

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN FRANCIA. UNA BRECHA EN EL MURO

María del Carmen Camba Constenla
Área de Derecho Administrativo de la Universidad de
Santiago de Compostela

Sumario

- | | |
|---|---|
| I. Antecedentes | III. Definición del modelo. Control <i>préventif</i> o <i>ex ante</i> . |
| 1.1. La herencia de Rousseau. | IV. La decisión de 25 de enero de 1985. |
| 1.2. La evolución posterior. | V. Los principios de la decisión. |
| 1.3. 1946 y 1958. | VI. El horizonte evolutivo. |
| II. Fundamento y naturaleza del órgano y sus funciones. | VII. Unas notas para concluir. |

0. La justicia constitucional en Francia

El Consejo Constitucional en Francia es el órgano encargado del control de constitucionalidad de las leyes, además de otras atribuciones que no van a ser objeto de nuestra atención en este momento pero que resumidamente podemos enumerar: la materia contencioso-electoral, el contencioso de las relaciones entre los poderes públicos nacionales y el control de la recepción de normas internacionales en el orden jurídico interno.

Lo que ha llamado en este momento nuestra atención, y va a centrar nuestro análisis, es el modelo de control de constitucionalidad que se ha desarrollado en Francia con una particularidad muy significativa respecto de los modelos de control del entorno europeo: se trata del momento en el que tiene lugar el examen de constitucionalidad: justo antes de la promulgación de la norma, de modo que el Consejo tiene virtualidad enervadora del nacimiento a la vida jurídica de la misma. Este sistema que, si bien ofrece una alta protección de la seguridad jurídica, presenta también puntos oscuros si tenemos en cuenta que la ley que por el motivo que sea (no planteamiento de recurso o no verificación en el momento del examen de contradicción con la Constitución), se incorpora de pleno derecho al ordenamiento y desde el mismo momento de su promulgación deviene inatacable, pudiendo servir de habilitación suficiente de cualesquiera reglamentos de desarrollo o actos administrativos, manifiestamente inconstitucionales pero que, por el respaldo que ésta les proporciona permanecen inatacables. Estas leyes son las que la doctrina, en expresión reconocida, ha llamado «leyes-pantalla» (*lois-écran*), porque actúan como una pantalla entre la Constitución y la legislación que las desarrolla.

En las páginas que siguen vamos a tratar de enmarcar el tema desde su conformación histórica hasta su delimitación en el momento actual, para tratar luego de

observar las posibles líneas de ruptura que se han ido produciendo en las últimas decisiones del Consejo Constitucional.

1. Antecedentes

1.1. *La herencia de Rousseau*

Nada es más cierto que la consideración usual de que la Revolución Francesa supuso un giro copernicano en la historia política de Europa y por ende del mundo occidental en general, pero igual de diáfano debe resultar que si bien audaces, los hombres del momento no habían de ser tan temerarios que diesen el gran salto al vacío dejando atrás todo lo viejo sin asirse fuertemente a nuevos valores y principios, reglas nuevas sobre las que había de asentarse, en fin, el juego nuevo.

En ese decisivo punto de inflexión de la Historia, las ideas de Rousseau entre otros, habrían de resultar fundamentales como piedras angulares del edificio postrevolucionario que se estaba construyendo. De entre ellas destaca por derecho propio la idea de la superioridad absoluta de la Ley como norma abstracta y general, fruto de la voluntad soberana del pueblo, que por principio no puede ser errada, porque es el pueblo el que se da a sí mismo la Ley y no es de recibo pensar que quiera darse constricciones o mandatos odiosos. Esta concepción reposa sobre un postulado «optimista», tal como es resaltado por Favoreu:¹ que la voluntad expresada por la mayoría corresponde a la voluntad general y que las minorías no serían desfavorecidas por las decisiones de la mayoría. Desde este entendimiento, pensar en una instancia situada por encima de la voluntad del legislador que hace las leyes, es, simplemente, un absurdo político y jurídico. En gráfica expresión lo señala Jean Rivéro: «en esta época, el control de constitucionalidad de las leyes eran al derecho público lo que el western y la comedia musical eran al cine, una especialidad (*spécialité*) americana.»²

Las razones de que esto haya sido así quedan perfectamente sintetizadas por Luchaire en dos bloques: de un lado son razones histórico-políticas que tienen que ver con el consabido recelo que los revolucionarios sentían por los *Parlements*, los cuales habían tratado de jugar un rol político al tratar de oponerse a las medidas liberales que intentaban introducir los ministros de Luís XVI, singularmente a la concesión del voto por personas y no por estados en el seno de los Estados Generales, en ausencia de reunión de los cuales, los *Parlements* pretendían representar a la nación; de otro lado son razones doctrinales que se ligan con la concepción orgánica de la separación de poderes que prevaleció en Francia frente a la concepción funcional que se impuso en los Estados Unidos tras la Sentencia del caso *Marbury cl Madison*.³

Broussolle disiente de la explicación al uso acerca del recelo hacia la participación en la tarea normadora de un órgano que no es elegido democráticamente y es políticamente irresponsable, por entender que no debe confundirse el derecho con la moral y que tal explicación equivale a dejarse amedrentar todavía por el espectro de los Parlamentos del Antiguo Régimen. Su explicación es que la reserva proviene de una «vене-

1. Louis Favoreu. «Droit de la Constitution et constitution du droit», en *Revue française de Droit Constitutionnel*, núm. 1, 1990; pág. 78.

2. Jean Rivéro, *Le Conseil Constitutionnel et les libertés*, París, 1984, pág. 166.

3. François Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel*, París, 1980, pág. 5 y 6.

ración y sobrevaloración de la ley, expresión infalible de la voluntad general y fuente exclusiva del derecho».

Los sectores más avanzados de la doctrina francesa han ido más allá en la búsqueda de alternativas a la explicación tradicional. Troper⁴ entiende que la tesis de la incompatibilidad entre justicia constitucional y democracia, que aboca a la consideración del órgano constitucional como co-legislador, puede ser rebatida desde dos frentes:

- Primero, haciendo una interpretación instrumental del principio democrático. La democracia no es sólo el gobierno de la mayoría sino un sistema en el que el pueblo se gobierna a sí mismo a través de la conformación de la voluntad del pueblo por agregación y concurrencia de las ideas y opiniones de todos, lo que impide la desatención a las minorías. En este sistema el papel de la justicia constitucional es instrumental para el sostenimiento del mismo. Según esta línea interpretativa, los derechos y las libertades de las minorías no son protegidos en tanto que derechos fundamentales, sino sólo en tanto que condiciones de funcionamiento normal de la democracia, de modo que se permita a las minorías de hoy ser mayorías mañana.
- Segundo, considerando que la ley sólo expresa la voluntad general si es conforme a la Constitución, de modo que el control de la constitucionalidad de las leyes no es un freno ni un correctivo a la democracia sino su instrumento necesario.

Las apreciaciones de Troper se encuadran en el marco de la crítica a la llamada *teoría realista de la interpretación* según la cual no puede existir un acto de aplicación de la ley sin una, siquiera mínima, labor interpretativa previa; y toda interpretación es un acto de voluntad que no puede ser en sí mismo objetivo; de todo lo cual se deduce que el verdadero legislador no es el autor del texto sino el intérprete, *ergo*, el órgano constitucional sería un auténtico colegislador, tal como lo habría expresado Eisenmann, autor o co-autor de un acto e toda autoridad que participa de manera decisional en el proceso de producción del mismo. Las objeciones que se plantean a esta construcción son múltiples, pero la más destacada es la que pone de manifiesto que si toda autoridad de aplicación crea la norma que aplica, ello alcanza no sólo a los órganos jurisdiccionales sino también a la Administración activa. La conclusión principal que extrae Troper es que en un sistema democrático el monopolio de producción de la ley lo detenta el Parlamento como representante del pueblo, sino que la ley, expresión de la *voluntas populi*, se conforma por la concurrencia de voluntades, entre las que se encuentra la del Consejo Constitucional, como órgano de defensa de las minorías e instrumento necesario de la democracia.

En la misma dirección Favoreu señala que la introducción de los derechos y libertades en el corpus constitucional se traduce en una modificación en el modo de concebir, limitándolos, los poderes de los gobernantes, que no deben respetar sólo las reglas de forma y de procedimiento sino también las reglas de fondo o de derecho substancial. La confianza de los individuos no depende sólo de la elección democrática de las

4. Michel Troper, «Justice Constitutionnelle et démocratie», en *Revue française de Droit Constitutionnel*, núm. 1, 1990, pág. 33 a 40.

mayorías, sino que éstos esperan además que las decisiones de éstas sean controladas a fin de comprobar que no hayan sido vulnerados los derechos fundamentales.⁵

1.2. *La evolución posterior*

El propio Sieyès, aún recelando, como sus contemporáneos, de los *Parlements*, se mostró partidario desde un principio de la existencia de un control de constitucionalidad cuando afirmó que «los poderes ilimitados son un monstruo en política», y de acuerdo con ello propuso la creación de un Jurado (*Jurie Constitutionnaire*), encargado del perfeccionamiento de la Constitución, de servir de suplemento de jurisdicción natural y, significativamente, de ser guardián del poso (*dépôt*) constitucional.⁶ No siendo aceptada su propuesta, el sistema que se construyó es el que Luchaire⁷ llama de autocontrol que con significativa fórmula cierra la Constitución de 1791;⁸ y que aparecerá en las demás constituciones revolucionarias bajo formas diversas. La elección final habrá estado, suponemos, muy condicionada por el imperativo de absoluta separación entre poderes, en especial entre ejecutivo y judicial, que de forma rotunda se había expresado en la Ley de la Asamblea Constituyente de 16-24 de agosto de 1790 que impedía a los órganos del poder judicial perturbar, en ningún caso y bajo ningún pretexto, la actividad de la Administración.⁹ Administrar y juzgar son dos funciones distintas que deben permanecer separadas porque «juzgar a la Administración es también administrar».

