

LA CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO*

Louis Joseph Favoreu

Profesor de la Universidad de Aix-Marsella III
Ex Presidente de la Asociación Francesa de Constitucionalistas
Académico Honorario del Instituto de Chile

RESUMEN

Bajo el efecto del fenómeno de la constitucionalización, el centro de gravedad del orden jurídico se ha desplazado. Desde el siglo XIX, ese orden tuvo a la ley como eje esencial. A partir de fines del siglo XX, el eje es la Carta Fundamental. Hoy debe, en consecuencia, hablarse de principio de constitucionalidad, porque la Constitución no es ya más un Derecho de preámbulo ni otro de índole política, sino que verdadero Derecho.

El tema y la problemática de la constitucionalización del derecho, que no tienen más que una quincena de años, no habrían podido desarrollarse sin la ayuda del derecho comparado. Además, esta problemática dejó completamente en claro que la constitucionalización del derecho lleva a la unificación del derecho. Dos razones tengo para elegir este tema “*La constitucionalización del derecho*”, con el fin de participar del homenaje rendido al profesor Roland Drago¹.

* Artículo publicado en las *Misceláneas en homenaje a Roland Drago*, “La unidad del derecho”, París, *Economica*, 1996, pp. 25 y siguientes, reproducido aquí con autorización del profesor FAVOREU.

¹ En su prefacio al primer número especial de la *Revue Internationale de Droit comparé* dedicado a la publicación de las actas de la sociedad de legislación comparada (vol. I), Roland Drago, acerca del tema “La Constitución, base del sistema jurídico”, escribe que de la comparación de las relaciones establecidas en esta oportunidad y los intercambios a los cuales pueden dar lugar puede desprenderse esta constatación: “*Todo eso desemboca en una visión que uno ha querido original de un problema sobre el cual todos los especialistas del derecho comparado deben llegar*”.

Precisiones y definiciones. Fenómeno muy reciente, la constitucionalización del derecho empieza a ser estudiada, pero ha de subrayarse, en introducción, que es muchas veces fuente de confusión o de malentendidos.

De hecho, se considera a menudo que existe identidad entre la existencia de bases profesionales y la constitucionalización del derecho. Sin embargo, si bien ambas situaciones coinciden la mayoría de las veces, no es siempre el caso porque se trata de fenómenos distintos. Esta confusión entre ambas nociones explica por otra parte que se afirma de vez en cuando que la constitucionalización del derecho existía en Francia incluso antes de que el proceso haya empezado.

Así las cosas, descrita por vez primera en la reunión constitutiva de la Asociación Francesa de los Constitucionalistas, en febrero de 1980 en la Facultad de Derecho de Saint-Maur, la constitucionalización de las distintas ramas del derecho —la cual estaba operándose y era llamada a desarrollarse rápidamente— ha suscitado un interés cortés por parte de la mayoría de los miembros de la Asociación y una contestación oficial por parte de algunos de ellos, pues para éstos esto, de no ser una fantasía, era utopía. Esta descripción se apoyaba sin embargo en dos estu-

dios que estaban a punto de ser publicados². El presidente François Luchaire debía también tratar de este tema el año siguiente en el informe francés presentado en el Coloquio internacional de Aix-en-Provence de febrero de 1981³, publicado por otra parte en la *Revue Internationale de Droit comparé* N° 2⁴; y había igualmente publicado en la *Revue trimestrielle de Droit comparé* de abril-junio de 1982⁵ un estudio largo y muy sustancial acerca de los “fundamentos del derecho civil”.

Es curioso constatar que hoy en día, y, en sentido inverso, uno parece considerar que este movimiento de constitucionalización del derecho ha sido percibido y señalado desde hace mucho tiempo, y, si uno sigue algunos, aun antes de que se hubiera producido. En ese sentido, se ha invocado de manera errónea el famoso estudio del decano Vedel sobre “Les bases constitutionnelles du droit administratif”, publicada en 1954⁶, y que provocó, como bien se sabe, la respuesta no menos famosa de Charles Eisenmann en 1972⁷. Así lo subrayó el mismo decano Vedel, en 1989⁸:

“Treinta años después, ni Eisenmann ni yo podríamos volver a escribir lo que dijimos, sino de manera histórica, por cierto. La discusión pasó a ser obsoleta”.

De hecho, la controversia no decía de ningún modo relación con el tema que se está tratando hoy: el decano Vedel sostenía que la Constitución fundaba el “régimen administrativo”, es decir la especificidad del derecho administrativo, y él había escrito en el artículo 37 de la Constitución de 1958 una confirmación de su tesis; mientras que Eisenmann contestaba que las “prerrogativas y sujeciones” por las cuales el decano Vedel caracterizaba el “régimen administrativo” puedan encontrar un fundamento cualquiera en la Constitución⁹. Eso era una discusión sobre la justificación de la existencia de un “régimen administrativo”, es decir de un derecho autónomo o específico en relación con el derecho privado y las otras ramas del derecho: esto se sitúa en la perspectiva de la distinción y de la autonomía del derecho público frente al derecho privado, mientras que el fenómeno de la constitucionalización de las ramas del derecho tiende al contrario a borrar la distinción entre derecho público y derecho privado. La mejor prueba de lo anterior es que en 1974, en su contribución a los escritos en homenaje a Waline, titulada “*Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif*”, el decano Vedel se propone mostrar “*en qué consiste la muy amplia independencia o... la indiferencia de los giros del derecho administrativo acerca de aquellos del derecho constitucional*”¹⁰. Y es porque, en conclusión de sus palabras sobre la continuidad constitucional de 1789 a 1989, acotaba, en 1989¹¹, que “*uno podía escribir un libro de derecho administrativo, hace treinta años, sin [decir una palabra] de derecho constitucional*”, mientras que “*hoy en día, aun los*

² L. FAVOREU, “L’apport du Conseil constitutionnel au droit public”, *Pouvoirs*, 1980, N° 13; “L’influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit”, *Mélanges Léo Hammon*, pp. 235-245 (estos dos estudios habían sido redactados en 1979). Uno notará que en el III Coloquio de la misma Asociación, en Montpellier, los 12 y 13 de febrero de 1982, dedicado a “L’enseignement du droit constitutionnel”, he presentado una comunicación –en la cual retomaba ideas ya expresadas en dos estudios– que no fue publicada con las de Michel Miaille, Michel Troper y Léo Hammon (RDP 1984, N° 2, pp. 263-311).

