en el sentido de que la noción de "legislación" no puede ser definida sin mencionar en el *definiens* las normas en cuestión. Una definición de "legislación" que no mencionase tales normas no sería apropiada, no capturaría el concepto de legislación.

El concepto de norma constitutiva aquí bosquejado puede ser definido muy sencillamente como sigue: una norma es constitutiva —cualquiera que sea su contenido prescriptivo— siempre que deba ser mencionada en la definición de la actividad por ella disciplinada.[4] Desde este punto de vista, los conceptos de norma "regulativa" y de norma "constitutiva" no parecen recíprocamente excluyentes, puesto que también una regla de conducta (un mandamiento, un permiso) puede ser una norma constitutiva.[5]

II. NORMAS SOBRE LA PRODUCCIÓN JURÍDICA

En la literatura teórico-jurídica contemporánea, las normas sobre la producción jurídica son habitualmente llamadas "normas de competencia", o "normas que confieren poderes", y su estatuto lógico es vivamente discutido.[6]

1. Según algunos, las normas que confieren poderes no son mas que normas permisivas: por ejemplo, la norma que confiere al Parlamento el poder de legislar no es otra cosa que el permiso de hacer leyes (concedido, se entiende, al Parlamento). En virtud de tal norma, el acto de legislar (realizado por el Parlamento) es deónticamente calificado como permitido.

2. Según otros, las normas que confieren poderes son mandamientos (encubiertos o indirectamente formulados), por ejem-

4 Este concepto de regla constitutiva es un poco distinto del estipulado por Searle, J. R., *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, 1969.

5 Por tanto, las reglas constitutivas (contrariamente a lo que parece pensar Bulygin, E., *Norme, validitá, sistemi normativi,* Turín, 1995, capítulo XII) no pueden ser identificadas *sic et simpliciter* con definiciones, sin bien toda definición legislativa, en un sentido, expresa una regla constitutiva.

6 *Cfr.*, por ejemplo, *idem*; Atienza, M. y Ruiz Manero, J., "Sulle regole che conferiscono poteri", en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *Analisi e diritto 1994. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Turín, 1994, pp. 55-84; *Id.*, *Las piezas del derecho*, Barcelona, 1996.

plo, la norma que confiere al Parlamento el poder de legislar no es más que un mandamiento que se dirige a los ciudadanos imponiéndoles la obligación de obedecer las leyes emanadas del Parlamento.

3. Otros, sin embargo, piensan que las normas que confieren poderes son definiciones, por ejemplo, la norma que confiere al Parlamento el poder de hacer leyes no es más que una definición (o, quizá, parte de la definición) de "ley"; por definición, una "ley" es un texto normativo emanado del Parlamento.

4. Otros, en fin, piensan que las normas que confieren poderes son normas que establecen condiciones, por ejemplo, la norma que confiere al Parlamento el poder de hacer leyes establece una condición necesaria de existencia o de validez de las leyes.

Personalmente, no encuentro satisfactoria esta discusión por (al menos) cuatro razones.

Primera razón: falta de distinciones conceptuales. La clase de las normas secundarias sobre la producción jurídica está compuesta por diversas subclases, que no conviene tratar unitariamente.

Segunda razón: terminología infeliz. La expresión "normas que confieren poderes" es corrientemente usada para denotar la entera clase de las normas sobre la producción jurídica. Esta expresión, sin embargo, parece apropiada para referirse solamente a una de las subclases que componen el conjunto.

Tercera razón: falta de claridad al enfocar el problema entero. Los autores que discuten sobre la "naturaleza" de las normas que confieren poderes no parecen conscientes de la "naturaleza" del problema que están discutiendo.

Cuarta razón: no estoy seguro que las cuatro teorías mencionadas sean de verdad incompatibles entre ellas como lo parecen. Por el contrario, se puede sostener que todas son fundadas y que, por tanto, pueden coexistir.

III. VARIEDAD DE NORMAS SOBRE LA PRODUCCIÓN JURÍDICA

La clase de las normas sobre la producción jurídica incluye por lo menos cinco subclases:[7]

1. Normas que confieren poderes (en sentido estricto): aludo a aquellas normas que adscriben a un determinado sujeto un poder normativo, o más precisamente el poder de crear un cierto tipo de fuente del derecho —caracterizada por un determinado *nomen iuris* y de un igualmente determinado régimen jurídico— de modo que ningún otro sujeto tiene título para crear ese tipo de fuente.

2. Normas procedimentales: o sea, normas que regulan las modalidades de ejercicio del poder normativo conferido, en suma, los procedimientos para crear la fuente del derecho en cuestión.

3. Normas que circunscriben el ámbito del poder conferido, determinando cuáles materias el poder (o la fuente del derecho) en cuestión tiene título para regular.

4. Normas que reservan una materia determinada a una cierta fuente, en modo tal que: *a*) ninguna otra fuente tenga título para regular esa materia, y *b*) la fuente, a favor de la cual la reserva es establecida, no está autorizada a delegar la regulación de la materia en cuestión a otras fuentes.

5. Normas relativas al contenido mismo de la normación futura, en particular, normas que ordenan o prohíben (a veces de modo indirecto) al legislador emanar leyes provistas de un cierto contenido. Por ejemplo, las normas constitucionales que prohíben al legislador emanar leyes penales retroactivas o leyes discriminatorias (pero, si se observa, recaen en esta clase también

7 Ulteriores detalles en Guastini, R., *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*, Turín, 1995, capítulo V. En sentido estricto, para decir la verdad, se suele llamar "normas sobre la producción jurídica" sólo a aquellas que establecen qué órganos son competentes para crear normas (por ejemplo el artículo 70 de la Constitución italiana) y con cuáles procedimientos se debe ejercer tal competencia (por ejemplo el artículo 72 de la Constitución italiana). En sentido amplio, sin embargo, se encuentran entre las normas sobre la producción jurídica también aquellas que predeterminan el contenido de las normas futuras (por ejemplo, artículos 3o., fracción I y 25, fracción II, Constitución italiana).

las disposiciones constitucionales que confieren derechos de libertad a los ciudadanos).[8]

Según mi modo de ver, la expresión "normas que confieren poderes" no es apropiada para designar las normas de las subclases 2 a 5. Tales normas hacen cualquier cosa distinta que conferir poder: hacen referencia al poder ya concedido por otras normas, imponiéndole sus límites. Por lo tanto, ellas presuponen las normas que confieren poderes estrictamente entendidas.

De todos modos, cualquiera que sea el estatuto lógico de las normas que confieren poderes (en sentido estricto), es muy dudoso que a todos los tipos de normas mencionados arriba se aplique el mismo análisis lógico. Por ejemplo:

a) Admitido que las normas que confieren poder legislativo al Parlamento sean mandamientos referidos *a los ciudadanos*, las normas procedimentales relativas al ejercicio del poder legislativo parecen más bien mandamientos dirigidos al *órgano legislativo mismo*.
b) Admitido que las normas que confieren poder legislativo sean *permisos* dirigidos al Parlamento, las normas procedimentales relativas al ejercicio del poder legislativo parecen más bien *mandamientos* dirigidos al Parlamento.
c) Si es plausible reconocer las normas que confieren poderes (y quizá también las normas procedimentales) como partes de la definición de la fuente a la que se refieren (por ejemplo, "la ley"), en modo tal que una sedicente "ley" emanada de un órgano diverso del Parlamento no es para nada una "ley" (ni siquiera existe como "ley"), no puede decirse lo mismo de las normas que determinan el contenido de la legislación futura, ya que una ley que contraste con la Constitución (bajo el perfil sustancial) es comúnmente reconocida como una "ley" genuina: existente, aunque invalida.

8 Toda disposición constitucional que confiera un derecho de libertad es habitualmente entendida como expresión de al menos dos normas diversas: un permiso dirigido a los ciudadanos y también una prohibición dirigida al legislador.

d) Se puede convenir que todas las normas mencionadas establecen "condiciones" relativas a la fuente a la que se refieren. Sin embargo, mientras las normas de la subclase 1 y, quizá, de la 2 establecen condiciones de "existencia" jurídica de la fuente en cuestión, las normas de las demás subclases —según el pensamiento jurídico común— establecen condiciones no de existencia, sino de validez. Pero, a este respecto, conviene distinguir inmediatamente existencia y validez.

IV. EXISTENCIA Y VALIDEZ DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Una norma jurídica viene a existir —o bien, una norma adquiere existencia jurídica— cuando es creada de conformidad con (al menos) *algunas* normas sobre la producción jurídica. Quiero subrayar que la emanación conforme con *algunas* normas sobre la producción jurídica (no con todas) es condición suficiente para la existencia jurídica de una norma: es condición suficiente para que esa norma entre a formar parte del ordenamiento jurídico (existencia jurídica significa precisamente pertenencia a un determinado ordenamiento).[9] La conformidad con todas las normas sobre la producción jurídica es condición necesaria de validez, pero no de existencia jurídica. Existencia y validez deben ser cuidadosamente distinguidas.[10]

Se dice que es válida una norma que sea conforme con todas las normas secundarias que gobiernan su creación y predeterminan su contenido normativo. En muchos ordenamientos jurídicos, sin embargo, una norma es considerada "existente" —aunque sea (eventualmente) inválida—, a condición de que emane de un órgano *prima facie* competente, el cual haya operado de

9 Con esto me distancio del modo corriente de ver que identifica "pertenencia" y "validez". *Cfr.* Guastini, R., *Il giudice e la legge...*, *cit.*, nota 7, pp. 130 y ss.

10 *Cfr.* Zagrebelsky, G., "Processo costituzionale", *Enciclopedia del diritto*, Milán, 1989, vol. XXXVI, pp. 565 y ss; Modugno, F., "Validitá (diritto costituzionale)", *Enciclopedia del diritto*, Milán, 1993, vol. XLVI; Guastini, R., "Invalidity", *Ratio Iuris*, 7, 1994, pp. 212-226; *Id.*, "Invaliditá (atti normativi)", en Belvedere, A. *et al.*, *Glossario,* Milán, 1994, pp. 235-245.

conformidad con algunas normas procedimentales (no necesariamente con todas). Por ejemplo, en muchos ordenamientos europeos gobernados por Constituciones rígidas, una ley materialmente en contraste con la Constitución es considerada existente, aunque inválida, hasta que su ilegitimidad constitucional no haya sido "declarada" por la Corte Constitucional. Por el contrario, cualquier juez puede rechazar la aplicación de una ley decididamente "inexistente" (un texto normativo que no puede ser ni siquiera reconocido como "ley"), sin que ocurra una declaración en tal sentido de la corte constitucional.[11]

Naturalmente —y es entonces ésta la razón fundamental para distinguir entre validez y eficacia— que la mera existencia (jurídica) no está privada de efectos (jurídicos). Por el contrario, en muchos ordenamientos europeos las leyes existentes (aunque inválidas) deben ser aplicadas por los tribunales, hasta que su invalidez no sea positivamente "declarada" por la Corte Constitucional.[12]

Con todo, no es fácil decir con precisión cuáles son las condiciones necesarias o suficientes de existencia de las diversas normas jurídicas (o, mejor dicho, de las diversas fuentes del derecho).

En línea de principio, la conformidad con las normas que confieren poderes parece ser una condición necesaria de existencia; en muchas culturas jurídicas, una "ley" emanada no del Parlamento, sino de cualquier otro órgano, no sería ni siquiera considerada como ley. Y éste es un argumento conclusivo para decir que la emanación por parte del Parlamento es un rasgo definitorio de la noción de ley. De modo que no hay duda de que la

11 Además, en un ordenamiento con Constitución flexible, en el cual no existe un control jurisdiccional de la legitimidad de las leyes, es del todo posible que los jueces, aunque no estén autorizados a anular las leyes inconstitucionales, estén facultados para rechazar la aplicación de leyes "inexistentes". Ciertamente, los jueces tienen la obligación de aplicar las leyes, pero incluso en un régimen de Constitución flexible ningún juez puede tener la obligación de aplicar un texto normativo sólo porque este pretende ser una "ley", incluso si no puede ni siquiera ser identificado como "ley".

12 La ley declarada invalida es, por eso mismo, "anulada", es decir, pierde su "pertenencia" al ordenamiento.
En régimen de Constitución flexible, incluso si las leyes "inexistentes" pueden ser desaplicadas por los tribunales, no existen remedios contra las leyes "existentes" (aun si son invalidas).

norma que confiere al Parlamento poder legislativo ofrece por lo menos una parte de la definición de "ley".

Pero, por lo que respecta a las normas procedimentales, la existencia es un concepto vago, abierto. Ciertamente, según el pensamiento jurídico común, la conformidad con al menos *algunas* normas procedimentales es condición necesaria de existencia. Pero nadie puede decir exactamente *cuáles* y *cuántas* normas procedimentales deben ser observadas para dar lugar a una fuente "existente".

Por el contrario, en línea de principio, la conformidad con las normas que conciernen al ámbito de competencia de la ley y el contenido de la legislación futura es considerada condición necesaria de validez, no de existencia. Y es por esta razón que, en muchos ordenamientos europeos, tales normas no pueden hacerse valer por los jueces comunes (con resultados de desaplicación o de anulación de la ley inválida), y es la Corte Constitucional el único juez competente para comprobar la invalidez de las leyes "existentes".[13]

V. INVALIDEZ FORMAL Y MATERIAL

Los juristas suelen distinguir entre validez "formal" y validez "material".[14] La validez formal supone la observancia de las normas que confieren un poder normativo, o bien de las normas que regulan el ejercicio de tal poder. La validez material supone la observancia de las normas que determinan el ámbito de competencia y el contenido de la normación futura.

La misma distinción puede ser aplicada también a la invalidez. Se dirá inválida por razones "formales" una ley que no

13 En régimen de Constitución flexible, donde no existe algún juez constitucional, las normas inconstitucionales relativas al ámbito de competencia de la ley y al contenido de las leyes futuras no pueden ser hechas valer de ningún modo; por lo menos así pensamos los juristas.

14 *Cfr.* Guastini, R., "Rules, validity and statutory construction", en Pizzorusso, A. (ed.), *Italian studies in law*, Dordrecht, 1992, vol. I, pp. 11-28. Esta distinción, por otro lado, no es exhaustiva: *cfr.* Guastini, R., "L'illegittimitá delle disposizioni e delle norme", en Commanducci, P. y Guastini, R., *Analisi e diritto 1992. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Turín, 1992, pp. 175-201 (especialmente p. 186).

haya sido emanada del órgano competente y según los procedimientos debidos. Se dirá inválida por razones "materiales" (o "sustanciales") una ley que contraste con la Constitución por su objeto (la materia disciplinada) o por su contenido (el modo en que esa materia es disciplinada).

Ahora bien, mientras la invalidez material es una forma "débil" de invalidez, que no produce la inexistencia de la ley, la invalidez formal, por lo general, es una invalidez de tipo "fuerte" que, por regla, comporta nada menos que la inexistencia de la ley. En línea de principio, la invalidez material puede ser reconocida sólo por una corte constitucional (siempre que tal corte exista), mientras que la invalidez formal puede ser reconocida por cualquier juez.

Se podría decir también de esta forma: una ley materialmente inválida es *anulable* (por una corte constitucional), mientras una ley formalmente inválida es decididamente *nula* (de modo que la nulidad puede ser reconocida por cualquier juez).

VI. Interpretación y análisis lógico de las normas

He mencionado arriba cuatro teorías relativas al estatuto lógico de las normas que confieren poderes, y he manifestado la duda de que, después de todo, no sean entre ellas incompatibles. El punto requiere de algunas palabras explicativas.

Para someter a un test de fundamentación a las teorías en cuestión se puede proceder, muy simplemente, controlando el valor de verdad de las proposiciones en ellas implicadas (por comodidad, circunscribo el discurso a la norma que confiere al Parlamento el poder de legislar).

1. Si la primera teoría es fundada, entonces la proposición según la cual el Parlamento tiene permiso para legislar (el *status* deóntico del acto de legislar cumplido por el Parlamento es permitido), debe ser verdad. Entonces, la primera teoría es fundada.

2. Si la segunda teoría es fundada, entonces la proposición según la cual los ciudadanos tienen la obligación de obedecer las leyes, debe ser cierta. Y no existe duda de que sea verdadera. Entonces, también la segunda teoría es fundada.

3. Si la tercera teoría es fundada, entonces la proposición según la cual ningún texto normativo que no haya sido emanado del Parlamento puede merecer el nombre de "ley" (un texto normativo semejante, por definición, no es una "ley"), debe ser cierta. Es cierto que tal proposición es verdadera. De modo que también la tercera teoría es fundada.

4. Si la cuarta teoría es fundada, entonces la proposición según la cual la emanación por parte del Parlamento es condición necesaria de existencia de la ley, debe ser cierta. Y esta proposición, obviamente, es verdadera. Por tanto, también la cuarta teoría es fundada.

He aquí entonces que las cuatro teorías mencionadas parecen fundadas. ¿Cómo es posible? ¿no son quizá teorías en competencia? Mi respuesta es no.

El problema que estamos discutiendo es un problema de análisis lógico (o de análisis filosófico, si así se prefiere denominarlo). Ahora, la primera cuestión por plantear es la siguiente: análisis lógico ¿de qué? de las normas, obviamente. Desgraciadamente, sin embargo, el término "norma" es notoriamente ambiguo. En un primer sentido, bastante común en el uso corriente de los juristas, "norma" significa formulación normativa (enunciado normativo, disposición normativa): un enunciado del lenguaje de las fuentes *no interpretado todavía* y considerado independientemente de su interpretación. En un segundo sentido, igualmente difundido en el lenguaje de los juristas, "norma" significa una formulación normativa *interpretada*, o bien el *contenido de significado* de una formulación normativa: es lo que propongo llamar una norma en sentido estricto. De modo que debemos preguntar ¿las cuatro teorías en discusión tienen por objeto formulaciones normativas o normas en sentido estricto?

Pues bien, me parece obvio que tales teorías tienen por objeto formulaciones normativas, por la banal razón de que no existe modo de hablar de una norma cualquiera sin hacer referencia a (una) su formulación. Por otro lado, el análisis lógico del lenguaje supone la interpretación de las entidades lingüísticas que se analizan. Quiero decir que las divergencias entre las cuatro teorías parecen nacer de diversas y contrapuestas interpretacio-

nes de los enunciados normativos analizados. En otras palabras: cualquiera de las cuatro teorías supone una interpretación diversa de ciertas disposiciones constitucionales (o legislativas). Eso sobre lo que se controvierte es precisamente el significado a atribuir a tales disposiciones.

Esta conclusión puede sonar un poco extraña, porque los problemas de interpretación por excelencia atañen a la dimensión semántica de las formulaciones normativas (por ejemplo, a la vaguedad o la ambigüedad semántica de las expresiones usadas) mientras aquí, evidentemente, se esta hablando de otra cosa. Es preciso decir, sin embargo, que los problemas de interpretación no están para nada confinados en el dominio de la semántica. Problemas interpretativos y divergencias interpretativas pueden surgir también en relación a las dimensiones sintáctica y pragmática de las formulaciones normativas. A decir verdad, en la práctica es difícil trazar una línea clara de demarcación entre estas tres dimensiones.

Ahora bien, en el caso que nos interesa —la discusión sobre el estatuto lógico de las normas que confieren poderes— el desacuerdo parece referirse principalmente a la dimensión pragmática (digamos el "sentido", el "modo") de las formulaciones normativas. Por ejemplo, preguntarse si las normas que confieren poderes normativos son permisos o mandatos (encubiertos) no es distinto de preguntarse si la autoridad normativa que ha emanado tales normas había consumado un acto lingüístico de mandato o un acto lingüístico permisivo.

Hasta aquí, sin embargo, mi tesis, según la cual las cuatro diversas reconstrucciones de las normas que confieren poderes pueden coexistir bien, espera todavía una explicación y una argumentación. Ahora bien, es pacífico que todo enunciado formulado en cualquier lenguaje natural no expresa necesariamente un sólo significado (una sola proposición, si es un enunciado descriptivo, o una sola norma, si es un enunciado prescriptivo), ya que puede suceder que exprese dos o más simultáneamente. Cualquier jurista experto sabe bien que una única y misma formulación normativa puede ser portadora de un significado complejo y compuesto, de forma que exprese no ya una sola norma, sino

una pluralidad de normas independientes. Y, según percibo, es propiamente esto lo que sucede en el caso de las normas —o más bien de los enunciados normativos— que confieren poderes.

Me parece obvio y no necesitado de argumentación que, cuando se discute sobre la naturaleza de las normas que confieren poderes, el objeto real de análisis está constituido no de ninguna otra cosa más que de una serie de disposiciones jurídicas positivas (constitucionales o legales), como por ejemplo el artículo 70 de la Constitución italiana ("la función legislativa es ejercida colectivamente por las dos cámaras"). No sé que otro objeto de análisis se podría asumir; de hecho me parece que las "normas" jurídicas susceptibles de análisis solamente son aquellas normas realmente existentes en un ordenamiento jurídico determinado. No alcanzo a imaginar alguna teoría de las normas que confieren poderes que no tome en consideración los ordenamientos jurídicos positivos.

Ahora, mi tesis es que cualquiera de estas disposiciones jurídicas positivas puede ser interpretada como expresión de más de una norma. Y la prueba irrefutable de esto es que, al menos en algunas culturas jurídicas, tales disposiciones son de verdad interpretadas así.

Por ejemplo, está fuera de dudas que para los juristas italianos el artículo 70 de la Constitución significa que: 1) las cámaras tienen título para legislar, en el sentido de que el acto de legislar es permitido a las cámaras; 2) el acto de legislar esta prohibido a todo otro órgano del Estado; 3) ningún texto normativo que no haya sido aprobado por las cámaras puede merecer el nombre de "ley" (más correctamente de "ley del Estado", ya que en nuestro ordenamiento están previstas también leyes regionales y provinciales), y 4) la aprobación por parte de las cámaras es condición necesaria no sólo de validez, sino nada menos que de existencia de las leyes.

Los juristas, en verdad, no acostumbran deducir del artículo 70 constitucional también la norma según la cual los ciudadanos tienen la obligación de obedecer las leyes. Pero la razón de esto es que tal interpretación es innecesaria del todo, desde el momento que el artículo 54, párrafo primero, constitucional expre-

samente establece que "todos los ciudadanos tienen el deber de ser fieles a la República y de observar la Constitución y las leyes". De modo que el artículo 70 sería del todo redundante si se entendiera en el sentido indicado.

Otros ejemplos adecuados pueden ser inducidos de todas aquellas disposiciones constitucionales que "reservan" a la ley la regulación de una determinada materia: por ejemplo, el artículo 25, párrafo segundo, constitucional que reserva a la ley la materia de los delitos y de las penas. Tal disposición es comúnmente entendida como expresiva conjuntamente de al menos tres normas (un permiso y dos prohibiciones): *a*) al Parlamento le está permitido emanar normas penales; *b*) a todo otro órgano del Estado le está prohibido emanar normas penales, y *c*) al Parlamento le está prohibido despojarse de esta competencia suya, delegándola a órganos diversos.[15]

15 Por comodidad de exposición, en el texto hago abstracción del hecho de que en nuestro ordenamiento, según la jurisprudencia y la doctrina, también ciertos actos normativos del Ejecutivo provistos de "fuerza de ley" pueden regular las materias reservadas a la ley.

CONCEPCIONES DE LAS FUENTES DEL DERECHO

I. Dos nociones de fuente del derecho 99
II. La noción material de fuente 100
III. Producción, aplicación y ejecución 102
IV. Disociación entre norma y contenido 104
V. La noción formal de fuente 105
VI. El criterio de eficacia 107
VII. Un argumento a favor de la noción formal 108
VIII. Una noción mixta 108

CONCEPCIONES DE LAS FUENTES DEL DERECHO*

I. DOS NOCIONES DE FUENTE DEL DERECHO

En la literatura se encuentran fundamentalmente dos nociones de "fuente (de producción) del derecho", o "fuente normativa" como también se suele decir[1] (aunque cada una de ellas presenta, en realidad, algunas variantes).[2]

Adoptando una pareja oposicional bastante común en el pensamiento jurídico, podríamos decir lo siguiente:[3]

1. La primera es una noción "material" de fuente, ya que pretende identificar ciertos actos y hechos como fuente del derecho en virtud de su contenido (si son actos) o de su resultado (si son hechos) normativo.

La noción material de fuente es conceptualmente dependiente de la noción de derecho (concebido como conjunto de normas) y más en particular de la noción de norma concebida como prescripción general y/o abstracta.

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

1 Modugno, Franco, "La teoria delle fonti del diritto nel pensiero di Vezio Crisafulli", en varios autores, *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienzia del diritto costituzionale*, Padua, 1992, p. 72, escribe: "Existen dos modos de entender las fuentes: para el primero, las fuentes son hechos o actos jurídicos *en cuanto que producen* normas, jurídicas y normativas por virtud propia, por una propiedad que llevan en sí mismas; para el segundo, las fuentes son tales *en cuanto que están disciplinadas* por normas, por normas sobre la producción, son productivas de normas en cuanto que son supuestos de hecho de otras normas". *Cfr.* también Modugno, F., "Fonti del diritto (diritto costituzionale)", *Enciclopedia giuridica,* Roma, 1989, XIV; Guastini, R., *Produzione e applicazione del diritto. Lezioni sulle "Preleggi"*, Turín, 1989, pp. 11 y ss.

2 Para un inventario de los diversos conceptos de fuente, *cfr.* Guastini, R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, 1993, capítulo I.

3 Guastini, R., "An inquiry into the theory of legal sources", *European Journal of Law, Philosophy and Computer Science,* 1995, 2, pp. 125-142.

2. La segunda es una noción "formal" de fuente, ya que pretende identificar ciertos actos (y hechos) como fuente del derecho con total independencia de su contenido (o resultado).

La noción formal de fuente reenvía a las normas sobre la producción jurídica propias de los diversos ordenamientos.

En un sentido, la noción que hemos convenido en llamar material es también un concepto "teórico-general" de fuente, no tanto por la razón (genérica) de que pretende valer para todo ordenamiento jurídico posible —o al menos para todo ordenamiento moderno (en el sentido evolucionado)— cuanto por la razón de que pretende determinar cuales sean las fuentes de cualquier ordenamiento, en modo del todo independiente del contenido positivo del ordenamiento de que se trate: prescindiendo, por tanto, de los varios modos en que los diversos ordenamientos regulan la creación del derecho.

A su vez, la noción que hemos convenido en llamar "formal" constituye, en un sentido, un concepto "dogmático" de fuente, no ya porque pretenda también servir para cualquier ordenamiento posible, sino porque para determinar cuales son las fuentes de un determinado ordenamiento, exige que se refiera al contenido positivo del ordenamiento en cuestión: en particular, a sus normas sobre la producción jurídica.

Que las dos nociones sean compatibles es por lo menos dudoso, sin embargo, sucede comúnmente que se les encuentra combinadas para formar una noción mixta.

II. La noción material de fuente

Según la noción material (o teórico-general), la expresión "fuente (de producción) del derecho" denota todo acto o hecho que produzca derecho,[4] y más precisamente *normas generales y abstractas*. Sin embargo, en este contexto, la expresión "producir normas" debe ser entendida en sentido amplio.

4 *Cfr.* Pizzorusso, A., "The Law-Making Process as a Juridical and Political Activity", *Law in the Making. A Comparative Survey*, Berlín, 1988.

En sentido literal, constituye producción de normas la actividad consistente en crear (nuevas) normas jurídicas.[5] En sentido amplio, constituye producción de normas cualquier actividad cuyo resultado sea la *modificación* del derecho existente en un cierto momento. El derecho —el conjunto de normas jurídicas— existente, por otro lado, puede ser modificado en por lo menos tres modos distintos:

1. Introduciendo nuevas normas (generales y/o abstractas).[6]
2. Derogando (o más bien "extinguiendo") normas existentes.
3. Sustituyendo normas existentes (la sustitución consiste obviamente en la conjunción de la derogación de una norma existente y la introducción de una norma nueva).[7]

Por el contrario, no constituye producción del derecho ni la mera repetición de normas preexistentes ni la formulación de preceptos que sean meras consecuencias lógicas de normas preexistentes.[8]

Se puede observar que, según la noción material de fuente, son fuentes todos los actos y hechos que, *de hecho*, producen normas jurídicas. De ahí que, en cualquier ordenamiento, las fuentes pueden ser identificadas como tales sólo *a posteriori*, para saber si un cierto acto o hecho es fuente del derecho hay que identificar su contenido (si es un acto) o su resultado (si es un hecho).

En este sentido, según esta noción, los criterios de reconocimiento de las fuentes son "materiales" o "sustanciales". No se puede decidir *a priori* —sobre la base de elementos puramente formales, como por ejemplo el *nomen iuris*, su procedimiento de

5 Son actos normativos aquellos "creadores de nuevo derecho; que modifican el orden jurídico existente; hacen surgir derechos y obligaciones que antes no existían; dan vida a relaciones jurídicas; constituyen, en suma, el ordenamiento jurídico" (Crisafulli, "Atto normativo", *Enciclopedia del Diritto*, Milán, 1959, IV, p. 241). *Cfr.* Romano, S., *Corso di diritto administrativo*, Padua, 1937, p. 228.

6 Pero también derogando normas existentes (lo que incluso se puede hacer —debe notarse— introduciendo preceptos singulares y/o concretos): Salmond, J., *Jurisprudence*, 10a. ed., Londres, G. Williams, 1947, pp. 39 y ss.

7 Bulygin, E., *Norme, validitá, sistemi normativi*, Turín, 1995, pp. 130 y ss.

8 Bulygin, E., "Sentenza giudiziaria e creazione di diritto" (1967), en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *L'analisi del ragionamiento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, Turín, 1987; Bulygin, E., *Norme, validitá..., cit.*, nota 7, capítulo I.

formación, y así por el estilo— si un cierto acto sea, o no, una fuente del derecho: hay que averiguar el contenido. Todo acto que esté provisto de contenido genuinamente normativo (es decir, de un contenido general y/o abstracto) constituye una fuente del derecho cualesquiera que sean sus connotaciones formales.[9]

III. PRODUCCIÓN, APLICACIÓN Y EJECUCIÓN

El concepto de producción jurídica ilustrado arriba es la piedra angular de la clasificación de las funciones estatales,[10] la cual, a su vez, constituye el presupuesto conceptual de la doctrina de la división de poderes en sus diversas variantes.

1. En primer lugar, la producción del derecho se distingue de la ejecución del derecho. "Ejecución del derecho" designa todo comportamiento material que constituya obediencia a una norma (que se dirija no a los ciudadanos particulares, sino a los órganos del Estado).

2. En segundo lugar, la producción del derecho se distingue de la aplicación del derecho. "Aplicación del derecho" denota la actividad que consiste en crear preceptos singulares y concretos de conformidad a normas (generales y/o abstractas) preconstituidas.

Debe notarse, no obstante, que la distinción entre producción, aplicación y ejecución no es clara. De hecho, conviene distinguir al menos dos tipos de aplicación del derecho.

a) La aplicación es discrecional —y en esto se parece a la producción— siempre que la norma por aplicar no predetermine por completo el contenido del precepto singular y

9 "La idea de fuente, bien entendida, no puede ser disociada de la idea de norma... Entre una y otra subsiste una correlación lógica necesaria" (Crisafulli, "Fonti del diritto (diritto costituzionale)", *Enciclopedia del diritto*, Milán, 1968, XVII, p. 927): esto equivale a decir que no solamente no pueden haber normas sin fuentes, sino que ni siquiera se dan fuentes sin normas.

10 Carré de Malberg, R., *Contribution a la theorie generale de l'Etat*, París, 1920; Duguit, L., *Traité de droit constitutionnel,* 3a. ed., París, 1928, vol. III (*Theorie generale de l'Etat*), capítulo II. *Cfr.* Romano, S., *Corso di diritto costituzionale*, 4a. ed., Padua, 1933, parte V; *Id., Principii di diritto generale*, reimpr. de la 2a. ed., Milán, 1947, capítulo XXIV.

concreto que de ella emana. Esto sucede, típicamente, cuando la norma por aplicar tiene estructura teleológica, o sea que prescribe un fin a perseguir, dejando al órgano de aplicación la elección de los medios idóneos para conseguirlo. De modo que muchos son los posibles preceptos que constituyen aplicación de la norma, tantos como son los medios utilizables para conseguir el fin prescrito. Es discrecional en este sentido la aplicación del derecho por parte de la administración pública.[11]

b) La aplicación es vinculada —y se parece en esto a la ejecución— siempre que la norma por aplicar predetermina enteramente el contenido del precepto singular y concreto que emana de ella. De modo que existe un sólo precepto que constituye aplicación de la norma. Es vinculada en este sentido la aplicación jurisdiccional del derecho (si se hace abstracción de la discrecionalidad inherente, por ejemplo, a la determinación cuantitativa de la pena).[12]

La aplicación jurisdiccional del derecho, de hecho, es concebida en el pensamiento jurídico moderno a la manera de Beccaria,[13] o sea como un razonamiento silogístico[14] —y por tanto como una operación puramente lógica y cognitiva— en el que la premisa mayor es una norma preconstituida, "todos los asesinos deben ser castigados"; la premisa menor es una aserción factual que subsume el supuesto de hecho concreto dentro de la clase de supuestos de hecho regulados por esa norma ("Tizio es un asesi-

11 La expresión común "Poder Ejecutivo" es engañosa, ya que denota un conjunto de actividades heterogéneas: algunas de ellas constituyen una mera ejecución del derecho; otras constituyen más bien una aplicación discrecional; otras, incluso, constituyen un ejercicio de poderes libres.

12 En este contexto conviene también trasladar toda consideración relativa a la "discrecionalidad" que es propia de toda actividad interpretativa.

13 Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, IV.

14 *Cfr.* Wróblewski, J., "Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale", en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, 1974, I; Comanducci, P., "Osservazioni in margine [a J. Wróblewski]", *ivi*; Taruffo, M., *La motivazione della sentenza civile*, Padua, 1975, pp. 149 y ss.

no"); la conclusión es un precepto singular y concreto ("Tizio debe ser castigado").[15]

IV. Disociación entre norma y contenido

La consecuencia más notable de este punto de vista es la siguiente.[16]

Normalmente, las leyes tienen contenido normativo (general y/o abstracto) —son actos productores de normas— y por tanto son fuentes del derecho. Pero puede también suceder que una ley no contenga de hecho normas, y contenga por el contrario preceptos singulares y concretos: pues bien, una ley de este tipo, según la concepción material de las fuentes, no sería fuente del derecho. Por otro lado, los actos administrativos, normalmente, contienen preceptos singulares y concretos, y por tanto no son fuentes del derecho. Pero no se excluye que un acto administrativo tenga por el contrario contenido genuinamente normativo, y sea por tanto una fuente del derecho. En suma, en dos actos dotados del mismo *nomen iuris*, adoptados por el mismo órgano, fruto del mismo procedimiento, y provistos del mismo régi-

15 Debe destacarse que, dentro de este universo conceptual, la jurisdicción *no* constituye, por una razón evidente, "producción" del derecho. El precepto pronunciado por el juez es fruto de una inferencia lógica y no sonaría apropiado calificar una inferencia lógica como un acto "productivo" de algo (Bulygin, E., *Norme, validitá...*, *cit.*, nota 7, capítulo I). Quien deduce no crea nada nuevo, se limita a explicitar lo que ya estaba contenido, aunque sea de forma implícita, en la conjugación de las premisas, y en este sentido no "produce" nada. Quien infiere un precepto singular y concreto de una norma preexistente, en suma, no crea derecho, no sólo porque el derecho es, por definición, un conjunto de normas generales y/o abstractas, sino también, y con mayor razón, porque el precepto en cuestión era ya virtualmente existente antes de que fuera pronunciado.

16 Laband, P., *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Tübigen-Leipzig, 1911, II, pp. 168 y ss.; Jellinek, G., *Gesetz und Verordnung*, Freiburg, 1887, pp. 348 y ss.; Anschütz, G., *Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz*, Leipzig, 1981, pp. 26 y ss.; Kelsen, H., "Sulla dottrina della legge in senso formale e materiale", *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, Nápoles, 1988; Donati, D., "I caratteri della legge in senso materiale", *Rivista di Diritto Pubblico*, 1910, pp. 298 y ss. (ahora en *Id.*, *Scritti di diritto pubblico*, Padua, 1966, vol. II). A propósito Carré de Malberg, R., *La loi, expression de la volonté générale*, París, 1931; Otto, I. de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2a. ed., Barcelona, 1988, capítulo VIII; Ruggeri, A., *Gerarchia, competenza e qualitá nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milán, 1977, pp. 50 y ss.

men jurídico, puede suceder que uno sea fuente del derecho y el otro no.

En este sentido, el rasgo que destaca de la concepción material de las fuentes es la disociación entre "forma" y "contenido" de los actos. Precisamente de esta disociación surge la distinción entre dos tipos de "leyes":

1. Las "leyes" en sentido material (o sustancial) que, en virtud de su contenido general, son fuentes del derecho cualquiera que sea su forma.

2. Las "leyes" en sentido formal que, en virtud de su contenido singular, no son para nada fuentes a pesar de su forma.

Quizá sea el caso de añadir que la concepción que se examina está indisolublemente ligada a una doctrina prescriptiva de la legislación (esto es, a una doctrina en torno a lo que la legislación debe ser). Según esta doctrina, la legislación debería consistir exclusivamente en una normación general y abstracta; los legisladores deberían abstenerse de adoptar preceptos singulares y concretos. A su vez, tal doctrina supone una ideología igualitaria (casos iguales deben ser regulados en forma igual).[17]

V. La noción formal de fuente

Según la concepción formal (o teórico-general), la expresión "fuente (de producción) del derecho" denota todo acto o hecho no ya efectivamente productivo de normas, sino *autorizado* a producir normas, cualquiera que sea su contenido (si es un acto) o su resultado (si es un hecho).[18]

De lo anterior se sigue que, en cualquier ordenamiento, las fuentes pueden ser identificadas como tales *a priori*, para sa-

17 Rousseau, *El contrato social*, libro II, capítulo VI.

18 "En vez de decir que se tiene una fuente cuando se tiene (como consecuencia y efecto de ella) una norma de derecho objetivo", se afirma que "se tiene derecho objetivo cuando existe una norma. Todo aquello que se disponga en las fuentes sería por tanto derecho... una invocación a la divinidad, una fórmula dedicatoria, una exposición de motivos, una declaración exhortativa, aunque estuvieran privadas, como lo están —en sí mismas—, de cualquier carácter normativo, deberían sin embargo (en virtud del acto que las contiene) considerarse "como si" fueran otros elementos del orden normativo" (Crisafulli, "Fonti del diritto", *cit.*, nota 9, pp. 928 y 929).

ber si un cierto acto o hecho es una fuente del derecho, no hace falta referirse a su contenido o resultado; es necesario y suficiente averiguar si en el ordenamiento de que se trata existe una norma —y precisamente una "norma sobre la producción jurídica"— que *autoriza* el acto o el hecho en cuestión para crear derecho.

Toda norma puede ser reconstruida en la forma de un enunciado condicional que conecte un supuesto de hecho condicionante a alguna consecuencia jurídica ("si F, entonces G"). O bien, según la concepción formal de las fuentes, un cierto acto o hecho constituye una fuente del derecho si, y solo si, existe una norma que asume el acto o hecho en cuestión como supuesto de hecho condicionante de esa peculiar consecuencia jurídica que es la producción normativa: "Si X, entonces Y", donde X (supuesto de hecho) es un acto o hecho cualquiera, y Y (consecuencia jurídica) es la producción de normas.[19]

Como se ve, según este punto de vista, los criterios de identificación de las fuentes son meramente "formales". La cuestión de si un cierto acto es o no fuente del derecho debe ser decidida *a priori*, sobre la base de elementos formales, como el *nomen iuris* del acto, su procedimiento de formación y así por el estilo, prescindiendo completamente del contenido del acto mismo en el sentido de que todo acto que esté autorizado para producir derecho constituye una fuente del derecho aunque no tenga un contenido genuinamente normativo (es decir, general y/o abstracto).

Debe notarse que mientras la noción material de fuente parte de un concepto teórico-general de derecho (el derecho como conjunto de normas, las normas como prescripciones generales y abstractas), la noción formal de fuente supone que el mismo concepto de derecho es un concepto no ya teórico-general, sino dogmático-positivo. Desde este punto de vista, de hecho, en

19 Naturalmente, la disposición que contiene una norma como esa puede asumir las formas más variadas: entre ellas aquella —simplísima— del artículo 1o. de las Disposiciones Preliminares del Código Civil italiano el cual establece que: "Son fuentes del derecho: 1) las leyes; 2) los reglamentos; 3) las normas corporativas; 4) los usos".

cualquier ordenamiento constituye derecho lo que el ordenamiento mismo califica como derecho.[20]

VI. El criterio de eficacia

Una variante notable de la noción formal de las fuentes —que amerita una mención independiente— es aquella según la cual son fuentes del derecho todos los actos y hechos a los que una norma jurídica atribuye una peculiar eficacia, y precisamente una eficacia *erga omnes*.[21]

Desde este punto de vista, la ley constituye una fuente del derecho —tenga o no un contenido genuinamente normativo— en cuanto obliga a todos sus destinatarios ("todos los ciudadanos tienen el deber de ser fieles a la República y observar la Constitución y las leyes", artículo 54 de la Constitución italiana; "es obligatoria para todos los que tengan que observarla [la presente ley] y de hacerla observar como ley del Estado", fórmula de promulgación de las leyes ordinarias, artículo 1o., D.P.R. 1092/1985).

Por el contrario, no puede constituir una fuente del derecho el contrato porque vincula solamente a las partes (artículo 1372, Código Civil italiano). Ni puede constituir fuente del derecho la sentencia porque —normalmente— causa estado solo entre las partes, entre sus herederos y entre quienes tengan causa con ellos (artículo 2909, Código Civil italiano).[22]

20 "Por escandaloso que pueda parecer, no es de las normas desde las que se debe ascender a las fuentes; sino de las fuentes desde las que se debe descender... hasta las normas mismas. De modo que no existen —por definición— fuentes legales sin normas" (Paladin, L., "Saggio sulle fonti del diritto italiano", *Quaderni costituzionale,* 1993, p. 227): esto equivale a decir que cualquier "cosa" que sea producida por un acto calificado como fuente constituye una norma.

21 Pizzorusso, A., *Delle fonti del diritto*, Bolonia, 1977; *Id.*, "Fonti (sistema costituzionale delle)", *Digesto*, 4a. ed. (Discipline pubblicistiche), Turín, 1991, VI. *Cfr.* también Romano, S., *Principii di diritto...*, *cit.*, nota 10, p. 274.

22 Se debe observar que, si se adopta esta noción de fuente, entonces, en el ordenamiento jurídico italiano, también las sentencias estimatorias de la Corte Constitucional son fuentes del derecho, ya que también ellas —en modo parecido a las leyes— despliegan no ya una eficacia circunscrita al caso decidido (como, por ejemplo, las sentencias civiles), sino una eficacia general, *erga omnes*. Lo mismo debería decirse de toda decisión de un órgano jurisdiccional administrativo (un tribunal administrativo regional, el

VII. Un argumento a favor de la noción formal

Se puede decir, conclusivamente, que —al menos en el ordenamiento italiano vigente— la noción formal de fuente del derecho puede tener a su favor un argumento al mismo tiempo banal pero decisivo.

Existe, de hecho, en el ordenamiento vigente una (y sólo una) disposición que contiene un elenco expreso —si bien, por convicción común, incompleto— de las fuentes. Se trata, obviamente, del artículo 1o. de las Disposiciones Preliminares del Código Civil, el cual dispone que entre otras son fuentes del derecho: la ley, los reglamentos y los usos.

Ahora bien, dejando a un lado los usos (que requieren de un discurso para ellos solos), en virtud de esta disposición cualquier acto que presente las connotaciones formales de la ley o del reglamento es una fuente del derecho con total independencia de su contenido.

Lo anterior quiere decir en suma, y para hacer el ejemplo más obvio, que una ley constituye fuente del derecho tanto si tiene contenido normativo (general y/o abstracto), como si tiene contenido de medida —*provedimento*— (singular y/o concreto). Dicho de otra forma, en virtud del artículo 1o. de las Disposiciones Preliminares del Código Civil, la ley es fuente del derecho cualquier cosa que ella disponga, y por otro lado, cualquier cosa que se regule por una ley —aunque fuera una previsión metereológica o una invocación a los dioses— es derecho.

VIII. Una noción mixta

La alternativa entre la concepción material y la concepción formal de las fuentes es bastante clara. Pero la concepción de las fuentes efectivamente adoptada por los juristas no es del mismo modo clara. De hecho, la noción de fuente que ha sido larga-

Consejo de Estado), si anula un reglamento. *Cfr.* Pizzorusso, A., "Ancora sulle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale e sulla metodologia dello studio delle fonti del diritto", *Politica del diritto*, 1987, pp. 139 y ss.

mente dominante en la doctrina jurídica parece ser ni puramente material ni puramente formal, sino mixta.[23] Lo anterior en el sentido de que, para identificar a las fuentes del derecho, los juristas utilizan a veces un criterio formal, a veces un criterio material.

Por un lado (criterio formal), tienden a considerar fuente del derecho todos los actos y hechos autorizados a crear normas aunque, de hecho, no tuvieran contenido normativo (como ocasionalmente sucede).

Por otro lado (criterio material), tienden también a considerar fuentes del derecho todos los actos y hechos que, *de facto*, producen normas, aunque no exista una norma sobre la producción jurídica que autorice a producirlas.

