

Reflexiones (simples) sobre el estatus normativo de la jurisprudencia constitucional*

JOSEPH PINI

Profesor de la Universidad Paul Cézanne.

Más allá de su banalidad, el tema del status normativo de la “obra” de las jurisdicciones constitucionales¹, encierra varios desafíos de importancia. Uno de ellos, si bien repetido, sigue siendo aquel del mito del “gobierno de los jueces”² en un campo desde el principio y constantemente sensible a la acción de la justicia, y cada vez más evidente que su acción normativa se acercaría a la de un poder verdadero³. Otro es aquel del lugar de la jurisprudencia constitucional en el análisis y en tanto sínte-

* El título original del presente trabajo es “(Simples) réflexions sur le statut normatif de la jurisprudence constitutionnelle”, publicado en *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, N.º 24, Dalloz, Paris, 2008, pp. 81-85. Traducción a cargo del Comité de Redacción de la Revista; revisión de César Landa. Agradecemos al autor por la autorización para traducir y publicar el presente ensayo.

- 1 Generalizable en varios de sus aspectos, la reflexión sumaria que sigue se sitúa ante todo sobre el terreno del “modelo europeo” de justicia constitucional, en el sentido que se volvió clásico de esta noción.
- 2 Incluso más terrible; consultar a TROPER (Michel), “El buen uso de los espectros — Del gobierno de los jueces al gobierno por los jueces”, en *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac* (El nuevo constitucionalismo. Miscelánea en honor de Gérard Conac), Economica, París, 2001, p. 49.
- 3 Más allá del ensayo de la referencia de Edouard LAMBERT [*Le gouvernement des juges* (El gobierno de los jueces), 1921; reimpresión Dalloz, 2005], la noción parece tanto fluctuante e incierta como precisamente mítica: consultar, entre otros, las contribuciones reunidas en BRONDEL (Séverine), FOULQUIER (Norbert) y HEUSCHLING (Luc) (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie* (Gobierno de los jueces y democracia), Publicaciones de la Sorbonne, París, 2001. Algunas comparaciones contribuyen igualmente a explicar esta incertidumbre y muestran la relatividad de las apreciaciones en la materia: por ejemplo, comparar a WALINE (Jean), “¿Existe un gobierno del juez constitucional en Francia?”, en *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu* (Renovación del derecho constitucional. Miscelánea en honor de Louis Favoreu), Dalloz, 2007, pp. 487-510, y TROPER (Michel), *Gouvernement des juges: mode d'emploi* (Gobierno de los jueces: modo de empleo), Pressas universitaires de Laval, 2007. Para una comparación muy interesante entre enfoques y definiciones del fenómeno en la doctrina jurídica en Francia, en RFA (República Federal Alemana) y en los Estados Unidos, consultar a Dyevre (Arthur), *L'activisme juridictionnel en droit constitutionnel comparé: France, États-Unis, Allemagne* (El activismo jurisdiccional en derecho constitucional comparado: Francia, Estados Unidos, Alemania), tesis, París I — Panthéon-Sorbonne, 2008, vol. I, pp. 10-20.

sis del derecho constitucional, asumido, en la doctrina francesa, como un criterio de distinción de “escuelas” doctrinales⁴. En segundo plano y principalmente, se perfila una controversia teórica persistente que aborda la definición de la ciencia del derecho y de la normatividad⁵, y cuyo terreno privilegiado sigue siendo aquel de las decisiones jurisdiccionales⁶.

Pluridimensional, la problemática de la jurisprudencia constitucional⁷, de su autoridad y de su alcance puede volverse a centrar en la normatividad de este último. Puede parecer una síntesis de diferentes problemas en este campo, aquí precisamente una pregunta llamará más la atención: ¿cuál(es) es(son) la(s) norma(s) creada(s) por el juez constitucional, especialmente como juez de la constitucionalidad? Como es consabido en relación con todo juez, el tema reviste, para la justicia constitucional, una dimensión particular, aunque a menudo suele eludirse. La calidad de las normas en tela de juicio, en particular la norma de referencia del control de constitucionalidad, y del proceso desarrollado sobre el tema de su validez o conformidad, puede explicar una singularidad semejante o, al menos, justificar una interrogación. La operación fundamental que corresponde al ejercicio de la función de juzgar reviste necesariamente, en el marco del proceso de [in]constitucionalidad [de una norma legal], una forma particular y “la aplicación” de una norma semejante a la Constitución, en el sentido tanto formal como material que define la “parte central” de esta última y forma la extensión característica de su concepto contemporáneo⁸, exige una reflexión específica. Además, los rasgos de aquella, entre las normas susceptibles de ser atribuidas, la