³ En *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, París, Economica y Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1982, p. 55.

⁴ Ver sobre todo pp. 300-309.

⁵ *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1982, pp. 245-382.

⁶ “Les bases constitutionnelles du droit administratif”, EDCE 1954, pp. 21-53.

⁷ “La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif”, RDP 1972, pp. 1345-1441.

⁸ En *La Continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, París, 1990, p. 178; *Revue Française de Droit Constitutionnelle*, 1-1990, p. 5.

⁹ “La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif”, RDP 1972, pp. 1345-1422.

¹⁰ *Mélanges Waline*, París, LGDJ, 1974, vol. II, pp. 777 y siguientes.

¹¹ “La continuité constitutionnelle de 1789 à 1989”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1-1990, pp. 5-17.

autores quienes defienden más fuertemente la separación de las disciplinas están obligados a insertar largos desarrollos de derecho constitucional en sus obras de derecho administrativo”.

Esta constatación se explica por el hecho que, hasta mediados de los años setenta, era difícil hablar de constitucionalización de las ramas del derecho porque este fenómeno, aun si ya se había manifestado para las fuentes del derecho, no empezó realmente sino hasta el desarrollo de la jurisprudencia sobre las libertades y los derechos fundamentales. Lo que existía al extranjero –no solamente en los Estados Unidos sino también en Alemania y en Italia desde hace numerosos años– se desencadenó bruscamente en Francia. Y es a través del derecho comparado que tomé personalmente conciencia del problema: pues es leyendo el estudio de Michel Fromont sobre “Los derechos fundamentales en el orden jurídico de la RFA”, publicado en los *Mélanges Eisenmann* en 1974, que he captado lo que ocurría en Francia. Toda la problemática era contenida en este trabajo (particular pero no exclusivamente en la segunda parte) y bastaba con transponerla al caso francés. Si uno tiene la bondad de creditarme con la difusión del concepto de la constitucionalización de las ramas del derecho¹², es en realidad a este estudio de Michel Fromont que uno puede hacer remontar el origen del concepto en derecho francés.

El procedimiento adoptado. Se trata esencialmente de juntar y adjuntar elementos ya establecidos en otros estudios en aras de presentar una visión de conjunto tan coherente como fuese posible del fenómeno estudiado, exponiendo así sucesivamente –y sin pretensión de exhaustividad– el proceso y los efectos de la constitucionalización del derecho.

¹² Véase B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Principes directeurs, París, STH 1988, p. 389; P. BON, *Revue Française de Droit Constitutionnel* 5-1991, p. 35; D. TURPIN, *Droit constitutionnel*, 1992, p. 9.

I. EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

Se niega muchas veces que pueda existir en Francia un proceso de constitucionalización del derecho con el motivo de que, a diferencia de los demás sistemas de justicia constitucional, el nuestro no permite a los individuos acceder al juez constitucional, sea directa o indirectamente. Hasta se afirma que la constitucionalización sólo tendrá lugar cuando se instituirá la famosa y muy mentada “excepción de inconstitucionalidad” desde 1989-1990.

En verdad, nada es menos seguro porque el proceso de constitucionalización no es necesariamente vinculado con la existencia de un acceso de los individuos a la justicia constitucional¹³. Sin embargo, es cierto que sin justicia constitucional no existiría este proceso, lo que infirma la tesis bien conocida según la cual el estado del derecho sería el mismo con o sin justicia constitucional¹⁴.

En el proceso de constitucionalización deben tomarse en consideración, primero, la acumulación de normas constitucionales a través del desarrollo de la justicia constitucional, y luego el mecanismo de difusión de estas normas en el orden jurídico.

A. *La acumulación de las normas constitucionales* –la creación de una suerte de “existencias” o de tranque– a través del desarrollo de la jurisprudencia constitucional no es un fenómeno propio a Francia.

1. En efecto, este fenómeno se produce en todos los países donde funciona un sistema de justicia constitucional. Pero en aquellos dotados de una Constitución reciente, la canti-

¹³ Véase L. FAVOREU, “La constitutionnalisation du droit rend-t-elle moins nécessaire l’exception d’inconstitutionnalité?”, Congreso de la AFDC, Burdeos, 15 de mayo de 1993, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, VIII-1992, pp. 12 y siguientes.

¹⁴ Véase en este sentido P. BON, “La constitutionnalisation du droit espagnol”, *Revue Française de Droit Constitutionnel* 5-1991, p. 47.

dad de las disposiciones constitucionales ya es importante desde el inicio, y, sobre todo, muchas de estas disposiciones son directamente aplicables a los individuos.

En Francia, el proceso de constitucionalización sólo se pudo desarrollar, aún si estaba parcialmente iniciado desde antes, a partir del momento en que las disposiciones constitucionales aplicables fueron sacadas de la Declaración de los derechos humanos y del ciudadano de 1789, del Preámbulo de la Constitución de 1946 y de las normas fundamentales reconocidas por las leyes de la República. Las normas constitucionales sólo estuvieron en condiciones de irrigar las distintas ramas del derecho cuando se empezaron a explorar los yacimientos de reglas susceptibles de ser aplicadas a los individuos o usadas por ellos. Es entonces a partir de 1970-71 –y por ejemplo de la decisión fundadora del 16 de julio de 1971– que existe una de las condiciones existenciales del desarrollo de la constitucionalización, considerada en todas sus dimensiones.

2. Obviamente, el proceso de constitucionalización habría sido más lento si uno se hubiera quedado en la situación que el control de constitucionalidad de las leyes sólo podía ser desencadenado por una de las cuatro autoridades del Estado: uno habría tenido, sin duda, cada año, una o dos decisiones del tipo del 16 de julio de 1971 o del 27 de diciembre de 1973, lo que no habría sido algo de pasar por alto, en todo caso.