Por ejemplo, es en virtud de un criterio formal de identificación que, en general, se consideran fuentes del derecho las leyes singulares (leyes-medida, las leyes llamadas meramente formales, etcétera) si bien están desprovistas de contenido normativo; es en virtud de un criterio material de identificación que algunos consideran fuente del derecho a la jurisprudencia (o inclusive a la doctrina), a pesar de que ninguna norma autoriza a los jueces (ni a los juristas) a producir derecho; es, incluso, en virtud de un criterio material de identificación que se consideran fuentes del derecho aquellos hechos, no previstos como hechos productivos de derecho por alguna norma sobre la producción jurídica, que se acostumbran llamar "fuentes *extra ordinem*".

23 Por ejemplo, Crisafulli ("Fonti del diritto", *cit.*, nota 9), después de haber dicho que "la idea de fuente, correctamente entendida, no puede... ser separada de la idea de norma" (p. 927), concluye que "en el ámbito y bajo el criterio de un ordenamiento dado, lo que importa de modo decisivo no es... el contenido normativo intrínseco de vez en cuando propio de los hechos asumidos entre las fuentes, como la valoración operada por el ordenamiento considerado... Las fuentes son entonces "hechos jurídicos", porque son hechos calificados por otras normas (supuestos de hecho de normas), a los que les reconocen la aptitud para crear derecho objetivo" (p. 932). *Cfr.* también Crisafulli, "Atto normativo", *cit.*, nota 5, p. 252.

LEY

I. Variedad de usos del término "ley" 111
II. "Ley" en el lenguaje común 111
III. "Ley" en el lenguaje jurídico 113
IV. Variedad de "leyes" en el ordenamiento italiano vigente 115

LEY*

I. VARIEDAD DE USOS DEL TÉRMINO "LEY"

El término "ley" es comúnmente usado ya sea en referencia a fenómenos normativos (como el derecho y la moral), ya sea en referencia a fenómenos no normativos (por ejemplo, naturales, sociales, económicos).[1]

1. Cuando es usado en referencia a fenómenos no normativos, el término "ley": *a*) unas veces designa una regularidad de eventos o acontecimientos; *b*) otras designa el enunciado científico que describe tal regularidad, y *c*) frecuentemente, designa indistinta y confusamente ambas cosas.

2. En general, cuando es usado en referencia a fenómenos normativos, el mismo término designa: *a*) bien un particular enunciado prescriptivo, *b*) bien un conjunto de enunciados prescriptivos.

En particular, cuando es usado en referencia a fenómenos jurídicos, el término "ley" puede asumir diversos matices de significado. A éstos están dedicados los párrafos que siguen.

II. "LEY" EN EL LENGUAJE COMÚN

En el lenguaje común (no especializado), el término "ley" es frecuentemente empleado de dos modos diversos, ambos extremadamente genéricos:

* Traducción de María Bono López. Revisión técnica de Manuel Ferrer Muñoz. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

1 *Cfr.* Guastini, Riccardo, "Legge", en Belvedere, A. *et al.*, *Glossario,* Milán, 1994, pp. 83 y ss.

1. Unas veces, "ley" es empleado más o menos como sinónimo de "derecho" (en sentido objetivo), como si, por un lado, el derecho fuese indistinguible de sus fuentes y, por el otro, que la ley fuese la única fuente del derecho.

2. Otras veces, "ley" es empleado como sinónimo de "fuente del derecho", como si, de nuevo, la ley fuera la única fuente del derecho o, cuando menos, la fuente del derecho por antonomasia.

La idea de que la ley sea fuente del derecho por antonomasia concuerda con una concepción, ampliamente difundida, del derecho y del poder legislativo.

A. Por un lado, la concepción según la cual por "derecho" debe entenderse un conjunto de normas, entendidas como prescripciones generales y abstractas, susceptibles de aplicaciones repetidas a una pluralidad indefinida de casos concretos. Desde este punto de vista, fuente del derecho es cada acto o documento que produce normas, independientemente de su régimen jurídico.
B. Por otro lado, la concepción según la cual por "poder legislativo" debe entenderse el poder de crear normas generales y abstractas. De manera que cada acto jurídico que contenga normas semejantes es, por definición, una ley. Y recíprocamente, cada acto jurídico diverso de la ley (el acto administrativo, la decisión jurisdiccional), nunca puede tener contenido normativo general y abstracto.

Esta concepción del Poder Legislativo, a su vez, envuelve una doble consecuencia atinente a las relaciones entre el Legislativo y los otros poderes (que se refiere, por lo tanto, a la "separación de los poderes").

Por un lado, el órgano investido del poder legislativo puede crear sólo normas generales y abstractas, en el sentido de que le está prohibido expedir leyes singulares y concretas (ya que una ley singular y concreta violaría el principio de igualdad: distribuiría "privilegios").

Por otro lado, recíprocamente, los órganos investidos del poder ejecutivo y jurisdiccional pueden sólo adoptar procedimientos singulares y concretos, en el sentido de que les está prohibido crear normas generales y abstractas. La creación de normas, en suma, está reservada al así llamado Poder Legislativo (concretamente, a una asamblea representativa).[2]

III. "LEY" EN EL LENGUAJE JURÍDICO

En el lenguaje jurídico, el término "ley" se encuentra empleado en dos sentidos radicalmente diversos, mejor dicho, opuestos.

1. En sentido *formal*, se llama "ley" cualquier acto o documento que —independientemente de su contenido normativo— emana del órgano legislativo, y que goza por eso de un peculiar régimen jurídico (en particular, que sea eficaz *erga omnes*).

2. En sentido *material*, se llama "ley" cualquier acto o documento que, independientemente del órgano del cual emana y del régimen jurídico que lo caracteriza, exprese (o "contenga") normas generales y abstractas.

Este modo de expresarse se remonta a una concepción "dualista" de la ley, elaborada por la dogmática alemana a finales del siglo XIX.[3] En el ámbito de tal concepción, se usa la expresión "ley material" en referencia a cualquier documento normativo

2 *Cfr.* Guastini, Riccardo, "La fonction juridictionnelle dans la constitution de l'an III", en Dupuy, R. y Morabito, M. (eds.), *1795. Pour une République sans Révolution*, Rennes, 1996.

3 Laband, P., *Das Staatsrecht des deustschen Reiches*, II, Tübingen-Leipzig, 1911, pp. 168 y ss.; Jellinek, G., *Gesetz und Verordnung*, Freiburg, 1887, pp. 348 y ss.; Anschütz, G., *Kristiche Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz*, Leipzig, 1891, pp. 26 y ss.; Kelsen, Hans, "Sulla dottrina della legge in senso formale e materiale", en Comanducci, P. y Guastini, R., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, Turín, 1989, II; Donati, D., "I caratteri della legge in senso materiale", *Rivista di Diritto Pubblico*, 1910, pp. 298 y ss. A este propósito, Carré de Malberg, R., *La loi, expression de la volunté générale*, París, 1931; Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2a. ed., Barcelona, 1988, capítulo VIII; Zagrebelsky, Gustavo, *Manuale di diritto costituzionale*, I: *Il sistema delle fonti del diritto*, reimp. actualizada, Turín, 1999, pp. 8 y ss. Ruggeri, A., *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milán, 1977, pp. 50 y ss.

que exprese, contenga o produzca normas generales y abstractas (independientemente de su "forma", es decir, de su régimen jurídico); mientras que se llama "ley formal" a cualquier documento que responda a ciertos requisitos de "forma" —en particular, que sea producido por el órgano legislativo— independientemente de su contenido (que ciertamente puede ser general y abstracto, pero puede ser también singular y concreto).[4]

Desde este punto de vista, deben distinguirse tres tipos de "leyes": *a*) son leyes en sentido *sólo formal* los actos del órgano legislativo, desprovistos, sin embargo, de contenido genuinamente normativo, y dotados, en cambio, de un contenido singular y concreto; *b*) son leyes en sentido *sólo material* los actos de órganos no legislativos (en particular, los actos del Ejecutivo) dotados, sin embargo, de contenido normativo, y *c*) son, en fin, leyes en sentido *formal y material* a la vez los actos del órgano legislativo provistos de contenido normativo.

Por otro lado, en el lenguaje de la Constitución italiana vigente —como también en el lenguaje técnico de la doctrina— el término "ley" es generalmente usado en sentido *formal*, esto es, en referencia a cualquier acto o documento que emane de órganos legislativos, sea adoptado a través de un procedimiento dado,

4 Entre la ley formal y la ley material, obviamente, no se da correspondencia biunívoca. Frecuentemente, los actos del órgano legislativo, que son leyes en sentido formal, tienen un contenido normativo (general y/o abstracto), y, por lo tanto, son leyes en sentido material; pero ocurre también del mismo modo que un acto del órgano legislativo no tenga en absoluto un contenido normativo, y, por lo tanto, no sea para nada una ley en sentido material. Y recíprocamente: también los actos del Ejecutivo, que son actos administrativos (y, por lo tanto, no son leyes en sentido formal), pueden tener un contenido normativo, y, así, pueden ser leyes en sentido material. En definitiva, según este modo de ver, el nombre de "ley" (en sentido material) se extiende también a los actos administrativos, a condición de que tengan un contenido normativo. Y, por el contrario, el nombre de "ley" (en sentido material) no se extiende a aquellos actos del Parlamento que estén privados de contenido normativo (es el caso de las así llamadas leyes-medida). Obviamente, este modo de ver sobreentiende una concepción de la separación de los poderes bastante diferente de aquélla que habíamos encontrado anteriormente. Una concepción en virtud de la cual, por un lado, la creación de procedimientos singulares y concretos no está reservada al Poder Ejecutivo, y, por tanto, no está prohibida al Poder Legislativo; por otro lado, la creación de normas generales y/o abstractas no está reservada al así llamado Poder Legislativo (concretamente a una asamblea representativa), y, por tanto, no está prohibida en absoluto al Poder Ejecutivo.

esté por eso caracterizado por un peculiar régimen jurídico independientemente de su contenido.

Esto significa, entre otras cosas, que *no* está prohibido a la ley asumir un contenido singular y concreto (el contenido típico de un procedimiento administrativo).

Obsérvese, de paso, que en el ordenamiento constitucional italiano vigente los órganos legislativos, ya sea en el nivel estatal, ya sea en el nivel regional, son siempre órganos representativos. Así que podría decirse en línea de principio que el término "ley" es usado, en el ordenamiento italiano, para designar todos y sólo los actos que emanen de órganos representativos.

IV. VARIEDAD DE "LEYES" EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO VIGENTE

Es necesario, sin embargo, precisar que, en el lenguaje de la Constitución italiana vigente, el término "ley" está generalmente acompañado por oportunos adjetivos o complementos de especificación que precisan su sentido. En particular, la Constitución distingue entre: *a*) las leyes *constitucionales*; *b*) las leyes *ordinarias del Estado* ("ordinarias" significa no-constitucionales), y *c*) las leyes *regionales* (a las cuales se añaden luego las leyes *provinciales* emanadas de las provincias autónomas de Trento y Bolzano, de conformidad al relativo estatuto especial).

En el ámbito de las leyes formalmente constitucionales, la Constitución italiana distingue en último término, en virtud de su contenido, aquéllas que expresamente innovan o modifican la Constitución (*leyes de revisión constitucional* en sentido estricto) de aquéllas que integran la Constitución o la actualizan (*leyes constitucionales* sin especificación).

Las leyes constitucionales y las leyes ordinarias estatales son fuentes *estatales*: se distinguen entre ellas no ya por el órgano del que emanan —ya que se trata en ambos casos del Parlamento—, sino por su procedimiento de formación. El procedimiento de formación de las leyes constitucionales es regulado por el ar-

tículo 138 constitucional; el proceso de formación de las leyes ordinarias es regulado por los artículos 71-74 constitucionales.

Por el contrario, las leyes regionales se diferencian de las leyes constitucionales y de las leyes ordinarias estatales, antes que por su procedimiento de formación, por el hecho de ser precisamente fuentes *regionales* y no estatales: el órgano del cual emanan no es ya el Parlamento, sino el consejo regional.

Finalmente, vale la pena repetir que tanto en el lenguaje constitucional, como en el legislativo o en el doctrinal, el término "ley" —sin adjetivos— es comúnmente empleado en referencia a la ley ordinaria estatal.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

I. Una definición provisional 117
II. "Ley" y "poderes públicos" 118
III. Conformidad a la ley 120
IV. Un sólo nombre para tres principios 123
V. La sujeción a la ley de los poderes públicos 123
VI. Condiciones de eficacia del principio de sujeción a la ley 125
VII. El llamado principio de legalidad sustancial 127

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD*

I. UNA DEFINICIÓN PROVISIONAL

En general, "legalidad" significa conformidad a la ley. Se llama "principio de legalidad" aquel en virtud del cual "los poderes públicos están sujetos a la ley", de tal forma que todos sus actos deben ser conforme a la ley, bajo la pena de invalidez. Dicho de otra forma: es inválido todo acto de los poderes públicos que no sea conforme a la ley.

Se entiende que esta regla se refiere especialmente —aunque no de forma exclusiva— a los actos del Estado que pueden incidir sobre los derechos subjetivos (de libertad, de propiedad, etcétera) de los ciudadanos, limitándolos o extinguiéndolos.[1] En cuanto tal, el principio de legalidad tiene una evidente función garantista.[2]

Sin embargo, esta definición exige algunas aclaraciones, ya que todas las expresiones que involucra ("conformidad", "ley", "poderes públicos") requieren ser analizadas.

* Traducción de Miguel Carbonell, con la colaboración de Karla Pérez Portilla, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

1 Giannini, *Diritto amministrativo*, Milán, 1970, I, p. 82.

2 Al respecto, Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale,* Roma-Bari, 1989 (trad. al castellano, Madrid, Trotta, 1995); Guastini, "Le garanzie dei diritti costituzionali e la teoria dell'interpretazione", en Comanducci y Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1990. Ricerche di giurisprudenza analítica*, Turín, 1990, pp. 99 y ss. Sobre la noción de garantismo, *cfr.* también Tarello, "Due volti del garantismo: difesa della libertà e conservazione degli assetti economici" (ensayo inédito de Tarello, editado por Comanducci y Guastini), en Castignone (ed.), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Bolonia, 1989, pp. 345 y ss.; Cattaneo, "Garantismo", en Zaccaria (ed.), *Lessico della politica*, Roma, 1987, pp. 260 y ss.

II. "LEY" Y "PODERES PÚBLICOS"

En el presente contexto, el término "ley" puede ser entendido por lo menos en dos sentidos diversos.[3] Por otra parte, en este mismo contexto, el significado de la expresión "poderes públicos" es una variable dependiente del significado que se atribuye al término "ley".

1. Por un lado, se puede entender el término "ley" en el sentido técnico de "ley formal" ordinaria, o sea como acto del órgano —por lo general representativo— que es titular de la función legislativa.

Así entendido, el principio de legalidad es un corolario de la doctrina política que ve en la ley (formal) la expresión de la "voluntad general", y que ve en los órganos representativos, a los cuales les es atribuida la función legislativa, a los titulares, o al menos a los depositarios, de la "soberanía".

Así entendido, el principio de legalidad vale para el Poder Judicial y —aquel para el que cuenta más— para el Poder Ejecutivo, pero no puede obviamente valer para el Poder Legislativo, el cual no encuentra límites que sortear (o, al menos, no los encuentra en la ley positiva).

2. Por otro lado, se puede entender el término "ley" en el sentido completamente genérico de "ley material"; por tanto, en el sentido de norma o conjunto de normas jurídicas (cualquiera que sea la fuente de la que provengan). En este sentido, la ley no es una cosa distinta al "derecho objetivo".

Así entendido, el principio de legalidad se extiende también al Poder Legislativo, que a pesar de no estar sujeto a la ley formal, puede sin embargo estar sujeto a normas de derechos, y precisamente a normas de rango constitucional, a condición —se entiende— de que la Constitución sea rígida.

3 *Cfr.* Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, París, 1931 (reimp. 1984); Kelsen, "Sulla dottrina della legge in senso formale e materiale" (1913), *Dio e stato. La giurisprudenza comme scienza dello sprito,* trad. de Carrino, Nápoles, 1988, pp. 221 y ss.; Zagrebelsky, *Manuale de diritto costituzionale*, I: *Il sistema delle fonti del diritto,* Turín, 1991, pp. 8 y ss.; Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, 1993, VIII.

3. Así entendido, el principio de legalidad es un corolario de la doctrina política que ve no en la ley, sino más bien en la Constitución (y por tanto no en el Poder Legislativo, sino más bien en el poder constituyente) la expresión de la "soberanía". De modo que el Poder Legislativo, lejos de ser ilimitado, encuentra también —como cualquier otro poder— sus límites, y precisamente sus límites constitucionales. Siempre que —conviene repetirlo— la Constitución sea rígida; ya que una Constitución flexible puede ser libremente derogada, modificada, suspendida o abrogada por el legislador, y por tanto no puede valer como límite a la legislación.

Podemos también decirlo de esta forma: allí donde el principio de legalidad valga en relación a los Poderes Ejecutivo y Judicial, estaremos frente a un Estado de derecho (sin ulteriores especificaciones); allí donde el principio de legalidad se extiende también al Poder Legislativo, estamos frente a un Estado constitucional de derecho.[4]

No obstante, tradicionalmente, el principio de legalidad se refiere no a los poderes públicos en general, sino específicamente al Poder Ejecutivo. Esta perspectiva acepta un punto de vista, según el cual el problema de la garantía de los derechos frente al Legislativo y al Judicial simplemente no existe. El problema no existe en relación al Legislativo sobre el presupuesto de que los derechos subjetivos nacen precisamente de la ley (entendida como acto del órgano representativo), de forma que no pueden existir derechos garantizables "contra" la ley misma.[5] Y, por otro lado, el problema tampoco existe frente al Poder Judicial sobre el presupuesto de que la función jurisdiccional consiste simplemente en la aplicación de la ley, sin márgenes de discrecionalidad (el Poder Judicial como "poder nulo", los jueces como "boca de la ley", según la enseñanza de Montesquieu).[6]

4 Ferrajoli, *Diritto e ragione...*, *cit.*, nota 2, capítulo XIII; Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritto giustizia,* Turín, 1992, II (trad. al castellano de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995); Guastini, *Quindici lezioni di diritto costituzionale 2*, Turín, 1992, III.

5 Zagrebelsky, *Il diritto mite*, *cit.*, nota 4, II.

6 Guastini, "Le garanzie dei diritti costituzionali e la teoria dell'interpretazione", *cit.*, nota 2; *Id.*, *Dalle fonti alle norme 2*, Turín, 1992, capítulos VII, IX y XVI.

Este punto de vista está hoy en día desacreditado. En la cultura jurídica contemporánea se han afirmado, por un lado, la teoría según la cual los derechos de los ciudadanos tienen su origen no en la ley, sino en la Constitución, de forma que existe el problema de garantizar los derechos conferidos por la Constitución también frente al legislador (de aquí la rigidez de las Constituciones contemporáneas y los controles de legitimidad constitucional de las leyes); por otro lado, la teoría según la cual la función jurisdiccional no es reducible a la "mecánica" aplicación de la ley, sino que implica por el contrario amplios márgenes de discrecionalidad, cuando menos de discrecionalidad interpretativa.

III. CONFORMIDAD A LA LEY

El término "conformidad" denota no una propiedad sino una relación: precisamente una relación entre un acto y la norma o el conjunto de normas que lo regulan. "Conformidad" es, por tanto, un predicado que concierne a todo acto que esté regulado por normas. El acto en cuestión, naturalmente, puede ser un acto singular y concreto (una "medida", en sentido amplio) o bien un acto que sea normativo (por ejemplo, un reglamento).

En este contexto, sin embargo, el término "conformidad" puede asumir tres diversas clases de significados:

1. En sentido debilísimo, es "conforme" a la ley todo acto que sea compatible con la ley. Aquí, en suma, "conformidad" significa compatibilidad. "Compatibilidad", a su vez, significa ausencia de contradicciones (o de antinomias).

A este respecto, conviene hacer dos observaciones. En primer lugar, un acto puede ser compatible a pesar de no estar expresamente previsto y autorizado por la ley. En segundo lugar, ningún problema de incompatibilidad puede siquiera plantarse si incide sobre un objeto que la ley de hecho no regula.[7]

7 Así, por ejemplo, si se conviene que la Constitución es un sistema de normas "finito", y en tal sentido "incompleto", será necesariamente compatible con la Constitución (y por tanto constitucionalmente legítima) cualquier ley que regule una materia que no haya sido regulada por la Constitución; sobre esto, Pizzorusso, "L'interpretazione della costituzione e l'attuazione di essa attraverso la prassi", *RTDP*, 1989, p. 3.

2. En sentido débil, es "conforme" a la ley todo acto que esté expresamente autorizado por la ley. Aquí, entonces, "conforme" significa autorizado: positivamente fundado en la ley.

Se puede convenir que todo acto autorizado por la legislación debe además ser compatible con la ley: que, en otras palabras, al autorizar un acto, la ley (implícitamente) exige que tal acto sea compatible con la ley misma.

3. En sentido fuerte, es "conforme" a la ley todo acto que tenga la forma y el contenido predeterminados por la ley. A este propósito podemos hablar de conformidad en sentido estricto. Naturalmente, un acto en el que la ley predetermine la forma y/o el contenido es, por eso mismo, un acto autorizado por la ley.

La ley, obviamente, puede regular un acto bien en su aspecto "formal" (en el doble sentido de exterior o de procedimental), bien en su aspecto "sustancial" o "material" (en el sentido de referente al objeto o al contenido). Podemos por tanto distinguir entre una conformidad "formal" y una conformidad "material". La noción de "conformidad" requiere, sin embargo, algunas aclaraciones.

La conformidad material, entendida en sentido estricto, debe ser cuidadosamente distinguida de la mera compatibilidad: se trata de dos nociones lógicas del todo distintas. Si "compatibilidad" significa ausencia de contradicciones, "conformidad" significa más bien deducibilidad; por tanto, es conforme a la ley todo acto cuyo contenido sea (no sólo compatible con la ley, sino) lógicamente deducible de ella.[8]

Por otra parte, un acto puede ser deducido de una norma de acuerdo con (por lo menos) dos distintos modelos argumentativos. Si la norma en cuestión prescribe que en presencia de un determinado supuesto de hecho (abstracto) se produzca una no menos determinada consecuencia jurídica, el razonamiento asume la forma del silogismo judicial: "Todos los ladrones deben ser castigados. Tizio es un ladrón. Por tanto Tizio debe ser castigado". Si, por el contrario, la norma en cuestión prescribe un fin (es una norma te-

8 Eisenmann, "Le droit administratif et le principe de légalité", *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 11, 1957, pp. 25 y ss.

leológica), el razonamiento asume la forma del silogismo práctico: "Se debe perseguir el fin F. M es un medio para F. Por tanto se debe hacer M". En un caso, la premisa menor está constituida por una afirmación que describe el supuesto de hecho (concreto); en el otro, la premisa menor es una afirmación que describe la relación medios-fines. Obviamente, siempre que existan diversos medios empleables para llegar a un fin, de una misma norma teleológica se pueden deducir diversos procedimientos aplicativos: es lo que se suele llamar "discrecionalidad".[9]

En otras palabras, la ley puede regular el contenido de un acto por lo menos en dos modos diversos o, si se quiere, con dos distintos grados de intensidad: por un lado, puede "limitarlo" (en negativo), circunscribirlo en determinados confines; por otro lado, puede "vincularlo" (en positivo), dirigirlo por una calle con una sola salida, y por tanto predeterminarlo enteramente.

En un caso, el acto autorizado por la ley puede asumir diversos contenidos: muchos son los posibles actos conformes a la ley. De tal forma que el órgano, titular del poder conferido por la ley, tiene un margen, más o menos amplio, de elección. En otras palabras, el poder conferido por la ley es un poder discrecional.

En el otro caso, el acto autorizado por la ley no puede más que asumir el contenido predeterminado por la ley, y ningún otro; no hay más que un sólo acto conforme a la ley. De tal forma que el órgano, titular del poder conferido por la ley, no tiene ningún margen de elección. En este caso, el poder conferido por la ley no es un poder discrecional, sino enteramente vinculado. El legislador suele regular del primer modo los poderes de la administración pública, y del segundo los poderes de los órganos jurisdiccionales. En un caso, el legislador confiere "discrecionalidad administrativa"; en el otro, no confiere ninguna discrecionalidad (mas que aquella que es intrínseca a toda actividad aplicativa del derecho, en cuanto la aplicación presupone la interpretación). Pero es importante subrayar que el "grado" de conformidad a la ley requerido por un acto depende no ya del

9 Giannini, *op.cit.*, nota 1, pp. 477 y ss.

principio de legalidad, sino del contenido de la ley que regula el acto en cuestión.

IV. Un sólo nombre para tres principios

En el lenguaje común de la doctrina (italiana) contemporánea, la expresión "principio de legalidad" es normalmente utilizada para hacer referencia a por lo menos tres reglas distintas, pragmáticamente conexas, pero lógicamente no conectadas.[10] En realidad, cada una de tales reglas es susceptible de formulaciones diversas: la que sigue es sólo una de las posibles formulaciones.

1. "Es inválido todo acto de los poderes públicos que esté en contraste con la ley". En este sentido, se habla de "principio de preferencia de la ley", o también de supraordenación jerárquica de la ley respecto a los actos del Poder Ejecutivo y jurisdiccional.

2. "Es inválido todo acto de los poderes públicos que no esté expresamente autorizado por la ley". En este punto, se habla de "principio de legalidad en sentido formal".

3. "Es inválida (constitucionalmente ilegítima) toda ley que confiera un poder sin regularlo completamente". En este punto, se habla de "principio de legalidad en sentido sustancial".

V. La sujeción a la ley de los poderes públicos

Las primeras dos reglas, de las enunciadas en el parágrafo anterior, se refieren a las condiciones de validez de los actos del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial. Cada una de ellas constituye un componente —o, quizá, una posible interpretación— del principio de legalidad entendido en sentido estricto, o bien del principio de "sujeción a la ley" de todos los poderes públicos.

10 Carlassare, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, pp. 133 y ss.; Fois, "Legalità (principio di)", *Enciclopedia del diritto*, Milán, 1973, XXIII, p. 666; Carlassare, "Regolamento (diritto costituzionale)", *Enciclopedia del diritto*, Milán, 1988, XXXIX, pp. 621 y 622; *Id.*, "Legalità (principio di)", *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990, XVIII, p. 2; Zagrebelsky, *Manuale di diritto...*, *cit.*, nota 3, pp. 49-54.

En virtud de la primera ("es inválido todo acto de los poderes públicos que esté en contraste con la ley"), los poderes públicos no pueden realizar algún acto que sea incompatible con la ley —y por ello mismo (al menos implícitamente) que esté prohibido por la ley— pero los poderes públicos, como sucede con los particulares, pueden realizar todo acto que la ley no prohíba.

En virtud de la segunda ("es inválido todo acto de los poderes públicos que no esté expresamente autorizado por la ley"), los poderes públicos no pueden realizar algún acto que no esté positivamente fundado en la ley. Para decirlo de forma sucinta: mientras que para la conducta de los particulares vale el "principio general de libertad"[11] (llamado también "norma general exclusiva"),[12] es decir, aquella norma de clausura según la cual "todo lo que no está expresamente prohibido por la ley está permitido"; para la conducta de los órganos estatales, por el contrario, vale la norma de clausura (opuesta) según la cual "todo lo que no está expresamente autorizado por la ley está prohibido".[13]

En la primera interpretación, el principio de legalidad constituye, por así decirlo, un "límite negativo" a la acción de los poderes públicos, que exige (sólo) que los poderes públicos no sobrepasen los confines trazados por la ley. Los órganos del Estado no pueden realizar ningún acto en contraste con la ley, y por tanto que vulnere la ley, pero pueden realizar todo acto que la ley no prohíba.

En la segunda interpretación, por el contrario, el principio de legalidad constituye un "límite positivo" a la acción de los poderes públicos: ese principio exige no sólo que los poderes públicos sean ejercidos dentro de los confines establecidos por la ley, sino que todo acto de los poderes públicos esté positivamente fundado en la ley, o sea que esté expresamente autorizado por la ley.[14]

11 Mazzioti di Celso, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Milán, 1985, X.

12 Donati, *Il probleme delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milán, 1910 (ahora en *Id.*, *Scritti di diritto pubblico*, Padua, 1966, I).

13 Giannini, *op.cit.*, nota 1, pp. 81 y 82; Rescigno, *Corso di diritto pubblico,* Bolonia-Roma, 1990, p. 55; Zagrebelsky, *Il diritto mite*, *cit.*, nota 4, pp. 29 y ss.

14 Carré de Malberg, *op.cit.*, nota 3, p. 64.

En suma, en el primer caso, los actos de los poderes públicos están sujetos a una sola condición de validez: son válidos si su contenido no está en contraste con la ley; en el segundo caso, los actos de los poderes públicos están sujetos a dos condiciones de validez: son válidos si son autorizados por la ley y, además, si su contenido no está en contraste con la ley.

Conviene poner un sencillo ejemplo. En la primera interpretación, el principio de legalidad provoca la ilegitimidad de todo reglamento del Ejecutivo que sea incompatible con la ley, pero no excluye de hecho que el Ejecutivo pueda adoptar reglamentos "autónomos" (o "independientes", en uno de los sentidos de esta palabra), entendidos como aquellos reglamentos que no están previstos (expresamente autorizados) por la ley, pero que son adoptados por el Ejecutivo bajo su propia iniciativa. En la segunda interpretación, por el contrario, el principio de legalidad provoca la ilegitimidad de cualquier reglamento "autónomo" en cuanto tal, ya que no admite que el Ejecutivo ejerza la potestad reglamentaria en ausencia de una específica ley que le autorice puntualmente tal ejercicio.[15]

VI. Condiciones de eficacia del principio de sujeción a la ley

El principio de sujeción a la ley de los poderes públicos está vinculado a algunas condiciones de eficacia (o efectividad), que conviene recordar.

Ocurre con frecuencia que la ley no se limita a conferir poderes, si no que —por así decirlo— regula efectivamente los poderes que confiere: evidentemente, ningún problema serio de

15 No es claro, sin embargo, "si lo que se requiere para el legítimo ejercicio del poder reglamentario es una específica ley que en cada caso lo atribuya o si es suficiente una legitimación genérica y preventiva, de una vez por todas, que se actualice automáticamente, convirtiéndose operativa concretamente al verificarse un determinado presupuesto, o bien si pueda desprenderse del contenido de los poderes conferidos en concreto al gobierno y/o a la administración pública, también en este caso en presencia de una atribución genérica, pero no automática" [Carlassare, "Regolamento (diritto costituzionale)", *cit.*, nota 10, p. 615]. Al respecto, *cfr.* Fois, *La "riserva di legge". Lineamenti storici e problemi attuali*, Milán, 1963, pp. 63 y ss.

sujeción a la ley existe para un poder que la ley no regula en modo alguno.

Una cosa es "conferir" un poder y otra "regularlo". Para conferir un poder es suficiente una norma de competencia, la cual autoriza a un determinado órgano a realizar actos de un cierto tipo, es decir, actos dotados de un nombre propio y de un correspondiente régimen jurídico.[16] Para regular un poder hay que dictar reglas (procedimentales y/o sustanciales) para su ejercicio.[17] Si un poder es conferido pero no está regulado de algún modo, sus actos son incondicionalmente válidos. Sólo si un poder está regulado pueden surgir cuestiones en torno a la validez de los actos en que se ejerza tal poder.

La ley puede, además, disponer controles de validez, legalidad y legitimidad sobre los actos de los poderes públicos, de otra forma la violación a la ley quedaría sin sanción o remedio.

Debe observarse que es inútil dictar condiciones de validez sin predisponer controles de validez; pero es igualmente inútil instituir controles de validez sobre actos que sean incondicionalmente validos.[18] En un caso, la violación a la ley no tiene remedios; en el otro caso, los remedios están destinados a ser inoperantes.

16 Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, *cit.*, nota 3, III.

17 Un poder ejercido sin título —es decir, en ausencia de una norma que lo atribuya— se llama no "ilegal", sino más bien "ilegítimo". Se llama, por el contrario, "ilegal" un poder ejercido en modo disconforme con las normas que lo regulan". *Cfr.* Bobbio, "Legalità", *Dizionario di politica*, Turín, 1976, pp. 518 y ss. (hay traducción al castellano, México, Siglo XXI, varias ediciones).

18 "La verdadera garantía de los derechos... requiere... que entre la ley y el acto aplicativo, entre la norma y la disposición, subsista un margen, una separación tal que permita aquellos remedios que no serían posibles en las confrontaciones con la ley, y en definitiva la confrontabilidad del acto, puesto en ocasiones en cuestión, con la norma, que lo prevé y lo regula, sin la cual estaría prácticamente anulado el propio principio de legalidad"; Crisafulli, "Principio di legalità e 'giusto procedimento'", *GiC*, 1962, pp. 130 y ss. "La exigencia de confrontabilidad del acto con la ley, es decir, la presencia de un parámetro legislativo sobre cuya base el juez pueda justificar un efectivo control, se sigue, en nuestro ordenamiento, del artículo 113 de la Constitución italiana, que consagra el principio —típico del Estado de derecho— de la accionabilidad de las pretensiones de los ciudadanos en sus relaciones con la administración pública"; Carlassare, "Regolamento (diritto costituzionale)", *cit.*, nota 10, p. 622, nota 106. *Cfr.* también *Id.*, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, *cit.*, nota 10, pp. 153 y ss.; *Id.*, "L'applicabilità dell'art. 113 della Costituzione agli tai normativi di autoriíta amministrative", *GiC*, 1964, pp. 525 y ss. Al respecto: Fois, *La "riserva di legge"*, *cit.*, nota 15, pp. 273 y ss.

En los ordenamientos jurídicos modernos, los controles de validez son típicamente controles de tipo jurisdiccional. Tales controles, a su vez, son eficaces a condición de que sean ejercidos por órganos (jueces) independientes.

VII. El llamado principio de legalidad sustancial

La tercera regla, de las enunciadas en el parágrafo IV, se refiere a las condiciones de validez no de los actos administrativos y jurisdiccionales, sino de la ley misma. Es, por tanto, una regla sobre la legislación.

La mutación, comúnmente inadvertida, del principio de legalidad —de regla sobre la validez de los actos administrativos y jurisdiccionales a norma sobre la validez de la ley— es fácil de explicar. Como ya se ha apuntado, la regla que quiere a los poderes públicos sujetos a la ley es ineficaz siempre que la ley se limite a conferir esos poderes, sin regularlos (o regulándolos solamente de modo sumario). En suma, el llamado principio de legalidad "sustancial" es condición de eficacia del principio de legalidad formal (sujeción a la ley de los poderes públicos).

Conviene, sin embargo, hacer dos observaciones. Cuando se habla de una norma sobre la legislación, tal norma no puede tener más que rango constitucional (al menos "materialmente", si no formalmente, constitucional). Además, una norma de tal tipo, en la medida en que regula la legislación, será vinculante para el legislador mismo sólo a condición de que esté contenida (aunque sea implícitamente) en una Constitución que sea, al mismo tiempo, formal y rígida.[19]

Dicho lo anterior puede preguntarse: ¿qué significa "regular"? ¿qué cosa exactamente se requiere del legislador al decir que la ley debe "regular" a los poderes públicos? Hay que repetir que una cosa es atribuir un poder ("en blanco") y una cosa

19 Carlassare, "Legalità (principio di)", *cit.*, nota 10, "Para que el principio de legalidad pueda afirmarse en su significado pleno, funcionando como límite al contenido de la ley, que debe contener una regulación suficiente para delimitar la discrecionalidad de los órganos administrativos, no basta con la existencia de una Constitución rígida, si no que es también necesario que el principio tenga valor constitucional".

distinta es regularlo. "Regular", sin embargo, es un término con un significado bastante elástico. Como se ha dicho, la ley puede regular los poderes que confiere de modo diverso y con distinta intensidad: puede imponer vínculos y límites más o menos estrechos.

El llamado principio de legalidad sustancial se presta, por tanto, a dos diversas interpretaciones:

1. En un primer sentido (débil) del término, "regular" significa circunscribir; diremos que la ley regula un poder a condición de que no se contente con conferirlo o autorizar su ejercicio, si no que, además, le ponga límites negativos.

2. En un segundo sentido (fuerte) del término, "regular" significa vincular; diremos que la ley regula un poder a condición de que no se limite ni a conferirlo ni a circunscribirlo, sino que lo vincule en positivo predeterminando el contenido de sus actos.[20]

Como es obvio, los derechos subjetivos de los ciudadanos están más garantizados en sus relaciones con los poderes públicos cuanto más intensamente la ley regula la actividad de estos últimos. La garantía de los derechos es inexistente cuando la ley se limita a conferir un poder sin regularlo en modo alguno. La garantía de los derechos es mínima cuando la ley circunscribe los poderes que confiere (es decir, cuando confiere poderes discrecionales). La garantía de los derechos es máxima cuando la ley, al conferir un poder, le impone no solo límites, sino también vínculos sustanciales, predeterminando el contenido de sus actos (es decir, cuando confiere un poder vinculado).

Debe notarse que, en un cierto sentido, en lo que se refiere al poder jurisdiccional, el problema ni siquiera existe.[21] En el pensamiento jurídico moderno, la jurisdicción —si se hace abstracción de la "discrecionalidad" interpretativa— se configura como una

20 También en este caso podemos observar la cuestión desde el punto de vista de las condiciones de validez —o, más bien, de invalidez— de los actos. En el primer caso, es inválido todo acto que traspase los confines fijados por la ley o que esté en contraste con ésta. En el segundo caso, es inválido todo acto que tenga un contenido o una finalidad diversa a la querida por la ley.

21 Fois, "Legalità (principio di)", *cit.*, nota 10, pp. 660 y 661.

actividad enteramente vinculada.[22] "Juzgar" es, por definición, deducir un precepto singular y concreto de una norma general y abstracta preconstituida (en conjunción con una afirmación que describe, o más bien califica, el supuesto de hecho que se encuentra bajo controversia). De modo que las determinaciones jurisdiccionales resultan predeterminadas por la ley y en tal sentido completamente vinculadas. En rigor, frente a una decisión cuyo contenido no esté predeterminado por la ley, no se puede ni siquiera hablar de jurisdicción. En suma, que la ley deba predeterminar el contenido de las decisiones jurisdiccionales es cosa pacífica.

El problema existe más bien para el Poder Ejecutivo. Se trata de saber si el legislador puede legítimamente atribuir al gobierno y a la administración pública poderes "en blanco", o si por el contrario tiene la obligación de circunscribir , o incluso vincular, los poderes que confiere.

En la doctrina, comúnmente, el principio de legalidad sustancial se entiende genéricamente en el sentido de que el legislador tiene la obligación de regular "cabalmente" los poderes del gobierno y de la administración pública. No es claro si, hablando de una regulación "cabal" del Poder Ejecutivo, se aluda a un conjunto de límites negativos, o más bien a un conjunto de vínculos positivos.

22 *Cfr.* Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, París, 1920, I, III.

PRINCIPIOS DE DERECHO Y DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

I. La identificación de los principios 132

II. Interpretación de las disposiciones que expresan principios 135

III. Concretización de los principios 136

IV. La construcción de los principios no expresos . . . 137

V. La ponderación de los principios constitucionales . 142

VI. La interpretación orientada a principios 147

VII. Los principios constitucionales supremos 150

PRINCIPIOS DE DERECHO Y DISCRECIONALIDAD JUDICIAL*

En las páginas que siguen me propongo examinar de forma sumaria los puntos de intersección entre principios de derecho y discrecionalidad judicial.

A mi modo de ver, tales puntos de intersección son al menos siete:

1. La identificación de los (de algunos) principios: aquéllos que no son expresamente precalificados como tales por la misma autoridad normativa que los ha formulado.

2. La interpretación de las disposiciones que se supone expresan principios.

3. La "concretización" de los principios, es decir, su aplicación a casos concretos.

4. La construcción de los (de algunos) principios: los no expresos.

5. La ponderación de los principios, especialmente de los principios constitucionales.

6. La interpretación (no de los principios mismos, sino) de las disposiciones normativas que giran en torno a ellos.

7. La elaboración, por parte de la jurisprudencia constitucional, de la categoría de los principios supremos absolutamente inmodificables, así como la identificación de los principios supremos mismos.

* Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, magistrado del Tribunal Supremo, España.

I. La identificación de los principios

Algunos principios se encuentran no sólo expresamente formulados sino también expresamente identificados como tales por las mismas autoridades normativas.[1]

Es el caso, por proponer un ejemplo, de los artículos 1o.-12 de la Constitución italiana (CI), que el propio constituyente quiso calificar como "principios fundamentales"; es el caso de la Ley 382/1978, "normas de principio sobre la disciplina militar"; como también de la Ley 335/1979, "principios fundamentales y normas de coordinación en materia de presupuesto y de contabilidad de las Regiones", y, asimismo, el del artículo 1o. de la Ley 833/1978 ("instituciones del servicio sanitario nacional"), que contiene la rúbrica "los principios", o el del artículo 22 de la Ley 93/1983 ("Ley cuadro sobre el empleo público"), que incluye la rúbrica "principios en tema de responsabilidad, procedimientos, y sanciones disciplinarias", etcétera.

Otros principios, en cambio, son tales en virtud no de una expresa calificación de la autoridad normativa, sino de una valoración del intérprete.[2] En el sentido de que los intérpretes —y, en particular, los jueces— identifican como principios ciertas disposiciones normativas, precisamente en el momento de la interpretación, en ausencia de cualquier determinación expresa del legislador en tal sentido.[3]

Un sólo ejemplo entre mil: una decisión reciente de la Corte Constitucional italiana[4] atribuye el *status* de "principio fundamental", vinculante para la legislación regional (a los efectos del artículo 117, I, CI), al artículo 3o. bis del decreto-ley 361/1987 (introducido mediante la Ley de conversión 441/1987), que dispone lo siguiente: la junta regional aprueba los proyectos de nuevas plantas de tratamiento y almacenamiento de residuos conforme al resulta-

1 Italia, V, *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, Milán, 1970.

2 *Cfr.* Guastini, R., "Principi di diritto", *Digesto delle discipline civilistiche*, Turín, 1996, vol. XIV.

3 Por lo demás, no está excluido que los intérpretes realicen también la operación opuesta, es decir, que nieguen el *status* de principio a una disposición que el legislador ha calificado expresamente como tal.

4 Corte Constitucional 79/1996.

do de una conferencia *ad hoc*, en la que participan los responsables de los organismos regionales competentes y los representantes de los entes locales afectados; la conferencia recaba y valora todos los elementos relativos a la compatibilidad del proyecto con las exigencias ambientales y territoriales; si fuera necesario, la aprobación del proyecto constituye una variante del instrumento urbanístico general. La disposición mencionada —hay que decirlo— no parece satisfacer ninguna de las definiciones de principio que circulan en la literatura.

La operación consistente en atribuir valor de principio a una disposición que no se autocalifica expresamente como tal es fruto de la discrecionalidad, por el hecho —ciertamente obvio— de que los rasgos caracterizadores de los principios (en relación con las reglas específicas) están altamente controvertidos en la literatura.

Estaría fuera de lugar dar cuenta exhaustiva de las diversas doctrinas,[5] por ello me limitaré a dos ejemplos:

1. Algunos pretenden que el rasgo que caracteriza a los principios frente a las reglas radica en su peculiar estructura lógica. Las reglas serían normas hipotéticas, que conectan precisas consecuencias jurídicas a no menos precisos (clases de) supuestos de hecho; en cambio, los principios serían normas incondicionadas, es decir, carentes de supuesto de hecho, o, en cualquier caso, con supuesto de hecho abierto, de manera que su campo de aplicación quedaría totalmente indeterminado.[6]

2. Otros pretenden que lo que distingue a los principios no es su contenido normativo sino, sobre todo, la posición peculiar que ocupan en el ordenamiento jurídico (o en uno de sus subsectores). Los principios serían normas fundamentales, caracterizadoras, que confieren identidad axiológica al ordenamiento (o a uno de sus subsectores) y ofrecen justificación a las restantes normas (del ordenamiento en su conjunto o de ese particular subsector).[7]

5 *Cfr.* también Guastini, R., "Principi di diritto", *cit.*, nota 2.

6 *Cfr.*, por ejemplo, Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, 1996.

7 Luzzati, C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milán, 1990.

Ahora bien, es bastante probable que quienes se adhieren a la primera doctrina atribuyan el *status* de principios a disposiciones diversas de las que serán identificadas como principios por los partidarios de la segunda.

Además, para los partidarios de la primera doctrina, la identificación de un principio es necesariamente fruto de la discrecionalidad interpretativa (como veremos, al interpretar una misma disposición puede entenderse, alternativamente, que expresa una regla jurídica o bien un principio). Para los partidarios de la segunda, la identificación de un principio exige un juicio de valor acerca de la importancia relativa de las diversas disposiciones que componen el ordenamiento. En ambos casos, la identificación de un principio en cuanto tal (me refiero siempre a disposiciones que no estén expresamente etiquetadas como principio por la propia autoridad normativa) comporta discrecionalidad.

Para concluir sobre este punto, conviene observar que la identificación de los principios no es —como algunos podrían verse inducidos a pensar— un problema exquisitamente teórico-general o filosófico-jurídico, carente de consecuencias prácticas. Al contrario, la identificación de los principios (como, por otra parte, resulta de cuanto he dicho antes a propósito de una decisión constitucional) es un problema de derecho positivo.