4 Para un intento de síntesis sobre la corriente doctrinal caracterizada por la importancia concedida a la obra de la jurisprudencia constitucional, consultar a MAGNON (Xavier), “Orientación teórica y elección metodológica de la escuela aixoise de derecho constitucional: reflexiones e intento de reconstrucción” en *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu* (Miscelánea en honor a Louis Favoreu), op. cit., pp. 233-254.

5 Es imposible mencionar aquí el conjunto, o incluso una estimación significativa, de los trabajos implicados. Para una síntesis de las posiciones expresadas desde hace tiempo y bajo formas en adelante múltiples, consultar entre otros a PFERSMANN (Otto), “Contra el neorrealismo jurídico. Para una teoría de la interpretación”, *Revue française de droit constitutionnel* (Revista francesa de derecho constitucional), N.º 50-2002, pp. 279-334, y TROPER (Michel), Réplica a Otto Pfersmann”, eod. loc., pp. 335-353.

6 Consultar a GUASTINI (Riccardo), “Michel Troper e l’interpretazione della costituzione” (Michel Troper y la interpretación de la constitución), en COMMANDUCCI (Paolo) y GUASTINI (Riccardo) (dir.), *L’analisi del ragionamento giuridico* (El análisis del razonamiento jurídico), vol. 2, G. Giappichelli, Turin, 1989, pp. 249-265.

7 Entendida aquí principalmente como una o series de decisiones jurisdiccionales a las soluciones convergentes.

8 Consultar a FAVOREU (Louis) y otros, *Droit constitutionnel* (Derecho constitucional), 10.^a ed., Dalloz, París, 2007, pp. 77-85.

más eminente y original, la norma legislativa, continúan, según algunos enfoques, motivando una definición del rol del juez constitucional que lo distingue de otras autoridades jurisdiccionales⁹.

Aunque es de naturaleza jurisdiccional, la función de la justicia constitucional puede estar jurídicamente y principalmente relacionada a la garantía de la repartición de las competencias normativas, en primer lugar entre “legislación ordinaria” y “legislación constitucional”¹⁰, papel singular susceptible de repercutir en las características de su “obra”. A la originalidad de la función general se añade asimismo aquella de la posición, que combina la calidad del juez y la del órgano constitucional, en el marco del modelo europeo de justicia constitucional, y que, en ese sentido, otorga a las cortes constitucionales un poder normativo con formas a veces específicas¹¹. Finalmente, para considerar plenamente los límites de éste, es conveniente mencionar igualmente las modalidades de la justicia y del control de constitucionalidad, recalcando la singularidad, a primera vista, del control a priori con respecto al tema considerado aquí.

En esta perspectiva y en vista de esta información, la caracterización del trabajo jurisprudencial del juez constitucional exige, más aún, un esfuerzo teórico que vaya más allá de las reflexiones sobre la función de juzgar, que son numerosas, diversas y talentosas al punto que no habrá que retomarles en el presente marco [introdutoria]. Los desafíos evocados más arriba, y mezclados en el debate sobre la legitimidad de la justicia y de la jurisprudencia constitucional¹², parece seguir representando como tantos factores de incertidumbre relativa en el análisis jurídico de esta última, los

⁹ Se piensa especialmente en la discusión sobre la calidad de “representante” del juez constitucional; para un recordatorio y un análisis sobre el Consejo Constitucional, consultar a BLACHER (Philippe), *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale (Control de constitucionalidad y voluntad general)*, P.U.F. — Las grandes tesis del derecho francés, París, 2001, pp. 175-195.

¹⁰ Consultar especialmente a Kelsen (Hans), “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en *Revue de droit public (Revista de derecho público)*, 1928, pp. 185-257; EISENMANN (Charles), *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche (La justicia constitucional y la Alta Corte Constitucional de Austria)*, 1928, reimpresión Economica, París, 1986 (especialmente la primera parte); asimismo consultar *Droit constitutionnel (Derecho Constitucional)*, op. cit., p. 334.