La reforma del 29 de octubre de 1974 ampliando la posibilidad de presentar una demanda o una queja [sobre constitucionalidad ante el Consejo constitucional] a sesenta diputados o sesenta senadores, ha, como se sabe considerablemente, acelerado el relleno del tranque de normas constitucionales no solamente por el auge de la frecuencia de las decisiones del Consejo constitucional sino también por el aumento –sobre todo a partir de los años ochenta– del tamaño o del alcance de sus decisiones. Quizás uno no ha tomado suficientemente conciencia de la amplitud del fenómeno que se produjo y que se aceleró

durante la última década: 95% de la masa jurisprudencial relativa al control de constitucionalidad es posterior a 1974, y 82% de esta misma masa tiene menos de doce años¹⁵.

Eso se debe sin lugar a dudas a la promoción del Consejo constitucional para desarrollar su argumentación, pero también al hecho de que las demandas han sido mucho más y abundante y seriamente motivadas: ¡así el Consejo constitucional tuvo que responder a más de 80 argumentos en su decisión de los 12 y 13 de agosto de 1993!

3. En fin, si bien es cierto que la técnica del control *a priori* presenta algunos inconvenientes, tiene la gran ventaja de permitir la elaboración rápida de una jurisprudencia clara que es establecida de manera coherente en algunas decisiones, y hasta en una, mientras que la utilización del control *a posteriori* genera una jurisprudencia larga de fijarse y que muchas veces tantea y vacila. El control *a priori* hace posible la aplicación de la interpretación constitucional de la ley después de su promulgación, lo que fortalece la eficacia de la propagación y de la difusión de las normas constitucionales.

B. *La difusión de las normas constitucionales* y la impregnación del orden jurídico por éstas son perfectamente realizables –y están realizándose– en Francia, en el estado actual de los mecanismos de control de constitucionalidad.

1. Uno constata esta impregnación o irrigación del orden jurídico en todos los países donde existe una justicia constitucional.

a) Ha sido posible, primero, por el hecho de que la Constitución es considerada cada vez más como una regla de derecho: la normatividad de la Constitución está siendo admitida, aun si parece todavía difícil de considerar por generaciones de juristas formados con otro espíritu. Las nuevas generaciones

¹⁵ Véase nuestra presentación del *Recueil de jurisprudence constitutionnelle*, París, Litec, 1994 (actualización 1995).

conciben mucho más fácilmente que, como en Alemania, Italia o España, “La Constitución, es derecho”; las reglas constitucionales son directamente aplicables tanto por el juez ordinario como por las autoridades administrativas o los particulares.

La posición clásica, sostenida todavía en 1979 por Georges Vedel y Pierre Delvolvé¹⁶, y según la cual “*en algunos casos los principios constitucionales no pueden aplicarse independientemente de la ley*”, mientras, que “*estos mismos principios podrían aplicarse independientemente de la Constitución*”, ya no es válida hoy en día. Todas las normas constitucionales son de aplicación directa y no necesitan de la ley para hacerse “operacionales”. Las fórmulas consideradas, hace todavía quince años, como demasiado vagas para “*ser determinantes sin prolongación legislativa*” (por ejemplo: “*La nación asegura al individuo y a la familia las condiciones necesarias a su desarrollo*”), son hoy en día no solamente directamente aplicadas por el juez ordinario sino también su violación puede incluso fundamentar una anulación por abuso de poder: así en el fallo *Dame Montcho* del 11 de julio de 1980, el Consejo de Estado ha admitido el derecho de las familias extranjeras a reconstituirse, conforme a las disposiciones ya citadas y en prefiguración de la decisión del Consejo constitucional del 13 de agosto de 1993.

b) La impregnación constitucional del orden jurídico va a resultar ser también del hecho que, debido a que la mayoría de las leyes importantes están siendo transmitidas al Consejo constitucional, éste va, de alguna manera, a integrar o incorporar la interpretación al texto de estas leyes, usando cada vez más a menudo la técnica de la conformidad bajo reserva¹⁷. En consecuencia, las leyes van

“*vinculando*” y llevando a cabo cada vez más las normas constitucionales, propagándolas en todo el derecho.

En el estado actual, esta “*carga constitucional*” de las leyes declaradas conformes bajo reserva es relativamente poco usada por juristas –magistrados u abogados– poco familiarizados con la jurisprudencia constitucional. Pero esto cambiará a partir del momento en que nuevas generaciones de juristas explotarán estas potencialidades.

c) El mecanismo en el cual descansa hoy en día la difusión de las normas constitucionales es aquel previsto en el artículo 62 de la Constitución: “*Las decisiones del Consejo constitucional se imponen a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales*”.

Este mecanismo parece rudimentario o más exactamente incompleto y uno quisiera perfeccionarlo (ver *infra*). Pero es mucho más eficaz que lo que parece. Por otra parte, cuando no tiene por qué aplicarse, las decisiones del Consejo constitucional producen aún así efectos. En fin, las decisiones constitucionales tienen cada vez más autoridad sin pasar por la sanción jurisdiccional.

2. *Dos (falsos) obstáculos* son habitualmente invocados: la ausencia de mecanismo asegurando el respeto de decisiones del Consejo constitucional por el juez ordinario y la pantalla legislativa.

a) Es bastante sorprendente ver que aquellos que por mucho tiempo ignoraron hasta la existencia de las cortes constitucionales europeas citan ahora repentinamente por ejemplo los mecanismos asegurando a estas cortes la posibilidad de hacer respetar sus decisiones por el juez ordinario para oponerlas mejor a la “carencia” francesa.

De hecho, la afirmación de una completa oposición entre los sistemas franceses y extranjeros debe ser seriamente matizada. Por una parte, es cierto, a pesar de la existencia de los mecanismos citados, puede haber resistencia de las jurisdicciones ordinarias: así en Italia, la Corte de casación ha resistido por bastante tiempo a la Corte constitucional;

¹⁶ En *Revue Internationale de Droit Comparé*, número especial, vol. I (1979), p. 130.