Renuncio al intento de realizar un examen completo de las normas vigentes que hacen referencia a principios, y que, por consiguiente, exigen la identificación de los principios para su aplicación. Sólo recordaré que el artículo 117, I, CI —que autoriza a las regiones (con estatuto ordinario) a emanar "normas legislativas dentro de los límites de los principios fundamentales establecidos en las leyes del Estado"— impone la distinción entre "normas" y "principios fundamentales".[8] De otra parte, el artículo 3o. de la Ley Constitucional 3/1948, "Estatuto especial

8 La misma distinción del artículo 117, I, de la Constitución está reiterada por el artículo 9o., I, de la Ley 62/1953, según la modificación del citado artículo 17 de la Ley 281/1970, que dispone que "la emanación de normas legislativas por las regiones... se desarrolla dentro de los límites de los principios fundamentales conforme resultan de las leyes que expresamente los establecen para cada materia o como se desprenden de las leyes vigentes".

para Cerdeña"; el artículo 2o. de la Ley Constitucional 4/1948, "Estatuto especial para el Valle de Aosta"; así como el artículo 4o. del D. P. R. 670/1972, "Texto único de las leyes constitucionales concernientes al Estatuto especial para el Trentino-Alto Adige", exigen que las correspondientes leyes regionales sean conformes a los "principios del ordenamiento jurídico del Estado". De "principios e intereses generales que informan la legislación del Estado", como límites a la legislación regional, habla también el artículo 17 del regio decreto legislativo 455/1945, convertido en Ley Constitucional 2/1948, "Estatuto de la Región siciliana".

II. Interpretación de las disposiciones que expresan principios

En una diversa perspectiva, la identificación de los principios comporta discrecionalidad también por el hecho de que una misma disposición normativa puede —a menudo, aunque no siempre— ser interpretada, de modo que resulta indiferente, como una regla específica o como un principio. El punto puede ser ilustrado con un simple ejemplo.

El artículo 3o., I, CI —"todos los ciudadanos... son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales"— admite dos interpretaciones.

1. En la primera interpretación[9] expresa una regla específica. *Grosso modo* la siguiente: si una ley distingue entre ciudadanos según el sexo, la raza, etcétera (supuesto de hecho), entonces es constitucionalmente ilegítima (consecuencia jurídica).

Por un lado, una regla semejante no admite excepciones: está excluido que una ley que discrimine según el sexo, la raza, etcétera, pueda ser conforme a la Constitución.

Por otra parte, una regla semejante tiene un supuesto de hecho cerrado: está excluido que (a los efectos de esta norma) una

9 *Cfr.*, por ejemplo, Corte Constitucional 28/1957.

ley pueda ser constitucionalmente ilegítima cuando discrimine por razones diversas del sexo, la raza, etcétera.

2. En la segunda interpretación (la hecha propia por la Corte Constitucional a partir de los años sesenta),[10] la misma disposición expresa un genérico principio de igualdad, que quizá pudiera formularse así: los casos iguales deben ser tratados de un modo igual, y los casos diversos deben ser tratados de un modo diverso.

Por un lado, este principio admite excepciones; en efecto, no está excluido que una ley pueda ser constitucionalmente legítima aunque discrimine entre ciudadanos, por ejemplo, según el sexo (el legislador debe tratar de modo diverso situaciones objetivamente diversas).

Por otro, este principio tiene un supuesto de hecho abierto; en efecto, no está excluido que una ley pueda ser constitucionalmente ilegítima porque discrimine según criterios diversos de sexo, raza, etcétera (el legislador debe tratar de un modo igual situaciones objetivamente iguales).

Obsérvese que no sólo es obviamente discrecional la opción entre la primera y la segunda interpretación, sino —además— la elección de la segunda tiene el efecto de conferir ulterior poder discrecional al órgano de la aplicación (en este caso, el juez constitucional).

III. Concretización de los principios

El artículo 12, II, disposición preliminar del Código Civil, establece: "Si una controversia no puede ser decidida con una precisa disposición, se tomarán en consideración las disposiciones que regulan casos similares o materias análogas; si el caso continua siendo dudoso, se decide según los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado".

Las controversias que no pueden ser decididas con una "precisa disposición", es decir, con una norma expresa, configuran otras tantas lagunas del derecho. Así pues, la disposición men-

10 *Cfr.*, por ejemplo, Corte Constitucional 15/1960.

cionada invoca los principios como instrumentos de integración del derecho en presencia de lagunas (por ejemplo, el juez está autorizado a recurrir a ellos después de haber experimentado inútilmente el argumento analógico).

Sin embargo, los principios no son idóneos por sí solos para ofrecer la solución de específicas controversias: por lo general necesitan, como suele decirse, "concretización".

Pongamos un ejemplo para aclarar la cuestión. Supongamos convenir que, a pesar de las apariencias, el llamado "daño biológico" *no* constituye un daño no patrimonial a los efectos del artículo 2059 del Código Civil, y que por tanto el Código Civil no prevé disciplina alguna sobre la reparación del daño biológico. De ello puede concluirse que el Código Civil presenta una laguna. ¿Cómo colmarla? Cabe entender que la laguna deba ser colmada recurriendo al principio de tutela de la salud (artículo 32, CI).[11]

Pero es evidente que tal principio no es por sí suficiente para resolver alguna controversia en la materia, puesto que no dice nada acerca de la reparación del daño biológico. Se puede usar el principio en cuestión para resolver una controversia en materia de daño biológico, sólo a condición de recabar de él una norma particular (implícita), idónea, ésta sí para colmar la laguna y regular el supuesto que se pretende disciplinar.

La construcción de esta norma específica constituye, precisamente, la "concretización" del principio. Pero, de otra parte, no hay norma específica que pueda ser recabada de un principio con un razonamiento deductivo, y, por tanto, constrictivo, sin la adición de ulteriores premisas. La elección de las premisas es fruto de la discrecionalidad.

IV. La construcción de los principios no expresos

Son principios expresos los explícitamente formulados en una disposición constitucional o legislativa de la que puedan recabarse (como cualquier otra norma) mediante interpretación.

11 Tribunal de Génova, 25 de mayo de 1974, *Giurisprudenza italiana*, 1975, 1, 2, 54.

Por ejemplo —partiendo de que la cuestión de si una determinada disposición expresa un principio o una regla es a veces opinable— pueden considerarse principios expresos del ordenamiento italiano: el de igualdad (artículo 3o., I, CI); el de irretroactividad de la ley penal (artículo 25, II, CI); el principio de *neminen laedere* (artículo 2043, Código Civil); el llamado de interpretación estricta de la ley penal (artículos 1o., Código Penal y 14, Disposición Preliminar del Código Civil); el de legalidad en la jurisdicción (artículo 101, II, CI), y otros que cabría citar.

Por el contrario, son principios no expresos los que carecen de disposición,[12] es decir, los no explícitamente formulados en alguna disposición constitucional o legislativa, sino elaborados o "construidos" por los intérpretes. Se entiende que los intérpretes, cuando formulan un principio no expreso, no se convierten en legisladores, sino que asumen que tal principio está implícito, latente, en el discurso de las fuentes.[13]

Por ejemplo, son principios no expresos del ordenamiento italiano: el de tutela de la confianza, el principio dispositivo en el proceso civil, el de conservación de los documentos normativos, el de la separación de poderes, (quizá) el principio de legalidad en la administración, los llamados principios del orden público, el conocido como principio del *favor* en derecho laboral, etcétera.

Los principios no expresos son fruto no de interpretación (es decir de adscripción de sentido a específicos textos normativos), sino de integración del derecho por obra de los intérpretes. Los operadores jurídicos los obtienen a veces de normas singulares, otras de grupos más o menos amplios de normas, en ocasiones del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Se obtiene un principio de una norma singular cada vez que se formula la hipótesis de una *ratio*, es decir, un fin, como perseguido por la norma, o de un valor que la justifica. Pero también, son principios elaborados a partir de una norma singular por

12 Crisafulli, "Disposizione (e norma)", *Enciclopedia del diritto*, Milán, 1964, XIII, p. 197.

13 *Cfr.* Guastini, R., "Principi di diritto", *cit.*, nota 2.

ejemplo, el principio conocido como de razonabilidad o no arbitrariedad de la legislación (que la Corte Constitucional encuentra en el artículo 3o., I, CI), el principio de libertad de las formas negociales (que la doctrina prevalente extrae del artículo 1325 del Código Civil), etcétera.

Como extraídos de una multiplicidad de normas, pueden citarse, por ejemplo, el principio de tutela de la confianza y el principio dispositivo en el proceso civil. El primero se obtiene de las disposiciones sobre el error como causa de nulidad del contrato (artículo 1428, Código Civil), de las disposiciones sobre los efectos de la simulación respecto de terceros y a los acreedores (artículos 1415 y 1416, Código Civil), de las disposiciones que limitan la oponibilidad a terceros de la modificación o revocación del poder (artículo 1396, Código Civil), etcétera. El segundo se extrae de los artículos 2907, fracción I y 2697 del Código Civil; 99 y siguientes del Código Procesal Civil; de la disciplina de la transacción (artículos 1965 y ss., Código Civil), etcétera.

Para algunos, son principios implícitos en el ordenamiento jurídico en su conjunto, por ejemplo, la llamada "norma general exclusiva" (o principio de libertad: todo lo que no está expresamente prohibido está permitido), el principio de certeza del derecho, el principio de conservación de los documentos normativos.

Ahora bien, es posible sostener, como hipótesis, que en nuestra cultura jurídica se hace uso de, al menos, tres diversas técnicas de construcción de principios.

1. Una primera técnica de construcción consiste en la "inducción" de normas generales —mediante abstracción, generalización, o universalización, según se quiera denominar— a partir de normas particulares. Se trata de un procedimiento altamente (y, por lo demás, notoriamente) discrecional.[14]

14 Es el mismo procedimiento intelectual mediante el cual, en particular en la cultura jurídica del *Common Law,* de una decisión individual y concreta se recaba una norma general y abstracta (la *ratio decidendi*). Por ejemplo, de la decisión que condena a un cervecero escocés a indemnizar a un cliente que ha encontrado en la cerveza restos de un caracol descompuesto, es posible remontarse indistintamente a la norma conforme a la cual los productores escoceses de cerveza en botellas opacas tienen la obligación de operar con la diligencia necesaria para evitar que los caracoles muertos puedan acabar en el

Pongamos que la norma particular, N, que se toma como punto de partida, conecta la consecuencia jurídica, Z, a un supuesto de hecho complejo, F, que se realiza cuando se presentan conjuntamente las circunstancias A, B y C. La estructura de la norma N será por tanto: "Si A y B y C, entonces Z". Ahora bien, la construcción del principio consiste en esto: en primer lugar, se distinguen dentro de los elementos (A, B y C) que caracterizan al supuesto de hecho F, los componentes esenciales de los accidentales;[15] en segundo lugar, se construye un supuesto de hecho F1 que no comprende los componentes accidentales (y que por esto mismo es más general que F); en tercer lugar, se formula el principio que conecta la misma consecuencia jurídica Z al supuesto de hecho F1. El paso clave de esta operación es, naturalmente, el primero: la distinción —completamente discrecional— entre los componentes accidentales, de los que se hará abstracción, y los componentes esenciales, que entrarán, en cambio, a componer el supuesto de hecho del principio. El principio, obtenido por universalización, tendrá un contenido diverso según que, al construirlo, se haga abstracción sólo del componente A ("si B y C, entonces Z"), o bien sólo de B ("si A y C, entonces Z"), o sólo de C ("si A y B, entonces Z"), o de A y B ("si C, entonces Z"), o de A y C ("si B, entonces Z"), o, en fin, de B y C ("si A, entonces Z").

2. Una segunda técnica de construcción consiste en avanzar conjeturas en torno a las razones —a los fines, las intenciones,

producto; a la norma que impone a los productores de cualesquiera alimentos y bebidas la obligación de usar la diligencia necesaria para evitar que cualquier sustancia nociva pueda acabar en el producto; etcétera. Es claro que la primera norma no tendría aplicación en el caso de que el cervecero implicado fuese galés; la segunda no sería aplicable al supuesto de que la cerveza hubiera sido contaminada con restos de lagarto y así sucesivamente. El ejemplo fue tomado de Twining, W. y Miers, D., *How to do Things with Rules*, 2a. ed., Londres, 1982.

15 Esto, a su vez, supone la previa identificación de la *ratio* de la norma; considerar esencial un componente del supuesto de hecho, por ejemplo, el componente A, no es cosa diversa de suponer que A sea la razón (o una de las razones) que han inducido al legislador a conectar al supuesto de hecho en cuestión precisamente la consecuencia Z y no otra. *Cfr.* Bobbio, N., *L'analogia nella logica del diritto*, Turín, 1938; Lazzaro, G., *Argomenti dei giudici*, Turín, 1970.

los valores— del legislador. Es lo que se hace cada vez que se obtiene la *ratio* de una norma (o de un complejo de normas).[16]

Tales conjeturas en torno a las razones del legislador son obviamente discrecionales. Es raro que una norma responda a un fin unívoco y bien definido. Todo resultado que una norma (si es observada y/o aplicada) puede producir es susceptible de ser asumido como razón de ser de tal norma. Si una cierta norma es idónea para producir conjuntamente dos resultados distintos, R1 y R2, se puede sostener tanto que la *ratio* de la norma es la realización de R1 como que es la realización de R2.[17]

3. Una tercera técnica de construcción consiste, por un lado, en elaborar una norma implícita que se supone instrumental a la actuación de un principio (previamente reconocido como tal); y, por otro lado, en elevar después la norma implícita así construida al rango de principio.[18]

En fin, debe tenerse en cuenta, ante todo, que no todas las normas que son condiciones necesarias de actuación de un principio pueden considerarse válidas por esto sólo; y, además, que

16 La distinción entre esta técnica de construcción y la precedente no es neta, desde el momento en que ambas exigen una conjetura en torno a la *ratio* de una o más normas.

17 Por ejemplo, la norma (constitucional) que requiere el refrendo ministerial como condición de validez de todos los actos presidenciales (artículo 89, 1, CI) puede ser reconducida indiferentemente al menos a dos fines distintos: poner al jefe del Estado a salvo de toda responsabilidad política, o bien garantizar un control gubernamental sobre los actos del presidente. La norma (o, si se quiere, el principio) que establece la obligatoriedad de la acción penal (artículo 109, CI) puede ser justificado: con el (más general) principio de igualdad frente a la ley (artículo 3o., 1, CI); con el fin de perseguir todos los delitos, al margen de cualquier consideración de utilidad; o con el fin de garantizar la neutralidad política del Ministerio Público. El artículo 11, 1, Disposición Preliminar del Código Civil (que expresa a su vez un principio: el de irretroactividad de la ley en general) puede ser reconducido a cualquiera de tres fines diferentes: garantizar la estabilidad de las relaciones agotadas, asegurar la tutela de los llamados derechos adquiridos y garantizar a cada uno la previsión de las consecuencias jurídicas de las propias acciones. Una norma que establece un impuesto sobre la renta puede ser entendida como dirigida indiferentemente a aumentar los ingresos del Estado, o a desincentivar las actividades productivas de renta. Y, así, otros muchos ejemplos que cabría traer a colación.

18 Un ejemplo se encuentra en la jurisprudencia constitucional en materia de igualdad de las partes en el proceso: la *par conditio* de las partes, considerada como un principio sin el cual no tendría plena actuación el derecho de defensa, del artículo 24, 2, CI. *Cfr.* Pizzorusso, A., "Le principe degalité dans la doctrine et dans la jurisprudence italienne", *Etudes et documents du Conseil d'État*, núm. 48, p. 459.

las normas en cuestión, aun cuando sean válidas, no necesariamente constituyen principios.

V. La ponderación de los principios constitucionales

Puede suceder (ciertamente, ocurre a menudo) que dos principios —al igual que acontece con las normas— entren en conflicto. Más aún, algunos entienden que es un rasgo definitorio de los principios el que cada uno de ellos se encuentre en conflicto con otros, de manera que, dado un supuesto de hecho al que sea de aplicación un principio P1, hay siempre al menos otro principio P2 igualmente aplicable al mismo supuesto de hecho e incompatible con P1. Incompatible, en el sentido de que la aplicación de P2 llevaría a resultados diversos de la aplicación de P1.

Ahora bien, los conflictos entre principios —ejemplo paradigmático: los conflictos entre principios constitucionales (sobre los que se centra lo que sigue)—presentan generalmente (no siempre y, por tanto, no necesariamente) tres características que merecen ser reseñadas.

1. En primer lugar, los conflictos entre principios —en particular, entre principios constitucionales— son antinomias entre normas coetáneas y de idéntico rango en la jerarquía de fuentes.

2. En segundo lugar, los conflictos entre principios son, por lo general, antinomias "en concreto". Este punto requiere alguna explicación.

Se da una antinomia "en abstracto" (o necesaria) cada vez que dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles a supuestos de hecho abstractos, es decir a clases de supuestos de hecho (concretos), que se superponen (en todo o en parte) conceptualmente. De suerte que la antinomia puede ser identificada ya en el plano de la interpretación textual, "en abstracto", es decir, sin que sea necesario representarse un supuesto de hecho concreto. Si, por ejemplo, una primera norma prohíbe el aborto y una segunda norma permite el aborto terapéutico, la antinomia puede ser reconocida "en abstracto", con independencia de cualquier supuesto concreto, desde el momento en que la cla-

se de los abortos terapéuticos está conceptualmente incluida en la clase de los abortos sin especificaciones.

Por el contrario, se da una antinomia "en concreto" (o contingente) cuando —en el momento de la aplicación— dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles a un mismo supuesto fáctico concreto. Esto ocurre cada vez que un supuesto de hecho concreto (o una subclase de supuestos de hecho concretos) recae simultáneamente en dos clases de supuestos de hecho diversos y no relacionados conceptualmente para los que el derecho prevé consecuencias jurídicas incompatibles. De este modo, la antinomia puede ser identificada sólo en sede de aplicación de las normas al caso concreto (al que, precisamente, se dé la circunstancia de que ambas sean aplicables). Imaginemos que una primera norma disponga: "Los ciudadanos deben pagar los impuestos", y una segunda norma disponga: "Los desempleados no deben pagar ningún impuesto". Los supuestos de hecho abstractos a que las dos normas se refieren —respectivamente, "ciudadanos" y "desempleados"— carecen de relación desde el punto de vista conceptual, pues que existan o no de hecho ciudadanos sin empleo es algo contingente. Por tanto, el conflicto entre las dos normas en cuestión no es necesario: ninguna antinomia se presenta hasta el momento en que se trata de decidir si la obligación tributaria grava —supongamos— a ciudadanos empleados o a extranjeros y apátridas desempleados. Pero, cada vez que esté en discusión la obligación tributaria de un ciudadano desempleado, comparece una antinomia. Esto sucede por la simple razón de que, aun siendo diversos los dos supuestos de hecho abstractos, existen supuestos de hecho concretos que entran dentro del campo de aplicación de ambas normas: los ciudadanos sin empleo pertenecen tanto a la clase de los ciudadanos como a la de los desempleados. En cambio, de hecho, no se presentaría ninguna antinomia si la clase de los desempleados estuviera vacía, es decir, si no existieran ciudadanos en situación de desempleo. Por tanto, puede decirse, las antinomias en abstracto dependen de la estructura conceptual del lenguaje legislativo, mientras las antinomias en concreto dependen de la estructura del mundo.

3. En tercer lugar, los conflictos entre principios son normalmente antinomias de tipo eventual, o, según la terminología de A. Ross, "parcial-parcial".[19] También en este caso parece oportuno hacer alguna precisión.

A veces, dos normas, N1 y N2, disponen consecuencias jurídicas incompatibles para dos clases de supuestos de hecho que se superponen completamente, de manera que cada supuesto de hecho concreto que entre en el campo de aplicación de N1 entrará también en el campo de aplicación de N2. Este tipo de antinomia se llama absoluta (o "total-total"). Si, por ejemplo, una norma califica de lícito y otra califica de ilícito el divorcio, la antinomia será del tipo absoluto.

Otras veces, la clase de supuestos de hecho disciplinada por una de las dos normas, N1, está enteramente incluida en la (constituye una subclase de la) clase de supuestos de hecho disciplinada de forma incompatible por la otra, N2, de manera que habrá supuestos de hecho que entran sólo en el campo de aplicación de N2, y supuestos de hecho que entran también en el campo de aplicación de N1; el conflicto nace sólo en relación con estas últimas. Este tipo de antinomia se llama unilateral (o "total-parcial"). Si, por ejemplo, una norma califica de ilícito el aborto y otra califica de lícito el aborto terapéutico, la antinomia será del tipo unilateral.

Otras veces, las dos normas, N1 y N2, disciplinan clases de supuestos de hecho que se superponen sólo parcialmente. Así, hay supuestos de hecho disciplinados sólo por N1, supuestos de hecho disciplinados sólo por N2, y supuestos de hecho disciplinados por ambas normas: el conflicto nace solamente en relación con estos últimos. Este tipo de antinomia se llama eventual (o "parcial-parcial"). Si, por ejemplo, una norma N1 impone un tributo a los productores de vino tinto, una segunda norma N2 atribuye la "denominación de origen controlada" a ciertos vinos blancos y tintos, y una tercera N3 exime del impuesto a los productores de vino con denominación de origen controlada, la an-

19 Ross, A., *Law and Justice*, Londres, 1958. Hay traducción española, de Carrió, G. R., *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963.

tinomia entre NI y N3 —o, si se prefiere, entre N1 y el combinado dispuesto por N2 y N3— será de tipo eventual.

Por consiguiente, la conclusión es que los conflictos entre principios —o al menos los que se dan entre principios constitucionales— no pueden ser resueltos con las mismas técnicas habitualmente usadas para resolver los conflictos entre normas. No es aplicable el criterio *lex superior derogat inferiori,* porque se está hablando de normas del mismo rango en la jerarquía de fuentes. Tampoco es aplicable el criterio *lex posterior derogat priori,* porque los principios implicados se encuentran (al menos en el caso de los principios constitucionales) estatuidos por un mismo documento normativo, y, en consecuencia, son coetáneos. Por último, no se puede aplicar el criterio *lex specialis derogat generali,* porque —cuando se trate de una antinomia del tipo eventual— no concurre entre las clases de supuestos de hecho disciplinados por los dos principios una relación de género a especie.

La técnica apropiada —y, por tanto, la que efectivamente se usa, en especial por los tribunales constitucionales— para resolver los conflictos de este tipo es la que se conoce con el nombre de ponderación.[20]

La ponderación de principios consiste en instituir entre los dos principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil.

A) Una jerarquía *axiológica* es una relación de valor instituida (no por las mismas fuentes, sino) por el intérprete, precisamente mediante un subjetivo juicio de valor.[21] Instituir una jerarquía axiológica consiste en atribuir a uno de los dos principios en conflicto mayor "peso", es decir, mayor valor, respecto del otro. El principio dotado de mayor valor prevalece, en el sentido de que es aplicado; el principio axiológicamente inferior sucumbe —no en el sentido de que resulte inválido o abrogado, sino— en el sentido de que se deja de lado.

20 *Cfr.* Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Madrid, 1993, pp. 87 y ss.; Guastini, R., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Turín, 1996, pp. 142 y ss. (trad. de Jordi Ferrer, Barcelona, Gedisa, 1999).

21 *Cfr.* Guastini, R., *Distinguendo..., cit.*, nota 20, pp. 331 y ss.

Obsérvese que, en este contexto, "ponderar" *no* significa atemperar, conciliar, o algo por el estilo, es decir, no significa hallar un punto de equilibrio, una solución "intermedia", que tenga en cuenta ambos principios en conflicto, y que —de algún modo— aplique o sacrifique parcialmente a ambos.[22] La ponderación consiste sobre todo en sacrificar o descartar un principio aplicando el otro.

B) Una jerarquía *móvil,* por otra parte, es una relación de valor inestable, mudable, que vale para el caso concreto, pero que podría invertirse en relación con un caso concreto diverso.

En efecto, para instituir esta relación jerárquica, el juez no sopesa el valor de dos principios en abstracto y de una vez por todas, sino que valora el posible impacto de su aplicación al caso concreto. Si el resultado que tendría en el caso concreto la aplicación del principio P1 parece más justo (o menos injusto) que el resultado que tendría la aplicación del principio P2, entonces, en el caso concreto, se prescindirá del principio P2, mientras que, en el caso concreto, se aplicará el principio P1.[23]

Pero téngase en cuenta "en el caso concreto". Nada impide que, en caso diverso, sea la aplicación de P2 la que tenga resultados que se consideren más justos (o menos injustos) que la aplicación de P1, y que, por tanto, la relación jerárquica resulte invertida, aplicando P1 y prescindiendo de P2. En este sentido, pues, se trata de una jerarquía móvil: si en un caso se ha atribuido mayor peso o valor a P1, nada impide que en un caso diverso se atribuya mayor peso o valor a P2.

22 Una cosa es ponderar dos principios, es decir "sopesarlos", para decidir cuál de los dos, por tener mayor "peso" o valor, debe ser aplicado y de cuál, por tener menor "peso" o valor, debe prescindirse; otra es "atemperar" dos principios. Como ejemplo de atemperación o conciliación entre principios, puede mencionarse la regla conforme a la cual la parte que ha interrumpido las negociaciones, frustrando así las expectativas de la contraparte, debe resarcir los gastos producidos y/o el daño sufrido por haber renunciado a ocasiones más favorables (*cfr.*, por ejemplo, Casación 43/1981 y 340/1988). Los principios atemperados son, obviamente, el de la libertad contractual y el de la obligación de buena fe en los negocios.

23 *Cfr.* Zagrebelsky, G., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Turín, 1992. Hay traducción española de Gascón Abellán, Marina, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, epílogo de G. Peces-Barba, Trotta, Madrid, 1995.

En consecuencia, el conflicto no se resuelve de manera estable, de una vez por todas, haciendo sin más prevalecer uno de los dos principios en litigio sobre el otro; toda solución del conflicto vale sólo para el caso concreto, y, por tanto, la solución del conflicto en casos futuros resulta imprevisible.[24]

Creo que es patente que esta operación comporta una doble discrecionalidad. Es discrecional la operación consistente en instituir una jerarquía de valores entre los principios implicados, y es asimismo discrecional la operación consistente en cambiar el valor relativo de tales principios a tenor de los diversos casos concretos.

VI. La interpretación orientada a principios

Los principios influyen en la interpretación de las restantes disposiciones (las que no son principios) alejando a los jueces de la interpretación literal —la más cierta y previsible— y propiciando una interpretación adecuada.

La interpretación adecuada es una especie del género de la interpretación sistemática y es un instrumento para prevenir o evitar antinomias.[25] Supongamos que una disposición admita

24 Para aclarar este punto será útil ofrecer un par de ejemplos. Primer ejemplo: en algunas ocasiones la Corte Constitucional italiana ha considerado que el principio de la autonomía regional debe prevalecer sobre el principio de igualdad (*cfr.*, por ejemplo, Corte Constitucional 234/1988, 143/1989, 103/1991, etcétera, sobre inadmisibilidad de un conflicto entre normas estatales y normas regionales, o entre normas de diversas regiones, para valorar la eventual violación del principio de igualdad); en otras ocasiones, en cambio, ha entendido que el principio de autonomía regional debe ceder ante el principio de igualdad (*cfr.* Corte Constitucional 58/1959, 142/1969, sobre incompetencia de las regiones en materia penal; Corte Constitucional 109/1957, 6/1958, sobre incompetencia de las regiones en materia de relaciones civiles). Segundo ejemplo: a veces la Corte ha entendido que el principio de igualdad formal del artículo 3o., 2, CI (*cfr.* Corte Constitucional 210/1986, sobre ilegitimidad de la prohibición del trabajo nocturno de la mujeres; Corte Constitucional 422/1995, sobre ilegitimidad constitucional de las cuotas en las listas electorales); otras veces, por el contrario, ha resuelto que el principio de igualdad sustancial debe prevalecer sobre el de igualdad formal (*cfr.* Corte Constitucional 109/1993, sobre la legitimidad de acciones positivas en favor del empresariado femenino; Corte Constitucional 13/1977, sobre legitimidad constitucional de un trato más favorable para los trabajadores en el proceso de trabajo).

25 Guastini, R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, 1993, pp. 381 y ss.; *Id.*, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 2a. ed., México, 2000, pp. 71 y ss.

dos interpretaciones contrapuestas, S1 y S2, tales que S1 sea conforme con un principio y S2 se halle en conflicto con este mismo principio. Ahora bien, si la disposición en cuestión fuera entendida en el sentido S2, sería inevitable el surgimiento de una antinomia. Pero la antinomia se evita, si, en cambio, se entiende tal disposición en el sentido S1. Esta última es, precisamente, la interpretación adecuadora.

Así, por ejemplo, si una disposición legal admite dos interpretaciones opuestas, de modo que la primera sea conforme a un principio constitucional, mientras que la segunda esté en contraste con él, se hace interpretación adecuadora eligiendo la primera interpretación y rechazando la segunda.

Las sentencias de la Corte Constitucional llamadas "interpretativas" son otros tantos ejemplos paradigmáticos de interpretación adecuadora. Tanto las sentencias interpretativas estimatorias (la Corte evita declarar constitucionalmente ilegítima una disposición en su totalidad, y se limita a declarar ilegítima una de sus posibles interpretaciones), como —todavía de manera más clara— las sentencias interpretativas desestimatorias (la Corte evita declarar constitucionalmente ilegítima una disposición, interpretándola de modo que sea conforme con la Constitución).[26]

Pero se encuentran buenos ejemplos de interpretación adecuadora también en las resoluciones mediante las que un juez ordinario rechaza una excepción de ilegitimidad constitucional, aduciendo que la cuestión es manifiestamente infundada porque la disposición sospechosa de inconstitucionalidad es susceptible de una interpretación conforme a la Constitución.

La interpretación adecuada —al menos cuando no sea conforme al sentido común de las palabras y/o a la intención del legislador— es fruto de una opción discrecional, en consecuencia, altamente discutible, tanto desde el punto de vista de la legalidad como del de la oportunidad política. Lo cierto es que —aunque amparado por muchos pronunciamientos jurisprudenciales y por

26 Guastini, R., "Problemi di analisi logica delle decisioni costituzionali", *Analisi e diritto 1990. Ricerche di giurisprudenza analitica*, 1990; *Id.*, *Le fonti del diritto...*, *cit.*, nota 25, pp. 309 y ss.

algunos juristas— un deber judicial de hacer interpretación adecuadora, como tal, no existe.[27]

Al interpretar la ley, los jueces no tienen otra obligación que la de atribuirle el sentido "hecho evidente por el significado propio [es decir, común] de las palabras según la conexión de éstas y por la intención del legislador" (artículo 12, 1, Disposición Preliminar del Código Civil). De este modo, la interpretación adecuadora, lejos de resultar obligatoria, está justificada sólo cuando coincide con el significado común de las palabras o con la intención del legislador, que no siempre es el caso (la presunción, en la que a veces se apoya la interpretación adecuadora, de que el legislador es respetuoso con la Constitución y no tiene intención de violarla, carece de fundamento).

Sobre todo, es lícito sostener que, frente a una disposición legal que admita una sola interpretación contraria a la Constitución, el juez —lejos de tener la obligación de hacer una interpretación adecuadora— tiene más bien la obligación de promover una cuestión de legitimidad constitucional ante la Corte. Ello, por la simple razón de que, evidentemente, no puede decirse "manifiestamente infundada" (artículos 1o., Ley Constitucional 1/1948 y 23, 2, Ley 87/1953) una cuestión de legitimidad constitucional sobre una disposición susceptible de expresar una sola norma en contraste con la Constitución.

Desde el punto de vista de la oportunidad política, es también lícito entender que la interpretación adecuadora (especialmente si es realizada por jueces ordinarios, pero también cuando la realiza la Corte Constitucional con decisiones "interpretativas desestimatorias") no sólo no es obligatoria, sino además perjudicial. En efecto, esta técnica interpretativa no produce otro resultado que el de mantener *con vida disposiciones legales que pueden expresar normas inconstitucionales, y cuya interpretación conforme a la Constitución por parte de la generalidad de los jueces no puede decirse asegurada.*[28]

27 Guastini, R., "Specificità dell'interpretazione constitucionale?", *Analisi e diritto 1996. Ricerche di giurisprudenza analitica*, 1996. Traducido en Guastini, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*.

28 En efecto, las decisiones desestimatorias carecen de eficacia general, erga omnes: sus efectos se circunscriben al caso decidido. Al menos, tal es la opinión dominante, de

Conforme a una jurisprudencia ya consolidada de la Corte Constitucional, "se comparte la idea de que existe una jerarquía entre normas y normas de la misma Constitución, que permite identificar (como por lo demás en todo cuerpo de disposiciones ordenadas en sistema) un orden conducente a conferir preeminencia a algunas respecto de otras".[29]

En particular, según la Corte, en la Constitución hay algunos principios —llamados "principios supremos del ordenamiento constitucional"— que tienen un "valor superior" respecto a las restantes normas de rango constitucional.[30] En consecuencia, los principios en cuestión no son en modo alguno susceptibles de revisión constitucional.

Es preciso subrayar que, según lo admitido por la propia Corte, tales principios *no* son "expresamente mencionados [en el texto constitucional] entre los sujetos al procedimiento de revisión constitucional". En otras palabras, la doctrina de los principios constitucionales supremos se resuelve en la construcción de un límite a la revisión constitucional totalmente inexpreso, e incluso carente de cualquier base textual. Se trata, por consiguiente, de un caso evidente de creación jurisprudencial de derecho (constitucional).[31]

En efecto, el fundamento de tal doctrina no se encuentra en alguna disposición constitucional sino en una arbitraria cons-

la que disiente Ruggeri, A., *Storia di un "falso". L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milán, 1990.

29 Corte Constitucional 175/1971. Naturalmente, al expresarse de este modo, la Corte establece una jerarquía axiológica entre las normas constitucionales.

30 Al respecto, Modugno, F., "I principi costituzionali supremi como parametro nel giudizio di legittimità costituzionale", en Agró, A. S. y Modugno, F., *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, 2a. ed., Turín, 1991; Luciani, M., "La revisione costituzionale in Italia", en Association francaise des costitutionnalistes, *La révision de la constitution*, Aix-en-provence-París, 1993.

31 Corte Constitucional 1146/1988. *Cfr.*, también, Corte Constitucional 183/1973, 170/1984. Se trata de los mismos principios que operan como "contralímites" a la incorporación del derecho comunitario al ordenamiento interno. *Cfr.* Cartabia, M., *Principi inviolabili e intergrazione europea*, Milán, 1995; Donati, F., *Diritto comunitario e sindicato di costituzionalitá*, Milán, 1995.

trucción dogmática (tácitamente hecha suya por la propia Corte), según la cual:[32]

1. Una Constitución no es un simple conjunto de normas, sino una totalidad cohesionada de principios y valores.

2. El criterio de identidad de toda Constitución radica, precisamente, en los principios y valores que la caracterizan.

3. El cambio de tales principios constituye, por tanto, una revisión constitucional no banal, sino la genuina instauración de una nueva Constitución.

4. En consecuencia, la revisión constitucional no puede llevarse hasta el límite de modificar los principios y valores caracterizadores del ordenamiento (sin convertirse en instauración constitucional).

Por otra parte, la doctrina de los principios supremos surte el efecto de conferir un ulterior poder discrecional a la Corte, cada vez que se presente concretamente la ocasión de identificar los principios supremos que se suponen inmodificables (con el resultado de juzgar eventualmente inconstitucional una ley de revisión que estuviera en contraste con ellos o pretendiese alterarlos).[33]

32 Guastini, R., "Revisione costituzionale: problemi di forma e di sostanza", *Ragion pratica*, núm. 3, 1994.

33 Obsérvese que la Corte crea derecho constitucional no sólo cuando *incluye* un determinado principio (por ejemplo el derecho a la tutela jurisdiccional, Corte Constitucional 232/1989) en la lista de los principios supremos, sino también cuando *excluye* otro de la misma lista (por ejemplo, la Corte no reconoce como principio supremo la reserva de ley, de manera que no considera que la reserva de ley actúe como "contralímite" a la incorporación del derecho comunitario en el ordenamiento interno).

LA "CONSTITUCIONALIZACIÓN" DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO: EL CASO ITALIANO

I. Introducción 153

II. Condiciones de constitucionalización 154

III. Fenomenología de la constitucionalización en Italia 164

LA "CONSTITUCIONALIZACIÓN" DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO: EL CASO ITALIANO*

I. INTRODUCCIÓN

La expresión "constitucionalización del ordenamiento jurídico" no es de uso común en el lenguaje de los juristas y no puede decirse que tenga un significado unívoco y permanente. Por lo tanto, se impone una aclaración conceptual preliminar.

En ocasiones se habla de constitucionalización para referirse a la introducción de una primera Constitución escrita en un ordenamiento que carecía de ella con anterioridad. Sin embargo, creo que este concepto de constitucionalización no presenta interés alguno para la gran parte de los ordenamientos contemporáneos.

Más bien, acogiendo una sugerencia de Louis Favoreu, por "constitucionalización del ordenamiento jurídico" propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente "impregnado" por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida,[1] capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales.

No obstante, soy consciente de que este concepto es más sugestivo que preciso. Para precisarlo, trataré de presentar una lista

* Traducción de José María Lujambio, ITAM. Una versión en francés de este ensayo fue presentada en el XV Congreso Internacional de Derecho Comparado (Bristol, 1998), en la sesión coordinada por Louis Favoreu, dedicada a "La constitucionalización del ordenamiento jurídico".

1 En italiano *pervasiva, invadente.* N. del T.

de "condiciones de constitucionalización", de forma que, cuando todas las condiciones de la lista estén satisfechas, el ordenamiento jurídico de que se trate estará completamente "impregnado" por las normas constitucionales.

Sin embargo, antes de proceder, deseo señalar que el concepto de constitucionalización, como yo lo entiendo, no es un concepto bipolar (verdadero o falso), de forma que un ordenamiento únicamente pueda estar constitucionalizado o no estarlo en absoluto, sin algún punto intermedio. Más bien sostengo que la constitucionalización es una cuestión de grado, en el sentido de que un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado. Y esto depende de cuántas y cuáles condiciones de constitucionalización estén satisfechas en el seno de aquel ordenamiento.

II. Condiciones de constitucionalización

Me dispongo, pues, a presentar una lista de (siete) condiciones que un ordenamiento debe satisfacer para ser considerado como "impregnado" por las normas constitucionales. Sobra decir que la lista no pretende ser completa, es sólo un punto de partida, espero que aceptable, para proceder al análisis de los procesos de constitucionalización de los diversos ordenamientos.

Deseo también señalar que las condiciones 1 y 2 son condiciones necesarias de constitucionalización, en el sentido de que la constitucionalización no es ni siquiera concebible en su ausencia. Por el contrario, cada una de las condiciones restantes, de la 3 a la 7, es una condición suficiente de un grado distinto de constitucionalización. Por otra parte, como veremos, algunas de estas condiciones —especialmente las condiciones 3, 4 y 5— están vinculadas entre sí de modo muy estrecho, tanto que se puede decir que, en cierta medida, en el proceso de constitucionalización "todo se va cumpliendo".

1. *Una Constitución rígida*

Esta primera condición no requiere de muchos comentarios. La distinción entre Constituciones rígidas y Constituciones flexibles es notoria.

Una Constitución es rígida si, y sólo si, en primer lugar, es escrita; en segundo lugar, está protegida (o garantizada) contra la legislación "ordinaria", en el sentido de que las normas constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas si no es mediante un procedimiento especial de revisión constitucional (más complejo respecto del procedimiento de formación de las leyes).

Así pues, cuando una Constitución rígida está en vigor, es menester distinguir dos "niveles" jerárquicos de legislación: la legislación ordinaria y la legislación constitucional (o de revisión constitucional). La Constitución está por encima de la legislación ordinaria, no pudiendo ser derogada, modificada o abrogada por ésta.

Ciertamente, casi todas las Constituciones contemporáneas son escritas y, al mismo tiempo, rígidas. Sin embargo, conviene subrayar que la constitucionalización es más acentuada en aquellos ordenamientos en los cuales —según la doctrina de los juristas y, lo que más cuenta, según la jurisprudencia de los tribunales constitucionales—, existen principios constitucionales (expresamente formulados o meramente implícitos) que no pueden ser modificados en modo alguno: ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional. El conjunto de los principios "inmutables" es lo que algunos llaman la "Constitución material" (en uno de los muchos sentidos de esta equívoca expresión).

2. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*

Tampoco la segunda condición requiere de muchos comentarios. Es obvio que la rigidez de la Constitución, aunque esté formalmente establecida, no está asegurada en ausencia de algún

control sobre la conformidad de las leyes con la Constitución. Ahora bien, en la mayor parte de los ordenamientos contemporáneos, el órgano competente para ejercer tal control es un órgano jurisdiccional o semijurisdiccional.

Es claro que, en los ordenamientos contemporáneos, existen sistemas de control muy diversos, que pueden ser evaluados desde el punto de vista de su eficacia. A grandes rasgos, se pueden distinguir tres modelos fundamentales.

1) Primer modelo (como ejemplo, Estados Unidos): control *a posteriori* (por vía de excepción) y, por lo tanto, *in concreto*, ejercido por cada juez en el ámbito de su propia competencia jurisdiccional. Este sistema de control presenta dos características importantes. En primer lugar, hace posible que una ley inconstitucional entre en vigor y también que sea aplicada por un largo tiempo antes de que su ilegitimidad constitucional sea reconocida por los jueces. En segundo lugar, dentro de este sistema, la decisión de un juez —incluso del tribunal supremo— que declare la ilegitimidad constitucional de una ley, no produce efectos generales, sino sólo efectos circunscritos a la controversia decidida. Por otra parte, conviene subrayar que los efectos de las decisiones de ilegitimidad constitucional, aunque teóricamente limitados, son prácticamente generales en todo ordenamiento en que esté vigente el principio *stare decisis*, o sea, el principio que confiere fuerza vinculante a los precedentes (en particular, a los precedentes de las jurisdicciones superiores).

2) Segundo modelo (Francia): control *a priori* (por vía de acción) y, por lo tanto, *in abstracto*, ejercido por un tribunal constitucional (o por un órgano similar). Este tipo de control teóricamente impide que una ley inconstitucional pueda entrar en vigor. Pero el control *in abstracto* no puede asegurar una total conformidad de las leyes con la Constitución, ya que los posibles efectos inconstitucionales de una ley no siempre pueden ser determinados plenamente si no es atendiendo a su impacto sobre casos concretos.

3) Tercer modelo (Alemania, Italia, España, etcétera): control *a posteriori* (por vía de excepción) y, por lo tanto, *in concreto*, ejercido por un tribunal constitucional. Este tipo de control, siendo *a*

posteriori, no puede impedir la entrada en vigor de leyes inconstitucionales. Por otra parte, la decisión del tribunal constitucional que declara la ilegitimidad constitucional de una ley está provista de efectos generales, *erga omnes*. En otras palabras: la ley es anulada en definitiva y ya no puede ser aplicada por juez alguno.

3. *La fuerza vinculante de la Constitución*

La tercera condición no guarda relación con la estructura del ordenamiento constitucional: más bien considera la ideología difundida en la cultura jurídica del país del que se trate.

Casi todas las Constituciones contemporáneas son Constituciones "largas", en el sentido de que incluyen —al lado de las normas sobre la organización del Estado— también una declaración de derechos, o sea, una serie de normas que regulan directamente las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Además, lo que más cuenta, en el seno de las declaraciones de derechos frecuentemente se encuentran no sólo normas claras y precisas que confieren derechos de libertad a los ciudadanos, sino también:

1) Principios generales que no son susceptibles de aplicación inmediata sino que exigen interpretación y "concretización" por obra del legislador, de los jueces y de los órganos del Estado en general.

2) Disposiciones programáticas que confieren a los ciudadanos, ya no derechos de libertad, sino derechos "sociales", y que tampoco son susceptibles de aplicación inmediata hasta que los programas económicos y sociales previstos por la Constitución no son realizados mediante leyes.

Ahora bien, no siempre los principios generales y las disposiciones programáticas son considerados como normas jurídicas genuinas, vinculantes para todos sus destinatarios y, sobre todo, jurídicamente eficaces, es decir, capaces de producir efectos jurídicos. En particular, algunos piensan que las normas en cuestión no son capaces de provocar, ni la abrogación de leyes in-

compatibles anteriores a la Constitución, ni la invalidez de leyes incompatibles sucesivas.

Por otra parte, también las normas que confieren derechos de libertad frecuentemente se presentan más como normas de principio que como reglas precisas de conducta, desde el momento en que, en muchos casos, su formulación, al lado de la enunciación formal de un derecho subjetivo, incluye igualmente una remisión a la ley (un ejemplo, entre muchos, extraído del artículo 40 de la Constitución italiana: "El derecho de huelga se ejerce en el ámbito de las leyes que lo regulan"). De manera que es del todo posible sostener que semejantes normas no son susceptibles de aplicación jurisdiccional hasta que no son promulgadas las leyes necesarias para precisarlas o concretizarlas.

En suma, según ciertas doctrinas, las Constituciones no son más que un "manifiesto" político cuya concretización es tarea exclusiva del legislador: los tribunales no deben aplicar las normas constitucionales —carentes de cualquier efecto inmediato— sino sólo las normas que se recogen por las leyes.

Pues bien, uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización es precisamente la difusión, en el seno de la cultura jurídica, de la idea opuesta, es decir, de la idea de que toda norma constitucional —independientemente de su estructura o de su contenido normativo— es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos.