Las demás constituciones, a excepción de las de Napoleón Bonaparte y Napoleón III, guardan un discreto silencio sobre el tema y hasta 1946 el problema del control de constitucionalidad se trasladará de alguna manera al Senado, tanto en la Constitución del año VIII como durante el Segundo Imperio. A propósito del Senado del Segundo Imperio, inspirado indudablemente en la proposición de Sieyès¹⁰ y continuador de los senados del Consulado y del Imperio, se ha formulado recientemente la polémica acerca del carácter jurídico o político del control que éste ejercía, bien que tradicionalmente se le consideró unánimemente un control de naturaleza política (así fue considerado por clásicos como Duguit o Hauriou). En esta polémica, Ashworth¹¹ interviene para, aún sin negar por indubitado el carácter político de dicho control, romper una lanza en favor del carácter jurídico del mismo, ofreciendo así un aspecto

5. Louis Favoreu, *Droit de la Constitution...*, op. cit., pág. 77.

6. Tal fue el proyecto de elaboración personal que presentó el 2 de Termidor del año III ante la comisión constitucional de la que, sin embargo, no formaba parte. La propuesta fue escuchada pero tras las intervenciones los días 24 y 25 del mismo mes, de Louvet y sobre todo de Thibaudeau («*Ce pouvoir monstrueux serait tout dans l'Etat et, en voulant donner un gardien aux Pouvoirs publics, on leur donnerait un maître, qui les enchaînerait pour pouvoir les garder plus facilement*») fue finalmente rechazada.

7. François Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel...*, op. cit., pág. 8.

8. «*L'Assemblée Nationale constituante en remet le dépôt à la fidélité du corps législatif, du roi et des juges, à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les français*».

9. «*Les fonctions judiciaires sont et demeurent toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leur fonctions*».

10. Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Madrid, 1988; pág. 477.

11. Antoinette Ashworth, «*Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Sénat du Second Empire*», en *Revue du Droit Public*, 1994, pág. 45 a 102.

bifronte de un control que se ejercía confrontando el texto de la ley sometida con las disposiciones de la Constitución. Por otra parte, aun cuando el Senado era considerado según el art. 4 de la Constitución como un componente del poder legislativo, esta participación lo era precisamente a título de intervención en el control de la ley y no en el momento político de la elaboración de la misma. Cuestión distinta es que por derivación de funciones al amparo del art. 26 que le encargaba de vigilar la adecuación de las leyes no sólo a la Constitución sino también «a la religión, a la moral, a la libertad de cultos, a la libertad individual, a la igualdad de los ciudadanos ante la ley, a la inviolabilidad de la propiedad y al principio de inamovilidad de la magistratura», así como a las leyes que «pudiesen comprometer la defensa del territorio»; deviniese al fin y a la postre en una segunda cámara legislativa dado lo extenso de su función complementadora: el senadoconsulto de 14 de marzo de 1867 le permite exigir del cuerpo legislativo una segunda lectura pero no puede oponerse a las leyes más que en los casos, arriba citados; el senadoconsulto de 8 de septiembre de 1869 le permite oponerse, en todos los casos, a la promulgación de una ley; y, dando un paso más, con el senadoconsulto de 2 de mayo de 1870 votará las leyes como el cuerpo legislativo.¹²

1.3. 1946 y 1958

En 1946 se planteó por vez primera la creación de un órgano de control constitucional y a tal efecto nació el Comité Constitucional, pero su composición y funciones no eran las de un verdadero órgano garante de la legalidad constitucional en defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos, sino que funcionó como un órgano sustentador del equilibrio entre los demás órganos constitucionales, especialmente entre las dos Asambleas, favoreciendo un acercamiento entre ellas en caso de que para la promulgación de una ley fuese condición previa revisar la Constitución. Su funcionamiento real se limitó a una sola ocasión.¹³

Desde la izquierda francesa, no obstante, se habían levantado ya voces como la de André Philip¹⁴, diputado del Frente Popular en 1936, comprometido activamente con la Resistencia durante la Segunda Guerra Mundial y posteriormente ministro de Economía y Finanzas y colaborador del Plan de contabilidad francés de 1947, quien, habiendo participado en la comisión de la Constitución de la primera y la segunda Asamblea Nacional Constituyente, se mostró partidario de la instauración de un verdadero control de constitucionalidad de las leyes. En su concepción hay ciertos principios y valores espirituales que esquivaron en el origen de la Resistencia, lo que luego ha derivado en «el principio de que existen un cierto número de reglas de derecho,

12. François Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel...*, *op. cit.*, pág. 11.

13. Se trató de la Decisión de 16 de junio de 1948, mediante la cual el comité logró un acuerdo en la disputa entre el Consejo de la República y la Asamblea Nacional a propósito de la interpretación del art. 20 de la Constitución de 1946 que preveía que en caso de urgencia el Consejo de la República expresaría su opinión en el mismo plazo que la Asamblea Nacional estableciese para los debates. Pero como el reglamento de la Asamblea no preveía nada al respecto, el Consejo de la República entendía que podía emitir su opinión cuando quisiese, en tanto que la Asamblea Nacional estimaba que, expirado el plazo para que el Consejo expresase su parecer, éste no lo había hecho, de modo que la ley que en la misma se había votado debía ser promulgada.

14. *Vid.* Jean-Éric Callon, *Le projet constitutionnel d'André Philip en Revue du Droit Public*, 1992, pág. 657 a 674.

que plasman esos valores en el plano económico y jurídico, reglas de derecho superiores a la voluntad de todo jefe, y que ellas solas fundamentan y limitan a la vez la autoridad del Estado.[...] El Estado es su guardián y no su creador. Es entonces necesario que en toda la sociedad civilizada sean afirmados los principios jurídicos fundamentales que definen el estado de civilización que ha alcanzado en un cierto momento una comunidad nacional». ¹⁵ La cita es larga pero nos parece interesante, en cuanto que defiende la existencia de unos valores y principios anteriores y superiores a la propia ley elaborada por los órganos legislativos del estado, valores que ésta debe respetar necesariamente. De una manera clara se está exponiendo la idea de que no necesariamente cuanto emana del parlamento es legítimo como expresión de la voluntad del pueblo. Y de ese convencimiento arranca la idea de la necesidad de establecer un control de constitucionalidad de las leyes. Obviamente, esta conciencia viene en una buena medida espoleada por el amargo precedente de la guerra mundial, y por el compromiso activo que Philip contrajo en su Resistencia. No es casualidad que los países de Europa donde el control de constitucionalidad se impuso de una manera más firme y más temprana fue precisamente en aquéllos que sufrieron más intensamente los modelos de estados autoritarios¹⁶ (basten como ejemplos Alemania, Austria o Italia).

No obstante, Philip rechazará con fuerza el modelo de control de constitucionalidad americano, entre nosotros llamado «control difuso», por entender que «es inadmisibles que un cuerpo constituido cualquiera pueda juzgar a la ley, expresión de la soberanía popular». De nuevo aflora aquí esa especie de temor jacobino que los franceses sienten hacia el gobierno de los jueces. Más explícitamente, dirá: «La soberanía pertenece al pueblo, no a los jueces», y acabará defendiendo el referéndum como el medio ideal de control de la constitucionalidad de las leyes, en el respeto a la soberanía del pueblo.¹⁷

Será 1958 la fecha que marque el punto de inflexión respecto de la situación anteriormente descrita. La Constitución de 4 de octubre de 1958 dedica un título, el VII, al *Conseil Constitutionnel*, al cual se le atribuyen competencias, como si de una jurisdicción ordinaria se tratara, en materia electoral. Dentro del mencionado título destaca el art. 61, que establece que «las leyes orgánicas antes de su promulgación, y

15. André Philip, *La Résistance française, ses fondements juridiques et moraux*. Conferencia pronunciada el 19 de septiembre de 1942 en el Instituto Francés de Londres; pág. 9 (citado por Jean-Éric Callon en *Le projet constitutionnel d'André Philip...*, op. cit., pág. 669).

16. Entre nosotros se manifiesta en este sentido Javier Pérez Royo cuando dice que «la justicia constitucional no es, en sus orígenes, un indicador de buena salud democrática, sino de todo lo contrario. Detrás de ella está, en un primer momento, la crisis inmediatamente posterior a la Primera Guerra Mundial, en la que son rechazadas de forma generalizada las formas políticas autoritarias de la época anterior, pero en la que se produce al mismo tiempo el temor, también bastante generalizado, a que se efectúen cambios decisivos e irreversibles en el principio de constitución económica de la sociedad, impuestos además de forma autoritaria, dictatorial; y en un segundo, la experiencia de la opresión, una opresión brutal, superior a cualquiera otra conocida con anterioridad, por cuanto ejercida por «monopolios de coacción física» en la forma de Estados altamente industrializados, económicamente desarrollados y, en consecuencia, infinitamente más eficaces que todos los poderes políticos de épocas pretéritas.

Se trata, por lo tanto, de una institución que simboliza mejor casi que ninguna otra la desconfianza de los diferentes constituyentes democráticos europeos en la disposición de las futuras mayorías parlamentarias a aceptar las reglas del juego fijadas en la Constitución. Javier Pérez Royo, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Madrid, 1988, pág. 40-41.

17. Jean-Éric Callon, *Le projet constitutionnel...*, op. cit., pág. 671.

los reglamentos de las asambleas parlamentarias, antes de ser puestos en vigor, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre la conformidad de unas y otros con la Constitución». Potestativamente, el párrafo segundo del mismo artículo establece la posibilidad de que las leyes (no orgánicas) sean sometidas al control del mismo antes de su promulgación y con el mismo fin.

El contexto en el que ve la luz este texto constitucional es el de la Francia gaullista y el objetivo con el que nace es el de reducir los poderes del Parlamento dentro de la inspiración general de reforzamiento del ejecutivo; con todo sigue siendo visible el peso del principio de la división de poderes, como se pone de manifiesto en el hecho de que el nombre elegido para esta alta instancia sea el de «Consejo» y no «Corte» o «Tribunal»¹⁸ como alguno de sus homólogos europeos, términos estos últimos de clara inspiración judicialista que levantarían susceptibilidades en un país donde el temor al gobierno de los jueces es antiguo y acendrado.

En cumplimiento de las previsiones constitucionales el Consejo fue creado por ley orgánica de 7 de noviembre de 1958, posteriormente modificada el 4 de febrero de 1959.

Su función inicial era la de servir de freno a los excesos del legislativo y el ejecutivo, pero un giro importante se va a producir por la reforma de 29 de octubre de 1974, que introduce la posibilidad de que el Consejo sea requerido a instancia de 60 diputados o 60 senadores, con lo que pasa a convertirse en un instrumento potencial de defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos frente a los abusos del estado-legislador.

Siguiendo de nuevo a Luchaire, vamos a sintetizar las atribuciones del Consejo Constitucional, entendidas éstas tanto en un sentido amplio como en un sentido estricto.

En un sentido estricto el Consejo Constitucional no tiene competencia general para velar por el respeto de la Constitución sino que ha sido establecido para impedir que el Parlamento ejerza otros poderes que aquellos que le reconoce expresamente la Constitución.