¹¹ Especialmente en lo que se refiere a su poder autonormativo: para un estudio de las modalidades de este último, consultar en especial a JACQUELOT (Fanny), *Le pouvoir normatif des cours constitutionnelles. Contribution à l'étude des règlements des cours constitutionnelles européennes (El poder normativo de las cortes constitucionales. Contribución al estudio de los reglamentos de las cortes constitucionales europeas)*, tesis, Toulon, 2004 (sin embargo, el fundamento y la justificación de un poder citados por el autor parecen más discutibles).

¹² Ante todo en Francia, al menos para la primera.

problemas “convergentes” que ella implica parecen representar una clase de estado analítico intermediario dominante que confronta variaciones teóricas y ejemplos y contraejemplos extraídos del derecho positivo y supuestos que ilustran su importancia, su valor o su alcance relativo.

Algunas afirmaciones generales sobre el campo teórico (aunque privilegiando el caso francés), y al que se le concederá de entrada el rasgo poco original, podrían contribuir a situar mejor la naturaleza y el alcance jurídico de la obra del juez constitucional, es cierto a partir de una idea preconcebida de la teoría analítica de las normas, para intentar simplemente plantear algunas observaciones susceptibles de aclarar una interrogación, cuya carga pesada se habrá percibido. Dos etapas simples pueden darle ritmo a la secuencia. La acción del juez constitucional bien parece situarse en el marco de la normatividad jurisdiccional como la puede caracterizar la teoría (I). Desde entonces, la autoridad eventual de la jurisprudencia constitucional, dependiente del marco teórico en el cual está considerada, puede reencontrar su lugar (II).

I. LA OBRA NORMATIVA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN LA NORMATIVIDAD JURISDICCIONAL

Desde la *juridictio* latina y sus derivados en la *Rechtssprechung* alemana, estos mismos términos utilizados para designar a la actividad de juzgar abren una ambigüedad muy clásica y muy conocida. ¿El juez da a conocer mediante su arte dialéctico la regla de derecho tal como deriva de la naturaleza y en concordancia con la finalidad de la justicia¹³? ¿Él descubre “simplemente”, aplicando la ley de la cual sólo sería la “boca”, el sentido contenido en la regla superior pertinente, actuando también, según otra fórmula de Montesquieu, como un “poder nulo”¹⁴? ¿Es él mismo creador de una norma mediante una operación jurídica propia de materialización, que postula que él pone

13 Se habrá reconocido la posición iusnaturalista clásica (en el sentido de la distinción tan apreciada por Michel Villey) aquí subyacente, especialmente aristotélica.

14 Durante mucho tiempo privilegiado tanto por razones ideológicas conocidas que por añadidura a una cierta concepción de la separación de los poderes, este punto de vista fue establecido de modelo y distinguido por un esquema más “activista”: consultar a Dyevre, *L'activisme juridictionnel ... (El activismo jurisdiccional)*, op. cit., en particular páginas 51-55, a propósito del juez constitucional y por medio de la aplicación de la figura general; consultar también a Champeil-Desplats (Véronique), *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (Los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República)*, Economica — P.U.A.M., París — Aix-en-Provence, 2001, pp. 221-270. El argumento no es específico para Francia: consultar especialmente al clásico BICKEL (Alexander), *The Least Dangerous Branch — The Supreme Court at Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven, 1962.

en aplicación de ese modo, de una norma superior más general e hipotética, es decir propiamente jurídica¹⁵? En realidad, la concepción del derecho subyacente a la segunda y tercera hipótesis postula el carácter normativo de la decisión tomada para que esta última pueda existir jurídicamente y producir efectos vinculantes¹⁶. A partir de ello entonces, el estatus de norma de aplicación de la decisión tomada por un juez parece difícilmente discutible¹⁷.

La pregunta puede ser la aplicabilidad de un esquema semejante a las decisiones tomadas por los jueces constitucionales, especialmente en materia de control de la constitucionalidad de las normas. En efecto, y en primer lugar, su carácter normativo no es dudoso. Una explicación más precisa de este último supone el recordatorio previo de la naturaleza de la justicia constitucional como mecanismo particular y dotado de una eficacia real y específica de corrección de defectos. Consiste, en el marco del “cálculo de defectos”, en una vía plural de privación de validez de las normas válidas pero no conformes [con la Constitución], incluso de revertir la presunción de validez [constitucionalidad] de normas no válidas¹⁸. No se podría considerar que se produce un efecto semejante sobre la validez de normas atribuidas al juez constitucional sin plantear que la decisión de este último sea ella misma una norma. La decisión normativa del juez constitucional presenta bien y por otro lado un carácter jurisdiccional, como materialización de la norma constitucional como norma general en el caso de una norma inferior poniendo en práctica la sanción específica adjunta a la violación de la norma superior¹⁹.