4. *La "sobreinterpretación" de la Constitución*

La cuarta condición depende de la postura de los intérpretes frente a la Constitución: los jueces (especialmente el tribunal constitucional, en caso de que tal tribunal exista), los órganos del Estado en general y, naturalmente, los juristas.

Toda Constitución es un texto —por muy largo que sea, aún así— "finito", incompleto, limitado. Toda Constitución —fatalmente— contiene lagunas en el sentido, del todo trivial, de que nunca jamás una Constitución puede regular la vida social y política en su totalidad.

Por otro lado, una laguna —cualquier laguna, en cualquier texto normativo— no depende del texto en cuanto tal: depende de cómo está interpretado el texto en cuestión, ya que todo texto normativo es susceptible de diversas interpretaciones. En particular, sucede frecuentemente que un texto dado, según cierta interpretación, presenta una laguna (en el sentido de que no expresa alguna norma idónea para regular el caso o la controversia de que se trate), mientras que el mismo texto, según una interpretación distinta, no presenta laguna alguna (al contrario, expresa también una norma que regula el caso o la controversia para los que se busca la solución).

En principio y simplificando un poco las cosas, se puede decir que toda Constitución es susceptible de dos tipos de interpretaciones: una interpretación literal (o mejor, restrictiva) y una interpretación extensiva.

Si se está inclinado por la interpretación literal (y por el argumento *a contrario*), ninguna Constitución resulta completa: antes bien, cualquier Constitución no regula más que una pequeña parte de la vida política y social. Existe, por lo tanto, una vasta parte de la vida social y política que no es regulada, a nivel constitucional, por norma jurídica alguna. En este espacio jurídicamente "vacío" —vacío, claro está, a nivel constitucional— toda conducta está, por así decirlo, permitida: el legislador, en particular, es libre de disponer en un sentido o de disponer en otro, o de no disponer nada. En cada dominio que no está regulado por norma constitucional alguna, una ley inconstitucional no es ni siquiera concebible; en el espacio vacío de derecho constitucional, la discrecionalidad política del legislador está sustraída de cualquier posible control jurisdiccional por la carencia de cualquier parámetro.

Por el contrario, si se está inclinado por la interpretación extensiva (y por el argumento *a simili*), la Constitución puede ser interpretada —o más bien, "sobreinterpretada"— de manera tal que se le extraigan innumerables normas implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política. Cuando la Constitución es sobreinterpretada no quedan espacios vacíos de —o sea, "libres" del— derecho constitucional: toda

decisión legislativa está prerregulada (quizás aún, minuciosamente regulada) por una o por otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional. En otras palabras, no existe espacio para ninguna discrecionalidad legislativa: no hay cuestión de legitimidad constitucional de la cual se pueda decir que sea sólo una *political question*, una cuestión puramente política, ajena al conocimiento del juez de la legitimidad constitucional de las leyes.

Pues bien, una condición importante de constitucionalización es precisamente la sobreinterpretación del texto constitucional. Cabe decir que la sobreinterpretación de la Constitución presupone que la Constitución misma sea entendida como vinculante. Existe pues un nexo muy estrecho entre la tercera y la cuarta condiciones de constitucionalización.

5. *La aplicación directa de las normas constitucionales*

La quinta condición depende, por un lado, de la difusión en el seno de la cultura jurídica de cierta concepción de la Constitución; por otro, de la actitud de los jueces derivada de la misma.

En la concepción liberal clásica, la función de la Constitución es limitar el poder político (estatal): esta idea está expresada claramente en el artículo 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789. Según esta concepción, las normas constitucionales no regulan en modo alguno las relaciones "entre particulares", es decir, las relaciones sociales de los ciudadanos entre sí, que son determinadas enteramente por la legislación ordinaria (especialmente por el derecho civil y por el derecho penal). Las normas constitucionales regulan la organización del Estado y las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Por lo tanto, las normas constitucionales no son susceptibles de aplicación directa (de *Drittwirkung*, como se dice en la doctrina de lengua alemana), por parte de los jueces en las controversias que oponga un ciudadano, no frente al Estado, sino frente a otro ciudadano. Los jueces no deben aplicar más que la ley; la Constitu-

ción no es apta para producir efectos en la vida social sino después de haber sido "concretizada" por leyes.

Por el contrario, en el constitucionalismo de nuestros días se tiende a pensar que la función de la Constitución es moldear las relaciones sociales. Por consecuencia, también se tiende a pensar que las normas constitucionales —sobre todo los principios generales y las normas programáticas— pueden producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en ocasión de cualquier controversia. La idea es que la Constitución deba ser inmediatamente aplicada también en las relaciones entre particulares, al menos siempre y cuando la controversia de que se trate no pueda ser resuelta sobre la base de la ley, ya sea porque la ley muestra lagunas, o por que la ley sí ofrece una solución pero tal solución parece injusta.

Por otro lado, según la concepción liberal clásica, la Constitución es un límite a la legislación. Según la concepción que recién he mencionado, la legislación no es (no debe ser) sino el desarrollo de los principios constitucionales o la ejecución de los programas de reforma trazados en la Constitución. Y es quizá por esto que las normas constitucionales son tratadas frecuentemente como otros tantos *têtes de chapitre* de cualquier investigación dogmática: en derecho civil, penal, administrativo, etcétera.

La aplicación directa de la Constitución —junto con la concepción de la Constitución que ésta presupone— es otro elemento esencial de la constitucionalización del ordenamiento. Conviene observar, por otra parte, que esta quinta condición de constitucionalización está estrechamente vinculada tanto a la tercera como a la cuarta, porque la aplicación directa de la Constitución presupone, por un lado, que la Constitución sea concebida como un conjunto de normas vinculantes para cualquiera; por otro, que el texto constitucional sea sometido a interpretación extensiva.

6. *La interpretación conforme de las leyes*

La sexta condición tiene relación con la técnica de interpretación, no de la Constitución, sino de la ley.

No existe un texto normativo que tenga un sólo significado determinado antes de la interpretación. Dicho de otro modo, ningún texto normativo es susceptible nunca de una sola interpretación. Por otro lado, si usamos el vocablo "norma" para referirnos no al texto mismo, sino a su significado, podemos decir que cada interpretación de un mismo texto normativo produce una norma diversa.

Pues bien, sucede frecuentemente que cierta disposición legislativa —interpretada *in abstracto* (es decir, simplemente leyendo el texto) o *in concreto* (es decir, en ocasión de una controversia específica)— es susceptible de dos interpretaciones: la primera, N1, contradice a una norma constitucional, mientras que la segunda, N2, por el contrario, es del todo conforme con la Constitución.

Evidentemente, toca al juez elegir la interpretación "correcta", en el sentido de que es su tarea decidir cuál interpretación es preferible. El juez puede, por consiguiente, elegir entre dos posibilidades: interpretar la disposición en cuestión de la primera forma y, por consecuencia, considerarla inconstitucional, o bien, interpretarla de la segunda forma y considerar, por tanto, que es conforme con la Constitución.

Ahora bien, a esta segunda interpretación se le suele llamar "conforme" (pero podemos también decir "adecuadora" o "armonizante"): la doctrina de lengua alemana habla de *Verfassungskonformgesetzauslegung*. La interpretación conforme es, en suma, aquélla que adecua, armoniza la ley con la Constitución (previamente interpretada, se entiende), eligiendo —frente a una doble posibilidad interpretativa— el significado (o sea, la norma) que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución. El efecto de tal interpretación es, obviamente, el de conservar la validez de una ley que, de otra forma, debería ser declarada inconstitucional.

La interpretación conforme o adecuadora es otra condición importante de constitucionalización.

La última condición no es fácil de precisar. Ésta depende de diversos elementos, entre los cuales se pueden mencionar: el contenido mismo de la Constitución, la postura de los jueces (sobre todo del tribunal constitucional, cuando existe tal tribunal), la postura de los órganos constitucionales y de los actores políticos.

1) Por lo que concierne al contenido de la Constitución, algunas Constituciones (por ejemplo la alemana en su artículo 93 y la italiana en su artículo 134) confieren al Tribunal Constitucional el poder de resolver los conflictos de competencia (de "atribución", como solemos decir) entre los órganos constitucionales. Los conflictos en cuestión no son más que, en resumidas cuentas, desacuerdos políticos concernientes a las relaciones de poder entre los órganos del Estado. Así, por consiguiente, en algunos ordenamientos ciertos conflictos puramente políticos pueden ser resueltos por un órgano jurisdiccional, haciendo uso de normas constitucionales.

2) Por lo que concierne a la postura de los jueces en general y del tribunal constitucional en especial: quien juzga la legitimidad constitucional de las leyes puede adoptar una postura de *self-restraint* frente a las *political questions*, respetando la discrecionalidad política del legislador, o, al contrario, meter en la discusión las decisiones legislativas aún cuando no sean claramente inconstitucionales. Entre los instrumentos argumentativos empleados más frecuentemente por los jueces constitucionales para controlar la discrecionalidad política de los Parlamentos, vale la pena mencionar especialmente por un lado, el principio de igualdad, sobre todo reconstruido como principio de "razonabilidad" de las distinciones y clasificaciones legislativas, y, por el otro, la "ponderación" de los principios constitucionales (cuando están en conflicto).

3) Por lo que concierne a la postura de los órganos constitucionales y de los actores políticos, las cosas son mucho más fáciles. Sólo diré, muy sencillamente, que las normas constitucionales pueden ser más o menos usadas en la argumentación

política (de los órganos y de los actores) para justificar sus acciones y decisiones.

III. Fenomenología de la constitucionalización en Italia

1. *La rigidez de la Constitución*

La Constitución italiana prevé dos procedimientos distintos de formación de leyes ordinarias (artículos 64 y 72) y de las leyes de revisión constitucional (artículo 138), respectivamente. El procedimiento de formación de las leyes de revisión (doble aprobación por parte de las cámaras, mayoría calificada en la segunda votación y posibilidad de un referéndum popular) es mucho más complejo que el procedimiento legislativo ordinario. La Constitución italiana es, pues, una Constitución rígida: nadie ha puesto nunca en duda su rigidez.

Más bien, vale la pena referir que, según la opinión de la Corte Constitucional, la Constitución italiana contiene algunos principios que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial, ni siquiera mediante revisión constitucional (Corte Constitucional 1146/1988). Eso significa que hay una parte de la Constitución, la cual, más que rígida, está en definitiva "petrificada": es decir, no es susceptible de ser modificada en modo alguno (por lo menos, en algún modo legal).

2. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*

La Constitución italiana está garantizada (contra la legislación ordinaria) por el control de legitimidad constitucional sobre las leyes, ejercido por una Corte Constitucional que funciona como un genuino órgano jurisdiccional. Normalmente, el control es ejercido *a posteriori*, *in concreto* y por vía de excepción.

Por vía de excepción: casi todas las cuestiones de legitimidad constitucional surgen en la vía incidental en el curso de los pro-

cesos civiles, penales y administrativos comunes, y son sometidas a la Corte por los jueces comunes mediante ordenanzas de remisión.

A posteriori: el control se ejerce sobre las leyes ya en vigor. Esto quiere decir que este sistema no impide que una ley inconstitucional sea introducida en el ordenamiento y aplicada aún por un largo tiempo antes de que su ilegitimidad constitucional sea declarada por la Corte (y, se entiende, siempre que a la Corte se le ofrezca la ocasión de pronunciarse al respecto).

In concreto: los jueces comunes no pueden elevar una cuestión frente a la Corte más que cuando deban aplicar la ley (de la cual se sospeche su ilegitimidad constitucional) a un caso concreto. Más precisamente, la cuestión no puede ser sometida a la Corte sino cuando sea "relevante" en el curso del proceso principal, es decir, cuando el proceso principal no pueda ser decidido independientemente de la resolución de la cuestión (artículo 23, Ley 87/1953).

Conviene también subrayar que los jueces comunes no tienen la obligación de someter a la Corte cualquier cuestión llevada por las partes del proceso principal. Ellos tienen el poder (y, al mismo tiempo, el deber) de decidir preliminarmente si la cuestión llevada por las partes es "seria" (artículo 23, Ley 87/1953): concretamente, de decidir si son plausibles los argumentos aducidos o aducibles contra la legitimidad constitucional de la ley. Ellos deben abstenerse de remitir a la Corte cuestiones que sean manifiestamente (es decir, evidentemente) infundadas, en suma, cuestiones en las cuales la ilegitimidad constitucional de la ley no se sostenga por algún argumento persuasivo.

Por lo tanto, los jueces comunes ejercen una función de "filtro" en las controversias ante la Corte Constitucional, operando una suerte de control preliminar de legitimidad constitucional. Y es por esta razón que los jueces comunes también contribuyen al control sobre las leyes: cuando menos rechazando toda cuestión de legitimidad constitucional que les parezca privada de cualquier fundamento.

3. *La fuerza vinculante de la Constitución*

La Constitución italiana está en vigor desde el 1 de enero de 1948, pero la Corte Constitucional, aunque prevista por el artículo 134 de la Constitución, fue instituida concretamente a partir de 1956. De 1948 a 1956, el control de legitimidad constitucional sobre las leyes fue confiado a los jueces comunes (disposición transitoria VII de la Constitución). Éstos, sin embargo, ejercieron muy rara vez tal control, por dos razones fundamentales:

1) En primer lugar, en los días siguientes a la entrada en vigor de la Constitución, la Corte de Casación consideró necesario introducir una importante distinción entre dos tipos de normas constitucionales (*cfr.* por ejemplo, Casación penal, sesiones unidas, 7 de febrero de 1948, *Foro italiano*, II, 1948, 57):

a) Por un lado, las normas "preceptivas", precisas, vinculantes y, por lo tanto, inmediatamente susceptibles de aplicación jurisdiccional.

b) Por el otro, las normas de principio y/o programáticas, dirigidas sólo al legislador e inaplicables por los jueces hasta que no fueren promulgadas las leyes necesarias para concretizarlas.

El objetivo y los efectos de tal distinción no eran puramente teóricos. De hecho, las normas programáticas y de principio eran consideradas como incapaces de derogar leyes anteriores a la Constitución por incompatibilidad, así como de provocar la ilegitimidad constitucional de leyes sucesivas e incompatibles con ésta.

Debe también decirse que por largo tiempo dominó la tendencia a incluir en el listado de las normas programáticas a cualquier norma que contuviera una remisión a la ley: incluidas ahí las normas que confieren derechos de libertad.

2) Además, en la mayor parte de los casos, los jueces comunes tuvieron la tendencia a representarse el conflicto entre la nueva Constitución y las leyes viejas no como una relación entre normas superiores y normas inferiores en la jerarquía de las fuentes, sino más bien como una relación entre normas promulgadas en momentos distintos.

De manera que buscaron la solución del conflicto ya no en el principio jerárquico, *lex superior derogat inferiori*, sino más

bien en el principio cronológico, *lex posterior derogat priori*. Como consecuencia, las leyes anteriores incompatibles con la Constitución no fueron declaradas inconstitucionales sino que fueron consideradas como tácitamente abrogadas. Evidentemente, una postura semejante no podía dar fundamento a un control de legitimidad constitucional sobre las leyes posteriores a la Constitución.

Por el contrario, desde su primera decisión (Corte Constitucional 1/1956), la Corte Constitucional consideró:

a) En primer lugar, que la distinción entre normas preceptivas y normas programáticas y/o de principio carecía de cualquier relevancia práctica en las controversias de legitimidad constitucional de las leyes: una ley es inconstitucional no sólo cuando contradice directamente una norma preceptiva, sino también cuando entra en conflicto con un principio o con una norma programática.

b) En segundo lugar, que la Corte Constitucional es competente para decidir sobre la legitimidad constitucional de cualquier ley, poco importa si es anterior o sucesiva a la Constitución.

A esta decisión de la Corte se puede remontar el inicio del proceso de constitucionalización en el ordenamiento italiano.

4. *La sobreintepretación de la Constitución*

La sobreinterpretación de la Constitución es, en Italia, una práctica constante de la Corte Constitucional, de los órganos del Estado en general y de la doctrina. Son innumerables las normas no expresas que han sido extraidas del texto constitucional. He aquí algunos ejemplos sobre el particular:

El artículo 2o., el cual "reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre", es interpretado comúnmente en el sentido de que los derechos garantizados por la Constitución no son solamente aquéllos que están expresamente enumerados en los artículos siguientes de la misma Constitución, sino también otros derechos subjetivos no precisados, que pueden ser generados por la evolución social y reconocidos por la jurisprudencia

(por ejemplo, Corte Constitucional 215/1987 y 561/1987). Por otra parte, el vocablo "inviolable" ha sido entendido —sobre todo por la doctrina— en el sentido de que las normas que confieren derechos fundamentales no pueden ser sometidas a revisión constitucional: tales normas son principios esenciales del ordenamiento constitucional que no pueden ser modificados en modo alguno, a pesar de que el texto constitucional no contenga alguna prohibición expresa en tal sentido.

El artículo 5o., que establece el principio de unidad e indivisibilidad de la República, ha sido entendido por la Corte Constitucional en el sentido de que las regiones carecen de competencia legislativa en materia penal (Corte Constitucional 58/1959, 142/1969, etcétera) y en materia de relaciones civiles (Corte Constitucional 19, 242 y 373 de 1997).

El artículo 11, que permite al Estado aceptar "limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones", ha sido interpretado por la Corte como una justificación constitucional de los tratados europeos (Corte Constitucional 183/1973), que comportan también limitaciones no sólo de la "soberanía" del Estado en la comunidad internacional, sino de la "soberanía" del pueblo en la comunidad estatal (proclamada por el artículo 1o., párrafo segundo, y concretizada por el artículo 70, que confiere a las cámaras representativas la función legislativa).

El artículo 21, según el cual "todos tienen derecho de manifestar libremente el pensamiento propio con la palabra, la escritura y cualquier otro medio de difusión", ha sido entendido en el sentido de que éste garantiza asimismo el derecho de informar, como también el derecho de los ciudadanos de ser informados (por ejemplo, Corte Constitucional 153/1987). Por otro lado, la Corte Constitucional, en diversas decisiones, ha sido capaz de extraer, directamente de esta simple disposición, normas relativas a las telecomunicaciones (por ejemplo, Corte Constitucional 225/1974, 226/1974, 202/1976, 153/1987).

El artículo 75, párrafo segundo, que sustrae del referéndum popular abrogatorio a las leyes fiscales y presupuestales, de amnistía e indulto, así como de autorización para la ratificación de

tratados internacionales, ha sido interpretado por la Corte Constitucional en el sentido de que está igualmente prohibido cualquier referéndum abrogatorio que en algún modo sea capaz de introducir en la causa cualquier "valor constitucional" (Corte Constitucional 16/1978). Y esta manera de ver ha repercutido, a su vez, en una larga serie de razones de inadmisibilidad de peticiones de referéndum (Corte Constitucional 16/1978, 27/1981, 28/1981, 29/1981, 28/1987, 29/1987, 47/1991, 17/1997, 36/1997, etcétera).

El artículo 82, que autoriza a cada cámara para instituir comisiones de investigación, ha sido entendido por las propias cámaras en el sentido de que son igualmente admisibles las comisiones "bicamerales", es decir, comisiones mixtas de diputados y senadores.

El artículo 89, párrafo primero, según el cual "ningún acto del Presidente de la República es válido si no es refrendado por los ministros proponentes", ha sido interpretado, en la práctica constitucional, en el sentido de que el presidente no tiene la obligación de producir sólo actos propuestos por ministros, sino que está también autorizado para perfeccionar actos en ausencia de cualquier propuesta ministerial (actos que, evidentemente, no deben ser refrendados por el ministro proponente, sino por el ministro competente por materia, según el contenido de cada acto).

El artículo 139, que prohíbe la revisión de la forma republicana del Estado, es entendido generalmente por la doctrina en el sentido de que no sólo está sustraída de la revisión constitucional la forma republicana, sino también la forma democrática.

En general, parece que el instrumento más eficaz para sobreinterpretar la Constitución es el de tratar a sus disposiciones como expresando ya no normas precisas, sino principios generales de contenido indeterminado.

Por ejemplo, el artículo 3o., párrafo primero, que garantiza la igualdad de los ciudadanos "sin distinción de sexo, de raza, de lengua, de religión, de opiniones políticas, de condiciones personales y sociales", ha sido interpretado en el sentido de que el legislador no sólo tiene la obligación específica de no distinguir sobre la base del sexo, de la raza, etcétera, sino también la obligación genérica de tratar del mismo modo los casos iguales y, al

mismo tiempo, de tratar de forma diferenciada los casos distintos (por ejemplo, Corte Constitucional 3/1957, 28/1957, 53/1958, 80/1969, etcétera).

Interpretar al texto constitucional como expresando principios, y no normas, implica dos consecuencias importantes.

Por un lado (y es lo principal en este contexto), los principios no tienen un campo de aplicación determinado de una vez por todas: al contrario, son capaces de generar una cantidad innumerable de normas ulteriores. El resultado de esta postura interpretativa es, por lo tanto, una Constitución tendencialmente "completa", es decir, conteniendo normas idóneas para decidir cualquier controversia (especialmente, cualquier controversia relativa a la legitimidad constitucional de leyes).

Por otro lado, la aplicación de los principios es fácil de algún modo, ya que —como dicen algunos teóricos del derecho— las normas específicas se aplican a modo de "todo o nada" (*all-or-nothing*), mientras que todo principio siempre es susceptible de "ponderación" a la luz de otros principios (lo que supone una valoración en torno a su "importancia" relativa). Y puede suceder que, como resultado de la ponderación, el principio en cuestión simplemente sea inaplicado, hecho a un lado.

5. *La interpretación conforme de las leyes*

La interpretación conforme o adecuadora de las leyes reviste, en el ordenamiento italiano, una importancia que aun queriendo, sería difícil de exagerar. Este tipo de interpretación es practicada tanto por la Corte Constitucional como por los jueces comunes.

A. *La Corte Constitucional*

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la interpretación conforme de las leyes se presenta bajo diversos aspectos.

1) *Decisiones "interpretativas" en sentido estricto*. Se habla de "sentencias interpretativas" para referirse a toda decisión de la Corte que no versa directamente sobre una disposición legis-

lativa, es decir, sobre el texto de la ley en cuanto tal, sino, en lugar de ello, sobre una —una sola— de las normas expresadas por el texto y, por lo tanto, sobre una de sus posibles interpretaciones (ya que toda norma es el resultado de una interpretación determinada).

Las hay de dos tipos principales: las decisiones que "rechazan" la duda de legitimidad constitucional, declarándola infundada (lo que no equivale a declarar que la norma sea, sin más, conforme con la Constitución), y las que aceptan la duda de legitimidad constitucional, declarándola fundada, cuyo efecto es la anulación de la norma de que se trata.

a) *Sentencias interpretativas de rechazo.* Frente a una disposición legislativa que admite dos interpretaciones, de las cuales la primera resulta en una norma inconstitucional, mientras la segunda da lugar a una norma conforme con la Constitución; la Corte Constitucional declara que la duda de legitimidad constitucional no está fundada *a condición de que* la disposición en cuestión sea interpretada en el segundo modo, o sea, en el sentido de expresar una norma conforme con la Constitución (el primer ejemplo de decisión de este tipo está en Corte Constitucional 3/1956).

De este modo, la validez de la disposición es conservada (es lo que la Corte llama el "principio de conservación de los actos normativos": Corte Constitucional 152/1982, 292/1984). Pero, al mismo tiempo, la Corte prohíbe (aunque implícitamente) que la disposición en cuestión sea interpretada de modo que contradiga a la Constitución, ya que tal interpretación sería anulada por la Corte. En consecuencia, la disposición de que se trata puede ser aún utilizada por los jueces en la fundamentación de sus decisiones, pero a condición de que sea interpretada conforme con la Constitución.

b) *Sentencias interpretativas de aceptación (o sea, de anulación).* Sucede frecuentemente que, frente a una disposición legislativa que —como en el caso anterior— admite dos interpretaciones alternativas, una conforme y otra disconforme con la Constitución, la interpretación normalmente aceptada por los jueces comunes (y, de manera especial, por la Corte de Casa-

ción) sea la segunda, es decir, aquélla de la cual resulta una norma inconstitucional (la interpretación dominante es lo que la Corte Constitucional llama el "derecho viviente"). En estos casos, la Corte declara que la cuestión de legitimidad constitucional es fundada y que la disposición de que se trata es inconstitucional. Y sin embargo, la Corte no anula la disposición en cuanto tal —es decir, independientemente del modo en el que es interpretada— sino solamente una de sus interpretaciones, diciendo que la disposición es inconstitucional *en cuanto que* sea interpretada de modo inconstitucional, o bien, *en la parte en la que* expresa una norma inconstitucional (el primer ejemplo está en Corte Constitucional 52/1956).

También en este caso la disposición en cuestión conserva su validez, pero su interpretación inconstitucional —o, más precisamente, la norma que de ella deriva— en definitiva es anulada con efectos generales, *erga omnes*.

2) *Decisiones "manipuladoras"*. Se llaman "manipuladoras" (o también "normativas") aquellas sentencias de aceptación en las cuales la Corte Constitucional no se limita a declarar la ilegitimidad constitucional de las normas que le son sometidas, sino además —comportándose como un legislador— modifica directamente el ordenamiento con el objeto de armonizarlo con la Constitución. Existen dos tipos fundamentales de sentencias manipuladoras:

a) *Sentencias "aditivas"*. Las sentencias que suelen llamarse "aditivas" son aquéllas en las cuales la Corte declara la ilegitimidad constitucional de una disposición dada, *en la parte en que no expresa cierta norma* (que debería expresar para ser conforme con la Constitución).

Tales sentencias son a menudo el resultado de la aplicación del principio de igualdad. Por ejemplo, una disposición legislativa atribuye un derecho de seguridad social a una clase de sujetos S1 y no a otra clase S2. Según la Corte Constitucional, sin embargo, las dos clases de sujetos, S1 y S2, son iguales y, por lo tanto, deben ser tratadas del mismo modo. Así, por consiguiente, la disposición de que se trata es inconstitucional porque viola el principio de igualdad. Pues bien, en casos de este género, la

Corte frecuentemente declara que la disposición es constitucionalmente ilegítima *en la parte en la que no confiere* el mismo derecho a los sujetos S2. Este tipo de decisiones son susceptibles de dos reconstrucciones distintas.

Algunos sostienen que, en rigor, tal decisión no es una decisión de anulación. La disposición de que se trata, en realidad, no es efectivamente anulada por la Corte, si así fuera, los sujetos S1 perderían el derecho subjetivo conferido a ellos, mientras que al contrario, lo conservan. En realidad, lo que la Corte hace es más bien *agregar* una nueva norma al ordenamiento: la norma que confiere el mismo derecho subjetivo también a los sujetos S2. Es precisamente por esta razón que se habla de sentencias "aditivas".

Los otros opinan, por el contrario, que en casos similares la Corte no declara la ilegitimidad constitucional de la norma de que se trata (la norma que confiere un derecho a los sujetos S1), sino de otra norma, no expresa, extraída del texto mediante el argumento *a contrario*: la norma que niega el mismo derecho a los sujetos S2. Se entiende que la anulación de una norma que niega cierto derecho produce el efecto de conferir el derecho en cuestión.

b) *Sentencias "sustitutivas"*. Se llaman "sustitutivas" aquellas sentencias en que la Corte declara la ilegitimidad constitucional de una disposición dada, *en la parte en la que expresa cierta norma en lugar de otra*: una norma distinta que debería expresar para ser conforme con la Constitución.

Por ejemplo, una disposición confiere cierto poder a cierto órgano estatal O1, mientras que, según la Constitución (como es interpretada por la Corte), tal poder debería ser conferido a un órgano distinto O2. Por consecuencia, la disposición es inconstitucional y, por lo tanto, debería ser anulada. En casos de este género, sin embargo, la Corte no se considera satisfecha con una pura y simple anulación: la Corte declara que la norma es inconstitucional en la parte en la que confiere el poder de que se trata al órgano O1, y no al órgano O2. Actuando así, la Corte, por un lado, anula la norma que le ha sido sometida; por otro, y al mismo tiempo, introduce en el ordenamiento una norma nue-

va, en virtud de la cual el poder en cuestión resulta atribuido al órgano O2, y no al órgano O1. Dicho de otro manera: la norma sometida a la Corte es sustituida por una norma distinta, creada por la propia Corte (el ejemplo es extraído de Corte Constitucional 15/1969).

B. *Los jueces comunes*

La interpretación conforme o adecuadora de las leyes no es únicamente obra de la Corte Constitucional: es practicada también por los jueces comunes. Esto sucede, en particular, cada vez que una de las partes de un proceso principal presenta una cuestión de legitimidad constitucional (sobre una ley aplicable en ese proceso) y el juez rechaza la instancia de parte —es decir, se rehusa a someter la cuestión a la Corte Constitucional— aduciendo que la cuestión es "manifiestamente infundada" desde el momento en que la ley de que se trata puede ser interpretada de modo conforme con la Constitución, de manera que basta "adecuar" la ley, armonizarla con la Constitución, para que se disuelva la cuestión de legitimidad constitucional.

Esta práctica, por otra parte, es alentada por la Corte de Casación (por ejemplo, Casación 674/1971, *Giustizia civile*, I, 1971, 1096; Casación 2342/1975, *Giustizia civile*, I, 1975, 1663; Casación, sesiones unidas, 661/1986, *Foro italiano*, I, 1986, 1898), por el Consejo de Estado (por ejemplo, Consejo de Estado, sesión VI, 100/1977, *Consiglio di Stato*, I, 1977, 222) y por la propia Corte Constitucional (por ejemplo, Corte Constitucional 63/1989, 177/1993).

De paso, sin embargo, quisiera anotar que la práctica de la interpretación conforme o adecuadora es muy discutible.

En primer lugar, el artículo 12, párrafo primero, de las *Disposiciones sobre la ley en general del Código Civil italiano* establece que la ley debe ser interpretada según el significado común de las palabras y según la intención del legislador. De aquí se sigue que la interpretación conforme está prohibida cada vez

que no corresponda al significado común de las palabras ni a la intención del legislador.

En segundo lugar, la interpretación conforme logra el efecto de conservar en el ordenamiento textos normativos de los cuales *se pueden* obtener normas inconstitucionales. Y, por otro lado, no existe certeza alguna de que tales textos sean interpretados de conformidad con la Constitución por cada juez y por cada órgano administrativo.

En tercer lugar, cualquier cuestión de legitimidad que tenga como objeto una norma que *puede* ser obtenida de una disposición determinada, no puede considerarse "manifiestamente infundada": eso es innegable. Por lo tanto, los jueces comunes no tienen el derecho de rechazar el someter tal cuestión a la Corte Constitucional.

6. *La aplicación directa de la Constitución por parte de los jueces comunes*

Es lícito sostener que la aplicación jurisdiccional de la Constitución consiste —al menos en resumidas cuentas— en juzgar la legitimidad constitucional de las leyes, lo cual, en el ordenamiento italiano, es competencia exclusiva de la Corte Constitucional. Y por esta razón, la Constitución no puede ser aplicada directamente por los jueces comunes. Sin embargo, en la práctica de los órganos jurisdiccionales, las cosas ocurren de otra manera.

1) En primer lugar, en cierto sentido, todo juez aplica la Constitución cuando es llamado a juzgar la "no manifiesta improcedencia" de una cuestión de legitimidad constitucional presentada por una de las partes. Necesariamente, cualquier decisión sobre ese propósito supone la interpretación y el uso de la Constitución.

2) Además, en cierto modo, todo juez aplica la Constitución cuando practica la interpretación conforme o adecuadora de la ley.

3) Por otro lado, todo juez aplica la Constitución cuando declara la ilegitimidad constitucional de un reglamento del Ejecutivo (ya que el control de legitimidad constitucional sobre los re-

glamentos es confiado precisamente a los jueces comunes: Corte Constitucional 484/1993 y 436/1997).

4) Finalmente, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional (a partir de la sentencia 122/1970), los derechos subjetivos garantizados por la Constitución —incluidos ahí los derechos de libertad— no son "derechos públicos" en el sentido de la doctrina alemana del siglo XIX, es decir, derechos "frente al Estado"; por el contrario, son derechos garantizados *erga omnes*, frente a cualquiera. Esto significa que las normas constitucionales son aplicables no sólo en las controversias que oponga un ciudadano frente a un poder público, sino también en las relaciones entre particulares, entre ciudadanos. Por consecuencia, todos los jueces tienen el poder —y el deber— de aplicar directamente las normas constitucionales en las controversias que se encuentren por juzgar.

De hecho, es bastante frecuente la aplicación directa de normas constitucionales por parte de los jueces comunes. Me limito a mencionar tres ejemplos (en realidad, los dos primeros también pueden ser considerados no como casos de aplicación directa de la Constitución, sino más bien como casos de interpretación conforme o adecuadora de la ley).

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, entre las normas constitucionales susceptibles de aplicación directa entran los artículos 32 (Corte Constitucional 88/1979, 184/1986) y 36 de la Constitución (Corte Constitucional 129/1963, 156/1971). Según la Corte de Casación (Casación civil, sesiones unidas, 4674/1998), también el artículo 10 puede ser aplicado directamente.

El artículo 36, párrafo primero, dispone que "el trabajador tiene derecho a una retribución proporcionada con la cantidad y la calidad de su trabajo y, en todo caso, suficiente para asegurar a sí mismo y a su familia una existencia libre y digna". Su aplicación directa por parte de los jueces comunes (primer ejemplo: Corte de Apelación de L'Aquila, 24 de octubre de 1950, *Rivista giuridica del lavoro*, II, 1951, 1), envuelve la consecuencia de que cada trabajador tiene derecho a la retribución prevista por el contrato colectivo (aunque carente de eficacia *erga omnes*) apli-

cable a la categoría de trabajadores a la cual pertenezca o al sector de la producción al que pertenezca la empresa.

El artículo 32, párrafo primero, garantiza a la salud "como derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad". Los jueces comunes (primer ejemplo: Tribunal de Génova, 25 de mayo de 1974, *Giurisprudenza italiana*, I, 1975, 2, 54) han extraído de ahí la consecuencia de que —a pesar de la previsión expresa y contraria del Código Civil (artículo 2059)— debe ser resarcido cualquier daño o perjuicio a la salud (lo que suele llamarse "daño biológico").

El artículo 10, párrafo tercero, establece que "el extranjero a quien sea impedido en su país el ejercicio efectivo de la libertad democrática garantizada por la Constitución italiana, tiene derecho de asilo en el territorio de la República, de acuerdo con las condiciones establecidas por la ley". En una sentencia reciente, la Corte de Casación (Casación civil, sesiones unidas, 4674/1998) ha sostenido que —a pesar de la cláusula constitucional "de acuerdo con las condiciones establecidas por la ley"— el derecho de asilo es un verdadero derecho subjetivo para obtener el asilo aun cuando no exista ley alguna que determine las condiciones de ejercicio del propio derecho.

7. *La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas*

Por lo que concierne a la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, me limitaré a mencionar algunos aspectos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

A. *Los conflictos de atribución entre los poderes del Estado*

Como he señalado anteriormente, el artículo 134 de la Constitución confiere a la Corte Constitucional (entre otras competencias) también el poder de resolver los "conflictos de atribución entre los poderes del Estado".

"Poderes del Estado", ¿en qué sentido? Según la jurisprudencia de la Corte (a partir de las primeras decisiones sobre la

materia: Corte Constitucional 228 y 229 de 1975), esta expresión se aplica a cualquier órgano del Estado que ejerza, de forma autónoma e independiente, una atribución conferida al mismo por normas de rango constitucional (también consuetudinarias: Corte Constitucional 129/1981).

Después de 1975, la Corte ha tenido ocasión de juzgar una cantidad notable de conflictos, en los cuales han estado implicados, entre otros: numerosos órganos jurisdiccionales (ya que, según la Corte, cada juez es un "poder" del Estado), comisiones parlamentarias, cada una de las dos cámaras así como sus respectivos presidentes, el Parlamento en su conjunto, el presidente de la República, el gobierno en su conjunto así como el presidente del Consejo, la Corte de Cuentas, el ministro de justicia, el Consejo Superior de la Magistratura, el Ministerio Público, y hasta el comité promotor de un referéndum abrogatorio, considerado como expresión del cuerpo electoral (Corte Constitucional 13/1975, 231/1975, 69/1978, 85/1978, 123/1979, 129/1981, 406/1989, 379/1992, 462/1993, etcétera).

El conflicto más interesante desde el punto de vista político es probablemente aquél que, en 1995, fue presentado por un ministro en contra, al mismo tiempo, del Senado, del presidente de la República y del presidente del Consejo. Muy brevemente, los hechos fueron éstos: el Senado votó una moción de censura "individual" o "personal", es decir, no dirigida contra el gobierno en su conjunto, sino contra un ministro en lo individual; el ministro se rehusó a entregar su propia dimisión; el presidente de la República, con decreto propuesto y refrendado por el presidente del Consejo, sustituyó al ministro "censurado". Entonces, el ministro presentó un recurso ante la Corte Constitucional argumentando que:

1) El Senado no tiene el poder para votar una censura individual, porque un voto semejante no está previsto ni por la Constitución ni por el reglamento del Senado (ello está previsto sólo por el reglamento de la cámara); al contrario, la Constitución, al decir que "el Gobierno debe tener la confianza de las dos Cámaras" (artículo 94, párrafo primero), supone que el voto de con-

fianza (artículo 94, párrafo segundo) y el de censura (artículo 94, párrafo quinto) se dirigen al gabinete en su conjunto.

2) Por consecuencia, el ministro censurado no tiene obligación alguna de dimitir (salvo que se interprete a la censura individual como una censura dirigida al gabinete entero, lo que comportaría, sin embargo, la obligación de dimisión del propio presidente del Consejo).

3) El presidente de la República y el presidente del Consejo, por otro lado, no tienen el poder de sustituir a un ministro porque, según la Constitución (artículo 92, párrafo segundo), "el Presidente de la República nombra al Presidente del Consejo de Ministros y, a propuesta de éste, a los ministros", pero no existe norma constitucional alguna que prevea la revocación y/o la sustitución en el cargo de un ministro que no haya dimitido.

La Corte Constitucional resolvió el conflicto (Corte Constitucional 6/1996) aclarando que:

a) La censura individual, aunque no está expresamente prevista por la Constitución, está implícita en las reglas del gobierno parlamentario; por otro lado, la Constitución, al lado de la responsabilidad política del gabinete en su conjunto, estatuye también que "los ministros son... responsables... individualmente de los actos de sus respectivos ministerios" (artículo 95, párrafo segundo).

b) El voto de confianza se dirige al gabinete en su conjunto, ya que éste consiste, precisamente, en la aprobación del programa político del gobierno. El voto de censura, por el contrario, consiste en una evaluación política subsecuente de un comportamiento, y tal evaluación no considera necesariamente al gabinete entero: puede también considerar a un ministro en lo individual. La consecuencia jurídica del voto de censura es la obligación de dimisión.

c) En ausencia de dimisión, el decreto de sustitución del ministro, firmado por el presidente de la República, propuesto y refrendado por el presidente del Consejo, está plenamente justificado y es más, es un acto debido que responde al objetivo de restablecer el funcionamiento correcto del gobierno parlamentario.

B. *El referéndum derogatorio*

La Constitución (artículo 75) prevé que quinientos mil electores (o cinco consejos regionales) pueden requerir un referéndum popular para la derogación total o parcial de una ley. Sin embargo, al mismo tiempo, la Constitución prohíbe el referéndum sobre ciertos tipos de leyes. Y, por otra parte, una ley constitucional (artículo 2o., Ley Constitucional 1/1948) confiere a la Corte Constitucional el poder de controlar preventivamente la admisibilidad de las peticiones de referéndum.

Ahora bien, el referéndum abrogatorio no es más que un "contrapoder" político del pueblo frente al Poder Legislativo; concretamente, en la mayor parte de los casos, un contrapoder de las minorías parlamentarias respecto a la mayoría (la mayoría que aprobó determinada ley, la cual no necesariamente coincide con la mayoría que sostiene al gobierno), o de un movimiento político (no organizado en partido) respecto a las fuerzas políticas dominantes. Y así, por consiguiente, en la evaluación de la admisibilidad de las peticiones de referéndum, la Corte Constitucional se encuentra fatalmente implicada en conflictos políticos, que seguro no puede resolver directamente, pero de los cuales puede consentir o impedir su desenvolvimiento.

Haciendo uso de este poder, por ejemplo (es sólo un ejemplo, aunque es también el ejemplo más *éclatant*), la Corte declaró, en una primera ocasión, inadmisible (Corte Constitucional 47/1991) y, en otra ocasión, admitido (Corte Constitucional 32/1993) un referéndum derogatorio sobre una parte de la ley electoral del Senado, que comportó en definitiva una modificación del sistema electoral: del escrutinio proporcional al mayoritario, la cual, a su vez, ha contribuido a encauzar una modificación radical del sistema político mismo.

C. *El control de la Corte Constitucional sobre la "discrecionalidad política" del legislador*

El artículo 28 de la Ley 87/1953 prohíbe expresamente a la Corte Constitucional toda valoración política y todo control sobre la "discrecionalidad política" del legislador. A pesar de ello, la Corte —como la mayor parte del resto de los tribunales constitucionales en nuestros días— ejerce frecuentemente un control sobre la discrecionalidad política del Parlamento.

Los instrumentos más eficaces para el ejercicio de este control son, por una parte, la doctrina elaborada por la propia Corte, según la cual, toda ley debe ser "razonable"; por otro lado, la técnica de justificación de las decisiones, que se conoce bajo el nombre de "ponderación" de los principios constitucionales (cada vez que están en conflicto entre sí, como sucede a menudo).

1) *La "razonabilidad" de la ley.* El artículo 3o., párrafo primero, de la Constitución dispone que "todos los ciudadanos tienen igual dignidad social y son iguales ante la ley sin distinción de sexo, de raza, de lengua, de religión, de opiniones políticas, de condiciones personales y sociales". Sin embargo, la Corte Constitucional interpreta ahora esta disposición no como una prohibición "específica" a discriminar por razones de sexo, raza, etcétera, sino más bien como una prohibición "genérica" a distinguir entre situaciones objetivamente iguales y, al mismo tiempo, a no distinguir entre situaciones objetivamente distintas (por ejemplo, Corte Constitucional 204/1982).

En particular, a partir de una decisión de 1960 (Corte Constitucional 15/1960), la Corte ha elaborado una doctrina —por lo demás, compartida por la mayor parte de los tribunales constitucionales europeos, como también por la Suprema Corte de los Estados Unidos— según la cual, el principio de igualdad es violado cada vez que la ley, sin "motivo razonable", trata de forma diferente a ciudadanos que se encuentran en situaciones iguales.

Este principio exige que toda distinción o clasificación introducida por el legislador sea "razonable", no arbitraria; en suma, justificada. Ahora bien, es evidente que cualquier juicio en torno al carácter razonable de una distinción legislativa constituye un

juicio de valor y envuelve una decisión política. Así, por consiguiente, elaborando esta doctrina la Corte se ha construido una técnica de argumentación mediante la cual puede hacer prevalecer sus decisiones políticas sobre las decisiones del Parlamento.

2) *La "ponderación" de los principios*. Frecuentemente sucede que dos principios constitucionales están en conflicto entre sí. Según algunos, esto es incluso un rasgo definitorio de los principios, en el sentido de que un principio se distingue de una norma específica justamente por el hecho de estar siempre y necesariamente en conflicto con otros principios.

La Constitución italiana ofrece un ejemplo realmente paradigmático de conflicto entre principios: el conflicto entre la igualdad "formal" (o sea, jurídica) y la igualdad "sustancial" (es decir, social). El párrafo primero del artículo 3o., como dije arriba, proclama el principio de igualdad jurídica, prohibiendo toda discriminación entre ciudadanos; el párrafo segundo del mismo artículo, sin embargo, autoriza al legislador a (e incluso le encomienda) "remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el desarrollo pleno de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país". En otras palabras, el párrafo primero prohíbe toda distinción entre ciudadanos, mientras que el párrafo segundo permite distinguir, reservando un tratamiento más favorable a los ciudadanos socialmente desaventajados.

¿Qué debemos pensar, por consiguiente, de una ley que, por ejemplo, distinga claramente entre trabajadores y patrones, reservando a los trabajadores un tratamiento más favorable al interior del proceso productivo (Ley 533/1973)? ¿Esta ley contradice el principio de igualdad establecido por el artículo 3o., párrafo primero, o, al contrario, no hace más que concretizar el principio consagrado por el artículo 3o., párrafo segundo (a propósito, Corte Constitucional 13/1977)?

Por razones evidentes, este tipo de conflicto entre normas no puede ser resuelto ni por medio del principio cronológico (*lex posterior*) ni por medio del principio jerárquico (*lex superior*). La técnica empleada por la Corte Constitucional consiste, de

modo muy simple, en instituir una jerarquía "axiológica" entre los dos principios en conflicto, es decir, una jerarquía entre los "valores" implicados por los dos principios (Corte Constitucional 467/1991). En virtud de tal jerarquía, uno de los dos principios prevalece sobre el otro, en el sentido de que uno de los dos principios es aplicado, mientras que el otro se hace a un lado. Se advierte, por lo demás, que la jerarquía en cuestión es una jerarquía "móvil", en el sentido de que es del todo posible que, en un caso, cierto principio P1 prevalezca sobre otro principio P2 y que, sin embargo, en un caso distinto aunque similar al precedente, P2 prevalezca sobre P1.