A pesar del carácter restrictivo con el que la Constitución había configurado las competencias del Consejo, éste, haciendo una interpretación extensiva de las mismas, las extiende en tres grandes bloques: el control de las operaciones electorales, el control de los cargos electivos y el control de constitucionalidad; explícitamente «controlar la conformidad de la ley no solamente con la Constitución de 1958 sino también con la Declaración de los derechos del hombre de 1789, con las disposiciones de valor constitucional contenidas en el preámbulo de la Constitución de 1946, con los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República,¹⁹ con las reglas del derecho público internacional e incluso con las leyes orgánicas».²⁰

18. François Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel...*, op. cit., pág. 21.

19. Aunque en el momento de su establecimiento el preámbulo, y los principios en él contenidos, no sólo no obruvieron el reconocimiento de su valor constitucional, sino que también se cuestionaba su valor jurídico, posteriormente el Consejo de Estado fue configurándolos como una categoría jurídica al comenzar a inspirarse en sus disposiciones para extraer una serie de principios de valor legislativo vinculantes para la Administración. Así lo expresó respecto del derecho de huelga en el Arrêt de 7 de julio de 1950, *Debaene*, primera decisión en la que toma carta de naturaleza la categoría jurídica que luego constitucionalizará el Consejo Constitucional.

20. François Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel...*, op. cit., pág. 92 a 95.

2. Fundamentos y naturaleza del órgano y sus funciones

El gran debate en torno al Consejo Constitucional se ha venido centrando en la doctrina francesa en el tema de la naturaleza del mismo, y por ende, del control que ejerce. ¿Político? ¿Jurídico? ¿Institucional?

A favor de la tesis del carácter político del control se han manifestado personalidades de la talla de Chenot²¹ para quien el Consejo es sin duda un órgano político por el reclutamiento de sus miembros y por las funciones de control político que desarrolla. De la misma opinión es Coste-floret²² que considera que el control del Consejo se sitúa en el terreno de la oportunidad política. Hamon,²³ con una opinión más prudente, considera acertada la tesis del carácter político dada la ausencia de contradictoriedad entre las partes implicadas ante un magistrado, que él estima fundamental para que se pueda hablar de desarrollo de una función jurisdiccional. Burdeu añade un elemento más cual es el del carácter preventivo del control de constitucionalidad de las leyes (con la única excepción de la técnica de deslegalización prevista en el art. 37.2 de la Constitución); elemento que, a su entender, obliga a considerar el control como de naturaleza política pues sólo puede ser un órgano político el que ejerza una vigilancia tal sobre el legislador, que le convierta, siquiera pasivamente, en coelaborador de la ley.²⁴ Bon²⁵ extrae dos consecuencias de dicha participación *a priori* en la confección de la ley: de una parte dicha intervención limita la soberanía del Parlamento que pierde así la plenitud y la exclusividad del poder legislativo; de otra parte, esta participación transforma a la jurisdicción constitucional en tercera cámara política: el Consejo Constitucional es una jurisdicción, pero se encuentra politizado, lo que conduce al desequilibrio y la confusión de poderes.

La tesis institucional, brillantemente defendida por Juillard,²⁶ se fundamenta en la consideración del papel del Consejo como un coadyuvante del Parlamento en la misión de elaboración de las leyes, actuando como un legislador negativo al intervenir en el proceso de creación de la norma *a priori*, esto es, antes de su promulgación.

Por último, la tesis jurisdiccional es la defendida por los grandes nombres del

21. M. Chenot ha sido miembro del Consejo Constitucional, vicepresidente del Consejo de Estado y ministro. Expresa su opinión al respecto el 2 de diciembre de 1977 en el coloquio de Aix-Marseille en estos términos: «No he pensado ni por un segundo que el Consejo Constitucional fuese un órgano jurisdiccional; es un cuerpo político por su composición y por las funciones que cumple» (Citado por F. Luchaire en *Le Conseil Constitutionnel...*, *op. cit.*, pág. 37).

22. Paul Coste-Floret afirmaba en los debates del Comité Consultivo Constitucional que «el Consejo Constitucional es un órgano político-jurídico que está cualificado para decidir desde el punto de vista jurídico y desde el de la oportunidad política» (Citado por F. Luchaire en *Le Conseil Constitutionnel...*, *op. cit.*, pág. 37).

23. En palabras de Léo Hamon «*le Conseil constitutionnel a l'indépendance mais il lui manque la contribution organisée des parties intéressées à l'information du magistrat*», *Institutions et vie politique de la France actuelle*, tomo II, Bordas, 1977, pág. 262.

24. La postura de Burdeu es por lo demás inequívoca: «*Que le Conseil soit un organe politique, cela ressort de la nature de ses attributions. Toutefois, s'il doit être qualifié de «politique» c'est dans la mesure où l'adjectif s'oppose à «juridictionnel». Cela n'implique pas qu'il doive être politisé, bien au contraire, car l'exercice de ses compétences implique qu'il situe son appréciation au-dessus des controverses partisans*», en *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, LGDJ, París, 1980, pág. 116.

25. Pierre Bon. «*Le Conseil Constitutionnel français et le modèle des cours constitutionnelles européennes*», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, 1991, pág. 45 a 72.

26. Patrick Juillard, «*Difficultés du changement en matière constitutionnelle. L'aménagement de l'article 61 de la Constitution*», en *Revue du Droit Public*, 1974, pág. 1.703 a 1.772.

iuspublicismo francés contemporáneo: Waline,²⁷ Favoreu,²⁸ Rivéro,²⁹ Hauriou,³⁰ Prélot,³¹ Duverger³² y el propio Luchaire.³³ Los argumentos básicos son dos: por un lado el Consejo, al ejercer el control lo hace aplicando el derecho, y por otro lado, sus decisiones gozan del efecto de cosa juzgada, se imponen a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales. Sostiene Luchaire³⁴ que no es cierto que ante el Consejo no se desarrolle un verdadero proceso —fuera de los casos del contencioso electoral del cual también conoce—, que no se dé contradictoriedad ni pluralidad de partes, todo lo cual sólo puede ser defendido a propósito de la intervención del Consejo cuando éste es requerido por la vía del art. 61. En suma, la posición de este autor es superadora de la concepción orgánica, porque en efecto no puede considerarse al Consejo un «órgano» jurisdiccional; y se inscribe en la concepción funcional, porque atendiendo a su función aparece diáfana su naturaleza jurisdiccional.

Por su parte, Favoreu considera que el carácter de verdadera jurisdicción es condición *sine qua non* para que pueda hablarse de un Tribunal Constitucional y añade que «importan poco las múltiples variaciones sobre el tema de la naturaleza político-jurisdiccional, jurídico-política o no jurisdiccional de las jurisdicciones constitucionales, puesto que, en definitiva, de algún modo hay que llamarlas.[...] Por lo demás, negar a una de ellas esta denominación por razones de composición, modo de designación de los miembros o funcionamiento, equivale a extender el rechazo a las demás, incluido el Tribunal Supremo americano, puesto que presenta características muy

27. Marcel Waline, Prefacio a la obra de Louis Favoreu y Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, París, 1975, pág. VIII y IX. La postura de este autor es matizada: «L'organisation du Conseil et le statut de ses membres sont loin d'infirmar le caractère juridictionnel de ses décisions. Le fait que les membres du Conseil sont choisis par le chef de l'Etat et les présidents des assemblées législatives tend, sans doute, à lui imprimer le caractère d'une juridiction politique; mais n'en est-il pas de même, par exemple, de la Haute Cour de Justice, dont tous les membres sont élus parmi les parlementaires et par ceux-ci? Ce qui importe, c'est que, dès leur nomination, les membres du Conseil jouissent des plus grandes garanties d'indépendance, puisqu'ils sont inamovibles, non renouvelables, et, lorsqu'ils sont en même temps fonctionnaires, insusceptibles de recevoir aucun avancement au choix; ils ne peuvent être nommés à aucun emploi public». (...) Dans tous les cas (...) la décision du Conseil sera juridictionnelle, puisqu'il statue sur une question de droit, et sa décision s'impose à toutes les autorités de l'Etat».

28. Louis Favoreu. «Le Conseil Constitutionnel régulateur de l'action normative des pouvoirs publics», en *Revue de Droit Public*, 1967, pág. 5 a 120.

29. Jean Rivéro, *Les libertés publiques*. París, 1973; pág. 210.

30. André Hauriou. «El Consejo Constitucional es un organismo nacido y desarrollado bajo el signo de la ambigüedad: sus atribuciones presentan, en lo esencial, un carácter jurisdiccional, pero por el modo de designación de sus miembros y por su composición de hecho, tiene marcado carácter político». Sin embargo cuando examina las atribuciones del Consejo destaca como particularmente importante la regulación de la actividad normativa de los Poderes públicos, «es decir, el control de los Poderes públicos cuando éstos dictan normas de Derecho». Al mismo tiempo hace hincapié en la incompetencia del Consejo para arbitrar la función «política» de los poderes públicos. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Traducción al castellano de J. A. González Casanova. Barcelona, 1971, pág. 637 a 639.

31. Marcel Prélot incide en el tema de la independencia del Consejo respecto del Ejecutivo: «...le Conseil Constitutionnel est un organe de décision indépendant du Président qui, ..., n'en fait pas partie». (...) «Elle est, sans doute, une juridiction, mais qui ne ressemble guère aux cours suprêmes existant dans divers pays». *Institutions politiques et droit constitutionnel*, París, 1961, pág. 792.

32. Maurice Duverger haciendo una descripción general de los métodos de control de la constitucionalidad (jurisdiccional y político), define el control jurisdiccional como aquél cuyo cometido es «vérifier la conformité d'une loi à la Constitution». *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, París, 1958, pág. 222.

33. François Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel...*, op. cit., pág. 41 a 56.

34. *Ibidem*.

semejantes, sobre todo en cuanto a su composición.» Y precisa: «Lo anterior es válido, evidentemente, para el Consejo Constitucional francés, pues ni en su composición ni en sus atribuciones ni funcionamiento difiere de los demás Tribunales.[...] En definitiva, lo que cuenta es que el Tribunal Constitucional haga justicia con autoridad de cosa juzgada y que sus declaraciones de inconstitucionalidad puedan desembocar en anulaciones con efecto *erga omnes*.»³⁵

De igual modo Rivéro, al referirse a los procedimientos de salvaguarda de las libertades públicas, hace referencia al control de constitucionalidad para señalar que «se trata de una verificación de conformidad de una regla inferior a una regla superior, es decir, una operación esencialmente jurídica».³⁶

Capelletti³⁷ pone de relieve la necesidad de la justicia constitucional para hacer frente a lo que él denomina el «gigantismo del Estado»: al hilo de la creación de lo que se llamó Estado-providencia, como una necesidad sentida de un mayor intervencionismo estatal en pos del bienestar social, se produjo un crecimiento paralelo de la organización administrativa porque los Parlamentos, primeros encargados de la creación del *welfare state*, mostraron su incapacidad de actuar como instrumentos omnipotentes en favor del desarrollo social. De este modo, el Estado-providencia se convierte en Estado administrativo, con los consiguientes peligros de desconocimiento de los derechos y libertades de los ciudadanos.³⁸ En este contexto, la justicia constitucional se presenta como un contrapeso frente al crecimiento desmesurado del ejecutivo y frente a una cierta desvirtuación del legislativo al que no se le ve ya como el representante del pueblo, sino como un agregado de grupos y grupúsculos formados por políticos elegidos localmente y electoralmente ligados a los mismos.