La posible incorporación de la decisión del juez a la categoría de normas jurisdiccionales no reduce, sin embargo, la originalidad de esta última. En primer lugar, se plantea el problema de lo “amplio” de la norma jurisdiccional y de la autoridad que se añade a la misma por naturaleza. En efecto, la noción de autoridad de cosa juzgada, desde el principio, fue considerada como pertinente y aplicable, incluida en el caso de un control

15 Consultar especialmente a Kelsen (Hans), *Théorie générale des normes (Teoría general de las normas)*, traducción francesa, P.U.F. — Léviathan, París, 1996 23-26.

16 En la primera hipótesis, la acción del juez también es creativa en derecho, pero, por un lado en un sentido diferente de aquel de la “creación de una norma”, y por otra, según una idea muy diferente del derecho mismo.

17 Consultar especialmente a Kelsen (Hans), *Théorie générale du droit et de l'État (Teoría general del derecho y del Estado)*, traducción francesa, Bruylant - L.G.D.J., Bruselas - París, 1997, pp. 188-191.

18 Consultar a Kelsen (Hans), *Théorie pure du droit (Teoría pura del derecho)*, reedición traducción francesa 1962, Bruylant - L.G.D.J., Bruselas - París, 1999, pp. 267-272.

19 *Ibid.*, pp. 237-254.

abstracto e inclusive si la calificación expresa pudo parecer tardía²⁰, de modo que se seguirá encontrando ciertas proposiciones desafortunadas con respecto al control jurisdiccional de la constitucionalidad en Francia en particular²¹. Y en el campo considerado como tradicional de una autoridad semejante²², permanece limitada a la norma que es objeto de control²³, según el análisis que podría realizarse del conjunto de las disposiciones y soluciones pertinentes dentro de los diversos derechos positivos, tanto a nivel constitucional como infraconstitucional. Sin embargo, los trazos singulares de la justicia constitucional conducen a modular reglas generales semejantes. Para comenzar, en el marco del modelo europeo de justicia constitucional y sin que una solución sea por otro lado el monopolio de esta última, el derecho positivo dispone que la autoridad que toma las decisiones es absoluta o *erga omnes* en el sentido en el que ella se impone al conjunto de autoridades públicas²⁴.

- 20 En el caso emblemático del Consejo Constitucional, y para atenerse al control de la constitucionalidad, consultar la decisión 88-244 DC del 20 de julio de 1988, Rec., página 119; Favoreu (Louis), *Recueil de jurisprudence constitutionnelle (Selección de jurisprudencia constitucional)* (RJC), Litec, París, 1993, I-334; asimismo la decisión 89-258 DC del 8 de julio de 1989, Rec., página 48, RJC I-361; decisión 92-312 DC del 2 de setiembre de 1992, Rec., página 76, RJC I-505; Favoreu (Louis), Philip (Loïc) y otros, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel (Las grandes decisiones del Consejo Constitucional)*, 14.ª ed., Dalloz, París, 2007, N.º 45. Las incertidumbres, más o menos de interés, y las controversias sobre este punto fueron aclaradas y apaciguadas: para un recordatorio de las posiciones y de las evoluciones, consultar *Les grandes décisions ... (Las grandes decisiones)*, op. cit., N.º 13.
- 21 Consultar por ejemplo a BALAT (Jean-Christophe), *La nature juridique du contrôle de constitutionnalité des lois dans le cadre de l'article 61 de la Constitution de 1958 (La naturaleza del control de constitucionalidad de las leyes en el marco del artículo 61 de la Constitución de 1958)*, P.U.F., París, 1983; o además a Blachère, *Contrôle de constitutionnalité ... (Control de constitucionalidad)*, op. cit., páginas 159-171 (el autor que utiliza el modelo, incluso adaptado, de la sanción legislativa para caracterizar el rol del Consejo). Al respecto, la redacción de la decisión 85-197 DC del 23 de agosto de 1985 (Rec., p. 70, RJC I-238, *Les grandes décisions ... (Las grandes decisiones)*, op. cit. N.º 38), aunque esmerada, no aclara toda ambigüedad sobre un eventual reconocimiento del control de constitucionalidad como fase del procedimiento legislativo.
- 22 Que "se vincula no solamente a su parte resolutoria [de las decisiones] sino también a los motivos que son su respaldo necesario y constituyen su fundamento mismo" (consultar 62-18 L del 16 de enero de 1962, Rec., página 31, RJC II-9, *Les grandes décisions ... (Las grandes decisiones)*, op. cit. N.º 13, anterior). En ausencia de una disposición expresa en la materia, a diferencia de algunas situaciones extranjeras, el juez constitucional francés aplicó una regla general consagrada desde hace mucho tiempo por las jurisdicciones ordinarias.
- 23 Para Francia, consultar especialmente 244 DC, anterior.
- 24 Consultar el artículo 62 de la Constitución del 4 de octubre de 1958; asimismo, por ejemplo, consultar la sección 31 de la ley sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán del 12 de marzo de 1951 modificada.