¹⁷ Esta técnica ya no necesita presentación hoy en día [NDT: agradecemos al lector no totalmente familiarizado con este procedimiento del derecho constitucional francés reportarse a un manual de derecho constitucional comparado].

asimismo, la Corte Suprema de los Estados Unidos no fue siempre seguida por las cortes inferiores. Por otra parte, en Francia, las jurisdicciones administrativas y judiciales siempre respetaron las *decisiones* del Consejo Constitucional y aplicado el artículo 62 de la Constitución, y no hay ninguna necesidad de insistir sobre este punto porque el Consejo constitucional y la Corte de casación desde 1985 han adoptado esta postura, y la doctrina expuso largamente esta situación. No se puede citar ni una sola decisión de la Corte de casación o del Consejo de Estado que haya desconocido la autoridad de cosa juzgada de las decisiones del juez constitucional.

La pregunta, en realidad, se plantea acerca de la *jurisprudencia* del Consejo constitucional. Es verdad que los jueces ordinarios sólo están obligados a respetar la autoridad de cosa juzgada de las *decisiones* del juez constitucional¹⁸. Pero, en realidad, y de forma cada vez más seguida, el juez administrativo y los jueces ordinarios siguen igualmente la jurisprudencia del Consejo constitucional sin estar jurídicamente obligados a hacerlo.

El fenómeno se ha observado primero en las jurisdicciones administrativas, por ejemplo a través tanto de los informes de los comisarios del gobierno [NDT: suerte de ministros ponentes, sin derecho a voto para decidir sobre el fallo] como en diversos estudios de miembros del Consejo de Estado¹⁹. Uno puede calificar de muy significativo este resumen de una resolución de la sección de las obras públicas del Consejo de Estado de 1990:

“La evolución de la jurisprudencia del Consejo constitucional, en la línea de las decisiones anteriores sobre el mismo tema, hace más necesario que nunca proceder al reexamen de la pregunta planteada por la elección entre las sanciones penales y las sanciones administrativas, teniendo esta elección incidencias sobre la extensión de los poderes de constata-

ción de las infracciones que es posible otorgar a los funcionarios de los servicios competentes, con vistas a la aplicación eficaz de las leyes y reglamentos”.

Esta tendencia aparece de la manera más manifiesta sin duda dentro de la nueva generación de miembros del Consejo de Estado. Así, por ejemplo, M. J. Turot²⁰, quien presenta los casos ante el Consejo de Estado, se muestra particularmente crítica acerca de la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de sanciones tributarias porque el juez administrativo rechaza seguir la jurisprudencia nítidamente más protectora de los intereses de los administrados, del Consejo constitucional. M. Turot va hasta hablar de las “*zonas de tránsito*” del derecho administrativo para estigmatizar las falencias del control operado por el Consejo de Estado en materia de sanciones tributarias.

Es muy evidente por lo demás que aun si el juez ordinario no está obligado a seguir la jurisprudencia del Consejo constitucional, le será muy difícil no hacerlo cada vez que las soluciones del juez constitucional serán más liberales y más protectoras de los derechos fundamentales que las suyas. La jurisprudencia judicial está conociendo la misma evolución que la jurisprudencia administrativa, y lo que puede acelerar las cosas, por el lado del juez judicial, es que éste percibirá muy rápido la ventaja que puede sacar de la referencia a las normas constitucionales para destacarse mejor del juez administrativo, por ejemplo cuando están en competencia, como es el caso en materia tributaria. Es así que en materia de visitas domiciliarias, el juez judicial tributario se muestra cada vez más estricto en cuanto al respeto de las garantías exigidas por la jurisprudencia constitucional desde la decisión Perquisitions fiscales, del 29 de diciembre de 1983²¹.

²⁰ “Pénalités fiscales: une ‘zone de transit’ du droit administratif”, *Revue Juridique Française* vol. 4, 1992, pp. 263 y siguientes.

²¹ *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 7ª edición, N° 35. Recordando esta jurisprudencia en la revista *Droit Fiscal*, un comenta-

¹⁸ Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 7ª edición, N° 13.

¹⁹ Sobre este conjunto de temas, véanse FAVOREU y RENOUX, *op. cit.*

La ausencia de mecanismo asegurando el respeto de las decisiones del Consejo constitucional no constituye entonces ningún obstáculo a la difusión de las normas constitucionales, y más precisamente a la recepción de la jurisprudencia constitucional por jurisdicciones ordinarias.

b) El segundo obstáculo es el más citado: es la famosa “pantalla legislativa”. Esta técnica la usa sobre todo el juez administrativo: le permite rehusarse a examinar la constitucionalidad de un acto administrativo con el motivo que, ya que este acto descansa en una disposición legislativa y teniendo entonces la ley el efecto de una pantalla entre el acto administrativo y la Constitución, le es imposible operar un control porque sino lo conduciría a apreciar la constitucionalidad de la ley, lo que le es prohibida.

La rectitud del razonamiento seguido por el juez administrativo no es el único en causa. Lo que lo es, sin embargo, es la utilización abusiva de la noción de pantalla legislativa para escatimar el control de constitucionalidad de un acto administrativo.

En efecto, en la mayoría de los casos, la ley no tiene el efecto de una pantalla: generalmente las disposiciones contenidas en la ley no rigen el contenido del acto reglamentario. Uno de los casos más destacables es el de la organización y del régimen interior de los establecimientos penitenciarios que son definidos en quinientos artículos en la parte reglamentaria del código de procedimiento penal, simplemente por reenvío del artículo L 724 en beneficio del poder reglamentario. A propósito de este caso, uno puede por cierto decir que uno no puede poner en jaque la competencia del poder reglamentario porque éste está autorizado por la ley, y entonces funciona la teoría de la pantalla legislativa; pero, en el fondo, es perfectamente posible ejercer una acción en justicia por ausencia de conformidad a la

Constitución de las diversas disposiciones reglamentarias, porque no hay nada en la parte legislativa del código de procedimiento penal sobre la administración penitenciaria.