Una jerarquía axiológica, evidentemente, es el resultado de un juicio de valor: una valoración distinta de aquélla que está implícita en la decisión legislativa. Así, por consiguiente, ponderando principios, la Corte sustituye la valoración del Parlamento por un juicio de valor suyo (Corte Constitucional 258/1994, 281/1994, 377/1994).

RIGIDEZ CONSTITUCIONAL Y LÍMITES A LA REFORMA EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO

I. Flexibilidad, rigidez, inmodificabilidad 185
II. Constituciones flexibles 187
III. Constituciones rígidas 188
IV. La rigidez es una cuestión de grado 189
V. Constituciones garantizadas 193
VI. Tipología de los límites 194
VII. La prohibición de reforma de la forma republicana 195
VIII. ¿Una prohibición insuperable? 197
IX. Límites implícitos de la reforma constitucional . . 199
X. Límites lógicos a la reforma constitucional 203
XI. La orientación de la Corte Constitucional italiana . 208

RIGIDEZ CONSTITUCIONAL Y LÍMITES A LA REFORMA EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO*

I. FLEXIBILIDAD, RIGIDEZ, INMODIFICABILIDAD

A veces la Constitución, entendida como "código constitucional", se distingue de todos los demás instrumentos normativos —y, en particular, de las leyes ordinarias— también en virtud de una "fuerza" (o eficacia) peculiar, de un especial régimen jurídico. Para aclarar el punto se puede introducir, en el ámbito de los documentos constitucionales, o códigos constitucionales, una distinción fundamental:[1] Constituciones rígidas *vs.* Constituciones flexibles.[2] Las Constituciones rígidas, y solamente ellas, gozan de un régimen jurídico especial, diverso del que tienen las leyes, en el sentido de que el procedimiento de reforma de la Constitución es distinto del procedimiento de formación de las leyes.[3]

Para afrontar el tema de la rigidez constitucional, conviene distinguir cuatro tipos de Constituciones. Existen (o son concebibles):

1. En primer lugar, Constituciones que expresamente excluyen su modificación o reforma.

2. En segundo lugar, Constituciones que no disponen nada en torno a su modificación o reforma.

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

1 Sobre el origen de la distinción entre Constituciones rígidas y Constituciones flexibles, Bryce, J., *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford, 1901, I.

2 Por obvias razones, la distinción no se aplica a las Constituciones consuetudinarias, las cuales son necesariamente flexibles.

3 Dicey, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, 1924, pp. 121 y ss.

3. En tercer lugar, Constituciones que prevén un procedimiento de reforma constitucional más complejo que el procedimiento legislativo ordinario (un procedimiento "agravado", como se suele decir).

4. En cuarto lugar, Constituciones que expresamente consienten la reforma constitucional a través del procedimiento legislativo ordinario.

Pues bien:

a) Las Constituciones del cuarto tipo se llaman *flexibles*.
b) Las Constituciones del tercer tipo se llaman *rígidas*.

Algunas Constituciones, por otro lado, no se limitan a prescribir procedimientos especiales para su modificación, sino que además excluyen cualquier modificación a la Constitución misma (por entero) o (más frecuentemente) de algunas de sus disposiciones (por ejemplo, la Constitución italiana vigente, en su artículo 139, excluye cualquier revisión de la forma republicana de Estado). Tales Constituciones pueden llamarse, más que rígidas, "rigidísimas": al menos en aquella parte que está completamente sustraída a la reforma constitucional.

c) Las Constituciones del primer tipo son *absolutamente inmodificables* ("petrificadas"), no susceptibles de alguna modificación (legal).
d) Las Constituciones del segundo tipo, en fin, son ambiguas en el sentido de que se pueden entender como *flexibles*, o como *absolutamente inmodificables*.[4]

La tesis de la flexibilidad —en ausencia de una norma que expresamente autorice al legislador a modificar la Constitución— no puede ser sostenida con argumentos textuales; puede ser argumentada sólo recurriendo a asunciones o construcciones

4 Pace, A., "La 'naturale' rigidità delle costituzioni scritte", *Giurisprudenza costituzionale*, 1983, pp. 4085 y ss.; *Id.*, *La causa della rigidità costituzionale*, Padua, 1995. *Cfr.* también Guastini, R., *Distinguendo*, Turín, 1996, pp. 244 y ss. (trad. de Jordi Ferrer, Barcelona, Gedisa, 1999).

dogmáticas más o menos complejas: por ejemplo, asumiendo el postulado (tomado por la doctrina francesa de la Tercera República) de la omnipotencia del Parlamento, concebido como poder no constituido, sino constituyente (y por tanto "soberano").[5]

La tesis de la absoluta inmodificabilidad, por su parte, puede ser defendida con dos diversos argumentos (o, quizá, con dos variantes del mismo argumento).[6]

Por un lado se puede simplemente argumentar (*a contrario*) a partir del texto constitucional interpretado a la letra: si la Constitución no autoriza algún procedimiento de reforma, entonces ningún procedimiento de reforma está autorizado, por tanto, la Constitución no es revisable.

Por otro lado, se puede argumentar a partir de un principio (comúnmente no escrito, pero) generalmente aceptado en las culturas jurídicas liberales. El argumento es que rigen, en el derecho constitucional, dos diversas normas de clausura. Una regula los derechos de los ciudadanos, y dice: "Todo lo que no está expresamente prohibido está permitido" (principio de libertad). La otra regula los poderes de los órganos del Estado, y dice: "Todo lo que no está expresamente permitido está prohibido" (principio de legalidad). De ahí se sigue que, no estando algún órgano expresamente autorizado para enmendar la Constitución, la reforma constitucional está, para cualquier órgano, prohibida.

En lo que sigue dejaremos aparte las Constituciones absolutamente inmodificables y circunscribiremos el discurso a las Constituciones rígidas y flexibles.

II. Constituciones flexibles

Se llama "flexible" una Constitución formal que puede legítimamente ser modificada, derogada o abrogada por el órgano

5 Este punto de vista tiene, obviamente, el doble efecto de "debilitar" la Constitución existente y de permitir sin embargo la modificación pacífica (si la Constitución fuera legalmente inmodificable, entonces no existiría otro modo de cambiarla más que recurriendo a los medios ilegales: en última instancia, al uso de la fuerza).

6 Este punto de vista tiene, obviamente, el efecto de "reforzar" la Constitución existente, haciendo sin embargo imposible la reforma pacífica.

legislativo mediante el procedimiento legislativo ordinario de formación de las leyes.

En los regímenes de Constitución flexible, por tanto, la Constitución y las leyes se encuentran sobre el mismo plano: están dotadas, como se suele decir, de la misma "fuerza" (o eficacia, en uno de los sentidos de esta palabra).

Las relaciones entre la Constitución y las demás leyes están reguladas, muy simplemente, por el principio de preferencia de la norma sucesiva: la norma sucesiva —es decir, la más reciente en el tiempo— "prevalece" sobre la antecedente, en el sentido de que, en caso de conflicto, deberá ser aplicada la norma posterior y descartada la precedente. De ahí se sigue que una ley posterior a la Constitución la puede modificar, derogar e incluso abrogar.

En suma, si la Constitución es flexible, una ley (ordinaria, ya que no existen otras leyes), que contenga disposiciones contrastantes con la Constitución vale no como violación, si no como *revisión*, o *reforma*, de la Constitución misma.

III. CONSTITUCIONES RÍGIDAS

En términos generales, una Constitución rígida —y más todavía, se entiende, una Constitución inmodificable— es una fuente que se distingue de todas las demás (en particular de la ley) en virtud de su posición de "supremacía", o sea, en virtud de su posición en la jerarquía de las fuentes. Una Constitución rígida ocupará una posición "suprema" en el ordenamiento jurídico en un doble sentido.[7]

Por un lado, las normas constitucionales no pueden ser modificadas por la ley. Por otro, la conformidad con las normas constitucionales[8] es una condición de validez de la ley misma. De tal forma que una ley que pretenda modificar la Constitución o (lo

7 La idea de la sobreordenación jerárquica de la Constitución (también en un régimen de Constitución rígida) es puesta a discusión por Troper, M., "Il problema dell'interpretazione e la teoria della sovralegalitá costituzionale", en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, Turín, 1989, II, pp. 215 y ss.

8 Más precisamente, la conformidad formal y la conformidad material.

que es lo mismo) que esté en contraste con ella, es una ley ilegítima, es decir, inválida.

En un ordenamiento regido por una Constitución rígida, se distinguen por tanto dos tipos de leyes: las leyes llamadas "ordinarias" y las leyes "constitucionales" o de reforma constitucional (mientras que en un ordenamiento regido por una Constitución flexible la expresión "ley ordinaria", en rigor, no tiene ningún sentido).

Las leyes ordinarias y las leyes constitucionales se caracterizan (además de sus diversas denominaciones) por tener procedimientos de formación distintos: en particular, las leyes constitucionales están sujetas a un procedimiento de formación más complejo —"agravado"— respecto al que rige para las leyes ordinarias. Además, las leyes constitucionales —y solamente ellas— están autorizadas para modificar (o "revisar") la Constitución.

IV. La rigidez es una cuestión de grado

La rigidez constitucional es tratada habitualmente como un concepto con dos valores: una Constitución puede solamente ser rígida o no rígida (es decir, flexible), *tertium non datur*. Y en este sentido, en realidad, todas o casi todas las Constituciones contemporáneas son rígidas. Sin embargo, este punto de vista no es convincente.

Parece más oportuno tratar la rigidez constitucional como una cualidad *graduable*: una Constitución puede ser *más* o *menos* rígida, más o menos flexible. Naturalmente, no disponemos de una precisa unidad de medida para determinar el grado de rigidez de una Constitución. Sin embargo, se puede convenir que el grado de rigidez de las diversas Constituciones depende del grado de complejidad del procedimiento de reforma constitucional, en suma, del grado de dificultad de la reforma. Para aclarar este punto, es suficiente hacer una revisión sumaria de algunas Constituciones europeas vigentes.[9]

9 *Cfr.* Guastini, R., "Revisione costituzionale: problemi di forma e di sostanza", *Ragion pratica*, 1994, 3, pp. 245 y ss.

1. La ley fundamental de Alemania puede ser modificada por una ley que cuente con la aprobación de dos terceras partes de los miembros del *Bundestag* y de dos tercios de los votos del *Bundesrat* (artículo 79).

2. La Constitución del Reino de Bélgica establece que el Poder Legislativo (es decir, las dos cámaras y el rey conjuntamente) tienen el derecho de "declarar" que una reforma constitucional debe tener lugar. Tal declaración comporta la inmediata disolución de las cámaras: la reforma será discutida por las nuevas cámaras (siempre de acuerdo con el rey) por mayoría de dos tercios de los presentes, y a condición de que al menos dos tercios de los componentes estén presentes (artículo 131).

3. La Constitución de Dinamarca establece que, si una propuesta de reforma es votada por el *Folketing* y el gobierno quiere darle seguimiento, el *Folketing* se disuelve y se procede a nuevas elecciones legislativas. Si el proyecto de reforma es aprobado (sin enmiendas) por el nuevo *Folketing* se somete a referéndum popular. El proyecto debe recoger el voto favorable de la mayoría de los votantes (no inferior al cuarenta por ciento de los que tengan derecho al voto) y ser sancionado por el rey (artículo 88).

4. La Constitución de España dispone que, normalmente, los proyectos de reforma sean adoptados por las dos cámaras por una mayoría de tres quintos y, en seguida, puestos a ratificación popular siempre que un décimo de los miembros de una cámara así lo requieran (artículo 167). Sin embargo, cuando se trate de una "revisión total" de la Constitución o de la revisión de ciertas partes delicadas (entre ellas la relativa a los derechos de libertad), se procede como sigue: el proyecto de reforma es aprobado por mayoría de dos tercios de las cámaras, las que, de ese modo, provocan su disolución; las nuevas cámaras, deliberan si toman en examen el proyecto y en seguida lo aprueban por mayoría de dos tercios; finalmente, el proyecto se somete a referéndum (artículo 168).

5. La Constitución de la República francesa establece que todo proyecto de reforma, aprobado por las dos cámaras, sea sometido a referéndum o, como alternativa, aprobado por las mis-

mas cámaras en sesión conjunta, que deben aprobarlo por mayoría de tres quintos (artículo 89)

6. La Constitución de Grecia dispone lo que sigue: la propuesta para revisar la Constitución es discutida y aprobada por la cámara, por la mayoría de tres quintos de sus componentes, en dos votaciones sucesivas separadas por un intervalo de al menos un mes, enseguida, la reforma es discutida y aprobada otra vez por la cámara por mayoría absoluta de sus integrantes. Siempre que la propuesta de reforma no obtenga la mayoría de tres quintos, pero obtenga sin embargo la mayoría absoluta de los componentes, la reforma se discutirá y aprobará por la nueva cámara (en la legislatura sucesiva) por mayoría de las tres quintas partes de sus componentes (artículo 110).

7. La Constitución de Portugal dispone que la reforma constitucional debe ser aprobada por dos tercios de los diputados en el cargo, no antes de que hayan transcurrido cinco años de la reforma precedente (si no han transcurrido aún cinco años se necesita una mayoría de cuatro quintos) (artículos 284 y 286).

8. La Constitución del Reino de los Países Bajos establece lo que sigue: una propuesta de reforma se adopta por ley; a ello sigue la disolución de las cámaras; las nuevas cámaras aprueban la propuesta de revisión por mayoría de dos tercios de los votos emitidos; la ley de reforma es luego sancionada por el rey (artículos 137 y 139).

9. La Constitución del Gran Ducado de Luxemburgo establece que el Poder Legislativo (es decir, la cámara y el Gran Duque conjuntamente) tiene el derecho de "declarar" que una reforma constitucional debe tener lugar. La realización de esta declaración comporta la automática disolución de la cámara: la reforma será aprobada por la nueva cámara (con acuerdo del Gran Duque) por mayoría de dos tercios de los presentes, y a condición de que al menos tres cuartos de sus componentes estén presentes (artículo 114).

Podemos dejarlo hasta aquí, para evitar que el elenco resulte aburrido. Todas las Constituciones examinadas son rígidas, pero resulta bastante evidente que la rigidez constitucional es una cosa variable. Algunas Constituciones (por ejemplo la portugue-

sa) son rígidas, pero no demasiado: la reforma constitucional es relativamente fácil. Otras (la belga, la danesa, la holandesa, la de Luxemburgo y en parte la española) son "muy" rígidas, en el sentido de que su modificación es extremadamente difícil, sobre todo por el hecho de que la ley de reforma constitucional debe ser aprobada *en dos sucesivas legislaturas* y, además, la primera aprobación de un proyecto de reforma comporta, para las cámaras que lo votan, su disolución.

Se intuye que puede ser difícil encontrar un Parlamento dispuesto a provocar su propia disolución. Y además no es un hecho que en dos Parlamentos sucesivos se reproduzca la misma mayoría favorable a la reforma.

La Constitución italiana vigente (artículos 72 y 138) —como veremos más adelante— prevé un procedimiento de reforma relativamente simple. Se trata de una Constitución rígida, pero no "muy" rígida: su grado de rigidez es más bien bajo; sin duda que es menos rígida que gran parte de las Constituciones europeas vigentes.[10]

10 El procedimiento de reforma es como sigue: en primer lugar, los proyectos de ley de reforma constitucional deben ser aprobados según el "procedimiento normal" (no pueden ser discutidos en comisiones); además, los proyectos de ley de reforma están sujetos a una doble aprobación por parte de cada una de las cámaras; en la segunda votación (que se debe llevar a cabo transcurridos por lo menos tres meses después de realizada la primera) es necesaria y suficiente, en cada cámara, la mayoría absoluta de sus componentes; en los tres meses sucesivos la ley de reforma puede ser sometida a referéndum confirmativo, pero sólo si lo requieren o una quinta parte de los miembros de una u otra cámara, o quinientos mil electores, o cinco consejos regionales. Sin embargo, el referéndum no se llevará a cabo cuando en la segunda votación el proyecto de reforma se haya aprobado, en cada una de las cámaras, por mayoría de las dos terceras partes de sus componentes. Después de todo, como se puede ver, no se requiere sino una doble votación por parte —debe notarse— del mismo Parlamento, *dentro de la misma legislatura*. En principio, todo Parlamento se caracteriza por tener una mayoría, y no hay razones que permitan suponer que, entre la primera y la segunda votación, la mayoría política cambie. Ciertamente, en la segunda votación se requiere una mayoría muy amplia: la mayoría de dos tercios, que —en ciertas condiciones (pero sólo en ciertas condiciones)— supone una convergencia de intenciones entre la mayoría del gobierno y la oposición. Pero, bien visto, la mayoría de dos tercios no es indispensable: se puede proceder a la reforma constitucional también con la mayoría (aunque siempre calificada, pero no difícil de conseguir) constituida por la mitad más uno de los componentes de las cámaras. En este caso, puede darse la eventualidad de un referéndum confirmativo, pero se trata de una mera eventualidad (no se procede a convocar el referéndum si nadie lo pide). En suma, en Italia, la reforma constitucional es ciertamente más difícil que la de la legislación or-

V. CONSTITUCIONES GARANTIZADAS

Hemos dicho que, en un régimen de Constitución rígida, la conformidad con las normas constitucionales es condición necesaria de validez de la ley: una ley que sea formalmente disconforme o materialmente incompatible con la Constitución es una ley constitucionalmente ilegítima, es decir, inválida. Ahora bien, esta consideración ofrece la posibilidad de introducir una distinción ulterior: la distinción, en el ámbito de las Constituciones rígidas, entre Constituciones garantizadas y Constituciones no garantizadas.[11]

Recapitulando, se llaman "rígidas" las Constituciones formales que no pueden legítimamente ser modificadas por el órgano Legislativo común mediante el procedimiento ordinario de formación de leyes, sino que pueden ser modificadas solamente, o por un órgano constitucional especial (por ejemplo, una "asamblea constituyente"), o por el órgano Legislativo común, pero mediante un procedimiento especial "agravado", es decir, más complejo que el ordinario, o, incluso, por el órgano Legislativo común, pero mediante una especial mayoría "calificada". En los regímenes constitucionales de este tipo la Constitución y las leyes no se encuentran en el mismo plano ni tienen la misma "eficacia": la Constitución es, por así decirlo, más "fuerte" que las leyes ordinarias. Esto en un doble sentido.

Por un lado, las normas constitucionales "prevalecen", en caso de conflicto, sobre las normas legislativas ordinarias. La "prevalencia" de la Constitución sobre la ley ordinaria consiste en esto: en los regímenes de Constitución rígida, una ley ordinaria que tenga disposiciones contrastantes con la Constitución es una ley inconstitucional, o constitucionalmente ilegítima, es decir inválida y por tanto ineficaz.

Ahora bien, la invalidez de las leyes que estén en contraste con la Constitución postula la existencia de alguna forma de

dinaria, pero en su conjunto es más bien fácil si se compara la Constitución italiana con las demás Constituciones europeas vigentes.

11 O bien, Constituciones "fuertes" *vs.* Constituciones "débiles". Esta terminología es de Paladin, L., *Le fonti del diritto italiano*, Bolonia, 1996, pp. 128 y ss.

control sobre la conformidad de las leyes a la Constitución. *En ausencia* de un control como ese, la rigidez está, por así decirlo, *proclamada*, pero no *garantizada*.

Por tanto, pueden llamarse *garantizadas* (o también rígidas en sentido fuerte) las Constituciones formales que no solamente prevean un procedimiento especial para su reforma, sino que, además, prevean alguna forma de *control sobre la legitimidad constitucional de las leyes*, es decir, sobre la conformidad de las leyes a la Constitución.[12] Por ejemplo:

1. Prevén que cualquier juez esté autorizado para desaplicar leyes que estén en contraste con la Constitución (y, en tal sentido, que sean constitucionalmente ilegítimas) con efectos circunscritos al caso decidido.

2. Instituyen un órgano investido del poder de controlar preventivamente la conformidad de las leyes a la Constitución (de forma que una ley constitucionalmente ilegítima, en principio, no pueda ni siquiera entrar en vigor).

3. Instituyen un órgano investido del poder de controlar sucesivamente (luego de la promulgación) la conformidad de las leyes a la Constitución, y autorizado para anular las leyes contrastantes con ella con eficacia general, *erga omnes* (de tal forma que una ley constitucionalmente ilegítima puede entrar en vigor, pero puede también ser anulada posteriormente por el órgano competente).

VI. Tipología de los límites

El poder de reforma constitucional es —como todo poder constituido— un poder limitado, circunscrito, por las normas que lo regulan. Entre los diversos límites que pueden circunscribir la reforma constitucional se pueden distinguir los siguientes.

1. Llamaremos límites *expresos* (o textuales) a los expresamente estatuidos por el mismo documento constitucional interpretado a la letra.

12 Sobre los distintos sistemas de control de la legitimidad constitucional de las leyes *cfr.*, por todos, Burdeau, G., *Traité de science politique*, París, 1983, IV, capítulos I y II.

2. Llamaremos límites *no expresos* a todos los demás. Dentro de los límites no expresos se puede distinguir lo siguiente:

a) Son límites *implícitos* los que se deducen del texto constitucional mediante otras —más controvertibles— técnicas interpretativas (interpretación extensiva, teleológica, sistemática, analógica, y algunas otras).[13]

b) Son límites *lógicos* (y por tanto necesarios, no contingentes)[14] los que no pueden ser deducidos del texto constitucional mediante las consabidas técnicas de interpretación y/o integración, pero que se asume que derivan del concepto mismo de Constitución y/o de reforma constitucional y que, por tanto, se encuentran en cualquier Constitución (independientemente de su interpretación textual).

Desde otro punto de vista, se suelen clasificar los límites a la reforma constitucional en límites *absolutos* y límites *relativos*, según que el límite de que se trate pueda o no ser superado —o removido— en forma legal.[15] Un límite relativo subsiste hasta que no se derogue la disposición constitucional que lo contiene. Un límite absoluto no es en modo alguno superable, ya que la disposición constitucional que lo contiene no es susceptible de ser derogada más que de forma ilegal, revolucionaria, en suma, de forma *extra ordinem*.[16]

VII. La prohibición de reforma de la forma republicana

El artículo 139 de la Constitución italiana dispone muy sucintamente: "No podrá ser objeto de revisión constitucional la forma republicana". Se trata, por tanto, de un límite *expreso* a

13 Inopinadamente, Cicconetti, S. M., *La revisione della costituzione*, Padua, 1972, p. 218, clasifica a los límites "implícitos" dentro de los "expresos".

14 Crisafulli, V., *Lezioni di diritto costituzionale*, 2a. ed., Padua, 1970, I, p. 101.

15 Mortati, C., "Costituzione (dottrine generali e costituzione della repubblica italiana)", *Enciclopedia del diritto*, Milán, 1962, XI, pp. 205 y ss.; Cicconetti, S. M., *op. cit.*, nota 13, pp. 219 y ss.

16 "Su violación se califica como un acto revolucionario y con ella se consigue, en caso de que tenga éxito, un cambio en la identidad del Estado o... una fractura de la continuidad del Estado" (Cicconetti, S. M., *op. cit.*, nota 13, p. 219).

la reforma. Para poder aclarar el alcance de esta disposición hay que determinar el significado de la expresión "forma republicana".[17]

Ahora bien, la forma republicana de Estado se caracteriza por oposición paradigmática a la forma monárquica. La distinción está en el diverso papel de la figura del jefe de Estado. Más precisamente, en el lenguaje político común, el vocablo "República" denota esencialmente aquel tipo de organización política en la que:[18]

1. En primer lugar, el jefe de Estado es un órgano electivo (como dispone, para el ordenamiento italiano, el artículo 83 constitucional).

2. En segundo lugar, el mandato del jefe de Estado es limitado en el tiempo (como dispone, para el ordenamiento italiano, el artículo 85 constitucional).

Por lo tanto, el artículo 139 constitucional, al menos en su núcleo central de significado, parece prohibir la reforma en sentido monárquico de los artículos 84 y 85 de la Constitución italiana.[19]

Con esto no se quiere decir que tales disposiciones estén sin más sustraídas a la reforma constitucional. Las disposiciones mencionadas no son inmodificables, sino los principios que contienen (en este caso, el principio de electividad del jefe de Estado, el principio de temporalidad de su mandato). De tal forma que, por poner un ejemplo, no está prohibido modificar la duración del mandato presidencial, conservando sin embargo el carácter temporal del mismo (prolongarlo, pongamos, de siete años a diez, o reducirlo de siete a cinco): está prohibido suprimir el carácter de temporalidad de tal mandato. De igual forma, no

17 Al respecto, Reposo, A., *La forma repubblicana secondo l'art. 139 della Costituzione*, Padua, 1972; Volpe, G., "Commento all'art. 139", *Garanzie costituzionali*, comentario de la Constitución a cargo de G. Branca, Bolonia-Roma, 1981, en especial pp. 742 y ss.

18 Cicconetti, S. M., *op. cit.*, nota 13, p. 277; *Id.*, *Appunti di diritto costituzionale*, 2a. ed., Turín, 1992, pp. 108 y ss.

19 Además, naturalmente, del artículo 1o., párrafo primero, donde se califica a Italia como una "República", como en la propia denominación del documento constitucional (Constitución de la República Italiana). *Cfr.* Volpe, G., *op. cit.*, nota 17, pp. 744 y ss.

está prohibido cambiar el modo de elección del jefe de Estado (por ejemplo, disponer que el presidente de la República sea electo directamente por el pueblo), está prohibido suprimir el carácter electivo del mismo.

VIII. ¿UNA PROHIBICIÓN INSUPERABLE?

La doctrina dominante —confirmada por la jurisprudencia constitucional—[20] entiende que el artículo 139 constitucional no sólo no puede ser violado (puesto que está vigente), sino que ni siquiera puede ser derogado o modificado.[21] De ahí que la prohibición de reforma dispuesta en el artículo 139 tiene un carácter absoluto: es un límite insuperable.[22]

En otras palabras, de acuerdo con este punto de vista:

1. En la Constitución existiría no solamente la prohibición explícita de revisar la forma republicana, establecida en el artículo 139, sino también la prohibición (¿implícita? ¿lógica?) de reformar el artículo 139 mismo.

2. En consecuencia, la prohibición de revisión de la forma republicana sería una prohibición absoluta e insuperable, es decir, no podría ser removido a través de la derogación, mediante una ley constitucional, el artículo 139, para luego proceder —no existiendo ya el vínculo del artículo 139— a la reforma de la forma republicana (con la misma o con otra ley constitucional).[23]

Esta tesis no puede ser convincentemente argumentada apelando a la superior jerarquía del artículo 139 sobre las leyes constitucionales,[24] desde el momento que tal disposición sí que

20 En la sentencia 1146/1988, la Corte Constitucional italiana incluye la prohibición de reforma de la forma republicana entre los "límites *absolutos* al poder de revisión constitucional".

21 Sobre los diversos modos de argumentar esta tesis, véase Contini, G., *La revisione costituzionale in Italia*, Milán, 1984, pp. 300 y ss.

22 Críticas en Cicconetti, S. M., *op. cit.*, nota 13, pp. 259 y ss.; Biscaretti di Ruffia, P., *Diritto costituzionale*, 14a. ed., Nápoles, 1986, pp. 240 y ss.

23 Un inventario de los argumentos a favor y en contra se puede leer en Volpe, G., *op. cit.*, nota 17, pp. 736 y ss.

24 Así entendida, la no revisibilidad del artículo 139 constitucional sería un límite lógico a la reforma.

está supraordenada a las leyes constitucionales, pero sólo desde un punto de vista estructural, no desde el punto de vista material.[25] Una jerarquía meramente estructural no es obstáculo a la modificación de las normas supraordenadas por parte de aquellas subordinadas.[26]

La tesis que se examina sólo puede ser plausiblemente argumentada aduciendo que la "forma republicana" del Estado, conforme al artículo 139 es, por así decir, un principio no constitucional (si bien escrito en la Constitución), sino metaconstitucional, o supraconstitucional:[27] más allá de la Constitución, antecedente a ella y superior a ella.[28] La elección a favor de la forma republicana, de hecho, no fue fruto de una autónoma decisión de la Asamblea Constituyente, sino de una deliberación popular —asumida mediante el referéndum institucional del 2 de junio de 1946— que condicionó jurídicamente las decisiones de los constituyentes,[29] y que los constituyentes se limitaron a "registrar".[30]

En otras palabras, desde este punto de vista, la ley de revisión constitucional puede sí referirse al documento constitucional,[31] pero no a lo que está fuera de la Constitución, primero que

25 El artículo 139 estaría materialmente supraordenado a la ley constitucional sólo si la Constitución incluyera una disposición que estableciera lo siguiente: "El artículo 139 no puede ser objeto de reforma constitucional". Entonces, y sólo entonces, el artículo 139 no podría ser validamente modificado por una ley constitucional.

26 Es pacífico, por ejemplo, que las normas sobre la legislación contenidas en una Constitución flexible pueden ser válidamente modificadas por una ley ordinaria (si bien no pueden ser válidamente violadas mientras estén en vigor).

Por las razones que veremos, la tesis en examen no puede ni siquiera ser persuasivamente argumentada aduciendo que la forma republicana de Estado pertenece al núcleo de los principios fundamentales y/o de la Constitución en sentido material.

27 *Cfr.* Troper, M., "La nozione di principio sovracostituzionale", *Analisi e diritto 1996. Ricerche di giuriprudenza analitica*, Turín, 1996.

28 Según Zagrebelsky, G., *La giustizia costituzionale*, 2a. ed., Bolonia, 1988, p. 119, "en el ámbito de los principios y las reglas constitucionales, existen algunos dotados de eficacia superior a la eficacia constitucional ordinaria": entre estos estaría el principio republicano y/o el artículo 139 que lo codifica.

29 En el sentido de que los constituyentes no habrían podido disponer nada en contrario.

30 *Cfr.* Volpe, G., *op. cit.*, nota 17, p. 743; Paladin, L., *op. cit.*, nota 11, Milán, 1996, pp. 156 y ss. Esta tesis es contestada por Contini, G., *op. cit.*, nota 21, pp. 303 y ss.

31 Al documento constitucional por entero: salvo solamente aquello que la Constitución misma sustrae a la reforma.

ella. El poder de reforma constitucional —siendo un poder constituido— no puede disponer en torno a una cuestión que escapaba incluso al poder de decisión de los constituyentes, que escapaba —si así se quiere decir— al mismo poder constituyente.[32]

IX. Límites implícitos de la reforma constitucional

Además del límite previsto en el artículo 139, no existen otros límites *expresos* en el ordenamiento italiano. Sin embargo, alguna parte de la doctrina entiende que, junto al límite expreso establecido en el artículo 139, existen otros límites *implícitos* a la reforma constitucional.

1. *Democracia*. En primer lugar, algunos no están satisfechos con la conclusión de que según el artículo 139 estaría prohibido instaurar (o restaurar) una forma de Estado monárquica, y la alargan a otras cuestiones, extendiendo de modo considerable la prohibición de reforma del artículo 139.

Algunos, en particular, observan —aduciendo el artículo 1o. de la Constitución italiana— que en el ordenamiento italiano República y democracia forman una entidad indisoluble.[33] Otros, menos plausiblemente, extienden la noción de "República" hasta incluir el principio de la soberanía popular (artículo 1o.). De forma que el artículo 139 se entendería como la prohibición de modificar no solamente la forma *republicana*, sino también la forma *democrática* del Estado.[34]

En realidad, esta tesis podría ser fácilmente objetada, argumentando, con sano formalismo *a contrario*, que, si el constituyente hubiera querido incluir la prohibición de reforma también de la forma democrática, lo habría podido decir, y ciertamente lo

32 En rigor, desde este punto de vista, la Asamblea Constituyente estaba investida no propiamente del poder constituyente —entendido como un poder pleno e incondicionado— sino sólo de un poder limitado y, por tanto, en un cierto sentido, también constituido (aunque siempre estructuralmente supraordenado al poder de reforma).

33 Paladin, L., *op. cit.*, nota 11, p. 159.

34 *Cfr.* por ejemplo Zagrebelsky, G., *Manuale di diritto costituzionale*, reimp. actualizada, Turín, 1991, I, p. 102. Independientemente de la interpretación del artículo 139, Zagrebelsky, G. (*op. cit.*, nota 28, p. 119) entiende que el principio democrático es un principio supremo, dotado de eficacia superior a las demás normas constitucionales.

habría dicho.[35] Por tanto, en la medida en que no está expresamente sustraída a la reforma constitucional, la forma democrática puede ser libremente modificada mediante una ley constitucional.

Pero, aparte de lo anterior, si se acepta la tesis en examen, habría que determinar el concepto de democracia, con el objeto de individualizar concretamente a las normas constitucionales que serían características del régimen democrático, y que estarían por ello sustraídas a la reforma. Desgraciadamente, el concepto de democracia es, en el lenguaje político contemporáneo, bastante controvertido y con frecuencia muy elástico.[36] De forma que es difícil decir con precisión cuáles son los caracteres constitutivos de la democracia y cuáles normas constitucionales vigentes serían, por tanto, no susceptibles de revisión.

Con alguna simplificación, se puede decir que, en general, el término "democracia" es utilizado para designar una forma de Estado en la que la "soberanía pertenece al pueblo, que la ejerce en la forma y límites que señala la Constitución" (artículo 1o., párrafo segundo, Constitución italiana). A su vez, la soberanía popular se identifica, casi por completo, con un cierto arreglo del Poder Legislativo; en los Estados democráticos, el Poder Legislativo es ejercido por el pueblo —o en forma directa o, más frecuentemente, en forma representativa— según la regla de la mayoría. Este es el núcleo central del significado del término "democracia". Por tanto, aceptando la tesis que se examina, se debería considerar inadmisible una ley de reforma constitucional que, por ejemplo, pretendiese atribuir el poder legislativo a un órgano no representativo.

Por otra parte —se puede argumentar— es innegable que la democracia presupone el pluralismo político. A su vez, el pluralismo político se basa en algunos derechos de libertad, en ausen-

35 Este argumento puede ser utilizado contra cualquier tesis que afirme la existencia de normas implícitas.

36 *Cfr.* Por ejemplo Kelsen, H., *La democrazia*, 4a. ed., Bolonia, 1981; Sartori, G., *Democrazia e definizioni*, 4a. ed., Bolonia, 1976; Bobbio, N., *Liberalismo e democrazia*, Milán, 1985 (hay traducción al castellano de José F. Fernández Santillán, varias reimpresiones, Fondo de Cultura Económica).

cia de los cuales no podría haber ningún pluralismo: entre ellos, por ejemplo, la libertad de reunión (artículo 17, Constitución italiana), la libertad de asociación (artículos 18 y 49, Constitución italiana) y la libertad de imprenta (artículo 21, Constitución italiana). De forma que debería considerarse inadmisible una ley de reforma constitucional que pretendiese (no simplemente regular en modo distinto, sino incluso) suprimir —cuando menos— la libertad de reunión, la libertad de asociación (especialmente la libertad de asociación política del artículo 49, Constitución italiana), y la libertad de imprenta. Y además, por varias razones que sería muy largo explicar, la democracia presupone la igualdad de los ciudadanos. De modo que debería estar sustraído de revisión constitucional el artículo 3o., párrafo primero, de la Constitución italiana, que contiene el principio de igualdad. Y así se puede seguir argumentando.

2. *Derechos inviolables*. Está muy difundida en la doctrina[37] la tesis —recogida también por la jurisprudencia constitucional italiana—[38] según la cual estaría implícitamente[39] sustraída a la revisión constitucional la garantía de los llamados derechos fundamentales del hombre, o sea, de aquellos derechos que la Constitución italiana califica como tales (artículo 2o.).[40]

En otros términos, según este punto de vista, el adjetivo "inviolable" se debe entender en el sentido de absolutamente inmo-

37 Véase, por todos, Grossi, P. F., *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Milán, 1972.

38 Según la sentencia de la Corte Constitucional italiana 1146/1988 están absolutamente sustraídos a reforma constitucional los "derechos inviolables de la persona humana". *Cfr.* también las sentencias 183/1973 y 179/1984 de la propia Corte.

39 Según Cicconetti, S. M., *La revisione...*, *cit.*, nota 13, p. 219, se trataría de un límite expreso.

40 Son "derechos inviolables porque toda violación (hecha, incluso, a través del procedimiento de reforma constitucional) sería inadmisible, implicando una subversión de los principios éticos y políticos sobre los que se funda la legitimidad de las instituciones políticas" (Zagrebelsky, G., "Objet et portée de la protection des droits fondamentaux", en varios autores, *La revisión de la constitution*, Aix-en-Provence-París, 1993, p. 306). Por otro lado, en esta tesis de Zagreblesky se sobreponen dos diversos límites inexpresos a la reforma constitucional: el límite implícito de los derechos fundamentales y el límite lógico de los principios fundamentales, sobre los que volveré enseguida. Pero Zagrebelsky (*La giustizia...*, *cit.*, nota 28, p. 119) entiende que la protección de los derechos inviolables es un principio supremo, dotado de eficacia superior a la de las demás normas constitucionales, independientemente de la interpretación del vocablo "inviolable".

dificable, y por tanto no susceptible de reforma constitucional. Con esto no se quiere decir que sea simplemente inadmisible cualquier modificación de la disciplina constitucional de esos derechos; se quiere decir que en ningún caso la revisión constitucional puede llegar hasta suprimir los derechos en cuestión.

A decir verdad, contra este punto de vista sería fácil objetar que el texto constitucional, cuando se expresa en términos de "derechos inviolables", no hace otra cosa más que reproducir "retórica y enfáticamente fórmulas tradicionales y hechas",[41] pero sin hacerlo con un preciso contenido normativo. Por otro lado, se ha observado que, en una Constitución rígida, la revisión constitucional constituye una "violación" de la Constitución solamente si se lleva a cabo a través de una ley ordinaria.[42]

De todos modos, a esta tesis le falta determinar en concreto cuáles derechos pueden considerarse inviolables. Lo cual constituye un delicado problema interpretativo desde el momento que:

a) El artículo 2o. de la Constitución italiana está formulado en un modo del todo genérico, de manera que, por sí mismo, podría ser también entendido como referido a todos los derechos mencionados a lo largo del texto constitucional.

b) Pero por otra parte, en los artículos sucesivos, la Constitución califica expresamente como tales solamente a algunos derechos —la libertad personal (artículo 13), la libertad de domicilio (artículo 14), la libertad y el secreto de la correspondencia y de todas las demás formas de comunicación (artículo 15), el derecho a la defensa (artículo 24)— y no a todos los demás.

Habría por tanto que decidir si deben considerarse "inviolables" (en el sentido mencionado) todos los derechos conferidos por la Constitución, o más bien sólo aquellos que la Constitución misma explícitamente etiqueta de este modo.

41 Cicconetti, S. M., *Appunti...*, *cit.*, nota 18, p. 104.

42 Pace, A., *La libertà di riunione nella costituzione italiana*, Milán, 1967, pp. 155 y ss.; Cicconetti, S. M., *Appunti...*, *cit.*, nota 18, p. 104.

X. LÍMITES LÓGICOS A LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Es una opinión muy difundida que, junto a los límites expresos y a los implícitos, existen límites lógicos —y por tanto necesarios— a la reforma constitucional.[43] Lógicos porque derivan, según los casos, o de la estructura lógica del lenguaje constitucional o del concepto mismo de Constitución[44] (oportunamente definido). Límites, por tanto, no peculiares de una u otra Constitución, sino propios de cualquier Constitución.

Las tesis más significativas al respecto probablemente son las siguientes:[45]

1) *La norma sobre la reforma.* Una primera doctrina —en realidad no muy acreditada— sostiene que, por razones exquisitamente lógicas, el procedimiento de reforma constitucional no puede ser aplicado a las mismas normas que lo regulan.[46] De forma que, por ejemplo, en el ordenamiento italiano el artículo 138 constitucional que regula la reforma de la Constitución, debería considerarse sustraído a la revisión.[47]

Una revisión del artículo 138 de la Constitución italiana, en la forma por él prevista, provocaría la paradoja de una norma (el "nuevo" artículo 138) que contradice a su propio fundamento de validez (el "viejo" artículo 138). Por tanto, el artículo 138 debe ser interpretado como referido a todas las disposiciones de la

43 *Cfr.* Modugno, F., "Il problema dei limiti alla revisione costituzionale", *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, p. 1650.

44 El concepto de Constitución, como diremos enseguida, está fatalmente conectado a los conceptos de instauración constitucional y de poder constituyente. Estos últimos dos conceptos, a su vez, están conectados a los conceptos de revisión constitucional y de poder constituido.

45 Entre los límites lógicos puede ser incluido (según una posible concepción) también el que consistiría en la prohibición de reforma del artículo 139 constitucional, sobre el que ya se ha dicho algo. Otras hipótesis de límites lógicos (o que se pretenden lógicos) se pueden ver en Modugno, F., *op. cit.*, nota 43.

46 Ross, A., *Theorie der Rechtsquellen*, Leipzing-Wein, 1929, reimp. 1989, capítulo XIV; *Id.*, *On Law and Justice*, Londres, 1958, pp. 78 y ss.; *Id.*, "Sull'autoriferimento e su un 'puzzle' nel diritto costituzionale", *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Bolonia, 1982, pp. 205 y ss.

47 No de otra forma deberían entenderse sustraídas a revisión también las normas que, dentro de una Constitución flexible, regulan a la legislación ordinaria.

Constitución, con excepción del artículo 138 mismo. De ahí se sigue que no existen procedimientos legítimos para la reforma del artículo 138 de la Constitución italiana, y que, por tanto, tal disposición no es susceptible de reforma (legal).

La tesis es sugestiva[48] pero, de hecho, no es persuasiva.[49] En última instancia, parece descansar sobre la supraordenación lógica de la norma sobre la reforma respecto (no solamente a las leyes de reforma, sino) a la misma Constitución.[50] En otras palabras, la norma sobre la reforma aparece, desde el punto de vista lógico, como una norma "superconstitucional".[51] Si no de una jerarquía lógica, se trata de una jerarquía material.

El artículo 138 de la Constitución italiana está lógicamente supraordenado a las demás normas constitucionales, porque impide la revisión de sí mismo. Pero, desde el punto de vista material es, banalmente, una norma constitucional entre las demás. Si se conviene que las leyes constitucionales están materialmente igualadas a la Constitución,[52] no existen razones para excluir que también la norma sobre la reforma es —como toda otra norma de la Constitución— susceptible de modificación mediante ley constitucional.[53]

2. *Los principios supremos.* Una segunda doctrina —muy influyente y casi dominante— sostiene que están necesariamente sustraídos a la revisión constitucional los "principios supremos"

48 También el que escribe ha estado sugestionado; *cfr.* Guastini, R., "Questioni di deontica in Ross", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1981; *Id.*, *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Turín, 1982, pp. 72 y ss.

49 *Cfr.* Hart, H. L. A., "Self-Referring Laws" (1964), *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983; Hörster, N., "'On Alf Ross' alleged puzzle in constitutional law", *Mind*, 1972; Bulygin, E., *Norme, validitá, sistemi normativi*, Turín, 1996, pp. 76 y ss.; Modugno, F., *op. cit.*, nota 43, pp. 1656 y ss.; Klein, C., *Théorie et pratique du pouvoir constituiant*, París, 1996, pp. 123 y ss.

50 El argumento, según el cual la reforma de la norma sobre la reforma provocaría la paradoja de que una norma contradice su propio fundamento de validez, es infundado, ya que si bien ambas normas (por ejemplo, el "viejo" y el "nuevo" artículo 138) pertenecen al mismo ordenamiento, lo hacen en dos momentos temporales distintos. *Cfr.* Bulygin, E., *op. cit.*, nota 49, pp. 76 y ss.; Modugno, F., *op. cit.*, nota 43, pp. 1656 y ss.

51 Guastini, R., *Lezioni..., cit.*, nota 48, p. 75.

52 Sobre lo que insiste Cicconetti, S. M., *La revisione..., cit.*, nota 13, pp. 255 y ss.

53 *Ibidem*, pp. 244 y ss.

del ordenamiento que, en su conjunto, constituyen la llamada "Constitución material".[54]

En este contexto, la locución "Constitución material" se emplea para designar no ya un conjunto definido de normas constitucionales expresas, sino más bien un conjunto de valores[55] morales o políticos fundamentales que caracterizan el régimen político vigente (en cuanto que son aceptados y dominantes);[56] valores que, aunque inexpresos, o al menos no todos ellos expresados en el texto constitucional, son, sin embargo, presupuestos por diversas disposiciones constitucionales o, quizá, por la Constitución en su complejo, y están por eso mismo (¿materialmente?) supraordenados a la misma Constitución.[57]

La tesis de que los principios supremos del ordenamiento están sustraídos a la reforma constitucional reposa —a primera vista— sobre la idea, aparentemente inocua, "de la superioridad del poder constituyente respecto a todos los poderes constituidos... incluyendo al propio poder de reforma constitucional".[58] El poder de reforma, se dice, no puede extenderse hasta fundar

54 *Cfr.* Por ejemplo, Pizzorusso, A., "Commento all'art. 138", *Garanzie costituzionali*, comentario de la Constitución a cargo de G. Branca, Bolonia-Roma, 1981, p. 721: "constituyen un límite a la legislación constitucional los principios cuya modificación podría conllevar una transformación del régimen actualmente vigente, es decir, de la forma de Estado que la Constitución material actualmente operante en Italia realiza". Pero, en realidad, la tesis que se examina, muy difundida, conoce muchas variantes (desde Carl Schmitt y Costantino Mortati hasta una buena parte de la doctrina constitucionalista de nuestros días) sobre las cuales no voy a detenerme. Por otro lado, no todos los partidarios de esta tesis se expresan en términos de "Constitución material".