A continuación, la especificidad de los “datos” de la cosa juzgada (causa, objeto y partes en la instancia) en el contencioso de constitucionalidad, particularmente abstracto, implica una apreciación adaptada al respecto sobre la autoridad de cosa juzgada. Al respecto, es la situación “más abstracta” de ejercicio del control de constitucionalidad, la más problemática en apariencia con respecto a tales exigencias, que conviene analizar en forma prioritaria. O, se señala que, por un lado la identidad de las partes no se puede interpretar de manera absolutamente rigurosa en el marco de un contencioso objetivo y, además, por procedimiento restringido, por otro lado, la causa de la demanda debe analizarse como aquella, general, de la violación de la norma constitucional, y finalmente la identidad de objeto es entendida en forma extensa, el Consejo Constitucional que remite a una “analogía” en el caso en el que, a pesar de ser redactadas de manera diferente, las disposiciones tendrían la misma sustancia²⁵. Singular en su medida; sin embargo, la obra del juez constitucional no cambia de naturaleza, y los rasgos particulares rápidamente evocados no cesan, desde un punto de vista jurídico, de hacer de la norma creada por este último una decisión jurisdiccional.

En segundo lugar, desde el punto de vista del objeto de dicha norma, la situación del juez constitucional del mismo modo presenta una originalidad. Interviniendo para impedir dejar sin efecto a la norma controlada o para privarla de validez, actúa, según la expresión de Kelsen, como “legislador negativo”, cuyo rol, en un marco por hipótesis más limitada y presionada que aquel del legislador parlamentario, lleva además a no poder finalmente distinguirlo de éste desde el punto de vista formal más estricto²⁶. No obstante²⁷, el derecho positivo parece a menudo privilegiar mecanismos de aplicación de decisiones del juez constitucional, en el contexto (el más frecuente) del control *a posteriori*, más doméstico de la seguridad y de la estabilidad jurídicas y con más inclinación hacia la corrección que hacia la anulación propiamente dicha, lo cual modifica un poco el perfil del trabajo de la justicia constitucional²⁸.

25 Consultar 258 DC, anterior. Asimismo, consultar 2001-455 DC del 12 de enero de 2002, Rec., p. 49 y a DI MANNO (Thierry), “Los cupos por sexo dentro de los jurados de concurso y la autoridad de la cosa juzgada de las decisiones del Consejo Constitucional”, *Actualité juridique droit administratif* (Actualidad jurídica del derecho administrativo), 2005 (16), pp. 820-827.

26 Consultar especialmente a KELSEN (Hans), “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, en autores varios, *Verhandlungen der deutschen Staatsrechtslehrer*, 1929, pp. 30-88.

27 Y aunque una afirmación semejante no cuestiona el carácter jurisdiccional de la obra de justicia constitucional, sino contribuye más bien a desarmar la crítica de la ilegitimidad de un juez para controlar la constitucionalidad de la ley.