Colliard da un paso más y observa que el recurso a un órgano independiente constituye una garantía fundamental, tanto más necesaria si nos encontramos en presencia de un partido que posee la mayoría absoluta en una asamblea, en cuyo caso la oposición no es suficiente para impedir el voto de leyes que pueden ser opresivas para una gran parte de la Nación.³⁹ No se trata más que del eterno problema del juego de las mayorías y las minorías y el adecuado respeto a los derechos de éstas, viniendo las reglas del juego establecidas en la norma fundamental, de la cual el órgano constitucional correspondiente debe ser el máximo garante.

3. Definición del modelo. Control *préventif* o *ex ante*

La Constitución de la Vª República, ya lo hemos señalado, dedica el título VII al Consejo Constitucional. Son ocho artículos (del 56 al 63), en los que se definen la composición, atribuciones y funcionamiento del mismo. A nuestros efectos son particularmente importantes los art. 61 y 62:

35. Louis Favoreu, *Los Tribunales Constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 31 a 34.

36. Jean Rivéro, *Les libertés publiques*, París 1974, pág. 239.

37. Mauro Cappelletti, *Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle en Cours Constitutionnelles Européennes et Droits Fondamentaux*, bajo la dirección de Louis Favoreu, París, 1982, pág. 461 a 493.

38. Mauro Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milán, 1955, pág. 1 a 19.

39. Claude-Albert Colliard, *Libertés publiques*, París, 1968, pág. 139 y 140: «Dans la mesure où les formules du gouvernement démocratique aboutissent à la domination par le nombre, le recours à un organe juridictionnel est le seul moyen de contrebalancer la toute puissance des masses».

«Art. 61. Las leyes orgánicas antes de su promulgación y los reglamentos de las asambleas parlamentarias, antes de ser puestos en vigor, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre la conformidad de unas y otros con la Constitución.

»Con el mismo fin *se podrán someter* las leyes al Consejo, antes de su promulgación, por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, sesenta diputados o sesenta senadores.

»En los casos previstos en los dos párrafos anteriores, el Consejo Constitucional deberá pronunciarse en el plazo de un mes. Sin embargo, a petición del Gobierno, si hay urgencia, este lapso se reducirá a ocho días.

»En todos estos casos la remisión de un texto al Consejo Constitucional suspenderá el plazo señalado para su promulgación.

»Art. 62. No podrá ser promulgada ni puesta en vigor una disposición declarada anticonstitucional.

Las resoluciones del Consejo Constitucional serán inapelables y se imponen a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales.»

Del texto se extraen los rasgos definidores del modelo:

Los actos susceptibles de ser controlados son los reglamentos de la Asamblea, las leyes orgánicas y las ordinarias. Por referencia del art. 54, también pueden ser controlados los compromisos internacionales (tratados).

El recurso pueden interponerlo únicamente autoridades políticas. La referencia a «sesenta diputados o sesenta senadores» fue introducida por la Ley de reforma constitucional de 29 de octubre de 1974. Esta reforma fue decisiva porque abrió las posibilidades de impugnación a las minorías parlamentarias.

El control se produce en el momento anterior a la promulgación, de modo que se incardina de algún modo en el *iter* de elaboración de la norma.

El control se hace por referencia básicamente a la Constitución, pero también a otros textos que posteriormente fueron reconocidos como de carácter constitucional. Son éstos: los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, admitidos por vez primera en una decisión trascendental de 16 de julio de 1971 a propósito de la libertad de asociación; la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789, reconocida en un fallo de 27 de diciembre de 1973 y que hasta ese momento estaban extravagantes sin formar materialmente parte de la Constitución pero gozando de una enorme fuerza política y de consenso social; y el preámbulo de la Constitución de 1946 incorporado como derecho positivo en un fallo de 15 de enero de 1975.

Los fallos que emite el Consejo pueden ser de anulación, en cuyo caso gozan del efecto absoluto de cosa juzgada que les atribuye el art. 62 al declararlos inapelables, del mismo modo que lo son los de rechazo, los cuales a su vez pueden serlo por inadmisibilidad o por desestimación, es decir, declaración de conformidad de la norma con la Constitución. Cabe también que el Consejo emita fallos de rechazo bajo reserva de interpretación, es decir, conformidad de la norma con la Constitución siempre que se haga de ella la interpretación que éste propone, que suele ser constructiva, neutralizadora o directiva.⁴⁰ Con esta actitud el Consejo busca, desde su posición hoy totalmente asentada en el sistema institucional, actuar como balanceador necesari-

40. Louis Favoreu, *Los Tribunales Constitucionales...*, *op. cit.*, pág 109.

rio entre las disposiciones atacadas y la Constitución, tratando de adaptar aquéllas a ésta. La problemática de estas *conformidades bajo reserva* se comprende fácilmente si se observan las derivaciones del efecto de cosa juzgada que producen las decisiones del Consejo Constitucional pues hay que entender que tal efecto alcanza no solamente a la parte dispositiva de la norma sometida sino también a los motivos que son el sostén necesario y constituyen su fundamento.⁴¹ Es decir, la decisión produce el efecto en los términos en que deba ser interpretada; y bajo esta interpretación deberá ser tenida en cuenta por los poderes públicos y autoridades administrativas y jurisdiccionales que desde el momento de la emanación de la Decisión han quedado obligados por la misma, ex art. 62.2 de la Constitución. La práctica, sin embargo, no es muy respetuosa con el principio mencionado en lo que se refiere a las notas de generalidad que cabe extraer de las decisiones del Consejo resolviendo casos concretos. Como señala Favoreu, el único medio de hacer respetar la jurisprudencia del Consejo Constitucional y su interpretación — *la autoridad de cosa interpretada* — es que el legislador apruebe una ley acogiendo las interpretaciones del Consejo.⁴²

El rasgo que más interesa a los efectos de nuestro análisis es el del momento en que el control se lleva a cabo: antes de la promulgación de la ley. Es por tanto un control preventivo o *a priori* como norma general.⁴³

Las consecuencias de ello son enormes. Vedel y Devolvé⁴⁴ hablan a este respecto de la subsistencia de un «ángulo muerto» de eficacia en la protección que el derecho público francés asegura a los derechos y libertades: el caso de que una ley autorizando a la administración a efectuar actos contrarios a los derechos o libertades haya escapado a la censura del Consejo, porque, en tal supuesto, la ley promulgada devendrá inatacable, el Consejo no puede ya intervenir y el juez administrativo no puede anular los actos autorizados por la ley-pantalla. A propósito del principio de legalidad señalan que toda vez que la autoridad de la Constitución sobre la administración viene limitada por la teoría de la ley-pantalla, se produce una distorsión en la jerarquía de fuentes, pues la Constitución, aun siendo teóricamente superior a la ley, puede, en esos supuestos, verse en la práctica subordinada a la misma.⁴⁵

Este es un problema de un gran porte jurídico en la tradición europeo-continental del control constitucional, inspirada en el modelo kelseniano, toda vez que enfrenta dos grandes principios, básicos en todos los sistemas democrático-liberales: el principio de soberanía parlamentaria como expresión de la voluntad popular y el de división

41. Javier Pardo Falcón, *El Consejo Constitucional Francés*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pág. 99 a 104.

42. Louis Favoreu, «*Dualité ou unité d'ordre juridique: Conseil Constitutionnel et Conseil d'État participent-ils de deux ordres judiciaires différents?*». *Conseil Constitutionnel et Conseil d'État*, Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat, LGDJ, Montchrestien, París, 1988, pág. 145 a 190.

43. L. Favoreu reconoce la existencia de un control *a posteriori* de carácter excepcional: es el que posibilita el art. 37, apartado 2 de la Constitución, en virtud del cual los textos legislativos pueden ser deslegalizados total o parcialmente por el Consejo si éste considera que el legislador ha intervenido en materia constitucionalmente reservada al reglamento. (Recuérdese que la Constitución francesa de 1958, en su línea de favorecer el reforzamiento del ejecutivo, permite la existencia de reglamentos independientes, cuya subordinación se efectúa directamente a la Constitución sin el intermedio de una ley.)

La excepción al principio de control preventivo es, en palabras del autor, «ciertamente limitada, pero indiscutible». *Los Tribunales Constitucionales...*, *op. cit.*, pág. 109.

44. Georges Vedel y Pierre Devolvé, *Le système français de protection des administrés contre l'Administration*, París, 1991, pág. 33.

45. Georges Vedel y Pierre Devolvé, *Le système français...*, *op. cit.*, pág. 83.

de poderes, en la medida en que un órgano cuyos miembros no salen de la elección popular controlan la acción del legislativo, pudiendo incluso anular las normas por éste producidas.⁴⁶ En Francia, sin embargo, y debido quizás al sacrosanto valor que se concede a la ley como la encarnación de la democracia,⁴⁷ el tema no ha suscitado tanta polémica doctrinal como sería de esperar. No hay que olvidar que hasta épocas relativamente recientes (1973-1975) la Constitución francesa no tuvo un contenido material protector de derechos y libertades, sino que se reservaba en un plano puramente orgánico y de disciplina de las relaciones entre poderes. La defensa de derechos y libertades es algo que se había venido dejando, confiadamente, en manos del legislador ordinario.