55 Modugno, F., "I principi costituzionali supremi come parámetro nel giudizio di legitimita costituzionale", en Agró, A. S. y Modugno, F., *Il principio di unitá del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, 2a. ed., Turín, 1991, p. 258: "Los principios supremos... no son normas, sino valores imprescindibles e inderogables". Para la distinción entre valores y normas se puede ver Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Las piezas del derecho*, Barcelona, 1996, pp. 123 y ss.

56 "El conjunto de principios y valores absolutamente caracterizantes del ordenamiento" (así Modugno, F., "Il problema...", *cit.*, nota 43, p. 1659). Como es fácil de intuir, cuáles sean en concreto los valores supremos (no expresos, pero) presupuestos en el ordenamiento italiano vigente es una cuestión fatalmente controvertida. Y luego, una vez individualizados los principios en cuestión, quedan por identificar las disposiciones constitucionales que tales principios presuponen y que están, por ello, sustraídas a la reforma.

57 *Cfr.* Crisafulli, V., *op. cit.*, nota 14, pp. 102 y ss. Críticas persuasivas en Troper, M., *op. cit.*, nota 27, *Cfr.* también Klein, C., *op. cit.*, nota 49, capítulo IX.

58 Modugno, F., "Il problema...", *cit.*, nota 43, p. 1660. *Cfr.* también Zagrebelsky, G., *Manuale di diritto costituzionale*, I, p. 101; *Id.*, *La giustizia..., cit.*, nota 28, p. 119.

una nueva Constitución, sin convertirse en poder constituyente.[59] Pero, ¿qué significa "nueva Constitución"? ¿Bajo qué condiciones puede un texto considerarse una "nueva" Constitución, antes que una simple "revisión" de la vieja? En otras palabras: ¿cuál es el criterio de identidad de una Constitución?

Bajo una mirada atenta, se comprende que la tesis en examen supone en realidad una peculiar noción de Constitución:[60] la Constitución es aquí concebida no como un simple conjunto de normas (N1, N2, N3... Nn) sino como una totalidad de valores y principios. De modo que la identidad de una Constitución estaría no en el conjunto de normas que la componen,[61] sino en los principios y valores que la caracterizan.[62]

De esta concepción sustancialista de la Constitución se sigue una concepción igualmente sustancialista (del poder constituyente y) de la reforma constitucional.[63] Una sedicente reforma, la cual pretendiera alterar nada menos que los principios supremos, caracterizantes, de la Constitución existente, produciría, bajo mentiras espurias, una Constitución nueva.[64] No sería, por ello, una "verdadera" reforma: sería, más bien, la instauración —apenas disfrazada bajo formas legales— de un nuevo ordenamiento constitucional. No sería manifestación de un poder constituido (como lo es el poder reformador), sino del mismo poder constituyente.[65]

59 Lo que, por otro lado, parece contradicho por aquellas Constituciones que admiten expresamente su propia revisión total. Ver las citas de Cicconetti, S. M., *Appunti..., cit.*, nota 18, p. 92.

60 O si se prefiere, una peculiar concepción de la Constitución: se trata de una concepción "sustancialista".

61 De modo que, en rigor, cualquier revisión constitucional (tenga contenido integrador, derogatorio o sustitutivo) da lugar a una "nueva" Constitución.

62 *Cfr.* Guastini, R., "Revisione...", *cit.*, nota 9; *Id.*, "¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?", *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 2a., ed., México, 2000 (ahora incluido en el presente libro, pp. 241 y ss.).

63 Cicconetti, S. M., "La revisione...", *cit.*, nota 13, p. 229.

64 Mientras que, por el contrario, una reforma constitucional de carácter marginal no produciría una alteración de la identidad de la Constitución existente.

65 El poder constituido debe respetar no sólo "las formas de ejercicio previstas por la Constitución", sino también "la sustancia de los valores por ella positivizados" (Luciani, M., "La revisione costituzionale in Italia", en Association francaise des constitutionnalistes, *La révision de la Constitution*, Aix-en-provence-París, 1993, p. 131).

No se puede negar que, a primera vista, este modo de ver se empata con el sentido común; nadie diría, por ejemplo, que en Italia se instauró una "nueva" Constitución cuando, en febrero de 1963, se sometieron a revisión los artículos 56, 57 y 70 (Ley Constitucional 2/1963) y que una Constitución distinta fue instaurada un poco más tarde cuando, en diciembre del mismo año, fue modificado el artículo 57 (junto al artículo 131, Ley Constitucional 2/1963) y así para todas las sucesivas reformas constitucionales.

Y sin embargo es fácil objetar que, en todos estos casos, la identidad de la Constitución ha sido preservada no ya por el carácter, por así llamarlo, "marginal" de la reforma, que ha dejado intactos los principios fundamentales, sino por su carácter *legal*, es decir, por el hecho de que las reformas a que se ha hecho referencia han sido realizadas en los modos previstos en la Constitución vigente, y no de forma "revolucionaria", *extra ordinem*, en suma, ilegal. En otros términos, una Constitución conserva diacrónicamente su identidad, a pesar de los cambios de las normas que la componen, cuando tales cambios son legales; la continuidad constitucional se rompe cuando existe un cambio ilegal (aunque sea insignificante de acuerdo con el perfil de su contenido).

Desde este punto de vista, el criterio de identidad de la Constitución descansa en la legalidad o ilegalidad del cambio: no en el contenido del cambio mismo. Una reforma legal, por más que pueda incidir profundamente en los principios constitucionales precedentes, siempre será una reforma. Un cambio ilegal, aunque sea insignificante bajo el perfil "material", es por eso mismo instauración de una nueva Constitución. De tal forma, después de todo, la tesis de la absoluta inmodificabilidad de los principios supremos no es tan persuasiva.

XI. La orientación de la Corte Constitucional italiana

La Corte Constitucional, especialmente en su jurisprudencia más reciente, se ha adherido explícitamente a la tesis de los límites no expresos —no es fácil decir si a los "implícitos" o a los "lógicos"—[66] de la reforma constitucional. En particular, la Corte parece haber hecho propia —sin argumentar—[67] la doctrina que identifica tales límites con los "principios supremos" de la Constitución material (si bien la expresión "Constitución material" es extraña al léxico de la Corte). Conviene citar un largo pasaje de la sentencia 1146/1988, sobre el cual ya se han señalado algunas cuestiones:[68]

> La Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial ni siquiera por leyes de reforma constitucional o por otras leyes constitucionales. Tales son los principios que la misma Constitución explícitamente prevé como límites absolutos al poder de reforma constitucional, como la forma republicana (artículo 139 constitucional), como los principios que, a pesar de no estar mencionados expresamente entre aquellos no sujetos al procedimiento de reforma constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los que se funda la Constitución italiana. Esta Corte, por lo demás, ha ya reconocido en numerosas decisiones cómo los principios supremos del ordenamiento tienen una valencia superior respecto a las otras normas o leyes de rango constitucional, ya sea cuando ha entendido que también las disposiciones del Concordato, las cuales gozan de la particular 'cobertura constitucional' establecida en el artículo 7o. párrafo

66 O "naturales", como dice Cicconetti, S. M., Appunti..., *cit.*, nota 18, p. 114.

67 *Ibidem*, pp. 116 y ss.

68 A propósito: Agró, A. S. y Modugno, F., *Il principio di unitá del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, *cit.*, nota 55, pp. 113 y ss.; Modugno, F., "I principi...", *cit.*, nota 55, pp. 247 y ss.; Bartole, S., "La Corte pensa alle riforme istituzionali?", *Giurisprudenza costituzionale*, 1988, pp. 5570 y ss.; Dogliani, M., "La sindacabilitá delle leggi costituzionali", *Le regioni*, 1990, pp. 783 y ss.; *ibidem*, pp. 114 y ss.

segundo constitucional, no se sustraen a su comprobación con los 'principios supremos del ordenamiento constitucional' (ver sentencias 30 de 1971, 12 de 1972, 175 de 1973, 1 de 1977, 18 de 1982), ya sea cuando ha afirmado que la ley de ejecución del Tratado de la CEE puede ser sujeto del control de esta Corte 'en referencia a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional y a los derechos inalienables de la persona humana' (ver sentencia 183 de 1973, 170 de 1984). No se puede, por tanto, negar que esta Corte es competente para juzgar la conformidad de las leyes de reforma constitucional y de las otras leyes constitucionales también en relación a los principios supremos del ordenamiento constitucional. Si no fuera así, por lo demás, se llegaría al absurdo de considerar el sistema de garantías jurisdiccionales de la Constitución como defectuoso o no efectivo en relación a sus normas de más elevado valor.

En esta decisión de la Corte Constitucional se pueden leer numerosas tesis relevantes.[69] Vale la pena llamar la atención al menos sobre las siguientes:

1. La Constitución vigente incluye no solamente límites expresos, sino también límites no expresos, a la reforma constitucional. Esto equivale a decir que el artículo 139 constitucional no admite interpretación *a contrario* (si la admitiera se debería concluir que no existen otros límites a la reforma más que los allí establecidos).

2. Tales límites tienen —todos— carácter absoluto: no pueden ser de alguna forma removidos. Sería por tanto constitucionalmente ilegítima una ley formalmente constitucional que pretendiera quitarlos.

3. En particular, constituye un límite absoluto la prohibición de reforma de la forma republicana (único límite expreso), establecido por el artículo 139 constitucional. De ahí que sería constitucionalmente ilegítima no sólo una ley constitucional que pretendiera cambiar la forma republicana del Estado italiano, sino también una ley constitucional que pretendiera derogar el artículo 139.

69 Todas ellas discutibles, como se ha visto en los parágrafos precedentes.

4. Son límites no expresos a la reforma los "principios supremos" o "valores supremos", sobre los cuales la Constitución vigente "se funda". Tales principios o valores son "supremos" en el sentido de que tienen una "valencia superior" respecto a la Constitución misma y, con mayor razón, respecto a las leyes constitucionales: están, en suma, axiológicamente sobreordenados a las demás normas de rango constitucional. Sería constitucionalmente ilegítima una ley constitucional que pretendiera subvertirlos.

5. Son además límites no expresos a la reforma los "derechos inalienables de la persona humana".[70] Sería constitucionalmente ilegítima una ley constitucional que pretendiera suprimirlos.

6. En todo caso, la prohibición de reforma concierne no tanto a las disposiciones constitucionales que mencionan o regulan los derechos inalienables, ni a las que expresan o sustentan los principios fundamentales, sino más bien al "contenido esencial" de tales derechos y principios.[71]

Naturalmente, una vez establecido que existen "principios supremos" y "derechos inalienables" sustraídos a la reforma constitucional, resta sin embargo identificar en concreto cuales son los principios y derechos en cuestión.

En diversas ocasiones la Corte Constitucional ha calificado como supremos o fundamentales, por ejemplo:[72] el principio de unidad de la jurisdicción;[73] el derecho a la tutela jurisdiccional;[74]

70 *Cfr.* también las sentencias 183/1973, 170/1984 y 232/1989.

71 Escribe Zagrebelsky, G., *Manuale..., cit.*, nota 34, p. 103: "Naturalmente, la determinación específica de lo que, entre las reglas contenidas en la Constitución, debe entenderse como principio supremo y lo que por el contrario pueda ser clasificado como mera articulación contingente del principio requeriría valoraciones específicas, que deberían conducirse según un (enigmático) método de interpretación histórico-espiritual". *Cfr.* también Paladin, L., *op. cit.*, nota 11, p. 161, quien subraya "la exigencia de separar el núcleo inmodificable del principio... de las disposiciones accesorias y de contorno, que las leyes constitucionales podrían reformar en todo tiempo". Modugno, F., "I principi...", *cit.*, nota 55, p. 235, observa que "no hay que confundir... el supuesto de hecho de la norma con el contenido de valor que ella expresa".

72 Cfr. Luciani, M., *op. cit.*, nota 65, p. 137.

73 Sentencia de la Corte Constitucional 30/1971.

74 Sentencia de la Corte Constitucional 232/1989.

el principio democrático;[75] el principio de laicidad del Estado.[76] Pero existen buenas razones para pensar que el elenco está destinado a extenderse.[77]

75 Sentencia de la Corte Constitucional 30/1971.

76 Sentencia de la Corte Constitucional 203/1989. A propósito, Modugno, F., "I principi...", *cit.*, nota 55, pp. 255 y ss.

77 Algunos entienden, por ejemplo, que entre los principios supremos se encuentran el principio de rigidez de la Constitución (*cfr.* Zagrebelsky, *La giustizia..., cit.*, nota 28, p. 119; Paladin, L., *Le fonti..., cit.*, nota 11, p. 165), el principio de la garantía jurisdiccional de la Constitución (*cfr.* Paladin, L., *op. cit.*, nota 11, p. 166), el principio de unidad e invisibilidad de la República (*cfr.* también Paladin, L., *op. cit.*, nota 11, p. 160), el principio de separación de poderes. Pizzorusso, A., *Delle fonti del diritto, cit.*, pp. 398 y ss., entiende como "seguramente inderogables", además del principio de la soberanía popular, también el principio de solidaridad (artículo 2o.), el principio de igualdad (artículo 3o., párrafo primero), el principio de tutela del trabajo (artículos 1o., párrafo primero y 4o.), el principio autonómico (artículo 5o.), el principio pluralista (artículos 6o., 7o. y 8o.), y el principio internacionalista (artículos 10 y 11).

DERECHOS: UNA CONTRIBUCIÓN ANALÍTICA

I. El derecho y los derechos 213
II. ¿Qué es un derecho? 215
III. Variedad de fundamentos 215
IV. El prejuicio positivista 217
V. La fuente de los derechos positivos 218
VI. "Verdaderos" derechos y derechos "sobre el papel" 220
VII. Derechos fundamentales 221
VIII. El contenido de los derechos fundamentales 223
IX. Derechos humanos 224
X. Discursos prescriptivos en términos de "derechos" 225
XI. Discursos descriptivos en términos de "derechos" 226

DERECHOS: UNA CONTRIBUCIÓN ANALÍTICA*

I. EL DERECHO Y LOS DERECHOS

El objeto de este trabajo es un análisis de los discursos en términos de "derechos". Existen enunciados en términos de "derechos", obviamente, tanto en el lenguaje "del" derecho, como en el lenguaje "sobre" el derecho, es decir, en el lenguaje de los juristas. En esta ocasión, sin embargo, no me ocuparé del lenguaje de las fuentes: mi análisis se circunscribe al lenguaje de los juristas.

Comenzaré con una descripción completamente banal, probablemente innecesaria, pero que se incluye por razones sistemáticas.

El término "derecho" (al igual que *droit, derecho, recht,* etcétera) es utilizado habitualmente con significados diferentes en contextos también diferentes.

Aquí me interesa destacar solamente dos entre estos significados.

Para captar esta distinción, bastará observar los dos enunciados siguientes:

1. "El derecho italiano prohíbe el homicidio".

2. "Todos los ciudadanos tienen el derecho de reunirse de forma pacífica siempre que no se porten armas".

En el primer enunciado, el término "derecho" hace referencia a un conjunto de reglas o de normas: es aquello que se suele denominar "derecho objetivo" (en inglés: *the law*). En el segundo, el mismo término se refiere en cambio a un atributo propio

* Traducción de Andrea Greppi, Universidad Carlos III de Madrid.

de ciertos sujetos: es lo que se suele denominar "derecho subjetivo" (en inglés: *a right*).

El adjetivo "jurídico" corresponde al sustantivo "derecho" en su primera acepción (se denomina "jurídico" todo aquello que pertenece al derecho objetivo o que se refiere a él). Por el contrario, a la segunda acepción del mismo término no le corresponde ningún adjetivo.

Para resaltar esta diferencia se podría también decir: el plural de "derecho" en la primera acepción es "ordenamiento (o sistema) jurídico"; el plural de "derecho" en su segunda acepción es "derechos".

Un derecho subjetivo no es más que una pretensión atribuida a un sujeto (o a una clase de sujetos) frente a otro sujeto (o a otra clase de sujetos) a los que se les impone un deber (una obligación) correlativa. Poseer un derecho subjetivo frente a un determinado sujeto significa que es posible exigirle un determinado comportamiento: ese es el "contenido" del derecho subjetivo. El contenido de un derecho, en definitiva, no es más que el comportamiento que el titular del derecho puede exigir a otro sujeto.

Los derechos son pues atributos que corresponden a sujetos, en particular a sujetos humanos. Naturalmente los derechos no son atributos "naturales", como la estatura física o los bigotes, son atributos "artificiales". En otras palabras, los derechos son cualidades que los hombres poseen, si, y sólo si, les son atribuidas. ¿Atribuidas por qué o por quién? Los derechos son atribuidos a los hombres únicamente por normas: típicamente (pero no necesariamente) por normas jurídicas, es decir por el derecho objetivo.

Parecería natural llegar a la conclusión de que esta segunda acepción de "derecho" depende lógicamente de la primera: los hombres tienen derechos subjetivos en virtud del derecho objetivo. Pero, como se verá, esta conclusión no es acorde al lenguaje ordinario, en el cual se admite la existencia de derechos que son atribuidos por normas no jurídicas (y que por lo tanto no dependen del derecho objetivo).

II. ¿QUÉ ES UN DERECHO?

En mi opinión, en los enunciados del tipo "tengo derecho a decir lo que pienso", "todos tienen derecho a un trato igual", y similares, el vocablo "derecho" designa una *pretensión justificada*. Más en general, en todos sus usos, el término "derecho" —empleado en su segunda acepción, es decir, en sentido subjetivo— puede ser sustituido, sin alterar el significado, por las palabras "pretensión justificada".

Desearía destacar que dos elementos pasan a constituir la noción de "derecho" (en sentido subjetivo): *a*) una pretensión (*claim*), y *b*) una justificación que aporte el fundamento a dicha pretensión. Una pretensión "infundada", carente de justificaciones, no puede denominarse "derecho"; no sería apropiado utilizar el término "derecho" para hacer referencia a una pretensión infundada.

Ahora bien, ¿qué puede fundamentar o justificar un derecho? Una norma, naturalmente (y nada más). Por lo tanto la noción de "derecho" (en sentido subjetivo) es el resultado, por así decir, de la combinación de un elemento "subjetivo", una pretensión, y de un elemento "objetivo", una norma. Los derechos, pues, son *relativos*: relativos a una norma o a un sistema de normas que los configura.

Si se repara en esto, entonces ya se deberá reconocer que la idea, esencialmente iusnaturalista, de un derecho "absoluto" —es decir, de un derecho que no está fundado en ningún sistema normativo— es una idea contradictoria.

III. VARIEDAD DE FUNDAMENTOS

Un derecho (subjetivo) por definición, debe estar justificado por, o fundado en, una norma. Pero, naturalmente, las normas que aportan el fundamento a los diferentes derechos pueden pertenecer a sistemas normativos diferentes.

Puede ser útil diferenciar, dentro de la categoría de los sistemas normativos, dos subclases:

1. La subclase de los sistemas jurídicos positivos.

2. La subclase de los sistemas no-jurídicos y por lo tanto "morales" en sentido amplio (por ejemplo la moral cristiana, la moral islámica, la doctrina política marxista, la doctrina política liberal, el denominado "derecho natural" en una u otra de sus infinitas variedades, etcétera).

Esta simple distinción permite introducir una diferenciación ulterior, que posee una importancia decisiva:

a) Algunos derechos están fundados en normas jurídicas positivas: podemos denominarlos "derechos positivos" (en inglés se dice *legal rights*; nosotros no podemos utilizar la expresión "derechos legales" por razones que se verán un poco más adelante; deberíamos decir "derechos jurídicos", pero esta expresión en lengua italiana, así como otras expresiones análogas en otros idiomas, está viciada por un pleonasmo).
b) Otros derechos están fundados en normas no jurídicas o en cualquier caso no positivas: podemos llamarlos "derechos morales" o "naturales" o "no positivos".

Cabe destacar que el concepto de "derechos morales", frente a lo que algunos piensan, no es autocontradictorio. Los derechos subjetivos no son necesariamente positivos. Un derecho subjetivo puede ser denominado "moral" cuando esté justificado por una norma o un sistema de normas de carácter moral.

Es verdad, por otra parte, que en lenguaje común el término "derecho" (utilizado en sentido subjetivo) presupone habitualmente una referencia al derecho objetivo, es decir, a un sistema de normas positivas. Es quizá (también) ésta la razón por la cual el adjetivo "jurídico", referido al sustantivo "derecho" parece —por lo menos en nuestras lenguas— pleonástico. Sin embargo, esta forma de expresión presupone una doctrina, precisamente esa doctrina que se denomina "positivismo jurídico". Es una doctrina que se ha difundido en el pensamiento jurídico moderno, una doctrina que yo mismo comparto, pero, a pesar de ello,

no deja de ser una doctrina, es decir, una forma de pensar históricamente condicionada, contingente.

IV. El prejuicio positivista

El positivismo jurídico es el trasfondo de muchas actitudes habituales en materia de derechos. He aquí dos ejemplos.

1. Algunas veces se tiene ocasión de discutir si determinado derecho (subjetivo) es realmente un "verdadero" derecho. La controversia, como bien se verá, puede tener por objeto tres cuestiones diferentes (o una combinación entre alguna de ellas): *a*) la cuestión de si ese derecho está fundado o justificado; *b*) la cuestión de si ese derecho está fundado en un determinado ordenamiento jurídico positivo, y *c*) la cuestión de si ese determinado derecho es "justificable", es decir, si puede ser hecho efectivo en el ámbito jurisdiccional.

Así pues, la primera cuestión atañe sencillamente al uso apropiado del término (como ya hemos visto, no sería adecuado denominar "derecho" a una pretensión no justificada). La segunda y la tercera cuestión, por el contrario, nacen de un prejuicio positivista, es decir, de la idea estrictamente positivista de que no puede existir ningún derecho (subjetivo) que no haya sido conferido por normas jurídicas positivas y que no sea susceptible de tutela jurisdiccional.

2. Normalmente la reivindicación de un derecho moral o "natural" no tiene otro objeto que el de obtener que tal derecho sea "positivado", es decir, reconocido y garantizado por el derecho positivo. En otras palabras, quien reivindica un derecho moral, en la mayor parte de los casos, lleva a cabo una operación política con el objeto de cambiar el ordenamiento político vigente.

También esto es fruto del prejuicio positivista. Este prejuicio, evidentemente, es compartido también por los iusnaturalistas. Y no sin razón (como veremos a continuación).

Una observación al margen: todos los derechos positivos reconocidos y garantizados de los Estados modernos liberales nacen históricamente como derechos morales ("naturales") y pare-

ce obvio considerar como cosa positiva el enriquecimiento del patrimonio de derechos propio de cada individuo. Pero se trata de una actitud ingenua. El reconocimiento de un derecho moral por parte del sistema jurídico positivo no es una cosa buena siempre y en toda circunstancia. Como se ha dicho, el contenido de un derecho atribuido a un determinado sujeto no es más que una obligación —de hacer o de no hacer— que se impone a otros sujetos. El reconocimiento de un derecho moral a un determinado sujeto, por parte del ordenamiento jurídico positivo, implica por lo tanto el nacimiento de obligaciones jurídicas que recaen sobre otros sujetos, y por lo tanto una limitación de la libertad de estos últimos. Por este motivo, el pensamiento político liberal tiene buenas razones para rechazar el *enforcement of morals*.

V. La fuente de los derechos positivos

Los derechos positivos pueden ser diferenciados con provecho según el tipo de fuente de la que provienen. Por ejemplo, se podría decir:

1. Son derechos "constitucionales" aquellos que derivan de la Constitución.
2. Son derechos "legales" aquellos que derivan de la ley.
3. Por último, son derechos "contractuales" aquellos que nacen de los contratos (o en actos semejantes de autonomía privada).

Hablando en general, los derechos constitucionales se confieren a los individuos frente al Estado ("contra el Estado"), y en este sentido son derechos subjetivos "públicos"; en cambio, los derechos contractuales son derechos atribuidos a un individuo frente a otro individuo particular, y en dicho sentido podemos denominarlos derechos subjetivos "privados".

Es el caso de remarcar, por otra parte, que la distinción entre derechos constitucionales y derechos legales no tienen razón de ser en aquellos sistemas jurídicos que se rigen por una Constitución flexible: porque en esos sistemas la Constitución no es jerárquicamente superior a la ley (ordinaria) y por lo tanto puede

ser modificada por la ley (ordinaria), y también modificada, derogada, suspendida, o abrogada; de esa forma los derechos constitucionales no poseen ninguna protección o garantía especial frente al legislador.

Por el contrario, la distinción entre derechos legales y derechos constitucionales reviste una importancia fundamental en los sistemas jurídicos que poseen una Constitución rígida. Porque si la Constitución es rígida, la ley ordinaria está jerárquicamente subordinada a ella, y por lo tanto no está autorizada a tocar en modo alguno las normas constitucionales. En esas circunstancias, un derecho subjetivo constitucional no puede ser limitado, suspendido, modificado o suprimido por las leyes ordinarias (que, por el contrario, bien pueden suprimir un derecho legal).

En otros términos, en los sistemas de Constitución rígida, los derechos subjetivos conferidos por una Constitución (o por una ley formalmente constitucional) se caracterizan por una particular capacidad de "resistencia", por una protección auténticamente especial. Son derechos que el legislador ordinario (en cuanto que contrapuesto al legislador constituyente o constitucional) no está autorizado a limitar, suspender, modificar o suprimir.

Nótese, por lo demás, que en la doctrina se manejan dos conceptos diferentes de "Constitución rígida" (y, por consiguiente, de "Constitución flexible").

a) Algunos denominan rígida (en sentido débil) toda Constitución (escrita) que prevea un procedimiento "agravado" de revisión constitucional: una Constitución, por lo tanto, que no pueda ser modificada por la ley ordinaria.
b) Otros denominan rígidas (en sentido fuerte) sólo aquellas Constituciones escritas que no sólo prevén un procedimiento agravado de revisión constitucional, sino que instituyen además un órgano competente para controlar la legitimidad constitucional de las leyes (ordinarias); a falta de dicho control, en efecto, la superioridad jerárquica de la Constitución no está garantizada, carece de cualquier clase de sanción.

VI. "VERDADEROS" DERECHOS Y DERECHOS "SOBRE EL PAPEL"

Lo que acabo de decir sobre las Constituciones flexibles nos lleva a otra distinción. Para llegar a ella es necesario avanzar otra precisión: una cosa es *atribuir* un derecho y otra cosa *garantizarlo*.

Para atribuir un derecho es suficiente una norma formulada, precisamente, como norma que atribuye derechos (por ejemplo, "todos tienen derecho de profesar su fe religiosa"). Para garantizar un derecho no es suficiente proclamarlo, es necesario además disponer de los mecanismos adecuados para su protección. La garantía de un derecho no puede ser establecida por la misma norma que lo confiere. Puede ser establecida sólo por otra norma ("secundaria") que instituya mecanismos aptos para prevenir la violación de la primera, es decir, que prevea remedios para el caso de que la primera haya sido violada.

En los ordenamientos jurídicos modernos los derechos están garantizados —típicamente, aunque no exclusivamente— por mecanismos jurisdiccionales (no exclusivamente, porque los derechos pueden ser, y a menudo son, garantizados mediante otros sistemas; en general, funcionan como garantía de los derechos todas aquellas técnicas de organización constitucional que pueden ser reconducidas a la separación de poderes y, por ello, a la creación de contrapoderes).

Por otra parte, la tutela jurisdiccional de un derecho presupone, a su vez, por lo menos dos cosas:

1. Que el derecho en cuestión posea un contenido preciso.
2. Que el derecho en cuestión pueda ser ejercitado o reivindicado frente a un sujeto determinado también de forma precisa (una "contraparte").

En resumen, un derecho de un sujeto determinado es susceptible de tutela jurisdiccional si, y sólo si, a ese derecho le corresponde el deber de otro sujeto claramente determinado, y si el deber en cuestión se refiere a un comportamiento igualmente determinado.

Sobre esta base podemos distinguir entre "verdaderos" derechos y derechos "sobre el papel".

a) Son "verdaderos" derechos aquellos que satisfacen conjuntamente tres condiciones: son susceptibles de tutela jurisdiccional; pueden ser ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado, y su contenido consiste en una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto que era su titular.
b) Son derechos "sobre el papel" —derechos ficticios— todos aquellos que no satisfacen alguna de estas condiciones.

Como es obvio, todos los derechos morales o "naturales" —no reconocidos por un ordenamiento positivo— son por esta razón derechos "sobre el papel". Pero la distinción entre "verdaderos" derechos y derechos "sobre el papel" no equivale exactamente a la distinción entre derechos morales y derechos positivos, porque también un derecho (subjetivo) positivo puede ser también un derecho "sobre el papel". Es el caso de los llamados "derechos sociales", como dentro de poco podremos ver.

VII. Derechos fundamentales

Algunos derechos suelen ser denominados "fundamentales" con el objeto de destacar su importancia decisiva. Sin embargo, en este contexto, el término "fundamental" no significa solamente importancia. La expresión "derechos fundamentales" parece encerrar dos matices de significado: por un lado, se dicen fundamentales aquellos derechos que *dan fundamento* al sistema jurídico; por otro, se dicen fundamentales aquellos derechos que *no requieren el fundamento* del sistema jurídico. El primer matiz encierra una doctrina positivista del derecho; la segunda, una doctrina iusnaturalista.

1. En primer lugar, se dicen fundamentales aquellos derechos que reposan sobre normas jurídicas, a su vez, fundamentales. En el pensamiento jurídico moderno se consideran "normas fundamentales" de cada sistema jurídico las normas "materialmente" constitucionales.

Se dicen "formalmente" constitucionales todas (y sólo) las normas incluidas en un documento constitucional. Se dicen "materialmente" constitucionales todas las normas que, aunque no pertenecen a un documento constitucional (bien porque no existe Constitución escrita, bien porque las normas en cuestión han sido incluidas en simples leyes ordinarias), son relativas a la "materia" constitucional, es decir, son el contenido típico de las Constituciones, de forma que podrían y quizás deberían estar incluidas en una Constitución. Se consideran materialmente constitucionales todas aquellas normas que, por un lado, disciplinan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, y de otro, por ello mismo, versan sobre la organización de los poderes públicos.

A todas luces, pertenecen a esta categoría las normas que confieren a los individuos derechos *contra el Estado*, de los "derechos públicos subjetivos", como se usa decir.

Es así como se suelen denominar "fundamentales" los derechos constitucionales de los particulares ante el Estado. Son formalmente constitucionales aquellos derechos consagrados por una Constitución escrita. Son materialmente constitucionales aquellos derechos que no han sido establecidos en un documento constitucional, pero que se refieren a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y que, por ese mismo motivo, inciden sobre la organización de los poderes públicos.

2. En segundo lugar, se denominan "fundamentales" aquellos derechos que no requieren a su vez un fundamento o una justificación, o por lo menos que no requieren un fundamento o una justificación jurídica positiva. En ese sentido, los derechos fundamentales son derechos morales o "naturales".

Como puede observarse, en la noción de "derechos fundamentales" se combinan ideas iuspositivistas y iusnaturalistas. Los derechos naturales son, al mismo tiempo, derechos constitucionales (al menos "materialmente" constitucionales) y derechos morales.

Hay que decir que, habitualmente, la clase de los derechos fundamentales coincide perfectamente con la clase de los derechos que son considerados "inviolables": no ya en el sentido de

que no puedan ser violados, sino en el sentido, obviamente, de que *no deben ser violados.*

En contextos de filosofía jurídica o política, la expresión "derechos inviolables" se refiere típicamente a derechos morales o "naturales", previos al ordenamiento jurídico positivo e independientes de él: derechos que en ningún caso el Estado puede violar (derechos que, más bien, el ordenamiento jurídico debe recoger y proteger, allí donde aún no hayan sido reconocidos y protegidos).

Sin embargo, en el contexto de un documento constitucional (en particular, en el contexto de una Constitución rígida) y en contextos de dogmática constitucional, la expresión "derechos inviolables" puede también asumir un significado técnico-jurídico: son inviolables aquellos derechos (positivos, conferidos por la Constitución) que han sido sustraídos a la revisión constitucional.

VIII. El contenido de los derechos fundamentales

Como se dijo anteriormente, el contenido de un derecho atribuido a un sujeto no es más que una obligación que recae sobre otro sujeto. Es posible, pues, clasificar los derechos fundamentales si su contenido consiste en una obligación de hacer o de omitir. Recuérdese que estos derechos son derechos frente al Estado (el legislador, las administraciones públicas, etcétera). Pues bien:

1. Por un lado existen derechos fundamentales cuyo contenido es una acción del Estado; es el caso de los derechos que suelen ser denominados "sociales", como el derecho a la salud, el derecho al trabajo, etcétera.

2. Por otro, existen derechos fundamentales cuyo contenido es una omisión (una abstención) del Estado; es el caso de los derechos de libertad (*libertés publiques*), como la libertad personal, la libertad de reunión, la libertad de asociación, etcétera.

Hay que señalar que, en la mayoría de los casos, los derechos sociales —al igual que los derechos morales— son derechos "sobre el papel". Las disposiciones que, en muchas Constituciones

contemporáneas, confieren derechos sociales son celebradas de forma engañosa, ya que han sido formuladas como normas atributivas de derechos, pero en realidad no confieren ningún "verdadero" derecho. Ello por diferentes razones.

Las disposiciones constitucionales que confieren derechos sociales expresan normas programáticas o teleológicas dirigidas al legislador, es decir, normas que ordenan —o mejor "recomiendan"—[1] al legislador que realice un cierto programa de reforma económico-social o de perseguir determinados objetivos.

Ahora bien, por una parte el legislador, a pesar de que tiene la obligación de promover unos fines determinados, no tiene sin embargo ninguna obligación precisa por lo que respecta a los medios (a un medio determinado, entre los muchos que podrían ser utilizados para obtener dichos fines). Eso es como decir que los derechos sociales poseen un contenido altamente indeterminado.

Por otra parte, aunque estos derechos tuvieran un contenido preciso, tampoco estarían asegurados mediante garantías jurisdiccionales por la razón obvia de que el legislador no puede estar obligado a dictar leyes. Es cierto que si la Constitución es rígida (en sentido fuerte), el juez constitucional puede anular toda ley que viole un derecho social. Pero ningún juez constitucional puede anular la inexistencia de una ley (es decir, una ley inexistente). La omisión por parte del legislador carece de cualquier clase de sanción.

IX. Derechos humanos

Las expresiones "derechos humanos" y "derechos del hombre" adquieren significación en esta oposición: hombre *vs.* ciudadano. En este contexto, sin embargo, el término "ciudadano" puede asumir dos significados diferentes:

1. Primer significado: es ciudadano todo aquel que no es extranjero, todo aquel que, en el ámbito de un sistema jurídico determinado, posee ciudadanía, en sentido técnico-jurídico.

1 En italiano ambas posibilidades se expresan con los verbos *comandare y raccomandare*. N. del T.

2. Segundo significado: es ciudadano cualquier miembro de la "sociedad civil" en cuanto realidad diferente de, y opuesta, a la "sociedad política", es decir al Estado (el ordenamiento jurídico). En el ámbito de algunas doctrinas, a decir verdad, la expresión "sociedad civil" (contrapuesta a "estado de naturaleza") es sinónimo de "Estado". Pero en el contexto que ahora nos interesa, la sociedad civil es preferentemente la sociedad que existe (se supone) antes del Estado y de forma completamente diferente del Estado.

Por ello la expresión "derechos humanos" puede ser utilizada en dos contextos doctrinales diferentes.

a) En un contexto iuspositivista —es decir, en el caso en que esté referido a un sistema jurídico determinado, cuando se utilice el término "ciudadano" en sentido técnico— los derechos del hombre son derechos universales en el marco del sistema jurídico del que se trate: derechos que la Constitución atribuye no sólo a los ciudadanos sino también a todo aquel a quien el sistema jurídico pueda ser aplicado.
b) En un contexto iusnaturalista los derechos humanos son derechos que pertenecen a todo hombre antes de la existencia del Estado e independientemente de ella. Son pues derechos morales o "naturales": en cuanto tales son —como ya se ha visto— derechos "sobre el papel".

X. Discursos prescriptivos en términos de "derechos"

Se habla normalmente de derechos en contextos de discurso prescriptivo. El término en cuestión recurre típicamente a enunciados prescriptivos (del tipo "yo tengo derecho a...", "todos tienen el derecho de..."), que tienen por objeto *reivindicar* derechos.

1. Unas veces —cuando se hace referencia a un derecho (subjetivo) positivo, que ha sido o que podría llegar a ser violado— se pretende reivindicar la tutela (especialmente de tipo jurisdiccional) y/o el libre ejercicio del derecho en cuestión.

2. Otras veces —cuando se hace referencia a un derecho moral o "natural"— se pretende reivindicar el reconocimiento y la protección del derecho en cuestión por parte del ordenamiento jurídico positivo.

Los enunciados prescriptivos en términos de "derecho" no pueden ser considerados, obviamente, ni verdaderos ni falsos.

XI. Discursos descriptivos en términos de "derechos"

De los derechos, sin embargo, se puede hablar también en contextos de discurso descriptivo o, si se prefiere, congnoscitivo: no para reivindicar un derecho, sino para describir una norma o un sistema normativo que confiere el derecho en cuestión. Los enunciados descriptivos en términos de "derechos" pueden ser considerados verdaderos o falsos. A este respecto se abren sin embargo, por lo menos dos problemas diferentes.

1. En primer lugar hay un problema de identificación de los enunciados descriptivos en términos de "derechos". En otras palabras: ¿cuándo se puede decir que un enunciado en términos de "derechos" es un enunciado descriptivo genuino?

La importancia de la cuestión deriva del hecho de que iusnaturalistas y iuspositivistas parecen ofrecer respuestas diferentes a ella. Según los iuspositivistas, ningún enunciado que haga referencia a derechos no-positivos (morales, "naturales") podrá ser nunca un genuino enunciado descriptivo, es decir, verdadero o falso. Según los iusnaturalistas, en cambio, también los enunciados que afirman la existencia de derechos no positivos pueden ser descriptivos, verdaderos o falsos.

En mi opinión, es conveniente distinguir. Una cosa es un enunciado que afirme la existencia de un derecho (subjetivo) moral "absoluto", es decir, no fundado en ningún sistema de normas; otra cosa es un enunciado que afirme la existencia de un derecho (subjetivo) moral "relativo", es decir fundado en algún sistema normativo (moral) determinado.

Los iuspositivistas tienen razón obviamente al negar un carácter cognoscitivo o descriptivo a los enunciados del primer

tipo. Pero están equivocados al negar el carácter cognoscitivo también a los enunciados del segundo tipo. El derecho positivo no es una cosa ontológicamente diferente de un sistema moral cualquiera (o de una doctrina política cualquiera). La idea de que los ordenamientos jurídicos poseen una "existencia objetiva", observable, de la cual carecerían los sistemas morales, no tiene fundamento alguno. Un ordenamiento jurídico estatal no es otra cosa que una serie desorganizada de discursos prescriptivos: precisamente igual que la moral cristiana o la doctrina política liberal. Si es posible conocer y describir los ordenamientos jurídicos positivos, también será posible conocer y describir los diversos sistemas de moral positiva.

Mi respuesta al problema planteado es, pues, la siguiente: para que un enunciado en términos de "derechos" pueda ser considerado descriptivo, es condición necesaria (aunque no suficiente) que el enunciado haya sido "relativizado", es decir, que haga referencia a una norma o a un sistema normativo determinado. A falta de eso, el enunciado en cuestión no puede ser entendido como un enunciado del discurso prescriptivo.

En otras palabras: pueden ser interpretados como enunciados descriptivos los enunciados del tipo "según el derecho italiano, un determinado sujeto tiene el derecho X", "según la moral cristiana, un determinado sujeto tiene el derecho Y", "según la doctrina política de Rousseau, un determinado sujeto tiene el derecho Z", etcétera. Pero no pueden ser interpretados como enunciados descriptivos todos aquellos que se refieren a un derecho (subjetivo) "absoluto", es decir, no referido a algún sistema normativo: los enunciados de este tipo no describen un derecho, sino que reclaman el reconocimiento y la protección de un derecho (moral) por parte del ordenamiento jurídico positivo.

2. En segundo lugar, hay un problema de verificación de los enunciados descriptivos en términos de "derechos". ¿Qué condiciones son necesarias para decir que un enunciado, que afirme la existencia de un derecho, es verdadero? Esta pregunta admite respuestas diferentes, en su mayor parte condicionadas por la adhesión a determinadas teorías del derecho y de la ciencia jurídica.

a) Una primera respuesta posible es que un derecho subjetivo puede ser considerado existente sólo con la condición de que exista una norma que lo establece.
Si el derecho (subjetivo) del que se habla deriva de un sistema de normas morales, no hay ningún problema. Pero si, en cambio, el derecho en cuestión es un derecho positivo, difícilmente esta respuesta resultará satisfactoria. Sólo un pensamiento jurídico ingenuo puede prescindir de la distinción entre "verdaderos" derechos y derechos "sobre el papel". Un jurista con experiencia dirá que un derecho reconocido, pero no garantizado, "no existe", en el sentido de que es un derecho ficticio, de forma que el enunciado que afirma su existencia es falso.
b) Una segunda respuesta posible es que un derecho (subjetivo) puede ser considerado como existente a condición de que no sólo exista una norma que lo establezca, sino también una norma (o un conjunto de normas) que asegure la tutela jurisdiccional de ese derecho. Evidentemente, quien responde de esta manera asume que sólo los derechos positivos pueden ser considerados (verdaderamente) existentes.
Esta respuesta, por otra parte, sobreentiende una teoría normativista de la ciencia jurídica, esto es, una teoría según la cual describir un ordenamiento jurídico es describir normas (no hechos, sino normas y nada más que normas). Como tal, esta respuesta no resultará satisfactoria para quienes —de forma "realista"— consideren que la ciencia jurídica no debe limitarse a describir normas (el "derecho de los libros"), sino que deba describir hechos, y precisamente aquellos hechos que constituyen las decisiones (el "derecho en acción").
c) Una tercera respuesta posible es que un derecho (subjetivo) puede decirse existente con la doble condición de que existan las normas de que se hablaba antes y que, además dichas normas sean incluso efectivas, es decir, realmente aplicadas por los jueces, de manera que sea posible pre-

ver que si el derecho en cuestión, en caso de que fuese violado, recibiría una efectiva tutela jurisdiccional.

Esta respuesta es característica de una teoría realista de la ciencia jurídica, esto es, una teoría según la cual describir un ordenamiento jurídico no es describir normas, sino describir hechos. Desde este punto de vista, una jurisprudencia auténticamente científica no puede limitarse a interpretar aquellos documentos normativos que constituyen las fuentes del derecho, sino que debe indagar empíricamente de qué manera las fuentes del derecho son interpretadas y aplicadas por los jueces, de forma que sea posible prever sus decisiones futuras.

LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ITALIANA

I. Los derechos constitucionales: un análisis preliminar 231

II. El problema de la garantía de los derechos constitucionales y la separación de poderes 233

III. Garantías frente al Poder Legislativo 236

IV. Garantías frente al Poder Ejecutivo 239

V. Garantías frente al poder jurisdiccional 243

VI. *Quis custodiet ipsos custodes*? 245

LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ITALIANA*

I. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES: UN ANÁLISIS PRELIMINAR

Se denomina "derecho subjetivo" una posición de ventaja que es conferida a un sujeto por una norma jurídica.

Evidentemente, un derecho subjetivo puede ser conferido por las normas más diversas, consideradas desde el punto de vista de las fuentes de las que provienen. Por lo tanto, en principio, es posible clasificar los derechos subjetivos según la fuente de la que derivan. Se puede distinguir, por ejemplo, entre: derechos subjetivos "contractuales", derechos subjetivos "legales" y derechos subjetivos "constitucionales". Un derecho "contractual" es un derecho cuya fuente consiste en un contrato, es decir, un acto de autonomía privada. Un derecho "legal" es un derecho que ha sido conferido a un sujeto en virtud de una norma legislativa, es decir, de una norma que tiene "fuerza de ley". Un derecho constitucional, a su vez, es un derecho que ha sido conferido a un sujeto por una norma constitucional, es decir, por una norma puesta en un plano "superior" (cuando menos en sentido axiológico) respecto de una ley.

Es evidente, por otra parte, que dicha distinción —en particular aquella entre derechos "legales" y derechos "constitucionales"— no tiene ninguna relevancia en aquellos sistemas jurídicos que poseen una Constitución flexible. En estos sistemas la ley ordinaria, al estar situada en el mismo nivel jerárquico que las leyes constitucionales, está autorizada a modificar o derogar

* Traducción de Andrea Greppi, Universidad Carlos III de Madrid.

las normas constitucionales, por lo tanto, el legislador está autorizado a limitar o suprimir tanto los derechos legales (aquellos derechos que ella misma ha atribuido), como los derechos constitucionales.

Por el contrario, la distinción entre derechos legales y derechos constitucionales posee una importancia fundamental en los sistemas jurídicos con Constitución rígida. Puesto que, si la Constitución es rígida, la ley ordinaria está jerárquicamente subordinada a ella y por lo tanto no está autorizada a modificar o derogar normas constitucionales. En dichas circunstancias, un derecho subjetivo constitucional no puede ser limitado, modificado o suprimido por las leyes ordinarias (las cuales pueden en cambio suprimir un derecho legal).