28 Ejemplo: artículo 140 (5) y (6) de la Constitución Federal Austriaca.

Por otro lado, el enriquecimiento de sus técnicas como la elección original de los creadores de tal sistema de justicia constitucional contribuyeron al desarrollo de instrumentos jurídicos que, en este contexto, toman una dimensión y un realce singulares. El uso diversificado de las reservas de interpretación, justificado por el juez mismo²⁹, condujo de esta manera a un número de interrogaciones y de debates a una sistematización suficientemente clara para no volver sobre el tema³⁰. El trabajo, por parte del juez constitucional, supone ante todo la preservación de la ley, en este caso se prolonga en interrogaciones, incluso objeciones en algunos casos, cuando el observador o, aún más, la autoridad (especialmente jurisdiccional) que aplica la ley mide su impacto sobre la norma legislativa³¹. Más allá de una línea semejante, ya extrema para ciertas personas³², el juez constitucional llega incluso a dar directivas o mandatos al legislador futuro, cuyo estudio brillante, al calificarlos de "interferencias" y distinguirlos bien de las reservas, ha esclarecido la naturaleza, el fundamento y las modalidades³³.

En último lugar, incluso uno se podría interrogar sobre las consecuencias de las modalidades de la producción de esta norma jurisdiccional específica, cuyos parámetros, en la búsqueda de la previsibilidad ideal de la decisión de todo juez, confirman la variabilidad por razones que le son propias para la mayoría³⁴.

29 Por parte del Consejo Constitucional, consultar en especial 455 DC, anterior.

30 Consultar especialmente a DI MANNO (Thierry), *Le juge constitutionnel et la technique des décisions "interprétatives" en France et en Italie* (El juez constitucional y la técnica de las decisiones "interpretativas" en Francia y en Italia), *Economica* — P.U.A.M., París — Aix-en-Provence, 1997; VIALA (Alexandre), *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* (Las reservas de interpretación dentro de la jurisprudencia del Consejo Constitucional), L.G.D.J., París, 2000.

31 No obstante un progreso en el derecho francés, consultar a FAVOREU (Louis) y otros, *Derecho constitucional*, *op. cit.*, pp. 323-324 y 328-330.

32 Consultar debates sobre este tema y más ampliamente en el curso de la jornada publicada en DRAGO (Guillaume), FRANÇOIS (Bastien) y MOLFESSIS (Nicolas) (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel* (La legitimidad de la jurisprudencia del Consejo Constitucional), *Economica*, París, 1999.

33 Consultar a BEHRENDT (Christian), *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Une analyse comparative en droit français, belge et allemand* (El juez constitucional, un legislador-marco positivo. Un análisis comparativo en derecho francés, belga y alemán), Bruylant - L.G.D.J., Bruselas - París, 2006.

34 Comparar al respecto la reflexión de GENEVOIS (Bruno), "¿La jurisprudencia del Consejo Constitucional es imprevisible?". En *Pouvoirs* (Poderes), N.º 59 (1991), pp. 129-142.

II. LA OBRA JURISPRUDENCIAL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL MÁS ALLÁ DE LA NORMA JURISDICCIONAL

Algunos verían en estas singularidades añadidas un haz de índices del rol normador más o menos general de un órgano que cumple una función cuya única forma de ejercicio sería finalmente jurisdiccional, o más bien procesal. Desde tal punto de vista, la jurisprudencia constitucional adoptaría entonces un valor normativo importante, en realidad de rango sino constitucional al menos supralegislativo porque se imponen incluso al legislador³⁵, que es el nivel en el cual la sitúan implícitamente o explícitamente aquellos que aceptan conferirle un lugar eminente, considerando incluso una clase de modelización³⁶. Sin embargo, con respecto a las observaciones que preceden, parece difícil aceptar un análisis semejante.

Ante todo, es precisamente sobre el terreno del rango normativo de las decisiones del juez constitucional que la idea de una “jurisprudencia normativa” se encuentra descartada. Con la rara excepción de sistemas en los que ha sido determinada en forma expresa por una norma, y de manera no general³⁷; sin embargo, la pregunta sigue siendo a menudo abierta en el debate que ello condiciona. Dictada en aplicación de la norma constitucional formal que materializa, no puede ser considerada en forma lógica como si tuviera ella misma, y salvo una disposición contraria, valor constitucional, por su razón de ser como norma de materialización que fluye de lo que no puede recoger de la norma general que es la norma constitucional. Y el argumento extraído de la necesidad de revisar la

35 Sobre este *status* infraconstitucional / supralegislativo (no modifica formalmente la Constitución y permanece sumisa al legislador constitucional aunque se impone al legislador ordinario) de la jurisprudencia constitucional extraída del célebre análisis del Profesor Chapus relacionado con los principios generales del derecho, consultar a VEDEL (Georges), “Reflexiones finales”, en *Les règles et principes non écrits en droit public* (Las reglas y principios no escritos en derecho público), Edición Panthéon-Assas, París, 2000, página 254, retomado por AVRIL (Pierre), “¿La jurisprudencia institucional del Consejo Constitucional es creadora de derecho?”, en *Archivos de filosofía del derecho*, t. 50 (2006), pp. 33-39.