Es este razonamiento que ha adoptado el comisario de gobierno Abraham en un caso reciente, quien fue aprobado por el Consejo de Estado²²: el señor Abraham consideró que si bien no podía testar la regularidad del decreto desde el punto de vista de la competencia del poder reglamentario, podía serlo sin embargo por violación del principio constitucional de igualdad. Y el Consejo de Estado ha efectivamente verificado que las disposiciones reglamentarias atacadas, aunque eran fundadas en “una habilitación conferida al poder reglamentario por el artículo L.111-1 del código del urbanismo”, no eran “contrarias al principio constitucional del derecho de propiedad” (Consejo de Estado, 17 de mayo de 1991, Quintín, *Revue de Droit Public* 1991-1430, conclusiones de Abraham). El comisario del gobierno había invocado en esta oportunidad la teoría llamada de “la pantalla transparente” ya utilizada en un caso anterior: la pantalla es “transparente” cuando no hay ninguna disposición de fondo en la ley que se interpone entre el decreto y la Constitución.

Pero el Consejo de Estado fue aún más lejos en un fallo de 27 de mayo de 1992 (*Association des Professeurs du Muséum d'Histoire Naturelle*), ya que, sin preguntarse siquiera si la ley (de 1984 relativa a la educación superior) actuaba como una pantalla, confrontó pura y simplemente un decreto con un principio fundamental reconocido por las leyes de la República, aquel relativo a la independencia de los profesores de universidad y ha anulado, por primera vez, un decreto por violación de un principio fundamental reconocido por las leyes de la República.

En realidad, la pantalla legislativa ha sido hasta ahora un pretexto para no aplicar la Constitución, y no censurar a la Administración. Es verdad que en algunos casos la ley tiene realmente el rol de pantalla y eso, entre otros casos, cuando opera una delegación en

don concluía en estos términos: “*En total, la jurisprudencia de la Corte de casación, que se apoya por otra parte en las decisiones del Consejo constitucional, es tan estricta que complica considerablemente la tarea de la Administración (...)*”. (*Droit Fiscal*, 1992, p. 96).

²² *Revue de Droit Public*, 1992, p. 1429.

beneficio del poder reglamentario (esta manera de proceder debería por lo demás pasar a ser cada vez más rara ya que el Consejo constitucional vela de ahora en adelante a que el legislador no desconozca su propia competencia reenviando demasiado fácilmente [materias] al poder reglamentario); pero en la mayoría de los casos no hay una verdadera interposición de una disposición legislativa entre el acto administrativo y la Constitución.

c) Uno subrayará también que para las leyes anteriores a la Constitución es posible invocar la caducidad de aquellas que ya no son compatibles con la Constitución²³. La manera de proceder del juez ordinario consistiendo a constatar que una ley ya no puede ser considerada vigente en cuanto dejó de ser compatible con la nueva Constitución, no es habitual todavía. Pero empieza a ser seguida, entre otros, por el juez administrativo con el incentivo de la doctrina²⁴ aun si parte de éste hace hincapié en el hecho de que la incompatibilidad debe ser manifiesta²⁵.

En todo caso, se notará que las cosas están evolucionando como lo muestra una resolución reciente del Consejo de Estado:

“Es... por aplicación del principio de igualdad que el Consejo de Estado ha constatado la abrogación implícita, por el Preámbulo de la Constitución, del artículo 7 de la ley de 24 de mayo de 1825 relativa a la autorización y a la existencia legal de las congregaciones y comunidades religiosas de mujeres que contenía acerca de las religiosas disposiciones más severas que aquellas aplicables a los religiosos. Una decisión *Butin* de 22 de enero de 1982 ya había juzgado que una disposición reglamentaria contraria al principio de igualdad ante la ley había

²³ Véase J. TRÉMEAU, “La caducité des lois incompatibles avec la Constitution”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, VI-1990, París, 1992, pp. 219-321.

²⁴ R. DRAGO y A. DECOCQ, *JurisClasseur Pratique* 1984-II-20160.

²⁵ Véase B. GENEVOIS, *La jurisprudence constitutionnelle, principes directeurs*, S.T.H. 1988.

dejado de ser legalmente aplicable desde la Constitución de 1946. Aplicando el mismo razonamiento a una disposición legislativa, la resolución rendida en este asunto de congregaciones muestra que, a pesar de la ausencia de control de constitucionalidad por vía de excepción, existe un mecanismo jurídico que permite hacer prevalecer los principios del Preámbulo de la Constitución sobre las leyes anteriores que les son contrarias²⁶.”

3. El verdadero obstáculo es aquel que resulta de la ignorancia en la cual se encuentran los que practican el derecho –magistrados y abogados– en cuanto a la existencia de un increíble arsenal o tranque de recursos constitucionales por invocar y aplicar.

Las normas constitucionales tardan a difundirse en el conjunto del orden jurídico no porque faltan las técnicas necesarias para esta difusión o esta penetración, sino, simplemente, porque los ministros y los abogados no han adquirido todavía el “reflejo constitucional”, es decir la reacción consistiendo en preguntarse, en cualquier juicio, si los aspectos constitucionales no deben ser traídos a colación. Los juristas franceses –a la diferencia, claro está, de sus homólogos norteamericanos, pero también alemanes, italianos y hoy en día españoles y portugueses– no fueron sensibilizados a la existencia de un cuerpo de reglas constitucionales perfectamente utilizables en los juicios ordinarios o en el mismo interés de esta utilización. Lo son desde veinte años a la utilización de las normas comunitarias o europeas, porque los especialistas de estas disciplinas han logrado hacer pasar el mensaje e inculcarlos el “reflejo europeo o comunitario”.

No lo son todavía en materia constitucional no solamente porque, siendo escasas todavía las formaciones jurídicas que, desde el primer año, les inculcan esta reacción, sino también porque el reflejo inverso es fuertemente anclado en [las mentes de] los forma-

²⁶ *Études et Documents du Conseil d'État* N° 42, p. 81 (informe público 1990).

dores: a saber que el derecho constitucional no es verdaderamente derecho y que la Constitución sólo es un compendio de vagas recetas políticas sin ningún efecto jurídico.