En otros términos, en los sistemas de Constitución rígida los derechos subjetivos conferidos por la Constitución (o por una ley formalmente constitucional) se caracterizan por una especial capacidad de "resistencia", por una protección realmente especial. Son derechos que el legislador ordinario (en cuanto contrapuesto al legislador constituyente o constitucional) no está autorizado a limitar, modificar o suprimir.

Un derecho subjetivo no es más que una ventaja conferida a un sujeto (o a una clase de sujetos) frente a otro sujeto (o a otra clase de sujetos) al que se le impone un deber (una obligación) correlativo. Se puede decir que un determinado derecho es un derecho subjetivo "privado", cuando es conferido a un individuo frente (o contra) a otro individuo privado. Se puede decir en cambio que un determinado derecho es un derecho subjetivo "público" cuando es conferido a un individuo frente al Estado. Así pues, los derechos subjetivos conferidos por la Constitución son fundamentalmente derechos subjetivos públicos, es decir, derechos conferidos a los ciudadanos frente (o contra) al Estado.

Tener un derecho subjetivo frente a un determinado sujeto significa poder exigir a ese sujeto un comportamiento determinado: éste es el "contenido" del derecho subjetivo. El contenido del derecho no es otra cosa que el comportamiento que el titular del derecho puede exigir que cumpla el otro sujeto.

Por lo que respecta a los derechos públicos constitucionales, en la mayor parte de los casos, el contenido del derecho no es una acción, sino más bien una omisión, una abstención, del Estado. Por ejemplo, no se trata de que los ciudadanos, que poseen un derecho constitucional de reunión, puedan pretender que el Estado lleve a cabo una acción cualquiera: pueden exigir sólo que el Estado no prohíba (mediante actos jurídicos) ni impida (mediante actos materiales) las reuniones de ciudadanos.

Los derechos públicos constitucionales, cuyo contenido es una abstención del Estado, son denominados normalmente "derechos de libertad". "Libertad", en efecto, significa (en el lenguaje común) ausencia de obstáculos: quien posee un derecho de libertad puede exigir el no ser obstaculizado en la realización de una determinada acción (o en la omisión de una determinada acción).

II. El problema de la garantía de los derechos constitucionales y la separación de poderes

En el lenguaje político común, se habla de "garantías " de los derechos de una forma completamente genérica e imprecisa. Se dice, por ejemplo, que cierto derecho está "garantizado" por la Constitución desde el momento en que dicho derecho ha sido simplemente proclamado, con solemnes palabras, en un texto constitucional.

Pero este uso lingüístico, evidentemente, tiene el defecto de no distinguir entre la atribución de un derecho y la protección del derecho mismo. Un derecho constitucional puede ser conferido o atribuido, pero ello no conlleva de por sí que el derecho esté garantizado, protegido o tutelado. Por ejemplo, una disposición constitucional del siguiente tenor: "Todo ciudadano puede... hablar, escribir, imprimir libremente" (artículo 10, *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, 1789), sin duda alguna otorga a los ciudadanos ciertos derechos subjetivos, pero no se puede decir que por ello tales derechos queden también garantizados y protegidos. Una cosa es proclamar que "la libertad personal es inviolable" (artículo 13, I, Constitución ita-

liana), y otra es poner en práctica los mecanismos idóneos para asegurar la observancia de dichos principios (artículo 13, II).

La garantía de un derecho no puede ser establecida por la misma norma que confiere el derecho en cuestión. Sólo puede ser establecida por otra norma que instituya mecanismos destinados a prevenir la violación de la primera, es decir, que prevea remedios para el caso de que la primera sea violada.

Una garantía es precisamente una protección. Las garantías de los derechos constitucionales son protecciones de los derechos de los ciudadanos contra el Estado: equivalen a "barreras" interpuestas entre el poder estatal y la libertad de los ciudadanos.

A partir de Locke y Montesquieu, se ha difundido la idea de que la garantía fundamental de los derechos de libertad es la "separación de poderes". Esta forma de pensar ha sido consagrada en la Declaración de 1789 que, en su artículo 16, proclamaba: "Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, y en la cual la separación de los poderes no esté determinada, carece de Constitución". Ahora bien, las ideas fundamentales que subyacen en la doctrina de la separación de poderes son las siguientes.

En primer lugar: división del poder estatal. El poder estatal (el poder político considerado en su conjunto) debe estar dividido, fragmentado. Si todo el poder político estuviera concentrado en las manos de un sólo órgano (o de un sólo individuo), ese órgano sería evidentemente muy poderoso, dispondría de un gran poder. Por el contrario si el poder político está fragmentado y dividido entre una pluralidad de órganos (o de individuos), cada órgano dispone necesariamente de un poder más pequeño, más débil, menos penetrante, menos invadente.

En segundo lugar: *checks and balances*, es decir (en palabras de Montesquieu) "el poder frena el poder". Cuando el poder político está dividido en una pluralidad de órganos, se hace posible que estos órganos ejerzan un control recíproco entre sí, que se obstaculicen mutuamente en el ejercicio de sus poderes respectivos. Ello hace más difícil para cualquier órgano tanto el ejercicio como el abuso del poder de que disponen, y obstaculiza por ello todo atentado a la libertad de los ciudadanos.

De esta forma la llamada separación de poderes es una garantía que produce sus efectos frente al poder político (el poder estatal) en su conjunto. Ella es un medio para limitar el poder político en general.

Sin embargo, puesto que las funciones fundamentales del Estado (la función legislativa, la función de gobierno y la función jurisdiccional) están separadas y atribuidas a órganos diferentes, nace un nuevo problema que es, en definitiva, el problema fundamental del constitucionalismo. Es la construcción de las garantías frente a cada uno de los tres poderes considerados aisladamente, frente a cada uno de los órganos que son titulares de las diferentes funciones estatales.

La separación de poderes actuará frente al Estado en cuanto tal. Pero será necesario encontrar también garantías específicas frente al Legislativo, garantías frente al gobierno y también garantías frente al Poder Judicial.

En los parágrafos siguientes (del III al V) me propongo describir de manera escueta las garantías de los derechos de libertad adoptadas por la Constitución italiana vigente. En el último parágrafo suscitaré un problema que pertenece, al mismo tiempo, a la teoría general del derecho y a la política constitucional.[1]

1 La argumentación que hemos desarrollado hasta aquí no se extiende a los llamados derechos constitucionales "sociales". Los derechos sociales son situaciones subjetivas que se diferencian de los derechos de libertad al menos en tres aspectos relevantes:

a) En primer lugar, el contenido de un derecho social no es una omisión sino una acción del Estado; por ejemplo, se ha convertido en una obligación del Estado la "tutela de la salud" (artículo 32, I, Constitución italiana), o la "tutela del trabajo" (artículo 35, I).

b) En segundo lugar, la acción requerida al Estado es completamente indeterminada; por ejemplo, muchas y muy diferentes son las formas de tutelar la salud y el trabajo.

c) En tercer lugar, y como consecuencia de lo anterior, los derechos sociales no están asistidos por garantías específicas; por ejemplo, no puede recurrirse al juez para obtener una sentencia que condene al Estado a adoptar una medida específica para la tutela de la salud o de trabajo. Los derechos sociales, en otros términos, son situaciones subjetivas (a las cuales es lícito dudar que pueda ser aplicado el nombre de "derechos") atribuidas por disposiciones constitucionales de carácter meramente programático: disposiciones que están dirigidas, según los casos, al legislador o al Estado en su conjunto, proponiendo la realización de ciertos programas sociales o económicos.

III. Garantías frente al Poder Legislativo

En la Constitución italiana se pueden encontrar principalmente tres disposiciones que producen sus efectos frente al Poder Legislativo:

1. La primera garantía no es más que la propia rigidez de la Constitución, más concretamente, la prescripción de un procedimiento especial, "agravado", para la revisión de la Constitución (artículo 138). En virtud de dicha prescripción, el Poder Legislativo "ordinario" (y por lo tanto una simple mayoría parlamentaria) no está autorizado para derogar o modificar la Constitución, por lo tanto, el Poder Legislativo no puede limitar o suprimir ningún derecho subjetivo constitucional si no es por medio de dicho procedimiento especial, destinado a complicar, y por lo tanto a dificultar, la revisión constitucional.[2]

Por otra parte, esta primera garantía no tendría ninguna eficacia práctica si no hubiera ningún órgano autorizado para controlar la legitimidad constitucional de las leyes ordinarias, es decir, su conformidad a las normas constitucionales. Si ningún órgano de ese tipo hubiera sido previsto, la prohibición de modificar la Constitución mediante simples leyes ordinarias sería una prohibición desprovista de toda sanción, en ese caso, la violación de la prohibición no tendría remedio.

2. La segunda garantía frente al Poder Legislativo es precisamente el control sobre la legitimidad constitucional de las leyes ordinarias, atribuido a la Corte Constitucional (artículos 134 y

2 En abstracto, podría imaginarse una garantía superior: la prohibición *tout court* de modificar la Constitución. Ante tal prohibición, el legislador no estaría autorizado a derogar o modificar de ninguna manera los derechos subjetivos constitucionales de los ciudadanos. Sin embargo, es muy raro que una Constitución prohíba totalmente su revisión. Por el contrario, existen muchas Constituciones que prohíben la modificación sólo de algunas de sus partes. Así la Constitución italiana vigente (como también la Constitución francesa de la "Quinta República") sólo prohíbe la modificación de la forma republicana de gobierno (artículo 139). Ello evidentemente no afecta directamente a los derechos subjetivos de los ciudadanos. Las normas constitucionales que confieren derechos subjetivos a los ciudadanos pueden ser derogadas o modificadas. Debe ser señalado, por otra parte, que está bastante difundida en Italia una opinión doctrinal diferente (unida a la llamada teoría de la "Constitución material") según la cual estarían implícitamente excluidos de la revisión constitucional los "derechos fundamentales" mencionados en el artículo 2o. de la Constitución.

ss.). Como sucede en la mayor parte de los casos, también en Italia, dicho control es efectuado por un órgano jurisdiccional (así es en Estados Unidos, en la República Federal de Alemania, en España, etcétera). Conviene recordar aquí dos distinciones fundamentales entre los diversos sistemas de control de constitucionalidad.

Por un lado, el control de legitimidad constitucional de las leyes puede ser preventivo (o *a priori*, es decir, anterior a la entrada en vigor de la ley) o sucesivo (o *a posteriori*, es decir, sucesivo a la entrada en vigor de la ley). En el primer caso (es el caso de Francia), en línea de principio una ley inconstitucional no puede ni siquiera entrar en vigor.[3] Habitualmente el control de constitucionalidad *a priori* es ejercido por un órgano no jurisdiccional, sino político. En el segundo caso (es el de Italia, Estados Unidos, etcétera), por el contrario, una ley inconstitucional puede entrar en vigor, e incluso ser aplicada durante un largo periodo antes de ser declarada inconstitucional: puede suceder también que la ilegitimidad constitucional de una ley nunca llegue a ser reconocida y declarada. Habitualmente el control *a posteriori* es ejercido por órganos jurisdiccionales.

Por otra parte, el control jurisdiccional *a posteriori* sobre la legitimidad de las leyes, puede ser "difuso" o "concentrado". Se considera difuso cuando el control de constitucionalidad es competencia de todos los jueces ordinarios; se considera concentrado cuando ha sido confiado a la exclusiva competencia de un juez específico (un tribunal constitucional). En el primer caso (que es el de Estados Unidos), cada juez está autorizado para declarar la ilegitimidad constitucional de una ley, y por lo tanto a rechazar su aplicación, pero, en línea de principio, ello no excluye que otros jueces tengan una opinión diferente al respecto, y que por lo tanto sigan aplicando la misma ley (salvo en el caso de que las decisiones de la Corte Suprema se impongan a todos los jueces o bien por su propia autoridad, o como en Estados

3 O, mejor dicho, una ley inconstitucional ni siquiera podría llegar a entrar en vigor, en el caso de que toda ley fuese sometida (con anterioridad) a un control de legitimidad (lo cual, en Francia, no se produce).

Unidos, por su valor de precedente vinculante). En el segundo caso (que es el de Italia), el juez constitucional está autorizado a anular la ley inconstitucional con una eficacia general *erga omnes*; por consiguiente, la ley inconstitucional no puede ser aplicada nunca más por ningún juez en ninguna controversia futura.

En breve, en la Constitución italiana, el control de constitucionalidad será ejercido (prevalentemente, no de forma exclusiva) *a posteriori*, por vía de excepción, por medio de un órgano jurisdiccional especializado.[4]

3. La tercera garantía es el referéndum popular derogatorio de las leyes ordinarias y de los actos con fuerza de ley (artículo 75, I, Constitución italiana). En nuestro ordenamiento constitucional, el pueblo no está autorizado a revocar a sus representantes en el

4 Intuitivamente, el control concentrado es más eficaz que el difuso desde el punto de vista de la certeza del derecho. Por otra parte el control preventivo sería más eficaz que el sucesivo desde el punto de vista de la tutela de la legalidad constitucional. Pero aquí el condicional es obligado por diferentes motivos.

a) Es verdad que el control preventivo impide incluso la entrada en vigor de una ley inconstitucional, mientras que el control sucesivo no sólo no impide esta circunstancia, sino que ni tan siquiera impide que todas las leyes inconstitucionales sean expulsadas del ordenamiento. También es verdad, sin embargo, que en el control preventivo algunos aspectos de inconstitucionalidad de la ley pueden pasar desapercibidos. El control de constitucionalidad obviamente presupone la interpretación no sólo de la Constitución sino también de la ley. Ahora bien, existen dos maneras de aproximarse a la interpretación de una ley: por una parte se puede analizar el significado del texto legislativo "en abstracto" (interpretación orientada a los textos); por otro, se puede indagar "en concreto" la posibilidad de que una controversia determinada recaiga en el ámbito de aplicación de la ley (interpretación orientada al caso concreto). La primera aproximación es la única que está a disposición de un órgano encargado de un control previo de constitucionalidad. El defecto del control previo está en el hecho evidente de que difícilmente una interpretación "en abstracto" puede prever todos los significados posibles de un texto, y por lo tanto sopesarlo todo desde el punto de vista de la legitimidad constitucional. Es inevitable que algunos significados posibles del texto legislativo solamente salgan a la luz "en concreto", es decir, sólo en su fase de aplicación. Por otra parte, cualquier ley puede llegar a asumir un significado inconstitucional que no era previsible en el momento de su promulgación, también en virtud del fenómeno (difícilmente evitable) de la interpretación evolutiva. A falta de un control de *inconstitucionalidad a posteriori*, ello puede ser evitado sólo por una jurisprudencia uniformemente orientada a la interpretación unificadora.

b) El control previo, obviamente, no puede ser efectuado sobre leyes anteriores a la Constitución. Si se pretende garantizar la legalidad constitucional de las leyes anteriores a la Constitución, el control preventivo debería ser completado por un control posterior. Por ejemplo, los jueces ordinarios podrían quedar autorizados a no aplicar por inconstitucionalidad sobrevenida (en virtud del principio de la norma posterior en el tiempo: *lex posterior derogat priori*) las leyes inconstitucionales anteriores a la Constitución.

Parlamento, en caso de que no apruebe sus orientaciones políticas (artículo 67). Sin embargo, mediante el referéndum derogatorio, la mayoría de los electores está autorizada a revocar leyes o partes de leyes. Encontramos aquí un contrapoder de democracia directa, por medio del cual el propio pueblo ejerce un control político sobre el ejercicio del Poder Legislativo.

De todos modos, es necesario recordar que esta garantía está sujeta a un límite material y a uno procedimental. Por un lado, el referéndum derogatorio tiene un radio de acción limitado, porque la propia Constitución excluye que puedan ser sometidos a referéndum ciertos tipos de leyes (leyes tributarias, presupuestos del Estado, de amnistía y de indulto, de autorización a la ratificación de tratados internacionales: artículo 75, II, Constitución italiana; quedan también excluidas del referéndum derogatorio las leyes constitucionales: *a contrario ex* artículo 138). Por otro lado, toda petición de referéndum está sometida a un control previo de admisión por la Corte Constitucional (artículo 2o., Ley Constitucional 1/1953), a la cual se le confiere precisamente la tarea de velar por la observancia de los límites sustanciales anteriormente señalados. Por desgracia estos dos límites han influido entre sí, restringiendo ulteriormente el radio de acción de esta garantía. En el sentido en que la Corte Constitucional (a partir de la sentencia 16/1978), aprovechando su poder de control previo, se ha atribuido la función de legislador constituyente y ha multiplicado los límites sustanciales del referéndum mucho más allá de los pocos casos previstos expresamente por la Constitución.

IV. Garantías frente al Poder Ejecutivo

Existen en la Constitución italiana principalmente cuatro garantías que producen sus efectos frente al Poder Ejecutivo (el gobierno y la administración pública):

1. La primera garantía no es otra que la propia preeminencia del Legislativo sobre el Ejecutivo, la subordinación política del gobierno al Parlamento. Esta subordinación se manifiesta por lo menos de tres maneras:

a) En primer lugar el gobierno debe, en principio, actuar dentro de los límites fijados por las leyes. Se trata del principio de legalidad de la administración: el *rule of law*. Por un lado, el gobierno no puede hacer nada que la ley no le autorice. Por otro, es ilegítimo todo acto del gobierno que no sea conforme a la ley. A decir verdad, este principio no está expresamente formulado en el texto constitucional (a menos de que no se considere implícito en el artículo 101, I). Suele decirse, sin embargo, que es un principio implícito en todo sistema constitucional liberal.
b) En segundo lugar los actos normativos típicos del Poder Ejecutivo, es decir, los reglamentos, están subordinados a la ley en la jerarquía de las fuentes del derecho. Ello significa que la conformidad a la ley es condición necesaria para la validez de los reglamentos. También este principio puede ser considerado como un principio implícito en la Constitución (está expresamente fijado sólo en las fuentes de rango legislativo: artículo 4o., I, disposiciones sobre la ley en general; artículo 5o., Ley sobre el Contencioso Administrativo).
c) En tercer lugar, la legitimidad de todo acto político de gobierno está condicionada por la "confianza" del Parlamento (artículo 94, I, Constitución italiana). La mayoría parlamentaria puede negar su confianza a un gobierno con el que no comparte su programa político; así como puede revocar la confianza, que otorgó inicialmente, a un gobierno con el que no comparte sus criterios de acción política. Cuando un gobierno no obtiene esta confianza (en el acto de su formación) o la pierde (durante su mandato), tiene la obligación constitucional de dimitir (*a contrario ex* artículo 94, III). Se trata de un principio característico de las formas parlamentarias de gobierno.

Es necesario subrayar, sin embargo, una paradoja de los regímenes parlamentarios. Por un lado, la necesidad de la confianza somete al gobierno al control constante del Parlamento. Por otro, la propia existencia de ese régimen fiduciario entre ambos órga-

nos hace que ese control tienda a ser ilusorio e ineficaz. Un gobierno que posea la confianza del Parlamento es un gobierno que dispone de una mayoría parlamentaria que le favorece (ello es precisamente la expresión de una mayoría política). Sucede así que el gobierno está controlado por "su" mayoría, es decir, la mayoría política existente se controla a sí misma. En estas condiciones es difícil que el Parlamento pueda funcionar como "contrapoder" con respecto al gobierno. Es obvio que el control parlamentario sobre el gobierno es más eficaz cuando el gobierno no posee en absoluto una mayoría política preconstituida (como puede suceder, y sucede, en las formas presidenciales de gobierno).

2. La segunda garantía es un conjunto de reservas de ley, es decir, que la Constitución confía la regulación de ciertas materias a la competencia exclusiva de la ley. Como consecuencia de ello tales materias no pueden ser objeto de la regulación por el Poder Ejecutivo mediante reglamentos. Las materias reservadas a la competencia normativa de la ley son precisamente aquellas relativas a los derechos de libertad de los ciudadanos. Por ejemplo, el gobierno no está autorizado a disponer mediante reglamentos en materias penales (artículo 25, II, Constitución italiana), en materia de libertad personal (artículo 13, II), etcétera. Todo reglamento en materia reservada a la ley es, en principio, ilegítimo por falta de competencia, y por ello inválido.

La ilegitimidad de un reglamento puede ser declarada (en vía incidental) por cualquier juez ordinario, el cual está autorizado a rechazar la aplicación de un reglamento ilegítimo (artículo 5o., Ley sobre el Contencioso Administrativo, 1865). Los tribunales administrativos regionales y el Consejo de Estado, por su parte, están autorizados a reconocer la legitimidad de los reglamentos en vía principal y anular los reglamentos ilegítimos.

Debe destacarse que esta garantía se manifiesta también, al mismo tiempo, frente al legislador. Y ello porque la reserva de ley en una determinada materia obliga al legislador a ofrecer una regulación completa de esa materia, por lo tanto no está permitido que el legislador delegue en el poder normativo (reglamentario) del gobierno la regulación de una materia reservada a la ley.

Sin embargo, hay que señalar que en nuestro ordenamiento constitucional la garantía de la reserva de ley queda gravemente debilitada en virtud de dos doctrinas elaboradas por la dogmática y por la jurisprudencia. Por un lado los juristas han teorizado que mediante ciertos actos, a los cuales la Constitución atribuye la misma "fuerza" que a la ley (decretos-ley y decretos legislativos delegados), el gobierno está autorizado también a regular las materias reservadas a la ley. Por otra parte los juristas han introducido la distinción entre dos tipos de reserva de ley: en ciertas materias (por ejemplo en materia penal, artículo 25, II) existe una reserva "absoluta", y por lo tanto en dichas materias cualquier reglamento del Ejecutivo es, en principio, ilegítimo, pero en otras materias (por ejemplo en materia tributaria, artículo 23) existe una reserva solamente "relativa", y por lo tanto en estas materias el Poder Legislativo puede limitarse a establecer los principios fundamentales, autorizando al poder reglamentario del Ejecutivo para completar la regulación del legislador con normas de detalle.[5]

3. La tercera garantía es la protección jurisdiccional de los derechos subjetivos, es decir, el control jurisdiccional sobre todos los actos del Poder Ejecutivo (artículos 24 y 113, Constitución italiana). Cualquier acto administrativo que choque con la Constitución o con la ley puede ser impugnado frente a los jueces mediante un recurso (a los jueces administrativos se les puede solicitar la anulación del acto ilegítimo, a los jueces civiles se les puede pedir el resarcimiento de los posibles daños derivados del acto ilegítimo).

Por razones evidentes, esta garantía está vinculada de forma muy estrecha a uno de los aspectos de la separación de poderes en sentido clásico, es decir, a la independencia de los jueces frente al Ejecutivo (artículos 101 y 104, Constitución italiana). A todas luces, la independencia frente al Poder Ejecutivo es condi-

5 La distinción entre reserva de ley "absoluta" y "relativa" está consagrada ya en el propio lenguaje legislativo. El artículo 17, II, de la Ley 400/1988 emplea (sin definirla), la locución "reserva absoluta"; a la misma distinción alude, probablemente, el apartado anterior, aunque sea para declararla (en ciertos aspectos) irrelevante, allí donde habla de materias, "en todo caso", reservadas a la ley.

ción necesaria de imparcialidad del juez en las controversias en las que el gobierno o la administración sea parte interesada.

4. La cuarta garantía es la llamada reserva de jurisdicción, en virtud de la cual ciertos actos del Poder Ejecutivo, que pueden afectar a determinados derechos del libertad, son admitidos sólo a condición de que sean autorizados previamente por un acto motivado de órgano jurisdiccional. Esta garantía, por otra parte, no se extiende a todas las libertades constitucionales, sino que protege sólo algunas de ellas: la libertad *personal (habeas corpus)*, la libertad de domicilio, la libertad y el secreto en la correspondencia, la libertad de prensa (artículos 13-15 y 21, Constitución italiana), etcétera.

V. Garantías frente al poder jurisdiccional

En la Constitución italiana existen principalmente tres garantías que producen sus efectos frente al poder jurisdiccional, es decir, frente a los jueces:

1. La primera garantía es la obligación de motivar toda decisión jurisdiccional (artículo 111, I). Evidentemente ello impide que los jueces tomen decisiones de manera arbitraria. La obligación de motivar, en cuanto tal, somete a los jueces a una cierta forma de control social (sobre todo al control crítico que ejerce la propia cultura jurídica).

2. La segunda garantía es la sujeción del juez a la ley, es decir, el principio de legalidad en la jurisdicción (artículo 101, II). Este principio está cargado de consecuencias, a saber:

a) En primer lugar, los jueces deben aplicar las leyes, en el sentido en que no están autorizados a crear otras nuevas. La función de creación del derecho está reservada, en principio, al Poder Legislativo; en todo caso las decisiones jurisdiccionales tienen eficacia sólo *inter partes*, es decir, sus efectos se limitan al caso controvertido (artículo 2909, Código Civil italiano).

b) Además los jueces deben aplicar las leyes, en el sentido de que tienen la obligación de conocerlas. Cuando un ciudadano invoca en su favor la aplicación por el juez de una cierta ley, no está obligado a demostrarle al juez la existencia de dicha ley o de informar sobre su contenido: las leyes deben ser conocidas por el juez.
c) Los jueces tienen también la obligación de aplicar la ley, en el sentido de que no están autorizados a no aplicarlas (excepto en el caso de leyes derogadas por otras posteriores o por un referéndum popular, o de leyes anuladas por la Corte Constitucional por ser contrarias a la Constitución).
d) Los jueces tiene también la obligación de aplicar "sólo" las leyes y no la Constitución o los reglamentos gubernativos. Por un lado, es tarea de la Corte Constitucional, y no de los jueces ordinarios, la aplicación de la Constitución, o sea, en concreto, la declaración de la legitimidad constitucional de las leyes. Por otro lado, los jueces no están obligados a aplicar siempre y en todo caso los reglamentos gubernativos: deben aplicarlos sólo si son conformes a las leyes, pero no deben aplicarlos si están en contraste con ellas.
e) Por último, todo juez está vinculado sólo a las leyes, en el sentido de que posee una total autonomía de enjuiciamiento; no está sometido a las órdenes o directivas políticas de nadie. Por una parte ningún juez está ligado por vínculos jerárquicos a ningún otro juez. La Constitución establece a este respecto que "los magistrados se distinguen entre sí sólo por la diversidad de sus funciones" (artículo 107, III), y no por grados. Por otra, los jueces son independientes frente a "cualquier otro poder" (artículo 104).

La confluencia de estos dos principios (obligación de motivación y sometimiento a la ley) conlleva el que cualquier procedimiento jurisdiccional deba estar explícitamente fundado en precisas disposiciones legales.

3. La tercera garantía es el recurso por casación contra toda decisión jurisdiccional que esté en contraste con la ley (artículo

111, II). Este principio, de todos modos, se aplica a las decisiones de los jueces ordinarios, y no a las del Consejo de Estado: artículo 111, III). Ello implica un control sobre las decisiones de todos los jueces por parte de otros jueces, a excepción, obviamente, de los propios jueces de casación. La corte "suprema" de casación ejerce un control de legitimidad sobre todas las decisiones de los demás jueces (ordinarios), pero, naturalmente, las decisiones de la propia corte suprema no están sujetas a su vez a ningún control posterior.

VI. *QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES?*

Llegando a este punto pueden hacerse dos observaciones. Por una parte, la mayoría de las técnicas constitucionales de garantía de los derechos se reducen a alguna forma de control jurisdiccional. Se trata por ello de un control que llevan a cabo los jueces y que conlleva lo que se denomina "aplicación del derecho".

Por otra parte, sin embargo, la jurisdicción no está sometida a su vez a controles externos. Son los jueces (constitucionales) quienes controlan la obediencia del legislador a las normas constitucionales; son también los jueces (ordinarios y contencioso-administrativos) quienes controlan la obediencia del gobierno a las normas legislativas, y, por último, son también los jueces (de casación) quienes controlan la obediencia de los demás jueces a la ley. Pero no existen controles de ninguna clase sobre las decisiones tanto de los jueces constitucionales, como de los jueces de casación (así como sobre las decisiones de los jueces administrativos de última instancia, esto es, del Consejo de Estado).

Por lo tanto, la garantía de los derechos queda, en su mayor parte, confiada a los jueces. Los jueces tienen la última palabra al respecto.

Ahora bien, esta técnica de garantía de los derechos se funda en la doctrina "formalista" de la interpretación y de la aplicación del derecho. Me refiero a la doctrina según la cual:

1. El derecho es un conjunto de leyes, es decir, un conjunto de textos que contienen un significado normativo unívoco, predestinado a su interpretación.

2. La interpretación del derecho es, por lo tanto, una actividad cognoscitiva de normas ya dadas en los textos normativos.

3. La aplicación del derecho, determinado mediante la interpretación, es una actividad completamente automática (un silogismo), que no implica valoración alguna o decisión política posterior a las decisiones de los órganos investidos de competencia normativa (esencialmente los órganos legislativos).

En definitiva, el poder jurisdiccional no es un poder normativo. Este es el fundamento conceptual de la teoría de Montesquieu, según la cual el poder jurisdiccional es un poder "en cierta forma nulo" y que el juez "no es más que la boca muda de la ley". Para garantizar los derechos de libertad, el poder debe ser limitado por el poder, pero no hay necesidad de limitar al poder jurisdiccional porque dicho poder, al fin y al cabo, no es un "verdadero" poder.

El poder jurisdiccional es el que funciona como garantía de los derechos frente a los demás poderes, pero no plantea ningún problema la garantía de los derechos frente al propio poder jurisdiccional.

Evidentemente, esta técnica de garantía de los derechos es satisfactoria mientras que se mantenga la creencia en la aplicación formalista del derecho. Pero esta misma técnica deja por completo de ser satisfactoria si se piensa, por el contrario, que el poder de juzgar es, en sí mismo, un poder (en último análisis) normativo, y por lo tanto un poder político. Si se reconoce —como hoy en día todo el mundo hace— que también el poder jurisdiccional es un poder político, entonces nace el problema —completamente nuevo en el constitucionalismo— de inventar técnicas constitucionales idóneas para garantizar los derechos de libertad frente al Poder Judicial.

COSTUMBRES Y CONVENCIONES CONSTITUCIONALES

I. Las costumbres constitucionales 247
II. Las convenciones constitucionales 250

COSTUMBRES Y CONVENCIONES CONSTITUCIONALES*

I. LAS COSTUMBRES CONSTITUCIONALES

Se dicen constitucionales a aquéllas costumbres que se instauran por obra de los órganos constitucionales en sus recíprocas relaciones.[1]

Según una autorizada doctrina, son rasgos caracterizantes de tales costumbres el hecho de tener, a veces, estructura *discontínua*[2] *y contenido "facultizante"*.[3]

Sobre todo en materia constitucional, son muy infrecuentes las costumbres, de una estructura discontinua, cuyo significado nor-

* Traducción de María Bono López. Revisión técnica de Manuel Ferrer Muñoz. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

1 A este propósito, Esposito, C., "Consuetudine (diritto costituzionale)", *Enciclopedia del diritto*, Milán, 1961, t. IX, pp. 456 y ss; *Id.*, "La consuetudine costituzionale", en varios autores, *Studi in onore di Emilio Betti*, Milán, 1962, vol. I, pp. 95 y ss.; Tesauro, A., "La consuetudine costituzionale e le norme di correttezza costituzionale", en varios autores, *Scritti giuridici in memoria di Vittorio Orlando*, Padua, 1957, vol. II; Rescigno, G. U., *Le convenzioni costituzionali*, Padua, 1972, pp. 118 y ss.; Zagrebelsky, G., "La formazione del governo nelle prime quattro legislature repubblicane", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1968, pp. 804 y ss.; *Id.*, *La consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Turín, 1970; Rossano, C., *La consuetudine nel diritto costituzionale*, I: *Premesse generali*, Nápoles, 1992; Paladin, L., *Le fonti del diritto italiano*, Bolonia, 1996, pp. 399 y ss.

2 Por lo demás, en materia constitucional —se piensa—, poquísimos "precedentes" bastan para formar una costumbre.

3 En el caso de las costumbres de contenido no imperativo, sino "facultizante", la llamada *opinio iuris* puede ser deducida de la "falta de un serio rechazo, incluida la producción de las consecuencias jurídicas que el comportamiento... de los sujetos actores se proponía producir" (Crisafulli, V., *Lezioni di diritto costituzionali*, II: *L'ordenamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La Corte Costituzionale*, 5a. ed., Padua, 1984, p. 163).

mativo es simplemente 'permitir' el ejercicio de poderes que ellas mismas confieren a ciertos sujetos (es decir, poderes inexistentes con anterioridad, o incluso desconocidos —al menos, implícitamente— por disposiciones escritas de los textos constitucionales y legislativos...[4]

Es preciso añadir que, en materia constitucional,[5]

> ...a menudo es muy difícil (y a veces hasta imposible) establecer que determinadas prácticas son costumbres (y, por tanto, fuentes del derecho) o quedan en la fase de simples usos de hecho ("convenciones" constitucionales, reglas de "formalidad", usos interpretativos, etcétera): privados —según como se piensa comúnmente— de eficacia normativa en comparación con las normas sobre las fuentes del ordenamiento vigente.[6]

Se duda acerca de la posición de las normas consuetudinarias en el ámbito del derecho constitucional.[7] En verdad, la mayor parte de la doctrina piensa que la costumbre (*praeter constitutionem*) desempeña un papel legítimo de integración de la Constitución, a menudo con lagunas,[8] y que, incluso, las costumbres constitucionales producen normas de rango constitucional;[9]

4 *Ibidem*, p. 157. Crisafulli aduce como ejemplo la práctica de nombrar a uno o más vicepresidentes del Consejo; la práctica de nombrar ministros sin cartera; la práctica según la cual el gobierno puede hacer depender la confianza de proyectos de ley; la práctica según la cual las cámaras pueden ordenar al gobierno que recoja el parecer de comisiones parlamentarias para el ejercicio de sus tareas legislativas. *Cfr.* también Zagrebelsky, G., *La consuetudine...*, *cit.*, nota 1, pp. 46 y ss.

5 Si se conviene con la doctrina dominante en que la costumbre no ocupa una posición precisa en la jerarquía de las fuentes, entonces puede hablarse de costumbres constitucionales "sólo *ratione materiae*, en cuanto se trata de reglas en materias constitucionales" (Rescigno, G. U., *op. cit.*, nota 1, p. 118).

6 Crisafulli, V., *op. cit.*, nota 3, p. 159.

7 Es dudoso, por otro lado, que existan costumbres constitucionales fuera del derecho parlamentario: *cfr.* Rescigno, G. U., *op. cit.*, nota 1, p. 121; pero véanse los ejemplos propuestos por Paladin, L., *op. cit.*, nota 1, pp. 406 y ss.

8 Véase la enorme casuística ilustrada por Paladin, L., *op. cit.*, nota 1, pp. 405 y ss.

9 *Cfr.*, por ejemplo, Sorrentino, F., *Le fonti del diritto. Appendice sulla legge 23 agosto n. 400 (artt. 14-17)*, Génova, 1990, p. 152.

como tales, no modificables ni derogables por obra de los mismos sujetos que las han puesto en vigor.

Se piensa por eso que las normas derivadas de costumbres constitucionales pueden ser hechas valer por la Corte Constitucional, cuando menos en el juicio sobre conflictos de atribución entre los poderes del Estado.[10]

Algunos, en realidad, piensan que la Corte Constitucional puede dar aplicación a normas consuetudinarias también en los juicios de legitimidad constitucional sobre leyes y actos equiparados.[11] Lo que es, sin embargo, muy discutible a la luz del artículo 23, párrafo I, de la Ley 87/1953 —el cual exige que por cada cuestión de legitimidad constitucional se indiquen "las disposiciones de la Constitución o de las leyes constitucionales que se asumen violadas"—[12] desde el momento en que las normas consuetudinarias carecen evidentemente de disposición.

En cuanto a la ubicación de la costumbre constitucional en el sistema de las fuentes, conviene, sin embargo, advertir dos cosas. En primer lugar, debe subrayarse que la Constitución italiana vigente no contiene ningún reenvío a la fuente consuetudinaria. En segundo lugar, debe recordarse que la Constitución vigente es una Constitución rígida. Estas sencillas observaciones llevan por sí solas a concluir que:

1. En el ordenamiento vigente, en ausencia de reenvíos constitucionales a normas consuetudinarias, simplemente no existe una costumbre *secundum constitutionem*.[13]

10 Véase en tal sentido la sentencia de la Corte Constitucional 129/1981: "la disciplina dictada por las normas constitucionales escritas no está en absoluto acabada; respecto a las peculiares posiciones de los mismos órganos, se han afirmado, por lo tanto, principios no escritos, que se manifiestan o se consolidan a través de la repetición constante de comportamientos uniformes (o, en cualquier caso, regidos por criterios comunes, en situaciones idénticas o análogas): vale decir, en la forma de verdaderas y propias costumbres constitucionales". Sobre la justiciabilidad de las costumbres constitucionales, véase Paladin, L., *op. cit.*, nota 1, pp. 409 y ss.

11 *Ibidem*, p. 411.

12 Por el contrario, el artículo 37, párrafo I, de la Ley 87/1953 exige que los conflictos de atribución entre los poderes del Estado tengan por objeto la esfera de atribución determinada por los diversos poderes, por "normas" (no por disposiciones) constitucionales.

13 A menos que se incluyan en esta categoría las costumbres interpretativas.

2. En el ordenamiento vigente, no es admisible en ningún caso una costumbre *contra constitutionem*.[14]

3. Tampoco, en ningún caso, una costumbre *praeter constitutionem* puede operar como fuente legal, sino sólo como fuente *extra ordinem*, en virtud del principio de efectividad.[15]

II. Las convenciones constitucionales

Las convenciones constitucionales pueden equipararse a las costumbres constitucionales. La expresión "convención constitucional" designa una especie de convenio o acuerdo —tácito las más de las veces (y, por eso mismo, según algunos, ficticio)— entre los titulares de los órganos constitucionales (y/o entre las fuerzas políticas).[16]

De tales acuerdos nacen reglas de comportamiento,[17] no escritas, destinadas a:

14 *Cfr.* Paladin, L., *op. cit.*, nota 1, pp. 400 y ss. El carácter rígido de la Constitución excluye la admisibilidad de costumbres modificativas o abrogativas de —es decir, incompatibles con— normas constitucionales (escritas). Sin embargo, para que se decida que una norma consuetudinaria dada es incompatible con la Constitución es preciso, previamente, interpretar la Constitución misma. De manera que, a partir de la interpretación que se haga, a alguno podrá parecerle como norma consuetudinaria inconstitucional aquello que a otros les parece, simplemente, "derecho (constitucional) 'viviente'".

15 Su importancia en el derecho constitucional ha sido repetidamente subrayada por Paladin (p. 240): "sabemos... cuánto peso tiene, en materia constitucional, el principio de efectividad y cómo a menudo, precisamente ante objetos no regulados de forma completa por los textos (o regulados de modo equívoco), se forman 'convenciones' entre los operadores políticos de vértice, que son susceptibles de consolidarse como verdaderas y propias costumbres".

16 A este propósito: Rescigno, G. U., "Le convenzioni della Costituzione", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1969, pp. 1038 y ss.; *Id.*, *Le convenzioni..., cit.*, nota 1, *Id.*, *La responsabilità politica*, Milán, 1967, pp. 7 y ss.; Bartole, S., "Le convenzioni della Costituzione tra storia e scienza politica", *Il Politico*, 1983, pp. 251 y ss.; Crisafulli, *op. cit.*, nota 3, pp. 168 y ss.; Zagrebelsky, G., *Manuale di diritto costituzionale*, I: *Il sistema delle fonti del diritto*, Turín, 1991, pp. 259 y ss.; Paladin, L., *op. cit.*, nota 1, pp. 399 y ss.

17 Rescigno, G. U., *Corso di diritto pubblico*, 3a. ed., Bolonia-Roma, 1990, p. 446: las convenciones "*a*) son reglas, esto es, criterios de comportamiento seguidos por los sujetos interesados en determinadas circunstancias...; *b*) no son coercibles, esto es, se fundan exclusivamente sobre el consenso y el acuerdo de los sujetos interesados; por esta razón, no son reglas jurídicas del Estado...; *c*) sin ser reglas jurídicas del Estado, tales reglas forman parte integrante del mecanismo constitucional".

1. Bien interpretar las disposiciones constitucionales (con el efecto, algunas veces, de eludirlas).

2. Bien para integrarlas (en cualquiera de los sentidos de esta palabra), colmando de paso las lagunas de la Constitución.[18]

En la doctrina, se distinguen cuatro tipos de convenciones:[19]

A. Convenciones que sustituyen "sustancialmente" reglas constitucionales escritas, de modo que estas últimas continúan siendo respetadas, pero "sólo en la forma, mientras que la sustancia es ocupada por una regla diferente, precisamente convencional";[20] "a una regla legal que queda formalmente en vigor se une de hecho una regla de comportamiento que la vacía desde dentro, de manera que todo lo que está previsto por la regla legal se convierte en mero elemento de forma".[21]

Por ejemplo, es observación común que, en la historia constitucional de la República italiana, la propuesta del presidente del Consejo, que tiene por objeto el nombramiento de los ministros (artículo 92, párrafo segundo, Constitución italiana), ha sido durante mucho tiempo "pura forma exterior sin sustancia",[22] ya que de hecho los ministros eran propuestos por los partidos de la coalición según acuerdos alcanzados entre ellos.[23]

B. Convenciones que integran reglas constitucionales escritas: la regla constitucional "marca los límites" y deja abierto el camino "a un haz de posibles ulteriores reglas de comporta-

18 En la historia constitucional de la República italiana, se encuentran ejemplos macroscópicos; especialmente, en los procedimientos de formación del gobierno, que la Constitución regula de modo extremadamente sumario (artículo 92 constitucional) y que caen casi enteramente bajo el dominio de reglas convencionales. *Cfr.* Zagrebelsky, G., "La formazione..., *cit.,* nota 1, pp. 804 y ss.

19 Retomo con pocas modificaciones la clasificación de Rescigno, G. U., *Le convenzioni..., cit.,* nota 1, pp. 24 y ss.; *Id., Corso di diritto..., cit.*, nota 17, pp. 446 y ss.

20 Rescigno, G. U., *Corso di diritto..., cit.*, nota 17, pp. 446 y ss.

21 Rescigno, G. U., *Le convenzioni..., cit.*, nota 1, p. 27.

22 También Rescigno, G. U., *Corso di diritto..., cit.*, nota 17, p. 447.

23 Puede, por tanto, decirse que el artículo 92, párrafo segundo, de la Constitución italiana ha sido "eludido" por la regla convencional mencionada. Sin embargo, no es fácil precisar en qué consiste la "elusión" de una norma. En el lenguaje corriente, se habla de elusión para sugerir que una cierta disposición normativa no ha sido entendida y aplicada según su significado "natural" (es decir, aquel más inmediato, *prima facie*), o según su supuesta *ratio*, sino que, en cambio, ha sido alterada o trastornada hasta el punto de violarla, evitando sin embargo las consecuencias de la violación. Una alusión en Guastini, R., *Dalle fonti alle norme*, 2a. ed., Turín, 1992, p. 107.

miento" aptas para completarla, de manera que dentro de los límites marcados exista "un margen de libertad", que es ocupado precisamente por la regla convencional.[24]

Hay ejemplos macroscópicos de las reglas que rigen las modalidades de formación de un nuevo gobierno (consultas, encargo, etcétera).[25]

C. Convenciones que, aunque formando parte de la Constitución (de alguna manera), no están directamente conectadas a alguna específica regla constitucional escrita.[26]

Puede aducirse, como ejemplo, la regla según la cual el presidente de la República italiana no puede hacer críticas públicas al gobierno sobre cuestiones políticas.

D. Convenciones que se sobreponen a una regla constitucional escrita, incorporando a un acto o suceso —quedando firmes sus propios efectos jurídicos, previstos por la regla escrita— también ciertas consecuencias políticas que la misma regla no prevé.[27]

Por ejemplo, el voto negativo de una cámara sobre el proyecto de ley de presupuesto no produce otro efecto jurídico que el de hacer caer la propuesta del gobierno, pero, convencionalmente, produce un ulterior efecto político de provocar la dimisión del gobierno ("como si" le hubiese sido revocada la confianza).

Al igual que la costumbre constitucional, tampoco las convenciones constitucionales están de ningún modo previstas por la Constitución. Y, por consiguiente, resulta natural que operen como fuentes *extra ordinem*, que se imponen sólo en virtud del principio de efectividad. Según la doctrina, por otro lado, las reglas convencionales se diferencian de las consuetudinarias desde diversos puntos de vista.[28]

24 Rescigno, G. U., *Corso di diritto...*, *cit.*, nota 17, p. 447; *Id.*, *Le convenzioni...*, *cit.*, nota 1, p. 45.

25 Rescigno, G. U., *Le convenzioni...*, *cit.*, nota 1, pp. 46 y ss. Algunos, sin embargo, piensan que las reglas en cuestión han adquirido finalmente la consistencia de verdaderas costumbres. *Cfr.* Paladin, L., *Le fonti del diritto...*, *cit.*, nota 1, p. 406.

26 Rescigno, G. U., *Le convenzioni...*, *cit.*, nota 1, pp. 70 y ss.

27 *Ibidem*, p. 96.

28 *Ibidem*, capítulo IV.

En primer lugar, las reglas convencionales no siempre nacen de comportamientos uniformemente repetidos durante mucho tiempo, algunas veces nacen también de un sólo "precedente".[29]

En segundo lugar, las reglas convencionales no son susceptibles de aplicación jurisdiccional, de modo que su violación carece de todo remedio.[30]

En tercer lugar, precisamente por esta razón, las reglas convencionales son siempre derogables.