36 Consultar por ejemplo a COUTU (Michel), “Legitimidad y Constitución: los tres tipos puros de la jurisprudencia constitucional”, en *Derecho y sociedad*, N.º 56-57 (2004), pp. 233-257 (jurisprudencia “formal”, “instrumental” o “axiológica”, enfrentada a la pregunta del estado de excepción y a aquella de las relaciones entre sistemas integrados leídos dentro de una perspectiva teórica incierta).

37 Ejemplo: artículo 138 (2) de la Constitución Federal Austriaca y artículo 56, Sección 4 de la ley sobre la Corte Constitucional, de los cuales se deriva que la decisión (*Rechtssatz*) tomada por la Corte sobre la repartición de competencias legislativas entre *Bund* y *Länder* y dentro del silencio de la norma constitucional tiene ella misma un rango constitucional; sección 31 (2) de la ley sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán, anterior, que confiere valor legislativo federal a las decisiones de la jurisdicción en algunos campos de competencia.

Constitución para “neutralizar” una decisión del juez constitucional, según una práctica difundida³⁸, precisamente no invalida, pero apoya una negación, en la medida en que la redacción de la o las disposiciones nuevas reviste necesariamente un grado de generalidad superior a aquella de la o las decisiones aludidas.

Es a nivel de la norma declarada no conforme o anulada, y más precisamente a nivel legislativo, que se sitúa sin duda la decisión del juez constitucional, que tiene un impacto sobre la validez de la norma controlada, y se coloca así a un rango al menos igual. La autoridad de la que dispone y quien la hace imponerse incluso al legislador le fue conferida por la o las disposiciones constitucionales pertinentes sin cuestionar ni determinar su naturaleza. La tesis de su rango supralegislativo parece más incierta en la medida en que las condiciones que permiten establecer la superioridad de una norma sobre otra en términos de relación de producción no parecen reunidas en lo que concierne respectivamente a la decisión del juez constitucional y a la ley u otra norma susceptible de ser controlada³⁹.

Del mismo modo, la operación, ya evocada, de materialización característica de la actividad del juez, incluido el constitucional, como de toda jerarquía normativa y orgánica en realidad, debe ser distinguida de aquella de la interpretación, acto de voluntad más que de conocimiento, y cuyo status a la vez condiciona finalmente la respuesta dada al valor de la jurisprudencia⁴⁰, y depende de elecciones teóricas previas. Si la interpretación, a pesar del status del intérprete, sigue siendo ante todo una operación lingüística de determinación del sentido general o aplicado de un enunciado, la argumentación misma del juez depende de un orden que no sea normativo, incluso si es tan necesaria como obligatoria generalmente, y la materialización opera ante todo en la parte resolutive de la decisión. En tal perspectiva, el valor de la jurisprudencia como conjunto de soluciones convergentes no podría ser normativo en el sentido jurí-

38 Consultar a autores varios, *Annuaire international de justice constitutionnelle* (Anuario internacional de justicia constitucional), 1994, pp. 27-282 [mesa redonda del G.E.R.J.C.: *Justice constitutionnelle et révision de la Constitution* (Justicia constitucional y revisión de la Constitución)]; en un análisis más limitado, consultar a PINI (Joseph), “La Corte Constitucional Austriaca y las relaciones entre juez constitucional y poder constituyente”, estos *Apuntes*, N.º 7 (1999), pp. 47-54.

39 Lo mismo sucede con respecto a la fuerza derogatoria; para un recordatorio sobre estos temas, consultar una síntesis en Favoreu y otros, *Droit constitutionnel* (Derecho constitucional), *op. cit.*, pp. 61-66.