Ha de destacarse por lo demás que este obstáculo es también común al llamado procedimiento de la excepción de inconstitucionalidad: porque, ¿cómo tener la esperanza de que millares de ministros y abogados sabrán, en primera instancia, contestar a las tres preguntas previstas (¿es pertinente o no interrogarse sobre la constitucionalidad de las normas en el litigio que se ha de zanjar? ¿Esta pregunta es seria y no manifiestamente infundada? ¿Acaso ya no fue resuelta por el Consejo constitucional?), mientras que suelen ignorar casi por completo la jurisprudencia del Consejo constitucional, la cual, hasta estos últimos años, nunca ha sido enseñada ni en las Facultades de Derecho ni en la Escuela Nacional de la Magistratura ni en la Escuela Nacional de Administración?²⁷

II. LOS EFECTOS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN

Es probablemente demasiado temprano todavía para hacer un inventario completo de los efectos de la constitucionalización del derecho: este fenómeno es relativamente reciente y los primeros estudios sistemáticos se están progresivamente realizando²⁸.

Por ende, se trata aquí sobre todo de formular algunas proposiciones y en especial hipótesis así como de rectificar algunas apreciaciones por lo menos rápidas.

Uno puede entonces distinguir dos tipos de efectos –directos e indirectos– aun si esta distinción sea de orden más pedagógico que científico.

²⁷ Véanse en ese sentido nuestras observaciones en la *Revue Française de Droit Constitutionnel* 4-1990, pp. 581 y siguientes.

²⁸ TH. RENOUX, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, Economica, 1984; P. GAÏA, *Le Conseil constitutionnel et l'insertion des engagements internationaux dans l'ordre juridique interne*, París, Economica, 1991; G. SCHMITTER, *La constitutionnalisation du droit processuel*, tesis, Aix-Marseille III, 1994.

A. Los efectos directos: los tres tipos de constitucionalización

La constitucionalización produce efectos directos diferentes según se consideran los tres grandes sectores de lo que constituye hoy en día el derecho constitucional moderno.

1. La constitucionalización-juridicización dice relación esencialmente con el derecho constitucional institucional.

Mientras que durante mucho tiempo, así como lo hemos destacado numerosas veces, “el derecho constitucional era un catálogo de recetas políticas con carácter vagamente obligatorio en el cual la ciencia política tenía más importancia que el derecho”²⁹, se ha “juridizado” bajo la influencia del derecho constitucional. En la constatación hecha en 1980³⁰ es evidentemente aún más fuerte hoy, si fuese necesario recordarlo.

De ahora en adelante, el estatuto de los órganos de poder, su modo de designación, sus competencias y sus relaciones recíprocas son regidas por verdaderas reglas de derecho: es claro aquí que “la política es tomada por el derecho”³¹. Es verdad que todos los elementos de la vida política no han recibido lugar en este marco jurídico; pero, incontestablemente, la invasión del derecho en la vida política no deja de progresar, digan lo que digan los nostálgicos del “Estado de no derecho” y de la “Constitución elástica”.

La normatividad de la Constitución se impone también a los gobernantes y la constitucionalización se traduce aquí por lo que uno podría llamar la “puesta en efectividad” de las disposiciones del texto constitucional.

2. *La constitucionalización-elevación* caracteriza el cambio observado en cuanto al sistema de fuentes o de la producción de normas.

Antes de 1958, y como lo había demostrado magistralmente Carré de Malberg, el sis-

²⁹ L. FAVOREU y L. PHILIP, *Le Conseil constitutionnel*, PUF 1978, p. 120.

³⁰ *Pouvoirs* N° 13, p. 23.

³¹ París, Economica, 1988.

tema de fuentes era esencialmente legislativo en el sentido que la ley definía su propio campo de aplicación tanto en cuanto al reglamento como acerca de la Constitución. Para parafrasear una terminología de derecho internacional, el legislador tenía “la competencia de su competencia”.

Ya no es exacto en la actualidad: la repartición de las competencias entre el legislador y el poder reglamentario por una parte, y el legislador y el constituyente por otra, es establecida por la Constitución, formal y realmente, no solamente porque la Constitución de 1958 estableció un sistema de fuente que ostenta una precisión y una sofisticación jamás alcanzadas hasta entonces³², sino también porque el juez constitucional ha estado velando a su estricta aplicación. Es así que la definición constitucional de la competencia del legislador se impone no sólo al poder reglamentario sino –y ahí está la gran innovación de la Constitución de 1958– al propio legislador. Al elevar de un grado el nivel al cual se define la repartición de las competencias normativas, la Constitución de 1958 –interpretada por el Consejo constitucional– ha privado el Parlamento del poder de autodefinición de su competencia: la “reserva de ley” se impone al mismo legislador³³.

Además, la constitucionalización de la repartición de las competencias provocó como lo acoté en 1977 unos “deslizamientos” de materias³⁴, parte de las materias reglamentarias pasando a ser legislativas y parte de éstas constitucionales, siguiendo de esta forma un movimiento ascendente.

3. *La constitucionalización-transformación* es la más reciente porque comienza

³² Véanse mis observaciones en el informe introductorio al coloquio sobre “L’écriture de la Constitution de 1958”, París, Economica y Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1992.

³³ Véase J. TRÉMEAU, *La réserve de loi*, tesis, Aix-Marseille III, enero de 1994.

³⁴ Véase el informe introductorio al coloquio sobre “Le domaine de la loi et du règlement”, París, Economica, 2ª edición 1982, p. 37.

verdaderamente en el transcurso de los años setenta (mientras que las precedentes se produjeron a partir de los años sesenta).

Uno quiere referirse aquí a la constitucionalización de los derechos y libertades que lleva a una impregnación de las distintas ramas del derecho así como a una transformación de éstas. Pero eso guarda relación también con las instituciones, en especial con las instituciones administrativas y jurisdiccionales, dado que el impacto de la constitucionalización de éstas es totalmente perceptible en derecho administrativo o en derecho procesal privado.

Hay transformación en la medida en que la Constitución produce o provoca un cambio en el contenido del derecho que, a partir de los inicios de los años ochenta, he querido caracterizar hablando del derecho constitucional social, de derecho constitucional penal, de derecho constitucional civil, etc... Eso es perfectamente descrito por Michel Fromont en el estudio ante mencionado:

“...La teoría de los derechos fundamentales tiene vocación para ejercer una influencia profunda sobre el conjunto del derecho alemán, sea por la deducción de nuevas reglas de derecho, sea por anulación de las disposiciones contrarias, sea incluso por la interpretación de las reglas existentes en un sentido conforme a la Constitución...”.