Así observamos que un autor de la talla de Rivéro se muestra condescendiente con el sistema, aún reconociéndole todas sus debilidades, porque posee la virtud de la simplicidad, la cual considera de gran importancia en el ámbito contencioso, en el ámbito jurisdiccional...⁴⁸ La complejidad que introduciría la declaración de inconstitucionalidad de una ley ya nacida y que hubiese producido efectos jurídicos, se observa como un *handicap* insalvable (o casi) y un argumento decisivo en pro del mantenimiento del sistema.⁴⁹ En el mismo sentido se dirigen las apreciaciones de Bon pero añade la ventaja de la expeditividad del control (un máximo de un mes).⁵⁰ Otro autor, Poullain, explicita de la siguiente manera las ventajas del control abstracto y *a priori* que ejerce el Consejo: el procedimiento es simple; la seguridad jurídica y la autoridad de la ley resultan reforzadas; el control es rápido; el juez constitucional se sitúa así en las mejores condiciones para ejercer un control en profundidad en cuanto que no se va a ver desbordado por recursos contra leyes cuya constitucionalidad no presenta dudas.⁵¹

De todas formas la cuestión dista mucho de ser pacífica y también se alzan voces que esgrimen argumentos en contra. Así Colliard considera la solución francesa como limitada e imperfecta.⁵² Luchaire observa al respecto de la protección de los derechos fundamentales que, si bien la jurisprudencia del Consejo Constitucional ha efectuado progresos muy importantes desde 1971, aquélla presenta ciertas lagunas que precisarían de pasos más decididos en la dirección de la eficacia de la protección.⁵³

Por su parte, Broussolle,⁵⁴ tras advertir que la negación de un poder legislativo,

46. Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Madrid, 1988, pág. 476.

47. Michel Troper, *Justice constitutionnelle...*, *op. cit.*, pág. 31: «Il est bien connu qu'il existe en France une ancienne tradition d'hostilité au contrôle de constitutionnalité, jugé incompatible avec la démocratie. Malgré l'établissement de ce contrôle en 1958, son extension irrésistible à partir de 1971 et 1974, malgré le succès de cette institution dans l'opinion publique, cette tradition persiste».

48. Jean Rivéro, *Rapport de Synthèse en Cours Constitutionnelles Européennes et Droits Fondamentaux*, bajo la dirección de Louis Favoreu, París, 1982, pág. 526.

49. La postura del citado autor es sin embargo más matizada en otras obras como luego tendremos oportunidad de comprobar.

50. Pierre Bon, *Le Conseil Constitutionnel français et le modèle...*, *op. cit.*, pág. 70.

51. Bernard Poullain, «Remarques sur le modèle français de contrôle de constitutionnalité des lois», en *Pouvoirs*, núm. 13, 1986, pág. 187 a 190.

52. Claude-Albert Colliard, *Libertés publiques...*, *op. cit.*, pág. 140.

53. François Luchaire, «Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux», en *Cours Constitutionnelles et Droits Fondamentaux*, bajo la dirección de Louis Favoreu; París, 1982, pág. 98.

54. Denis Broussolle, «Les lois déclarées inopérantes par le juge constitutionnel», en *Revue du Droit Public*, 1985, pág. 779 a 782.

siquiera negativo, del Consejo Constitucional, se funda en primer lugar en la tradición jurídica francesa de separación de poderes, postula a favor de un acercamiento por parte de la institución francesa a las soluciones ya adoptadas en los países vecinos, de modo que sea admitida si no la legitimidad sí el hecho incontestable de que un juez constitucional pueda ser «normador secundario», en los términos en que fue concebido por Kelsen.

Una brecha en el muro

El modelo tal como ha sido definido está dando pasos hacia la transformación y superación de las limitaciones que lo constriñen, hasta el punto de que los autores hablan hoy de una «revolución» o de una nueva etapa en la justicia constitucional francesa.⁵⁵

¿Qué es lo que ha permitido que una mutación como la que estamos abordando se produjese? Rivéro⁵⁶ destaca la sabia conjugación entre prudencia y audacia como la clave para el desarrollo y permanencia de una institución nueva. Poullain destaca que fue precisamente la audacia de sus primeras decisiones lo que ha permitido al Consejo Constitucional ser aceptado primero y ver después sus audacias aprobadas.⁵⁷ Este fue también el proceso de implantación y afianzamiento del Consejo de Estado. El proceso lo explica claramente entre nosotros Carro Fernández-Valmayor:⁵⁸ el nacimiento del concepto de acto político o de gobierno aparece vinculado históricamente con la crisis sufrida por el Consejo de Estado a la caída del Imperio napoleónico. Esta construcción, materializada en el conocido *arrêt* Laffitte, de 1 de mayo de 1822, se convertirá en la fórmula salvadora para el alto órgano administrativo en el *impasse* crítico que atravesaba al ser criticado tanto por los liberales que le reprochaban su carácter autoritario y su cualidad de juez administrativo, como por los monárquicos que estaban en contra de la consolidación de los títulos de los adquirentes de los bienes nacionales que el Consejo de Estado había realizado. Este juego de equilibrio le permitió afianzar

55. Vid. por todos Jean Rivéro: «*Les pères de la Déclaration de 1789 avaient entendu placer les droits de l'homme au sommet des normes qui régissent la Cité. Mais un scrupule hérité de Rousseau, ou leur inexpérience, les avaient retenus de concrétiser le principe ainsi posé dans des institutions propres à en prévenir la violation. Au Conseil d'État revient l'honneur d'avoir soumis les actes de l'Exécutif au respect de la loi, édifiant ainsi le premier degré de la pyramide que constitue l'État de droit. La pyramide est restée inachevée durant cent cinquante ans: la loi souveraine, comme le monarque absolu, pouvait impunément s'affranchir du respect de la norme supérieure. C'est à elle que la «tradition républicaine», selon la formule de l'avis du Conseil d'État du 6 février 1953, confiait, en définitive, la sauvegarde des libertés: à la loi, c'est-à-dire aux passions et aux hasards des majorités successives. Le Conseil Constitutionnel a mis fin à cet absolutisme. La pyramide institutionnelle coïncide désormais avec la pyramide des normes. Si l'élimination d'un absolutisme constitue une révolution, et si une révolution peut s'élaborer dans la discrétion feutrée d'un palais national, c'est bien une révolution qu'ont menée à bien les sages du pavillon Montpensier*» (*Le Conseil Constitutionnel et les libertés*. París, 1984, pág. 138).

La cita es larga pero expresiva del camino recorrido hasta la consagración plena de la superioridad constitucional y la afirmación del Consejo Constitucional como guardián de la Constitución, incluso frente a los posibles embates de la ley. Es además significativa porque data de 1984, lo cual nos puede dar una idea de cuál era el sentir entre la doctrina en ese momento previo a la Decisión de 25 de enero de 1985, que, como veremos, marcará un punto de inflexión decisivo en la concretización del papel del Consejo como baluarte defensivo de la constitucionalidad de las leyes.

56. Jean Rivéro, *Le Conseil Constitutionnel et...*, op. cit., pág. 135.

57. Bernard Poullain, *Remarques sur le modèle français...*, op. cit., pág. 183.

58. José Luis Carro Fernández-Valmayor, «*La doctrina del acto político*», en *Revista de Administración Pública*, núm. 53, 1967, pág. 73 a 130.

su posición, dando por concluida su etapa de implantación (*audacia*), y permanecer gozando, como alto órgano administrativo, de la confianza del Gobierno frente al cual hacía una expresa renuncia a sus atribuciones abandonando materias de gran relieve político a la libre disponibilidad de los órganos de la Administración activa (*prudencia*). De esta manera aseguró su permanencia hasta que los acontecimientos de 1870 provocaron la caída del Imperio y el nacimiento de la tercera República, que devolvió al Consejo de Estado el poder de jurisdicción en toda su amplitud (Ley de 24 de mayo de 1872), momento en el que se produce el tránsito de la jurisdicción retenida a la jurisdicción delegada.

De prudencia ha hecho gala durante largos años el Consejo Constitucional, limitándose al ejercicio estricto de sus competencias, rehusando toda interpretación amplia de los textos en que se fundaban, de manera que frenase el consabido temor galo ante el advenimiento de un hipotético gobierno de los jueces. Mediada la década de los ochenta se podía considerar que la institución estaba ya lo suficientemente consolidada como para que dichos temores hayan quedado desvanecidos y el Consejo pueda dar muestra de una mayor audacia, sacando las máximas consecuencias posibles de sus competencias, siempre en favor de la sumisión del legislador al orden constitucional.

Otro obstáculo que se venía oponiendo al papel conformador del Consejo Constitucional era la falta de definición en los conceptos de una constitución como la francesa que, a diferencia de otras como la alemana, la italiana o la española, no había sido hecha para ser aplicada por un tribunal. Este obstáculo puede ser salvado también si, haciendo una especie de pirueta jurídica, damos por sentado que la jurisprudencia del Consejo Constitucional es una fuente creadora del derecho,⁵⁹ porque, de esa forma, y sustentándose sobre sus propias construcciones, el Consejo puede ir paso a paso afirmándose en su nuevo rol.

4. La decisión de 25 de enero de 1985 (DC 85-187)

El recurso que motivó esta decisión fue interpuesto por Jacques Chirac y Marc Bécam, junto con un grupo de diputados y senadores, al amparo del art. 61.2 de la Constitución, y mediante el mismo se sometía al dictamen del Consejo Constitucional la ley relativa al estado de urgencia en Nueva Caledonia y sus dependencias, en base a la supuesta incompetencia del legislador para establecer dicho estado excepcional en ausencia de una disposición expresa de la Constitución (el art. 36 de la misma contempla el estado de sitio pero no el de excepción), y a la falta de consulta a la asamblea territorial como dispone el art. 74 de la Constitución.

La solución que adopta el Consejo es la de proclamar la conformidad de la ley con la Constitución pero en el último de sus considerandos señala: «... si la regularidad a la vista de la Constitución de los términos de una ley promulgada *puede ser válidamente recurrida con ocasión del examen de disposiciones legislativas que la modifiquen, la complementen o afecten su campo de aplicación* (son domaine), no habrá de ser lo mismo puesto que

59. Tal consideración puede hacerse, a partir de la revolución operada por la Decisión del Consejo Constitucional, de 16 de julio de 1946, mediante la cual la Constitución francesa dobla su volumen por la sola voluntad del Consejo Constitucional. *Vid.* Jean Rivéro, *Le Conseil Constitutionnel et...*, *op. cit.*, pág. 168.

se trata de la simple puesta en aplicación de una tal ley, por lo que los argumentos expuestos por los autores del recurso no pueden ser estimados».

A la vista de la decisión convendría separar dos tipos de cuestiones: de orden material o de fondo las primeras, y las segundas de orden formal.

En cuanto a su alcance material, hay que concluir que éste es más bien reducido, puesto que se limita a establecer que el hecho de que el art. 36 de la Constitución no haga alusión al estado de excepción no significa que lo excluya como competencia del legislador, puesto que la Constitución no habría abrogado la ley de 1955 que regula dicho estado excepcional, sino que la habría acogido bajo su manto, dejándola afectada por su inspiración. Estas consideraciones se hacen en el marco de una teorización de la salvaguarda del orden público como objetivo de valor constitucional y *per se* enfrenable a las libertades públicas.

En palabras de Wachsmann⁶⁰ «la decisión incurre en el grave fallo de permitir al legislador crear regímenes de excepción durante los cuales las libertades públicas podrán ser más o menos gravemente desconocidas».