40 Más allá incluso de la “paradoja de la materialización” que lleva a reconocer una prioridad práctica a la norma más concreta: consultar *Droit constitutionnel* (Derecho constitucional), *op. cit.*, pp. 66-67.

dico. En este sentido, ella supera la decisión del juez. En cambio, si la determinación del sentido, considerada como la búsqueda del significado del enunciado particular presentado al jurista (en lenguaje simple, la norma), parte de la hipótesis o de un sentido vacío, o de la asimilación de la producción de este sentido a la producción de la norma misma, el rol del intérprete toma un realce particular al punto de hacer de él un coautor, incluso el autor efectivo de la norma aplicable, que confiere al encargado de la materialización un verdadero poder normativo⁴¹. Y el debate conexo con respecto a saber si un sentido o varios son susceptibles de ser sacados de un enunciado normativo, por un lado confirma la importancia previa de una teoría de la interpretación y de un modelo jurisdiccional de la que fluye parcialmente (clásicamente aquel de la solución formal única o de la indeterminación más o menos radical⁴²), por otro lado puede contribuir asimismo a disminuir el alcance reconocido a la jurisprudencia.

Desde el primer punto de vista evocado más arriba, la calidad misma de la interpretación no determina ni cuestiona el carácter normativo de la decisión de materialización por un órgano habilitado, incluso como paso previo intelectual a la operación propiamente dicha. Desde el segundo punto de vista, el contenido variable de la interpretación del alcance normativo puede llevar a relativizar finalmente su peso. Además, esta autoridad puede incluso ser discutida en el plano intelectual. Tal cual, la argumentación del juez, aunque cercana al primer punto de vista, no podría ser sin duda asimilada totalmente a un trabajo doctrinal “pleno”, especialmente en el sentido en el que el trabajo jurisdiccional no “define” nada en el sentido exacto del término, y a la inversa de un uso frecuente. Incluso si el juez constitucional parece menos preocupado que sus colegas, en la mayoría de los casos, mediante la operación característica de calificación, la obra conceptual de definición del mismo modo para él depende del exterior de su misión propiamente dicha.

Sin embargo, la parte de originalidad de la justicia constitucional se manifiesta también aquí, en un sentido en que se podría pensar igualmente favorable para el reconocimiento del alcance normativo de su jurisprudencia. En primer lugar, el carácter a menudo general incluso indeterminado de numerosas normas constitucionales lleva a reforzar la importancia de

41 Sobre estas tesis clásicas, entre otras, y los debates, consultar especialmente a MÉLIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand) (dir.), *L'interprétation constitutionnelle (La interpretación constitucional)*, Dalloz — Actos, 2005; AMSELEK (Paul), (dir.), *Interprétation et droit (Interpretación y derecho)*, Bruylant, 1995; asimismo consultar a ROSENFELD (Michel), *Les interprétations justes (Las interpretaciones justas)*, Bruylant - L.G.D.J., Bruselas - París, 2000.

42 Para una síntesis, consultar especialmente a DYEVE, *L'activisme juridictionnel ... (El activismo jurisdiccional)*, op. cit., pp. 94-126.

la operación misma de su concretización. En segundo lugar, la afirmación por un lado creativa importante en beneficio del juez constitucional parece alentada por la acción de este último sobre la norma controlada, especialmente bajo las formas señaladas anteriormente, y sin que le sea por otro lado propia. Tanto en un plano como en otro, en este caso también, la estructura de la argumentación orientada a la materialización y la consideración acordada por el observador a la obra de un órgano eminente que pone en práctica la norma suprema del orden jurídico estatal, en casos más o menos numerosos, pueden llevar a modular las consideraciones generales relativas a la justicia constitucional, sin modificar sin embargo la naturaleza de la actividad de esta última.

La modestia del propósito desarrollado aquí se confirma en aquella conclusión susceptible de ser extraída de ahí: sin retirarle su interés ni su calidad doctrinal eventual, la jurisprudencia, que conservando su parte en la construcción de la ciencia del derecho constitucional, no es vencida por este último⁴³.

43 Para una ampliación del tema, consultar por ejemplo a PFERSMAN (Otto), “¿Para qué un “poder judicial?”, en CAYLA (Olivier) y RENOUX-ZAGAMÉ (Marie-France) (dir.), *L’office du juge: part de souveraineté ou puissance nulle? (La función del juez: ¿parte de soberanía o fuerza nula?)* Bruylant - L.G.D.J., Bruselas - París, 2001, pp. 181-193.