Es sobre todo a propósito de este tipo de constitucionalización que se acostumbra hablar de constitucionalización del derecho. Pero, como lo mostraremos, los distintos tipos de constitucionalización están vinculados y hay interacciones que no han de despejarse entre ellos.

B. *Los efectos indirectos*

No son lo más importantes aunque lo más difíciles de hacer aparecer. Aquí estaremos nuevamente llevados a esquematizar algo retomando parcial o completamente análisis anteriores.

1. *La modernización del derecho* es una de las consecuencias de la constitucionalización, en la medida en que, en general, la transformación del derecho se traduce por una modernización de éste.

Esta modernización es sinónimo de liberalización porque los cambios se analizan como avances dirigidos o implicados por la lógica de los derechos fundamentales. Daremos unos ejemplos, teniendo por supuesto que sólo un estudio profundizado puede hacer aparecer el conjunto de tales avances una modernización.

Así desde hace una década, la interpretación por el Consejo constitucional del artículo 66 de la Constitución como implicando una intervención de la autoridad judicial cada vez que la libertad individual está en juego, conduce a un cambio de jurisprudencia de la Corte de casación en materia de visitas domiciliarias realizadas por los agentes del servicio francés de impuestos internos³⁵. De la misma manera, la protección constitucional asegurada por el Consejo constitucional a la libertad de ir y venir a partir de 1976, indujo un cambio de jurisprudencia del Consejo de Estado y del Tribunal de los Conflictos [NDT: tribunal competente en cuanto a los litigios sobre la repartición de las competencias entre los dos órdenes de jurisdicción: civil o administrativo] en materia de retiro del pasaporte, haciendo desaparecer la prerrogativa arcaica autorizando la administración tributaria a retirar su pasaporte a un contribuyente mal pagador³⁶. De una manera general, la administración tributaria se ve cada vez más obligada a cambiar sus prácticas bajo la puja o la influencia de los principios constitucionales³⁷.

Uno puede citar incluso el ejemplo particularmente característico del derecho sancionatorio administrativo que, en algunos años

(desde 1987), ha cambiado completamente de fisonomía bajo la influencia de la jurisprudencia constitucional y ello conforme a una tendencia constatada en derecho comparado, así como lo recalca el muy notable estudio de Franck Moderne³⁸.

En materia de derecho del trabajo, numerosos son los casos en los cuales las soluciones antiguas, poco o menos protectora de los derechos de los individuos, han debido ceder el lugar a otras, más modernas. Eso ha sido establecido en repetidas oportunidades y lo fue recientemente por Bertrand Mathieu³⁹. Dentro de las más características se mencionarán aquellas en las cuales se atentaba a la libertad del matrimonio en algunas cláusulas de los reglamentos internos y en los contratos de trabajo; o aquellos que ven aplicarse el principio de no discriminación en materia de contratación o de despido del personal.

En materia de derecho penal y del procedimiento penal se notará la influencia benéfica de los principios constitucionales de la presunción de inocencia o de la aplicación retroactiva de la ley penal más suave o bien del respeto de los derechos de la defensa, etc.

En todos los sectores, el principio de igualdad asegura, en sus diversos aspectos, una modernización del derecho poniendo fin a cierta cantidad de discriminaciones.

2. *La unificación del orden jurídico* es incontestablemente favorecida por el proceso de constitucionalización.

No se trata aquí de retomar una demostración ya hecha hace algunos años⁴⁰. Uno puede sin embargo hacer el balance de lo ocurrido con vistas a verificar el estado de avance del proceso, subrayando sus principales rasgos.

a) Las normas constitucionales se transforman progresivamente en fundamento co-

³⁵ Véase Corte de casación 15 de diciembre de 1988, *JurisClasseur Périodique* 1988-II-21263, observaciones de DUGRIP.

³⁶ Tribunal de los Conflictos, 9 de junio de 1986, *Eucat*, *JurisClasseur Périodique* 1987-II-20746, notas de PACTEAU.

³⁷ Véase en ese sentido el estudio de J. TUROT ya citado.

³⁸ *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, París, 1993.

³⁹ *Les sources du droit du travail*, París, PUF, 1992.

⁴⁰ En *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, París, 1988.

mún de las distintas ramas del derecho (produciéndose el fenómeno incontestablemente a velocidades diferentes según las materias). Por ahí mismo, los principios generales del derecho que tenían tendencia a desarrollarse de manera algo autónoma en cada disciplina o materia han estado perdiendo paulatinamente su importancia en beneficio de normas constitucionales, aun si las motivaciones de las decisiones y fallos no siempre son correctamente formulados.

Es así como la Declaración de los derechos humanos y de los ciudadanos de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946 e incluso los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República son directamente utilizados por el juez administrativo y también por el juez judicial (véase *supra*) y se sustituyen entonces progresivamente a los principios generales del derecho. Pueden darse como ejemplos además de aquellos citados más arriba, para el juez administrativo (fallos Quintín o Association des Professeurs du Muséum d'Histoire Naturelle), los fallos de las Cortes administrativas de apelaciones y también las decisiones recientes de la Corte de casación y de las cortes de apelaciones⁴¹.

b) Obviamente, ello contribuye a relativizar la distinción clásica –y, según lo creamos, inmutable– entre derecho público y derecho privado.

Los principios generales del derecho, tales como fueron desprendidos por el Consejo constitucional, no eran aceptados por las jurisdicciones judiciales, éstas, descubriendo por cuenta propia, cuando era necesario, sus propios principios generales. La extensión de las materias reglamentarias habría podido provocar la transformación del juez administrativo, que de “*guardián de la legalidad administrativa*” se hubiese convertido en “*guardián*

de la legalidad”⁴²; pero esta mutación, ya difícil de llevar a cabo en período de expansión del poder reglamentario⁴³, ha sido “detenida” por la extensión de la competencia legislativa.

Los obstáculos encontrados por los principios generales del derecho construidos por el Consejo de Estado⁴⁴ no pueden oponerse a las normas constitucionales. De hecho, éstas, tales como las aplica el Consejo constitucional, se imponen a todas las autoridades jurisdiccionales y su difusión no es impedida por la dualidad de jurisdicciones (a la diferencia de las anteriores). Más aún, su naturaleza constitucional les confiere, acerca de las jurisdicciones, una autoridad superior a la de otras normas y en especial de los principios generales del derecho.