De mucha mayor trascendencia son las implicaciones de forma que tiene la decisión por cuanto es la primera vez que el Consejo, apartándose de sus propios precedentes sólidamente asentados,⁶¹ se reconoce competente para entrar a considerar la constitucionalidad de una ley promulgada, bien que dicho reconocimiento se haga de una forma un tanto tangencial y no sea óbice para que, en el caso concreto examinado, el Consejo declare la ley que le ha sido enviada como conforme a la Constitución. En ello habrán incidido, no puede desconocerse, motivos políticos, recelos y temores ante la situación de alteración del orden público que en aquel momento reinaba en Nueva Caledonia. Ello permite a Wachsmann⁶² criticar agudamente que el Consejo ofrezca una decisión más rica en perspectivas de futuro que en satisfacciones de presente.

Como primera consecuencia a extraer de la decisión está la de poder considerar ya abierta la vía para un posible control de constitucionalidad por vía de excepción, lo que aseguraría un completo control del legislador y eliminaría el efecto distorsionador que sobre el ordenamiento tienen las leyes-pantalla que, una vez promulgadas, impiden al Consejo efectuar un control de los textos que se le someten en toda su extensión.

Se puede hablar a partir de esta decisión de una nueva etapa en la sumisión del legislador a las normas constitucionales, de manera que se hace virtualmente operativa la revolución de que hablábamos más arriba en la presentación de la cuestión.

Una cuestión que ha planteado la doctrina al hilo de esta innovación del Consejo es la de la legitimidad del mismo para tal proceder, en otras palabras, de dónde nace la competencia que le permite dar el salto cualitativo y entrar a considerar la constitucionalidad de leyes ya promulgadas, en contra del que es el principio general

60. Patrick Wachsmann, «Notas de Jurisprudencia», en *L'Actualité Juridique. Droit Administratif*, junio 1985, pág. 362 a 365.

61. Señaladamente la Decisión de 27 de julio de 1978, en la que resolvió rehusando abordar la constitucionalidad del monopolio de la radiodifusión, en base al impedimento de orden formal-temporal que suponía el art. 61 de la Constitución: «*La conformité à la Constitution de ces lois ne peut être mise en cause, même par voie d'exception, devant le Conseil Constitutionnel dont la compétence est limitée par l'article 61 de la Constitution à l'examen des lois avant leur promulgation*». (La conformidad con la Constitución no puede ser cuestionada, ni siquiera por vía de excepción, ante el Consejo Constitucional cuya competencia está limitada por el artículo 61 de la Constitución al examen de las leyes antes de su promulgación).

62. Patrick Wachsmann, *Op. cit.*; pág. 365.

destacado en la Constitución. Unos autores⁶³ entienden que tal competencia se encuentra implícitamente en el art. 61 de la Constitución, pues cuando en él se dice que el control se efectúe antes de la promulgación, no está con ello queriendo impedir que se efectúe después de la misma, sino que simplemente trataría de ordenar el iter procedimental de elaboración de la ley, insertando el control constitucional en ese momento por provocar menos distorsiones en el ordenamiento jurídico. Otros autores sostienen que este control efectuado *a posteriori* es de una naturaleza distinta al efectuado *a priori* (pensando en la excepción de inconstitucionalidad), de modo que el control de constitucionalidad entra dentro de las competencias de atribución del Consejo Constitucional.

5. Los principios de la decisión

Para poder llegar a la conclusión de la posibilidad de control de constitucionalidad de la ley promulgada, y al mismo tiempo evitar una solución comprometida en el caso que le había sido deferido, el Consejo elabora una sutil distinción, a saber: entre las disposiciones que modifican, complementan o afectan el campo de aplicación de una ley promulgada, y aquellas otras que sólo suponen una puesta en aplicación (*mise en application*) de la misma. De este último tipo considera que es la ley que se le somete (una medida aplicativa de la ley de 1955 sobre el estado de urgencia), de manera que, para ese caso concreto, el control de constitucionalidad no sería viable, al tiempo que, sobre el plano material, le permite justificar la no consulta a las asambleas territoriales, dado que una medida de aplicación de una ley no interesa «a la organización particular de los territorios de ultramar» (tal es el requisito que el art. 74 de la Constitución establece para exigir la consulta de las asambleas territoriales).

Con esta apreciación se hace más claro todavía que el valor de la decisión está más en lo que esconde que en lo que muestra, más en lo que tiene de insinuadora que de reveladora.

De todas formas hay que reseñar que esta decisión, si bien importante, no surge de la nada, como no ocurre nunca en el mundo de las instituciones jurídicas, sino que tiene unos antecedentes, aún indirectos, que las preanuncian. Del mismo modo tampoco se quedará como una decisión aislada sino que tendrá una continuación y unas consecuencias hacia el futuro que trataremos de desentrañar.

1) En cuanto a los precedentes, debemos referirnos a una serie de intervenciones del Consejo mediante las cuales declaraba «inoperantes» disposiciones legales ya promulgadas. Las primeras fueron tres decisiones acerca del art. 31 de la Ley sobre orientación agrícola de 1960: decisiones de 8 de septiembre de 1961, de 18 de octubre de 1961 y de 16 de enero de 1962, a las que siguió unos años más tarde la de 30 de enero de 1968. Todas ellas se referían al reparto constitucional de competencias y eran por ello enmarcables en el supuesto de excepción del art. 37 de la Constitución, pero no por ello dejaron de llamar la atención de la doctrina, perpleja ante la nueva figura a la que el Consejo estaba dando vida: la de una disposición jurídica que, sin dejar de existir (no se trata de una anulación, sino de un sustituto de la misma improvisado y

63. Vid. por todos, François Luchaire, «L'exception d'inconstitutionnalité», en *Les recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, bajo la dirección de Francis Delpérée, París 1991, pág. 147.

frágil), no despliega los efectos que le son propios y ello por decisión del Consejo. De todas formas, la audacia es involuntaria en la medida en que, habiendo sido ya promulgada la ley, no quedaba al Consejo otra solución si quería enervar sus efectos. En los términos de Broussolle, «la declaración de inoperancia de la ley en vigor es la única salida encontrada por el juez al *impasse* jurídico en el que se encontraba». ⁶⁴ La declaración de inoperancia se presenta así como un expediente atécnico pero útil para colmar una laguna de la Constitución: la de los conflictos actuales o potenciales de normas; pero además el Consejo intenta emplear el expediente para asegurar el triunfo de la norma «correcta», constitucionalmente hablando, sobre una ley que ha sido ya promulgada y por tanto ha devenido inatacable.

Una continuación y una ampliación a la vez de esta vía se produjo por la decisión de 11 de junio de 1981, que afectó a la materia electoral. Hablamos de una ampliación porque mientras con las anteriores decisiones el Consejo efectuaba repartos de competencias entre normas y órganos, con ésta entra ya en lo que es la protección de las reglas de fondo contra leyes ya promulgadas.

La base de apoyo de esta línea decidida no la encontró el Consejo en ningún texto, sino que la elaboró haciéndose eco de las jurisprudencias consonantes de otras jurisdicciones en Francia y en el extranjero. ⁶⁵

Las consecuencias que cabe extraer de tal innovación jurisprudencial se extienden sobre dos tipos de cuestiones: de un lado la suerte que haya de correr la norma afectada por la declaración de inoperancia, cuestión a la que no se puede dar una respuesta de conjunto sino que habrá que ir determinando caso por caso; y de otro lado el valor que haya de darse a ese texto normativo al cual se le ha negado la validez pero que sigue en el mundo jurídico. Broussolle las considera como leyes de planes o leyes programa, con un valor meramente indicativo, simples catálogos de orientaciones y objetivos. ⁶⁶

2) En cuanto a las prolongaciones de la decisión de 25 de enero de 1985, hay que mencionar otras dos decisiones que toman su testigo. Nos referimos a la DC 89-256, de 25 de julio de 1989, en materia de urbanismo y de nuevas aglomeraciones urbanas y a la DC 89-286, de 29 de diciembre del mismo año, en relación con la Ley de finanzas para 1990.

En ambas decisiones se retoma la diferenciación instaurada en la de 25 de enero de 1985 entre disposiciones legislativas que modifican, completan o afectan el campo de aplicación de una disposición anterior y disposiciones que son simples medidas de aplicación de otras. Ferstenbert ⁶⁷ entiende que la distinción es una simple manifestación de un poder que el Consejo Constitucional se atribuye, y que entraña una diferencia de tratamiento que algunos desearían ver desaparecer.

Es este mismo autor quien observa agudamente que la vía de apertura que el Consejo inicia con esta decisión está limitada *a radice*, por el efecto de la distinción señalada ya que:

a) Si el control ejercido por el Consejo lo es sobre una ley votada en el Parlamen-

64. Denis Broussolle, *Les lois déclarées inopérantes...*, *op. cit.*, pág. 755.

65. Denis Broussolle, *Les lois déclarées inopérantes...*, *op. cit.*, pág. 753.

66. Denis Broussolle, *Les lois déclarées inopérantes...*, *op. cit.*, pág. 768 a 771.

67. Jacques Ferstenbert, «Le contrôle, par le Conseil Constitutionnel, de la régularité constitutionnelle des lois promulguées», en *Revue du Droit Public*, 1991, pág. 339 a 391.

to, y el resultado del examen es la no conformidad de la misma con la Constitución, es lógica consecuencia que tampoco han de gozar de tal conformidad las disposiciones con que ésta se conecte de modo directo en la medida en que la proclamada inconstitucionalidad de una se extiende necesariamente a la otra;

b) Si el control se ejerce sobre una ley que es una simple medida aplicativa de otra ley promulgada, el propio principio de no justiciabilidad de la ley promulgada se impone contra la pretensión del Consejo de incidir en su constitucionalidad.

De este modo un tanto obscuro, el Consejo consigue efectuar una especie de control incidental de la ley promulgada. Decimos que el control efectuado es incidental por cuanto para que tenga lugar es necesaria la existencia de ciertas relaciones entre la ley promulgada y la recurrida. Las relaciones que deben existir entre una y otra son, en palabras de Ferstenbert,⁶⁸ de dos clases: de utilidad y de solidaridad. De *utilidad* en el sentido de que las disposiciones de la ley promulgada sólo serán examinadas por el Consejo en la medida en que este examen sea útil al examen principal, que es el de la ley que se le ha enviado. De *solidaridad* en el sentido de que es necesario que una y otra norma formen un cuerpo conjunto, de modo que los vicios de una afecten a la otra por formar con ella una unidad.