En cuarto lugar, las reglas convencionales tienen una eficacia, por así decir, sólo contingente, en el sentido de que están destinadas a perder eficacia en situaciones político-constitucionales diversas de las que permitieron o requirieron su formación.[31]

A pesar de esto, no es fácil trazar concretamente una nítida línea de demarcación entre normas consuetudinarias y reglas convencionales.[32] A menudo, algunos consideran reglas meramente convencionales (y, por tanto, derogables) las que otros estiman, en cambio, como consuetudinarias (y, por tanto, obligatorias), y viceversa.

29 Pero, como se ha indicado, es opinión común de la doctrina que, en materia constitucional, esto valga también para las costumbres.

30 Rescigno, G. U., *Le convenzioni...*, *cit.*, nota 1, pp. 10 y ss., 122 y ss.

31 Zagrebelsky, G., *Manuale...*, *cit.*, nota 16, p. 267.

32 Según G. Zagrebelsky (*ibidem*, p. 279), las costumbres no son otra cosa que "reglas convencionales estabilizadas, objetivadas y desplegadas en el tiempo y en la conciencia jurídica: entre las convenciones y las costumbres hay, por lo tanto, continuidad", en el sentido de que las convenciones se trasforman en costumbres "cuando alcanzan un cierto grado de consistencia". *Cfr.* también Rescigno, G. U., *Le convenzioni...*, *cit.*, nota 1, pp. 138 y ss.

¿PECULIARIDADES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL?

I. El problema y sus coordenadas 255
II. Los agentes de la interpretación constitucional . . 256
III. Las técnicas de la interpretación constitucional . . 262
IV. Problemas de la interpretación constitucional . . . 265
V. Apéndice: las lagunas en la jurisprudencia constitucional italiana 273

¿PECULIARIDADES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL?*

I. EL PROBLEMA Y SUS COORDENADAS

¿Cuáles son (si es que existen) las peculiaridades de la interpretación constitucional? ¿Qué cosa distingue (suponiendo que algo la distinga) a la interpretación de la Constitución de la interpretación de cualquier otro texto normativo? ¿La interpretación de la Constitución es distinta, por ejemplo, de la interpretación de la ley?, y en caso afirmativo ¿cual es la diferencia?

Conviene mencionar que las peculiaridades de la interpretación constitucional, si existen, no se refieren a la naturaleza de la actividad interpretativa en cuanto tal. Bien entendido, "interpretación" es el nombre de (al menos) dos actividades bien diversas. Por una parte, la interpretación —especialmente si se realiza por un órgano de aplicación del derecho— es un acto de voluntad o decisión; es una atribución (o adscripción) de un significado a un texto. Otras veces la interpretación —si se realiza, supongamos, por un (¿imaginario?) jurista completamente "desinteresado"— es más bien un acto de conocimiento: es el descubrimiento (o descripción) de los significados que un texto potencialmente contiene. Pero nadie puede afirmar, plausiblemente, que una interpretación sea una cosa o la otra según la identidad del texto interpretado.

Se puede suponer, por el contrario, que las peculiaridades de la interpretación constitucional se refieren a una o más de las cosas siguientes:

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

1. Los agentes de la interpretación.
2. Las técnicas interpretativas.
3. Los problemas de la interpretación.

Puede darse, en otras palabras, que la Constitución, a diferencia de las (otras) leyes, esté sujeta no a la interpretación judicial (de los jueces comunes), sino a la interpretación de agentes diversos; o que para la interpretación de los documentos constitucionales sea necesario (o incluso sólo oportuno) adoptar técnicas interpretativas específicas, diversas de las que se utilizan para la interpretación de las leyes; o, incluso, que los textos constitucionales conlleven problemas interpretativos diversos de los ordinarios que nacen de la interpretación de las leyes.

II. Los agentes de la interpretación constitucional

Para identificar a los agentes —si no exclusivos, al menos típicos o privilegiados— de la interpretación constitucional, se puede identificar preliminarmente a los destinatarios de las normas constitucionales. Parece obvio, de hecho, que la Constitución es interpretada típicamente (aunque si bien no exclusivamente) por sus destinatarios. ¿Quiénes son entonces los destinatarios de las normas constitucionales?

Esta pregunta, sin embargo, no parece admitir una respuesta simple y unívoca porque son muchas las variables en juego. Enseguida me limito a las variables principales, absteniéndome de combinarlas (como sería necesario para un tratamiento exhaustivo del problema).

1. *Dos concepciones de la Constitución*. Una primera variable es el modo de concebir la función política de la Constitución. *Grosso modo*: se puede entender que la Constitución responde: *a*) a la función de limitar el poder político, o bien *b*) a la función de modelar las relaciones sociales.

En general, la primera concepción induce a pensar que las normas constitucionales se dirigen a los órganos constitucionales supremos (las cámaras, el gobierno, el jefe de Estado, la Corte Constitucional, etcétera) y que éstos son los únicos interpretes

"autorizados" de la Constitución. En otras palabras, desde este punto de vista, el texto constitucional —a diferencia de las leyes ordinarias— no es susceptible de interpretación y aplicación jurisdiccional directa por parte de los jueces comunes.

La segunda concepción, por el contrario, sugiere que la Constitución es —como cualquier otra ley— susceptible de interpretación y aplicación directa por parte de los jueces comunes para la solución de las controversias a ellos sometidas. En general, esta concepción se dirige a favorecer:

A) Por un lado, la interpretación conforme de la legislación ordinaria: las leyes son interpretadas de modo que su contenido normativo se haga coherente con la Constitución (previamente interpretada).

B) Por otro lado, la sobreinterpretación del texto constitucional de forma que se puedan recabar (implícitamente) reglas y principios idóneos para disciplinar directamente las relaciones sociales y resolver las controversias relativas.

Naturalmente, cabe hacer notar que no todos los textos constitucionales se prestan en igual medida a este tipo de tratamiento. A modo de máxima, se prestan a ser sobreinterpretados y a condicionar la interpretación de las leyes ordinarias a los textos constitucionales que incluyen disposiciones programáticas y/o solemnes declaraciones de principio; se prestan poco o nada los textos que se limitan a dictar las reglas de organización y funcionamiento de los órganos constitucionales.

2. *El régimen jurídico de la Constitución.* Una segunda variable es el "régimen jurídico" de la Constitución: aludo, obviamente, a la distinción entre Constituciones rígidas y flexibles (asumiendo por simplicidad que todas las Constituciones rígidas estén además garantizadas por alguna forma de control sobre la legitimidad constitucional de la legislación ordinaria). Pues bien:

A) Si la Constitución es flexible, de modo que no existe algún control jurisdiccional sobre la legitimidad constitucional de las leyes, el único interprete "oficial" (es decir, dotado de autoridad) del texto constitucional —incluso de las disposiciones que confieren derechos de libertad— no es otro mas que el mismo

legislador. La Constitución es sustraída, de hecho, de la interpretación de los jueces comunes.

B) Si la Constitución es rígida, se puede distinguir:

a) En donde el control de legitimidad constitucional de las leyes es ejercido de forma difusa por todos los jueces, como sucede en Estados Unidos, no existe algún intérprete privilegiado de la Constitución: la Constitución —como cualquier otra ley— es interpretada, en última instancia, por los jueces.

b) En donde, por el contrario, el control de la legitimidad constitucional de las leyes es ejercido por un juez constitucional (único órgano hipotéticamente competente para decidir las controversias sobre la legitimidad constitucional de las leyes), como sucede en muchos regímenes constitucionales europeos, entonces existe un intérprete privilegiado de la Constitución, y este intérprete es precisamente el juez constitucional.

En donde el control del juez constitucional se ejerce *a posteriori* y por vía de excepción, como sucede por ejemplo en Italia, los jueces comunes necesariamente desarrollan una función de filtro en relación con el juez consti-tucional. En estas circunstancias, también los jueces comunes —salvo que tengan la obligación de remitir al juez constitucional toda cuestión planteada por las partes y al mismo tiempo no tengan el poder de plantear cuestiones de oficio—, interpretan y hacen uso directo de la Constitución, ya sea juzgando una cuestión de legitimidad constitucional fundada (o, al menos, no manifiestamente infundada) y por tanto merecedora de ser remitida, puesta en la consideración del juez constitucional, ya sea juzgándola infundada (o manifiestamente infundada), y por tanto no merecedora de ser remitida al juez constitucional. Todo juicio sobre la fundamentación o no fundamentación de una cuestión de legitimidad constitucional supone de hecho la interpretación de la Constitución.

3. *El contenido normativo de la Constitución.* Una tercera variable es el contenido normativo de la Constitución ya que, obviamente, no todas las Constituciones presentan el mismo contenido normativo.

A) Algunas Constituciones, por ejemplo, contienen exclusivamente normas sobre la organización de los poderes públicos (no incluyen un catálogo de derechos, ni contienen normas programáticas o de principio).

En general, las normas que distribuyen el poder entre los diversos órganos del Estado no están sujetas a la interpretación judicial: los únicos intérpretes de estas normas son los mismos órganos a los que se dirigen (las cámaras, el gobierno, el jefe de Estado, etcétera). Sin embargo, conviene hacer alguna precisión.

La controversia que puede nacer de la violación —o de la presunta violación— de las normas que distribuyen el poder entre los órganos del Estado es un conflicto de poder entre esos mismos órganos. Ahora bien, los conflictos de poder entre los órganos del Estado pueden ser "justiciables", es decir, susceptibles de solucionarse en sede jurisdiccional, o no serlo de hecho. En la mayor parte de las Constituciones modernas, en realidad, los conflictos entre poderes no son justiciables, pero puede suceder que sí lo sean, y que el juez competente para resolver dichos conflictos sea el juez constitucional.

Cuando los conflictos entre poderes no son justiciables, los únicos intérpretes "autorizados" de las disposiciones constitucionales en cuestión son esos mismos órganos del Estado a los que dichas normas se refieren, ya que la interpretación ofrecida por tales órganos no está sujeta a algún control jurisdiccional.

Por el contrario, cuando los conflictos entre poderes son susceptibles de solución jurisdiccional por parte del juez constitucional —como sucede, por ejemplo, en Italia y en Alemania— el intérprete privilegiado, o "último", de las disposiciones en cuestión es el juez constitucional.

B) Muchas Constituciones incluyen, junto a las normas sobre la organización de los poderes, también declaraciones de derechos.

Ahora bien, la controversia que típicamente puede nacer de la violación —o presunta violación— de las normas que confieren derechos (especialmente derechos de libertad) a los ciudadanos es una controversia relativa a la legitimidad constitucional de una ley. Puede, por tanto, preguntarse ¿qué órgano es el competente para solucionar controversias de este tipo? La respuesta

a esta pregunta depende del régimen jurídico de la Constitución, sobre el que se ha tratado ya en el punto II.

C) Finalmente, muchas Constituciones, especialmente contemporáneas, incluyen —junto a la declaración de derechos y a las normas sobre la organización del Estado— también una gran variedad de normas programáticas y de principio. ¿Qué órgano es competente para interpretar las disposiciones de este tipo? La respuesta a esta demanda depende, por un lado, del modo de concebir la función política de la Constitución (I); por otro, del régimen jurídico de la Constitución, sobre el que ya se ha tratado.

Interpretación auténtica de la Constitución

Se puede cuestionar si la Constitución es —como la ley— susceptible de interpretación auténtica (la pregunta, obviamente, no tiene sentido para las Constituciones no escritas). La relevancia de la cuestión es eminentemente conceptual; en realidad sirve para arrojar luz no tanto sobre las peculiaridades de la interpretación constitucional como sobre la ambigüedad del concepto de interpretación auténtica. ¿Qué se entiende de hecho por interpretación auténtica?

En el lenguaje jurídico se llama "auténtica", típicamente, a la interpretación de la ley realizada por el órgano Legislativo mediante una ley sucesiva. ¿Pero qué cosa exactamente convierte en auténtica esa interpretación? ¿La identidad del órgano del que la interpretación proviene? ¿El *nomen iuris* del documento interpretante? ¿O quizá su "fuerza", su colocación en el sistema de fuentes del derecho? ¿O, incluso, el hecho de que la ley interpretativa sea vinculante para todos los órganos que la aplican? Como se puede ver, la pregunta relativa al concepto de interpretación auténtica admite diversas respuestas. En el lenguaje común, la interpretación de cualquier texto se considera auténtica sólo si se realiza por el mismo sujeto —la misma persona— que es el autor del texto interpretado; pero esta noción de interpretación auténtica no parece tener residencia en el mundo jurídico, y puede ser omitida.

A) En primer lugar, se puede entender que la interpretación de un documento normativo es auténtica sólo si la realiza el mismo órgano que ha aprobado el documento en cuestión. En tal caso se deberá distinguir entre Constituciones "concedidas" por el soberano y Constituciones aprobadas por asambleas populares. La interpretación auténtica de una Constitución *otorgada* parece (si bien improbable) posible: será necesario para ello un acto del soberano. Por el contrario, la interpretación auténtica de una Constitución "popular" es una hipótesis del todo peregrina; comúnmente, las asambleas constituyentes, una vez que han aprobado el texto constitucional, se disuelven, habiendo agotado el mandato para el que fueron creadas.

B) En segundo lugar, se puede considerar auténtica la interpretación de un documento normativo realizada mediante un documento dotado del mismo *nomen iuris* que el documento interpretado. En tal caso, la posibilidad misma de una interpretación auténtica de la Constitución parece excluirse: una "Constitución" sucesiva sería obviamente entendida no como interpretación auténtica de la precedente, sino como nueva Constitución.

C) En tercer lugar, se puede entender como auténtica la interpretación de un documento normativo realizada mediante un documento dotado de la misma "fuerza" jurídica que el documento interpretado. En tal caso, hay que distinguir entre Constituciones flexibles y Constituciones rígidas. Si la Constitución es flexible, entonces se podrá (quizá) tener como auténtica la interpretación constitucional realizada mediante ley (ordinaria, ya que otras leyes, hipotéticamente, no existen). Si la Constitución es rígida, entonces se podrá (quizá) considerar auténtica la interpretación constitucional realizada mediante leyes constitucionales (siempre que la Constitución prevea una fuente como ellas).

D) En cuarto lugar, se puede considerar auténtica la interpretación de un documento normativo realizada por un órgano que tenga, por así decirlo, la última palabra en la materia, es decir, un órgano cuya interpretación no pueda ser contradicha o modificada por algún otro órgano y sea vinculante para todos. También en este caso, hay que distinguir entre Constituciones flexibles y Constituciones rígidas. Si la Constitución es flexible, cualquier

acto legislativo puede valer como su interpretación auténtica. Si la Constitución es rígida y está garantizada por un órgano de la justicia constitucional, vale como su interpretación auténtica toda decisión del juez constitucional.

III. Las técnicas de la interpretación constitucional

Se puede sostener —y de hecho así se ha sostenido hasta ahora— que para la Constitución deben emplearse reglas o técnicas de interpretación peculiares, diversas de las que se emplean para otros documentos normativos.

1. *Constituciones "otorgadas" y Constituciones pactadas*

Para empezar, se puede decir que no necesariamente todas las Constituciones exigen o permiten las mismas técnicas interpretativas. Por ejemplo, se puede sostener que:

A) Las Constituciones nacidas de actos unilaterales de una (cualquiera) autoridad —el soberano (Constituciones *otorgadas*), o una asamblea constituyente (Constituciones populares), poco importa— deben ser interpretadas, como es regla para los actos normativos unilaterales, investigando la intención del "legislador".

B) Las Constituciones pactadas —nacidas del acuerdo entre el soberano y asambleas representativas— deben ser interpretadas, como es regla para los actos convencionales, investigando la común intención de los "contratantes".

2. *La interpretación liberal de la Constitución*

Se puede imaginar una doctrina liberal de la interpretación constitucional, en virtud de la cual la Constitución debe ser interpretada en modo tal que circunscriba, tanto como sea posible, el poder estatal y que extienda, tanto como sea posible, los derechos de libertad.

Este punto de vista —que quizá nadie ha teorizado expresamente, pero que ha sido practicado por juristas de orientación liberal— se traduce:

A) Por un lado, en la interpretación restrictiva de todas las disposiciones constitucionales que confieren poderes a los órganos del Estado.

B) Por otro lado, en la interpretación extensiva de todas las disposiciones constitucionales que confieren derechos de libertad a los ciudadanos.

Sin embargo, es evidente que la doctrina que se examina puede ser extendida a la interpretación de cualquier documento normativo —también no constitucional— que instituya poderes públicos y/o confiera derechos de libertad.

3. *La Constitución rechaza la interpretación literal*

Según un punto de vista bastante difundido, la Constitución no se presta a una interpretación literal.

Las disposiciones constitucionales (sino todas, por lo menos una gran parte de ellas) —se dice— están redactadas en un lenguaje extremadamente vago: son, propiamente hablando, "principios", más que "normas" o "reglas" especificas, y la indeterminación de las formulaciones es un rasgo característico de las disposiciones del principio. Por otro lado, los principios no pueden ser entendidos a la letra, la interpretación literal de un principio no tiene otro efecto que el de privarlo de todo contenido prescriptivo y de convertirlo, así, en inutilizable para la aplicación del derecho.

Esta doctrina, en realidad, no parece aplicable a los diversos textos constitucionales por entero, y del resto, no todas las Constituciones contienen disposiciones de principio.

Como quiera que sea, la doctrina que se examina asume que los principios constitucionales tienen un contenido prescriptivo que hay que encontrar mediante la interpretación. Pero la tesis de que los principios constitucionales estén provistos de contenido prescriptivo (y no que están por el contrario privados o casi

privados de él) es precisamente una tesis que hay que demostrar. Se puede, por el contrario, sostener que si el contenido prescriptivo de los principios no puede ser recogido mediante la interpretación literal —es decir, confiando en el significado común de las palabras— entonces tal contenido prescriptivo, simplemente, no subsiste.

4. *La Constitución exige una interpretación evolutiva*

Es también una doctrina muy difundida que a la Constitución le debe ser aplicada una interpretación llamada "evolutiva", que consiste en la atribución al texto constitucional de un significado diverso del "histórico" (diverso del significado que tenía al momento de su creación), y también un significado siempre mudable, para de esta forma adaptar el contenido normativo a las mudables exigencias políticas y/o sociales. Como es fácil de comprender, esta doctrina resulta tanto más persuasiva cuando el documento constitucional de que se trata es más permanente en el tiempo (como, por ejemplo, la Constitución federal de los Estados Unidos).

Esta tesis se ha defendido con dos argumentos diversos:

A) Un primer argumento suena, *grosso modo*, así: la Constitución disciplina esencialmente relaciones políticas, o sea, relaciones que fatalmente cambian en el tiempo. De esa forma, debe ser interpretada de modo que se adapte a la evolución de las relaciones que disciplina.

B) Un segundo argumento suena así: la Constitución es "el contrato social" que funda una comunidad; en cuanto tal, debe ajustarse a los valores ético-políticos dominantes en el seno de la comunidad de que se trata. Por tanto, la interpretación de la Constitución debe cambiar cada vez que cambien los valores socialmente difundidos. A propósito, se pueden hacer a lo anterior tres observaciones:

a) La primera observación es que la doctrina en examen puede ser aplicada a la interpretación de cualquier documento normativo (en Italia, por ejemplo, la doctrina evolutiva ha sido ela-

borada, bajo el régimen estatutario, como doctrina de la interpretación de la ley): ella, entonces, no se refiere específicamente a la interpretación constitucional.

b) La segunda observación es que esta doctrina es inaceptable para quien se incline a atribuir autoridad a la intención subjetiva de los constituyentes.

c) La tercera observación es que la doctrina en cuestión supone una notable estabilidad de los documentos constitucionales: ella no tiene sentido cuando el texto por interpretar sea nuevo, y pierde toda fuerza de persuasión cuando el texto es reciente.

Como quiera que sea, este punto de vista conlleva un grave problema. Comúnmente, las Constituciones son reformables. La reforma constitucional sirve para adaptar el texto normativo a las cambiantes circunstancias. Pero la reforma constitucional es competencia exclusiva de ciertos órganos que operan de acuerdo con ciertos procedimientos. ¿Por qué nunca, en la inercia del "legislador constitucional", la renovación de la Constitución debe realizarse por vía interpretativa, por obra de ciudadanos particulares (como son los juristas) y/o por órganos comúnmente no competentes para enmendar la Constitución? Bien visto, esto constituye una violación a la propia Constitución (a aquellas de sus normas que disciplinan la reforma constitucional).

IV. Problemas de la interpretación constitucional

Existen, en fin, algunos problemas de interpretación que, *prima facie*, se refieren no a los documentos normativos en general, sino específicamente a los textos constitucionales. Entre éstos, se encuentran los siguientes (la enumeración es obviamente incompleta):

1. *¿Constituciones flexibles o Constituciones inmodificables?*

Un primer problema se refiere a todas aquellas Constituciones que nada disponen sobre su reforma. El problema es el si-

guiente: ¿Se debe entender que una Constitución que no prevé algún procedimiento para su reforma es flexible (y por tanto modificable mediante leyes ordinarias), o se debe por el contrario entender que una Constitución como esa está "petrificada", que es absolutamente inmodificable? A primera vista, ambas tesis parecen sostenibles.

A) Se puede sostener, en primer lugar, que la Constitución es flexible; este punto de vista tiene, obviamente, el doble efecto de debilitar la Constitución existente, y de consentir sin embargo la modificación pacífica (si la Constitución fuera legalmente inmodificable, entonces no habría otro modo de cambiarla más que recurriendo a medios ilegales: en última instancia, al uso de la fuerza).

Sin embargo, en ausencia de una norma que expresamente autorice al legislador ordinario a modificar la Constitución, esta tesis no puede ser defendida con argumentos textuales. Para argumentarla, hay que recurrir a asunciones o construcciones dogmáticas más o menos complejas. Por ejemplo, se puede fundar la tesis que se examina asumiendo el postulado —apreciado por la doctrina francesa de la Tercera República— de la omnipotencia del Parlamento, concebido como poder no constituido, sino constituyente (y por lo tanto "soberano").

B) Se puede sostener, en segundo lugar, que la Constitución sea más que rígida, rigidísima, "petrificada", sustraída a cualquier reforma (legal). Este modo de ver tiene, obviamente, el efecto de "reforzar" la Constitución existente, pero convirtiendo en imposible la revisión pacífica. Para sostener esta tesis se pueden imaginar dos distintos argumentos (aunque quizá sean dos variables de un mismo argumento).

Por un lado, la tesis que se examina puede ser defendida simplemente argumentando (*a contrario)* a partir del texto constitucional interpretado a la letra: si la Constitución no autoriza algún procedimiento para su reforma, entonces ningún procedimiento de reforma está autorizado, por tanto, la Constitución no es revisable.

Por otro lado, la tesis en examen puede ser defendida argumentando a partir de un principio (comúnmente no escrito, pero) generalmente aceptado en las culturas jurídicas liberales. El ar-

gumento es que existen, en el derecho constitucional, dos diversas normas de clausura. Una de ellas disciplina los derechos de los ciudadanos, y dice: "todo lo que no está expresamente prohibido está permitido" (principio de libertad). La otra disciplina los poderes de los órganos del Estado, y dice: "todo lo que no está expresamente permitido está prohibido" (principio de legalidad). De lo anterior se sigue que, no estando algún órgano expresamente autorizado para modificar la Constitución, la reforma constitucional está, para cualquier órgano, prohibida.

2. *¿Reconocimiento o creación de derechos?*

Una segunda cuestión concierne a todas las Constituciones que incluyen una declaración de derechos. La cuestión es si los derechos enunciados en la declaración son propiamente "declarados", es decir, simplemente reconocidos, o por el contrario "constituidos", es decir creados *ex novo*. Como es claro, la respuesta a esa cuestión depende de una previa adhesión a una determinada filosofía del derecho.

A) Los partidarios del iusnaturalismo reiteran que existen "en la naturaleza" derechos (subjetivos), antecedentes a toda disciplina positiva e independientes de ella; derechos, por lo tanto, que la Constitución se limita a reconocer. Desde este punto de vista —se podría decir— el texto constitucional es un texto no genuinamente prescriptivo (adscribir derechos es, de hecho, prescribir), sino *descriptivo* de derechos preexistentes.

Este punto de vista parece encontrar confirmación en el modo en el que, a veces, las Constituciones son formuladas. Basta recordar el caso, paradigmático, de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 (que desde su propio nombre permite adivinar un texto simplemente reconocedor de derechos naturales preexistentes): "los hombres nacen y permanecen libres e iguales en sus derechos..." (artículo 1o.); "el objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre..." (artículo 2o.).

Comúnmente, la interpretación de la Declaración de los Derechos en clave iusnaturalista se acompaña de la idea de que el elenco de los derechos expresamente mencionados en la Constitución es una lista abierta, y por tanto susceptible de ser integrada: no se dice, de hecho, que el reconocimiento de derechos naturales por el constituyente sea completo y exhaustivo.

Además, la interpretación iusnaturalista fácilmente induce a pensar que la Declaración de los Derechos, incluso a falta de una prohibición expresa en tal sentido, está sustraída a la reforma constitucional.

B) Por el contrario, los partidarios del positivismo jurídico reiteran que no existen derechos (subjetivos) preexistentes al derecho positivo, y que por tanto los derechos en cuestión no son reconocidos, sino creados y adscritos a los ciudadanos originariamente por la Constitución.

Desde este punto de vista, las formulaciones meramente "reconocedoras" encontradas en muchos documentos constitucionales no prueban que realmente existan derechos subjetivos naturales, es más, testimonian que ésta era la ideología de los constituyentes.

Frecuentemente, la interpretación de la Declaración de los Derechos, en clave iuspositivista, se acompaña de la idea de que el elenco de derechos mencionados por la Constitución es una lista cerrada, no susceptible de integración por obra de los órganos que la aplican.

Además, la interpretación iuspositivista fácilmente induce a pensar —o, de cualquier modo, no excluye prejudicialmente— que, en ausencia de una prohibición expresa en tal sentido, también la Declaración de los Derechos es susceptible de reforma constitucional como cualquier otra parte de la Constitución.

3. *¿Los preámbulos expresan normas?*

Una tercera cuestión concierne a todas aquellas Constituciones que incluyen un preámbulo. La cuestión es si las solemnes declaraciones de los preámbulos expresan "genuinas normas ju-

rídicas". Problema análogo, si no idéntico, existe para todas aquellas Constituciones —y son la mayoría de las Constituciones del siglo XIX— que, también en ausencia de preámbulo, contienen sin embargo disposiciones programáticas y/o de principio. Como es fácil de intuir, detrás de una aparente futilidad, la cuestión encierra al menos un par de problemas jurídicos extremadamente serios.

Un primer problema es si los preámbulos, los programas políticos y los principios tienen la capacidad de invalidar o, según los casos, de abrogar normas legislativas incompatibles con ellos.

Un segundo problema es si los textos en cuestión son, como suele decirse, "justiciables", es decir, si pueden ser directamente aplicables en sede jurisdiccional.

A) La respuesta negativa —los preámbulos, etcétera, no tienen un genuino contenido normativo— puede ser, y ha sido, argumentada simplemente llamando la atención sobre la formulación de los textos en cuestión. Se trata, por lo demás, de solemnes declaraciones de intenciones, que —por la extrema vaguedad del lenguaje en que son redactadas— no son reconducibles a la forma estándar de una norma, en la que una precisa consecuencia jurídica está conectada a un no menos preciso supuesto de hecho. Los preámbulos, como se ha dicho, se parecen más a textos literarios, filosóficos o políticos, que a disposiciones normativas.

B) La respuesta positiva —los preámbulos, etcétera, contienen genuinas normas jurídicas— puede ser, y ha sido, argumentada apelando a la naturaleza jurídica de los documentos en cuestión. Los documentos constitucionales son textos jurídicos. Su formulación podrá traer graves problemas interpretativos. Pero la "fuerza" normativa de todo texto jurídico deriva no ya de su formulación, sino de la "fuente" (en sentido subjetivo) de la que proviene (según los casos, el soberano, una asamblea constituyente, el Parlamento, el Ejecutivo, etcétera). En suma, un texto constitucional tiene, tautológicamente, valor constitucional, a pesar de que el lenguaje del constituyente pueda ser vago y ambiguo.

4. *¿Existen límites lógicos a la reforma?*

Un cuarto problema —que existe para casi cualquier Constitución— es si existen "límites lógicos" a la reforma constitucional. El punto debe ser aclarado.

Los límites llamados "lógicos" no deben ser confundidos con los límites "implícitos" de la reforma. Un límite implícito es una norma no expresa, que puede —si puede— ser recabada de un determinado texto constitucional con los acostumbrados argumentos que se utilizan para la interpretación (o más bien para la integración) del derecho cada vez que se reconstruyen normas implícitas: normas no expresamente formuladas en alguna disposición.

La cuestión de si existen límites implícitos a la reforma constitucional es entonces un problema de interpretación "común" de un documento constitucional determinado: no admite una respuesta de orden teórico-general, que valga para cualquier Constitución. Los límites implícitos, en otras palabras, son contingentes (no necesarios), propios de una determinada Constitución, y no necesariamente de todas.

Por ejemplo, dada una disposición que prohíbe la reforma de la "forma republicana" del Estado (artículo 139 de la Constitución italiana vigente, artículo 89 de la Constitución francesa de 1958), se puede sostener que el constituyente "*minus dixit quam voluit*". Por lo tanto —más allá de la interpretación literal, y sobre la base de un argumento de tipo "sistemático"— la reforma constitucional debe entenderse prohibida no sólo para "la forma republicana", sino también para la "forma democrática" del Estado. Junto a la prohibición expresamente formulada en la Constitución, el interprete deduce la existencia de una prohibición ulterior, meramente implícita. Se puede poner otro ejemplo: independientemente de toda prohibición expresa de reforma, la Constitución califica ciertos derechos subjetivos como "inviolables". Se puede sostener que el constituyente, al decir "inviolables", ha querido decir "no susceptibles de ser suprimidos mediante el procedimiento de reforma constitucional". También en este caso existe una prohibición de reforma

no expresamente formulada por la Constitución, sino construida por la interpretación.

Por el contrario, los límites "lógicos" a la reforma son prohibiciones de reformas *necesarias* (no contingentes), intrínsecos a *cualquier* Constitución. Por ejemplo, algunos entienden que, por razones puramente lógicas, no es susceptible de reforma la norma que disciplina la propia reforma constitucional.

En general (trasladando el caso, ya mencionado, de la revisión de la norma sobre la reforma), los límites lógicos derivan —se supone— del concepto mismo de reforma constitucional y/o del concepto mismo de Constitución. A condición, naturalmente, de que los conceptos en cuestión sean oportunamente definidos, ya que todo concepto implica lógicamente nada más y nada menos que aquello que se "mete dentro" al definirlo (si bien tácitamente, como sucede a menudo).

Por ejemplo, la existencia de límites lógicos a la reforma puede ser argumentada distinguiendo entre *reforma* de la Constitución e *instauración* de una nueva Constitución. Una cosa es modificar la Constitución —se puede decir— sin alterar la identidad, o sea los principios "supremos" que la caracterizan y la distinguen de otras Constituciones; otra cosa es introducir una nueva Constitución, caracterizada por principios supremos diversos de los de la Constitución precedente. En ningún caso puede la reforma constitucional ser utilizada para modificar los principios supremos de la Constitución existente.

O bien (en una variante del mismo argumento), la existencia de límites lógicos a la reforma puede ser argumentada distinguiendo entre poder constituyente y poderes constituidos. El poder constituyente es un poder originario, mientras que el poder de reforma es un poder constituido, derivado. En ningún caso puede un poder constituido sustituir al poder constituyente. Un poder de reforma que se utilizara para instaurar una nueva Constitución se convertiría en un genuino poder constituyente. La reforma constitucional no puede entonces llevarse tan a fondo que sustituya a la Constitución existente, alterando sus connotaciones esenciales.

A este punto de vista se puede objetar que el "espíritu de la Constitución" (así llamado por el artículo 112, fracción primera de la Constitución noruega de 1814, que lo declara intangible) es una cosa del todo evanescente. Una Constitución, después de todo, no es otra cosa que un conjunto de normas. Que, de estas normas, algunas sean "caracterizantes" o tengan el valor de "principios supremos" es fruto de un opinable juicio de valor. Pero, si dejamos del lado las valoraciones, todo conjunto se define (extensionalmente) por simple enumeración de los elementos que lo componen.

Ahora bien, existen tres tipos posibles de reforma constitucional: *a*) la introducción de una nueva norma; *b*) la supresión de una norma preexistente, y *c*) la sustitución de una norma preexistente (es decir, la supresión de una vieja norma combinada con la introducción de una norma nueva). Pero, frecuentemente, toda reforma comporta la *modificación* del conjunto preexistente, y la modificación de un conjunto da lugar a un conjunto *diverso:* porque diversos son los elementos que lo componen.

Desde este punto de vista, toda reforma constitucional —aunque sea "marginal" desde un punto de vista axiológico— produce una *nueva* Constitución. De esta forma, reforma constitucional e instauración constitucional son —desde un punto de vista avalorativo— cosas, simplemente, indistinguibles. Para este punto de vista, no existen límites lógicos a la reforma constitucional.

5. *¿Plenitud de la Constitución?*

Un quinto problema —que existe para cualquier Constitución, si bien quizá es del interés sólo de las Constituciones rígidas— es el de la "plenitud" o "no plenitud" de la Constitución. No se trata del clásico problema de la plenitud del derecho, ya sea referido a un conjunto circunscrito de normas (las normas constitucionales) ya sea al ordenamiento jurídico en su totalidad.

No se pregunta si la Constitución disciplina cualquier posible supuesto de hecho o si califica deónticamente cualquier po-

sible comportamiento, sino si la Constitución contiene normas que vinculan, limitándolo, el contenido de cualquier ley futura. Si la Constitución es, en este sentido, "completa", entonces para cualquier ley —cualquiera que sea el objeto que discipline— existirá un "parámetro" de legitimidad constitucional: cualquier ley, entonces, podrá ser contrastada con una norma constitucional para valorar su conformidad con la Constitución. Si, por el contrario, la Constitución es "incompleta", entonces existirán leyes que no podrán sensatamente ser confrontadas con alguna norma constitucional para valorar su conformidad con la Constitución.

Evidentemente, la plenitud de la Constitución (así entendida) subsiste si, y solo si, la Constitución incluye al menos una norma —por decirlo así— sin objeto, o al menos sin un objeto específico, y por tanto referible, como parámetro de legitimidad, a cualquier ley futura, independientemente de la materia que discipline.

Para algunos, la plenitud de la Constitución —o, más precisamente, de algunas Constituciones— es sostenible a partir del principio de igualdad, especialmente si se entiende como una prohibición *general* de discriminación (dirigido al legislador), o incluso como principio de "razonabilidad" de la legislación (según la práctica interpretativa de algunos tribunales constitucionales).

V. Apéndice: las lagunas en la jurisprudencia constitucional italiana

Las lagunas parecen desempeñar un papel importante en el modo de razonar de la Corte Constitucional italiana en por lo menos cuatro tipos de contextos o circunstancias.

1. La derogación —la simple derogación, no acompañada de una nueva regulación del mismo supuesto de hecho— tiene el efecto de "suprimir" normas. De este modo, en un cierto sentido, todo acto de derogación produce una "laguna": un "vacío normativo", como se suele decir en el lenguaje común.

Muchas veces, en realidad, se trata de una laguna meramente aparente: por ejemplo, la derogación de una prohibición penal

hace que el comportamiento antes prohibido se convierta en permitido (artículo 25, fracción II, Constitución italiana; artículo 1o., Código Penal italiano; artículo 14, Disposiciones Preliminares del Código Civil italiano). La derogación de una norma que es la excepción a una regla general hace que el supuesto de hecho, antes regulado por la norma ahora derogada, caiga en el campo de aplicación de la regla general. Y así por el estilo.

Según la jurisprudencia constitucional, la derogación de una norma que regula, por ejemplo, el procedimiento de formación de un órgano produce una "verdadera" laguna: en ausencia de una regulación cualquiera del procedimiento de formación de un órgano, el órgano en cuestión no puede ser creado de ningún modo. La derogación de esa norma en particular (o de ese conjunto de normas en particular) equivale a la supresión del órgano.

Se crea de esta forma una laguna que parece presentar las características propias de las lagunas llamadas "técnicas".

También, según la jurisprudencia constitucional, existen órganos (en particular, los órganos constitucionales) que simplemente no pueden ser suprimidos, ya que su supresión constituiría una lesión al ordenamiento constitucional, es decir, una violación a la Constitución. De esta forma, las normas que disciplinan su formación pueden ser sustituídas, pero no derogadas *tout court*: las normas para la elección de los órganos constitucionales o de relevancia constitucional pueden ser sustituidas (por el legislador) con nuevas normas, que dicten una disciplina diversa, pero no pueden ser simplemente derogadas, porque de esa forma los órganos en cuestión serían "expuestos a la eventualidad... de parálisis en su funcionamiento" (sentencia de la Corte Constitucional italiana 29/1987).

Por lo mismo, la Corte Constitucional se inclina a declarar inadmisibles las propuestas de referéndum que, si tuvieran éxito, producirían en el ordenamiento una laguna lesiva de la Constitución.

Se puede observar, no obstante, que la derogación mediante referéndum puede también producir una laguna no lesiva de la Constitución, sino sólo políticamente inoportuna. Es en vista de esta hipótesis que el artículo 37, III, de la Ley número 352 de 1970

confiere al presidente de la República el poder de retardar el efecto derogatorio del referéndum durante 60 días, de forma tal que el Parlamento tenga tiempo de sustituir —se supone— las normas derogadas con una nueva regulación legislativa.

2. La declaración de ilegitimidad constitucional produce efectos (diversos, pero) análogos a los de la mera derogación, o sea de la derogación no acompañada de una regulación sustancial de los supuestos de hecho involucrados. En cierto sentido, se puede decir que toda declaración de ilegitimidad constitucional produce una "laguna", ya que "anula" una norma y, de esa forma, la "quita" del ordenamiento sin sustituirla en modo alguno.

Es en vista de lo anterior que el reglamento de la cámara prevé, en su artículo 108, que las sentencias de la Corte Constitucional son enviadas a la comisión competente en razón de la materia, la cual, una vez que examina la cuestión, "manifiesta en un documento final su propio anuncio sobre la necesidad de iniciativas legislativas, indicando los criterios informativos", salvo que un proyecto de ley sobre el mismo tema se encuentre ya en el orden del día de la misma comisión o sea presentando en ese tiempo. Por su parte, el Reglamento del Senado prevé, en su artículo 139, que las decisiones de ilegitimidad constitucional son comunicadas por el presidente al Senado y transmitidas a la comisión competente, la cual, cuando entienda que las normas declaradas ilegitimas "deban ser sustituidas por nuevas disposiciones legales, y no haya sido asumida al respecto una iniciativa legislativa, adopta una resolución con la cual invita al Gobierno a proveer sobre ella".

Por otro lado, también las lagunas provocadas por declaraciones de ilegitimidad constitucional son, comúnmente, lagunas aparentes. Por ejemplo, como ya se ha visto, se puede entender que la anulación de una norma que hubiera (si bien tácitamente) derogado a las normas precedentes produzca el efecto de volver a poner en vigor a las normas que en su tiempo fueron derogadas. En tal caso no nace alguna laguna, ya que la anulación de la norma N1, derogatoria de la norma N2, hace que el supuesto de hecho regulado por N1 recaiga ahora en el campo de aplicación de N2, que "revive".

Sin embargo, la anulación por ilegitimidad constitucional puede también provocar una "verdadera" laguna. Por ejemplo, una laguna puede nacer cuando se anula una norma que regulaba por vez primera un cierto supuesto de hecho, y cuando las disposiciones que queden, aún interpretadas, no puedan ofrecer alguna regulación al supuesto en cuestión.

A veces sucede que la Corte Constitucional, si bien reconoce que una norma es constitucionalmente ilegítima, se abstiene de pronunciar una sentencia estimatoria (que tendría el efecto de anular la norma en cuestión). Esto sucede cuando la Corte entiende que la eventual anulación de esa norma provocaría una laguna, y entiende además que esa laguna sería políticamente inoportuna. En estos casos, la Corte —cuando además no entienda que la cuestión es inadmisible— pronuncia una sentencia "de rechazo" (rechaza la duda de legitimidad constitucional), y al mismo tiempo dirige una recomendación —una "advertencia"— al legislador para que cambie la norma en cuestión, con el fin de adecuarla al dictado constitucional (*cfr.* por ejemplo la sentencia 212/1986 de la Corte Constitucional). Lo anterior a pesar de que, como ya se ha dicho, los reglamentos parlamentarios prevén los procedimientos necesarios para colmar las lagunas que eventualmente puedan provocar las decisiones de la Corte.

3. Se suelen llamar "aditivas" las sentencias estimatorias mediante las cuales la Corte Constitucional anula una disposición "en la parte en la que no prevé" una cierta cuestión que debería haber previsto para ser conforme a la Constitución (*cfr.* por ejemplo la sentencia 190/1970 de la Corte Constitucional).

Por ejemplo, una ley conecta una determinada consecuencia jurídica a un cierto supuesto de hecho, pero omite conectar la misma consecuencia a otro supuesto que, según la Corte, es similar (o igual) al supuesto regulado, y por tanto merecería la misma regulación jurídica. La ley, en otras palabras, establece: "si F1, entonces G", pero *omite* establecer también "si F2, entonces G", si bien F2 es similar (o igual) a F1. Esto constituye una violación al principio de igualdad y/o al de "razonabilidad".

Ahora bien, la no regulación de un supuesto de hecho constituye notoriamente una laguna: precisamente una laguna "axiológica". Como se sabe, de hecho, se dice que un sistema jurídico presenta una laguna "axiológica" cuando falta en él no una norma cualquiera, sino una norma "justa", y más en particular una norma cuya creación sea necesitada por otra norma. Y es propiamente esto lo que sucede: se da cuando el legislador ofrece un idéntico tratamiento jurídico a (y omite distinguir entre) supuestos de hecho sustancialmente diversos, y cuando el legislador realiza un tratamiento jurídico diverso (omitiendo igualarlos) a supuestos de hecho sustancialmente iguales.

En estos casos, la Corte bien podría limitarse a pronunciar, *sic et simpliciter*, la declaración de ilegitimidad constitucional de la norma en cuestión. Pero la Corte prefiere hacer una operación diferente. No anula la norma sospechosa ("si F1, entonces G"). Más bien, declara constitucionalmente ilegítima la "ausencia" de una norma diversa ("si F2, entonces G"), es decir, declara constitucionalmente ilegítima la laguna. Y además introduce sin más en el ordenamiento la norma faltante ("si F2, entonces G") —que el legislador debería haber formulado, pero que no formuló— para de esa forma colmar la laguna.

En realidad, la operación realizada por la Corte en estos casos es susceptible también de una reconstrucción distinta. De hecho, se puede sostener que la Corte no "agrega" al ordenamiento una nueva norma, sino que se limita a declarar la ilegitimidad constitucional de una norma preexistente, que es precisamente una norma recabada *a contrario* de la norma discutida. En otras palabras, la Corte no "agrega" al ordenamiento la norma "si F2, entonces G", para colmar una laguna, sino que declara constitucionalmente ilegítima la norma "si F2, entonces no G" (que está implícita en la norma "si F1, entonces G", entendida en el sentido de que "*sólo* si F1, entonces G"). Por otro lado, declarar constitucionalmente ilegítima la norma "si F2, entonces no G", produce el efecto de introducir en el ordenamiento la norma "si F2, entonces G".

La situación es levemente paradójica. Estamos frente a un vicio "material" o "sustancial" de la ley, o sea un vicio referido al

contenido normativo de la ley (no a su procedimiento de formación, y ni siquiera a su esfera de competencia). Ahora bien, los vicios materiales, comúnmente, no son más que antinomias normativas, en particular, antinomias entre normas colocadas sobre grados diversos del ordenamiento. Pero aquí, suponiendo que exista una antinomia, tenemos que verla como una antinomia provocada por una laguna. La norma en cuestión no es juzgada ilegítima, por así decirlo, "en sí misma"; si así fuera, la Corte podría simplemente anularla, pronunciando una sentencia estimatoria "normal". La norma en cuestión es juzgada ilegítima en cuanto que no está acompañada de otra norma (que extienda al supuesto de hecho no regulado la misma consecuencia jurídica prevista por el supuesto de hecho sí regulado).

4. Se suelen llamar "sustitutivas" a aquellas sentencias estimatorias mediante las cuales la Corte Constitucional anula una disposición "en la parte en que prevé X en vez de Y": la norma es ilegítima en cuanto prevé una cierta cosa, mientras que, para ser conforme con la Constitución, debería prever una cosa distinta. Desde esta forma, la Corte no se limita a declarar constitucionalmente ilegítima una cierta norma, sino contextualmente la sustituye por una norma diversa (*cfr.* por ejemplo la sentencia 15/1969 de la Corte Constitucional).

Este tipo de decisiones parecen sobreentender un razonamiento de este tipo: *a*) la norma en examen es constitucionalmente ilegítima; *b*) sin embargo, su anulación pura y simple produciría una laguna; *c*) tal laguna se convertiría en una violación a la Constitución (es decir, paradójicamente, en una antinomia entre ley y Constitución), y *d*) por tanto la laguna debe ser colmada. Consecuentemente, la Corte —mientras anula la norma inconstitucional— al mismo tiempo colma la laguna que tal anulación, por sí sola, provocaría.