Por eso en la actualidad –y sólo para algunos ejemplos– el derecho de propiedad, o los derechos de la defensa son aplicados de la misma manera por las jurisdicciones administrativas y judiciales.

3. La simplificación del orden jurídico es igualmente inducida o producida por la constitucionalización (como ya fue expuesto en los desarrollos hacia los cuales haremos referencia⁴⁵).

Asistimos, por el hecho de la constitucionalización del sistema de fuentes, a una doble simplificación por una parte de la jerarquía de los actos sometidos a control por la “neutralización” progresiva de los artículos 34, 37 y 38 de la Constitución, el perfeccio-

⁴² Según la fórmula de J. Rivero en *Mélanges Waline*, II, p. 707.

⁴³ JEAN RIVERO evocaba los riesgos de conflictos y de contradicciones entre ambos órdenes de jurisdicción “*sobre todo cuando, a pesar de la unidad de los principios fundamentales que dominan el orden jurídico francés por entero, la diferencia sigue profunda entre los ‘especialistas de derecho público’ y ‘los especialistas de derecho privado’; de ahí los riesgos de encontrarse en un ‘callejón sin salida’ o de llegar a una situación de bloqueo porque ‘la decisión de la Alta jurisdicción administrativa no puede vincular al otro orden’*”.

⁴⁴ Véase *Conseil constitutionnel et Conseil d’Etat*, op. cit.

⁴⁵ “Dualité ou unité de l’ordre juridique”, in *Conseil constitutionnel et Conseil d’Etat*, op. cit.

⁴¹ Véanse los estudios recientes y por ejemplo las tesis de Marc FRANGI (*Droit constitutionnel et droit privé*, Economica y PUAM, 1992), de Georges SCHMITTER (*La constitutionnalisation du droit processuel*, Aix-Marseille III, 1994), y de N. MOLFESSIS (*Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, París II, 1994).

namiento y el desarrollo de la jurisprudencia sobre las competencias negativas [NDT: vale decir, la definición por el Tribunal de los conflictos, de las materias en las cuales el orden judicial y el orden administrativo no tienen competencia, respectivamente] y la identificación de los actos legislativos que abarcan solamente las leyes parlamentarias (con algunas pocas ordenanzas ratificadas y unas leyes referendarias muy excepcionales), y, por otra parte, de la jerarquía de las normas de referencia: en la cumbre, las normas constitucionales⁴⁶, entre las cuales no existe jerarquía, luego los principios con valor legislativo y, al nivel infralegislativo y supradecretal, los principios generales del derecho, y en fin las normas con valor reglamentario, y eventualmente los principios generales de segundo rango. Queda el problema del lugar de las normas internacionales en esta jerarquía: en realidad, el problema se plantea sobre todo a nivel constitucional porque en cuanto a actos legislativos y reglamentarios, no cabe duda de que las normas internacionales les son superiores.

* * *

Después de treinta seis años de aplicación de la Constitución de 1958 no se puede más que constatar el cambio profundo que se ha producido, el cual puede resumirse diciendo que bajo el efecto del fenómeno de la constitucionalización, el centro de gravedad del orden jurídico se ha desplazado. En el siglo XIX y a lo largo de la mayor parte del siglo XX, el orden jurídico ha tenido, como eje esencial, la ley, y como regulador principal, la Constitución, ordenándose alrededor de estos dos polos.

Hoy, el eje esencial es la Constitución⁴⁷, y el regulador, el Consejo constitucional, y el conjunto del orden jurídico se está reorganizando alrededor de estos dos polos.

Las cosas ya no son como antes. La ley era "el metro" supremo; hoy en día, es la Constitución. Se hablaba antaño del principio de

legalidad: hoy, de principio de constitucionalidad. La suprallegalidad sonaba como algo simbólico y el control de su respeto como una meta a alcanzar o como una evolución deseable o ineluctable: así va hoy con la supraconstitucionalidad.

Los juristas, y aquellos quienes, filósofos u otros, hablan del derecho deberían tomar conciencia de esta mutación muy profunda y no pueden seguir fundamentando su razonamiento en la identidad entre derecho y ley y en la negación de la existencia de un derecho de la Constitución que ya no es un "derecho de preámbulo"⁴⁸ o un "derecho político", sino un verdadero derecho.

El problema es que la mayoría de los juristas en actividad fueron formados en el espíritu del legicentrismo y que les es muy difícil volver a enfocar su cultura jurídica alrededor de nuevos conceptos. No obstante ello, hay una toma de conciencia cada vez más nítida del nuevo estado de las cosas, aunque fuese bajo la influencia de un fenómeno complementario, que es la comunautarización y de manera más amplia la europeización del derecho.

Pero aquí surge una nueva pregunta: ¿podría la constitucionalización del derecho imponerse frente a un proceso de comunautarización que ha empezado más temprano en Francia? De hecho, cuando uno constata cuál ha sido la reacción constitucional al Tratado de Maastricht, en Francia⁴⁹ (como en Alemania o incluso en España), uno puede pensar que el partido no ha terminado y que la constitucionalización puede progresar mejor pues es evidentemente más en armonía con nuestro derecho y que será más fácilmente aceptada.

⁴⁸ Esto para aludir a esta tendencia de juristas franceses con formación tradicional, para quienes el derecho constitucional de las libertades sólo puede contenerse en el "preámbulo", concepto borroso y misterioso al cual se vinculan en forma desordenada los principios de 1789 y de 1946, así como auténticas disposiciones de la Constitución de 1958 porque, en el espíritu de los juristas franceses, la Constitución sólo puede contener disposiciones relativas a las instituciones.

⁴⁹ Véase nuestro estudio sobre "Le contrôle de constitutionnalité du Traité de Maastricht", *Revue Générale de Droit International Public*, 1993, p. 39.

⁴⁶ Con obviamente las normas internacionales y europeas.

⁴⁷ Y eso vale también para las normas comunitarias y europeas.