Otra de las características del control de la ley promulgada es su *funcionalidad*, en el sentido de que dicho control se efectúa porque resulta funcional para el control de la ley recurrida y de ello se deriva uno de sus límites: sólo los términos de la ley promulgada pueden ser, en la medida que hemos visto, revisados, pero no los posibles vicios de que adoleciese en su procedimiento de elaboración. Esto expresa a las claras que la intención no es el control profundo de las leyes promulgadas viciadas de inconstitucionalidad, cuanto el control de las mismas en la medida en que es útil para el control de la ley recurrida, con vistas a eliminar incongruencias del ordenamiento. El otro límite con que se encuentra el control incidental de la ley promulgada es el de la autoridad de cosa juzgada que juega a favor de las disposiciones de la ley que ya hayan sido en su día objeto de un pronunciamiento específico por parte del Consejo.

Para concluir el análisis de la decisión vamos a detenernos, siquiera brevemente, en las consecuencias de la misma. El primer interrogante que surge es el de cuál es la sanción que el Consejo Constitucional adopta para con la ley promulgada cuya inconstitucionalidad acaba de declarar. La respuesta es simple: ninguna. El Consejo no puede eliminar del ordenamiento una disposición promulgada por más que la haya tachado de inconstitucional. No dispone de expediente técnico para ello. Si la cuestión se detuviese ahí pensaríamos que para alcanzar tan pobres conclusiones no era necesaria una elaboración tan compleja. La vía de salida a esta especie de callejón en el que parece encontrarse la cuestión, podría hallarse en las previsiones del art. 62 de la Constitución, en el sentido de afirmar que las decisiones del Consejo Constitucional se imponen a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales. De este modo, la responsabilidad sobre la eficacia ulterior que haya de tener la ley declarada inconstitucional recae sobre los operadores jurídicos, lo cual hace sentir la necesidad de arbitrar una salida que elimine la inseguridad jurídica que este tipo de situaciones genera. Esta salida podría ser, lo veremos en el epígrafe

68. Jacques Ferstenbert, *Le contrôle, par le Conseil Constitutionnel...*, op. cit., pág. 368 y ss.

siguiente, la introducción en el sistema de justicia constitucional francés de la excepción de inconstitucionalidad, pero el camino hasta ahí veremos que no está exento de dificultades, en primer lugar porque la vía abierta por la decisión examinada no lo es exactamente a la excepción de inconstitucionalidad, dado que el control que se efectúa de la ley promulgada es del todo funcional y guarda una relación de utilitariedad con el control de la ley recurrida; es decir, no es un control autónomo, destinado a enjuiciar la conformidad o no conformidad constitucional de la ley promulgada.

6. El horizonte evolutivo

Puestos a observar el horizonte evolutivo que se perfila después de la decisión que venimos de comentar y las que la siguen, destacaremos una línea de previsible desarrollo hacia el futuro, que incorpora una doble dimensión: por un lado, *a*) los esfuerzos y debates tendentes a lograr la reforma constitucional para incluir el control de constitucionalidad de las leyes por vía de excepción; y por el otro, *b*) el proceso abierto en estos momentos orientado a dar mayores posibilidades de participación a los ciudadanos para accionar ante el Consejo Constitucional.

A) El control de las leyes por vía de excepción

Recientemente (años 1990 y 1993) se ha planteado en Francia la posibilidad de introducir una reforma constitucional que incluya la posibilidad del control de las leyes por vía de excepción. Hay que tener en cuenta, no obstante, que los primeros intentos en esta dirección datan ya de 1903, retomados en su integridad en 1907, de 1924 y de 1925. La primera de las proposiciones defendida por Jules Roche y Charles Benoist tendía a instituir una Corte Suprema para conocer de las afrentas a los derechos y libertades de los ciudadanos. El proyecto de 1907 fue sostenido por Charles Benoist y defendía los mismos planteamientos que su predecesora. M. Bonnet fue el introductor, en 1925, de un proyecto de creación de una Corte Suprema, a imitación de la de los Estados Unidos. La última de las proposiciones, la de 1925, obra de Engerland, desarrollaba las mismas premisas que la de 1903.

El común denominador de todas estas propuestas⁶⁹ es el deseo de proteger la libertad individual amenazada por las usurpaciones de un Estado que a comienzos del siglo XX había empezado a mostrarse como omnipotente. El hecho a destacar es la conciencia de que la amenaza para los derechos y libertades puede provenir de la ley, que hasta ese momento había sido considerada infalible por ser la expresión suprema del pueblo soberano. Es significativa la constatación de que el poder del Estado puede ser opresor. De todas formas, ninguna de estas iniciativas prosperó, lo que da muestra de que el derecho público francés considera, aún en el primer cuarto de este siglo, que el Parlamento expresa la voluntad de la nación que, por naturaleza, expresa lo que ésta desea. En tanto no se tome conciencia de que la mayoría parlamentaria no representa necesariamente a la mayoría real del país, sino que los mecanismos electorales y los juegos de las mayorías y las minorías dentro de las cámaras pueden desvirtuar en gran

69. Michel Verpeaux, «Le contrôle de la loi par la voie d'exception dans les propositions parlementaires sous la III^{ème} République», en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1990, págs. 688 a 698.

medida la «*volonté générale*»; no puede abordarse con seriedad la instauración de un orden jurisdiccional encargado del control del ajuste de la ley a una norma que se sitúa en un plano superior a la misma; máxime cuando este órgano no ha nacido de la elección pública y no es políticamente responsable. Sin embargo, a partir del momento en que la ley es susceptible de no reflejar los verdaderos deseos de la sociedad, el principio de un tal control puede ser admitido.⁷⁰ Aceptado esto, las posibilidades técnicas son dos: que tal control se articule por vía de acción o por vía de excepción. La opción que hicieron todas las propuestas revisoras de la Constitución lo fueron en favor de la vía de excepción, de ahí los recelos con los que se encontraron porque sobre el plano político, el término «excepción» invoca el control de tipo americano, lo que hace surgir de inmediato el espectro del gobierno de los jueces y el temor a un poder judicial omnipresente.⁷¹

Renoux,⁷² en su análisis de la mentada «excepción», concluye que no es tanto una excepción en el sentido procesal del término (con virtualidad paralizadora del proceso en la instancia), cuanto una verdadera cuestión prejudicial, en tanto que en último término sería el Consejo Constitucional el llamado a decidir. Como cuestión prejudicial, reuniría unas características específicas que pueden resumirse en tres notas básicas:

1. Debe referirse a una cuestión de derecho;

2. Deroga el principio de plenitud de jurisdicción en cada uno de los dos órdenes jurisdiccionales (administrativos y judiciales), introduciendo un tercer orden de jurisdicción interna, el orden constitucional;

3. Confirma la existencia de una competencia exclusiva del Consejo Constitucional para apreciar la conformidad de las leyes a la Constitución; esto es, alejándose del modelo americano de control difuso, el modelo a implantar en Francia iría en la línea de reservar el monopolio del control de constitucionalidad para el Consejo Constitucional.

Una alternativa original a la planteada por la reforma del modelo es la que propone Poullain desde una perspectiva autocomplaciente con el sistema francés y tendente a la conservación de las líneas fundamentales del mismo: se trataría de introducir un derecho de recurso muy estrictamente definido y abierto a una autoridad cualificada.⁷³ Se trataría de un control *a posteriori* pero excepcional y de carácter abstracto. La propuesta de este autor parte de la base de considerar que es muy difícil que, dadas las características de la producción normativa en Francia, se produzcan evasiones al control de constitucionalidad preventivo de aquellas leyes cuya conformidad con la Constitución pudiera ser dudosa. De ahí que el control *a posteriori* aparezca como algo para casos excepcionales, como una pieza de cierre de un sistema que tiende a la perfección.

Para concluir diremos que, aunque la reforma no se ha consumado todavía, es muy posible que nos encontremos en la víspera de la misma, y tomaremos unas

70. Michel Verpeaux, *Le contrôle de la loi...*, *op. cit.*, pág. 696.

71. Thierry S. Renoux, «*L'exception, telle est la question*», en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1990, pág. 651 a 658.

72. Thierry S. Renoux, *L'exception...*, *op. cit.*, pág. 653 a 655.

73. Bernard Poullain, *Remarques sur le modèle...*, *op. cit.*, pág. 193.

palabras de Pizzorusso,⁷⁴ quien advierte que «cualquiera que sea la génesis del procedimiento relativo a las proposiciones de ley constitucional y de ley orgánica tendente a introducir en Francia el control incidental de las leyes, el proceso en curso aparece, el hecho es destacable, como un síntoma importante de la superación de la dicotomía aparecida hace casi doscientos años sobre la manera de concebir el papel de la Constitución y la relación en que ella se encuentra con la ley, y que se podría, sintéticamente, expresar recordando la oposición entre la posición adoptada por Hamilton en el n° 78 del «Fédéraliste» y por Marshall en la sentencia *Marbury v. Madison*, y la concepción que estaba en la base de las proposiciones avanzadas en Francia por Sieyès durante la fase post-revolucionaria».

Pasamos ahora, y para concluir, a examinar la segunda de las líneas de evolución que habíamos propuesto al inicio del epígrafe, tratando de ver el estado actual de la cuestión y las perspectivas de avance futuro.

B) *La participación de los ciudadanos en el proceso de control de constitucionalidad de la ley*

El proceso iniciado puede ser contemplado como un tercer escalón del camino hacia el pleno control de constitucionalidad de las leyes. En efecto, si observamos que en un primer momento el Consejo rehusaba sistemáticamente de conocer de los recursos contra leyes promulgadas amparándose en la limitación de su competencia por el art. 61 de la Constitución, y en un segundo momento reorienta su postura aceptando dicho examen «con ocasión del examen de disposiciones legislativas que la modifiquen, la completen o afecten su dominio», podemos ahora estimar que las propuestas de reforma constitucional de los años 1990 y 1993 pretenden dar un paso más⁷⁵ introduciendo el control por vía de excepción, articulada técnicamente en base a un protagonismo cierto de los ciudadanos que, bajo ciertas condiciones, podrían recurrir ante el Consejo Constitucional para la defensa de sus derechos si éstos han sido desconocidos. Los proyectos no llegaron a prosperar, aun cuando contaban con el decidido apoyo de Mitterrand, deseoso de dejar su impronta presidencial en la vieja Constitución de 1958,⁷⁶ por el veto que en ambas ocasiones opuso el Senado.

En todo caso interesa destacar que la pretensión de participación del ciudadano se vializaba en los proyectos de una manera condicionada, pues no aparecía como una posibilidad abierta a cualquier ciudadano sino sólo al ciudadano «justiciable», es decir, aquél que está inmerso en el curso de un litigio para la resolución del cual es

74. Alessandro Pizzorusso, «*Un point de vue comparatiste sur la réforme de la justice constitutionnelle française*», en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1990, pág. 659 a 671.

75. En este sentido se expresa Jacques Viguier en «*La participation des citoyens au processus de contrôle de constitutionnalité de la loi dans les projets français de 1990 et de 1993*», en *Revue du Droit Public*, 1994, pág. 969 a 999.

76. Expresamente en la Exposición de motivos del proyecto de ley constitucional de 30 de marzo de 1990 se dice: «Una vez que la ley es promulgada, su constitucionalidad no puede ya ser cuestionada ante el Consejo Constitucional y las jurisdicciones administrativas y judiciales rehusan ejercer un tal control por vía de excepción. Así todas las disposiciones legislativas que no han sido examinadas por el Consejo se imponen a todos aunque pueda dudarse de su conformidad a la Constitución. Esta laguna no es aceptable en un país como Francia. Lo es ménos dado que en un número creciente de estados europeos el problema ha sido resuelto gracias a la instauración, por su Constitución, de un doble control de constitucionalidad, ejercido por vía de acción según la diligencia de las autoridades públicas, y por vía de excepción, con ocasión de un proceso jurisdiccional, a iniciativa de las partes o del juez».

La alusión a la iniciativa judicial o control de constitucionalidad de oficio por vía de excepción nos indica que dicho control se intenta implantar con entidad de medio de orden público.

necesario el pronunciamiento del juez constitucional acerca de la conformidad o no de una ley con la Constitución. Con todo, el avance es enorme, porque eliminaría *a radice* la posibilidad de que una ley inconstitucional hiciese pantalla frente a la Constitución para amparar las afrentas a los derechos de los ciudadanos.

En cuanto al ámbito objetivo, hay que señalar que en el texto de 1990 se mencionaban como objeto de recurso por vía de excepción «las disposiciones de ley que conciernen a los derechos fundamentales reconocidos a toda persona por la Constitución», en tanto que en 1993 la fórmula había sido ligeramente modificada: «una disposición de ley que implique atentado contra los derechos fundamentales reconocidos a toda persona por la Constitución». En todo caso, el elemento común es la referencia a la noción de *derechos fundamentales*, lo que distancia al proyecto francés de los demás sistemas europeos de control incidental, en los cuales es invocable la violación de *todas* las reglas constitucionales.⁷⁷ Para evitar la posible avalancha de recursos ante el Consejo una vez expedita la vía se previó un «*double filtrage*» jurisdiccional,⁷⁸ de manera que los recursos llegasen al Consejo una vez superado el doble tamiz de la instancia inicialmente requerida y de la instancia suprema de cada orden jurisdiccional, lo que vendría a equivaler a dejar buena parte del control de oportunidad del recurso en manos de las propias autoridades judiciales, las cuales deberían tener cuenta de que se cumpliesen acumulativamente una serie de condiciones:

- Que la disposición recurrida sostenga la existencia del juicio, la validez del procedimiento o constituya el fundamento de la petición;
- Que no haya sido ya declarada conforme a la Constitución por el Consejo;
- Que la cuestión no sea manifiestamente infundada.

En la apreciación de la concurrencia de este último requisito es donde se deja un margen más amplio a la discrecionalidad judicial,⁷⁹ si bien habría que considerar este requisito como de mínimos para que la vía abierta a los ciudadanos no se convierta en papel mojado.

En cuanto a los efectos de la eventual decisión del Consejo, ambos proyectos se decantan por otorgarle una efectividad *ex nunc* o hacia el futuro desde la fecha de la publicación de la misma. Al mismo tiempo la efectividad directa se concibe como *erga omnes* de modo que afecte a todos los demás litigios en curso en la fecha en que se produzca, de modo que si la disposición atacada es declarada inconstitucional, las partes embarcadas en otros litigios no pueden plantear a su vez la excepción de inconstitucionalidad si habían tenido intención de hacerlo.⁸⁰

7. Unas notas para concluir

Detrás del interés por la reforma se esconde, a la vez que una cuestión política, encaminada a hacer efectivo el disfrute de los derechos por los ciudadanos, otra cues-

77. Así lo hace notar Louis Favoreu, haciendo referencia a la excepción belga, en «*L'élargissement de la saisine du Conseil Constitutionnel*», en *Revue française de Droit Constitutionnel*, núm. 4, 1990, pág. 587.

78. *Vid.* sobre este tema, Louis Favoreu, *L'élargissement...*, *op. cit.*, pág. 589 a 592.

79. Louis Favoreu llega a decir que es en realidad el juez quien hace iniciar (*déclenche*) el proceso en *L'élargissement de la saisine...*, *op. cit.*, pág. 591.

80. Jacques Vigiuer, *La participation des citoyens...*, *op. cit.*, pág. 996.

ción que podría adjetivarse como sublimación del *chauvinismo* francés, tendente a evitar el «descolgamiento» del sistema francés de protección constitucional de los derechos y libertades, respecto de las cotas alcanzadas por sus vecinos europeos; y aún una tercera cuestión, ésta de índole más pragmática, orientada a impedir que la sanción a los desconocimientos de derechos y libertades acaecidos en Francia y no controlados por el Consejo venga impuesta desde fuera, lo cual podría en principio producirse por dos vías:

a) de un modo indirecto a través de la protección que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea podrá efectuar caso de producirse lesiones a los derechos y libertades que son objeto de protección por el Derecho Comunitario. En derecho comunitario no existe una carta de derechos y libertades propiamente dicha, pero a través de la protección de los derechos de índole económica que en éste tiene gran trascendencia, puede efectuar en un momento determinado una protección colateral de derechos y libertades de contenido político;⁸¹

b) de un modo directo, a través de la protección dispensada a los ciudadanos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los cuales pueden plantear ante el mismo aquellas cuestiones atañentes a sus derechos y libertades que en Francia hubieran sido desatendidas.

Las resoluciones de ambos tribunales son directa e inmediatamente ejecutables en Francia, lo cual implicará, caso de producirse fallos estimatorios, la introducción en la vida jurídica interna de efectos que en un principio no habían sido deseados o a la atención de los cuales no se había prestado el adecuado tratamiento.

Todo ello son razones que juegan a favor de la esperada y, al mismo tiempo, temida reforma. No obstante, en la fecha en que se escriben estas páginas, dicha reforma no se ha operado todavía, bien que voces muy autorizadas⁸² hayan expresado ya su opinión de que sobre el plano jurídico son pocos los argumentos que pueden esgrimirse contra la instauración de la excepción de inconstitucionalidad. Y añaden: «... Es, más que los textos, la tradición nacida de la Revolución, es decir, el temor a la inmixción de los cuerpos judiciales en las reformas revolucionarias, lo que explica en Francia el rechazo a la excepción de inconstitucionalidad de las leyes promulgadas. Francia no puede quedarse al margen de ese gran movimiento que, para asegurar la más completa protección de los derechos y las libertades, ha permitido la excepción de inconstitucionalidad en todos los países que admiten el control de la constitucionalidad de las leyes.»⁸³

En espera de que la reforma se concrete, lo que ya se puede observar en este momento de la evolución es que el modelo francés de justicia constitucional se va acercando paulatinamente a sus homónimos europeo-continetales.⁸⁴ En efecto, en el

81. Nos estamos refiriendo a los supuestos en los que el TJCE conoce de casos referidos a temas como la libre circulación de personas, bienes y capitales, la protección del cual puede generar al mismo tiempo una protección de la libertad de circulación, trascendiendo así el inicial contenido económico del derecho para alcanzar a la dimensión política del mismo.

82. François Luchaire, «L'exception d'inconstitutionnalité», en *Les recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, bajo la dirección de F. Delpérée, París, 1991, pág. 143 a 152.

83. *Ibidem*.

84. La misma observación la hace Pierre Bon en *Le Conseil Constitutionnel français et le modèle... op. cit.*, pág. 72.

momento de su creación la atención del Consejo fue encaminada al reforzamiento del ejecutivo y debilitamiento del Parlamento: no se quiso hacer del Consejo el garante del Estado de Derecho; esta función era desempeñada tradicionalmente por el Consejo de Estado, bien que limitado al conocimiento de los actos administrativos, de modo que quedaban fuera del control los actos legislativos. El Consejo era un simple guardián del Parlamento. Por eso se podía hablar del modelo francés como un *tertium genus* entre los modelos de justicia constitucional americano y europeo continental o austriaco-kelseniano, pues aunque formalmente se asemejase a este último en el dato de la concentración de la facultad de control en un solo órgano, poseía caracteres propios que le hacían merecedor de una mención aparte, al tiempo que de un juicio negativo por las lagunas que contenía (y todavía contiene en menor medida) en cuanto a la protección de derechos y libertades, tarea que se revela como de capital importancia en la configuración de cualquiera de los demás integrantes de la categoría.

Tras las reformas operadas en él,⁸⁵ hoy la misión del Consejo se encamina hacia la defensa de las libertades públicas y la garantía de los derechos de las minorías y podemos decir que el acercamiento se ha producido, bien que resten todavía lagunas importantes. Se ha avanzado un paso trascendental, que es la toma de conciencia de la perfectibilidad del modelo y de la necesidad de avanzar en esa dirección. La concreción de la misma dependerá de los avatares políticos y estará en buena medida lastrada (además de por la tradición francesa) por la evidente complejidad que incorporarán la introducción en el sistema de un mecanismo de control de constitucionalidad de leyes promulgadas que ya han desplegado sus efectos, y la apertura de la vía de recurso ante el Consejo Constitucional a los ciudadanos.

Es de esperar que las reticencias sean contrarrestadas con una voluntad superadora y efectivamente garantista de los derechos y libertades de los ciudadanos, para lograr una defensa fuerte del Estado de Derecho. Retomando las palabras de Troper, «la democracia no es la voluntad de la mayoría sino la voluntad general y ésta se expresa por los representantes. El juez constitucional es uno de esos representantes. Ello permite solventar las dificultades planteadas por los proyectos para la admisión de la excepción de inconstitucionalidad» [...] «También es claro que la existencia de una justicia constitucional presupone un concepto de democracia definido no como gobierno del pueblo por el pueblo mismo, sino como gobierno de una voluntad general en parte formada por la influencia que el pueblo ejerce por la elección directa o indirecta de los que la expresan».⁸⁶

85. En especial tras las decisiones de 16 de julio de 1971 y de 29 de octubre de 1974, las cuales ya han sido objeto de nuestra atención (*Supra*).

86. Michel Troper, *Justice constitutionnelle...*, *op. cit.*, pág. 47.

