

LAS INSUFICIENCIAS DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN FRANCIA

François Julien-LAFERRIÈRE

SUMARIO: I. *Génesis del control de la constitucionalidad en Francia.* II. *El control de la constitucionalidad en la Constitución de 1958.* III. *La insuficiente apertura de la iniciativa del control de la constitucionalidad.* IV. *La insuficiente extensión del control del Consejo Constitucional.* V. *Algunas propuestas para remediar las insuficiencias del control de la constitucionalidad.*

I. GÉNESIS DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN FRANCIA

1. *La época revolucionaria y el Segundo Imperio*

El control de la constitucionalidad es una noción reciente en el derecho constitucional francés. Hasta la Constitución de 4 de octubre de 1958, actualmente en vigor, se consideraba que la ley, por ser “la expresión de la voluntad general”¹, era infalible y soberana, lo que excluía que se ejerciera cualquier control de su contenido. Además, en las pocas ocasiones en que se instituyó el control de la constitucionalidad, —en las Constituciones bonapartistas de 1799 y 1852—, no fue con en fin de garantizar la aplicación de la Carta suprema por el legislador, sino para reforzar el poder Ejecutivo frente al Legislativo.

¹ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, artículo 6o.: “La ley es la expresión de la voluntad general”.

La Constitución de 1799 (año VIII de la era republicana), que instaura el régimen del Consulado, crea un “Senado conservador” cuyas atribuciones —además de nombrar a sus propios miembros entre una terna propuesta por el cuerpo legislativo, el Tribunado y el Primer Cónsul,² y los miembros del Tribunado y del cuerpo legislativo entre la “lista nacional”³ consisten en controlar la constitucionalidad de las leyes y de los actos del primer cónsul,⁴ y proponer los *senatus-consultus* de reforma a la Constitución.⁵ El Senado conservador se desacreditó al dar validez legal sistemáticamente a las decisiones del primer cónsul, Napoleón Bonaparte, incluso cuando éste decidió sustituir el régimen republicano por el Imperio.

La Constitución de 1852, elaborada por Luis-Napoleón Bonaparte —sobrino de Napoleón I y futuro Napoleón III—, se inspira de la Constitución del Consulado y restablece el Senado conservador, cuyos miembros son nombrados por el mismo emperador.⁶

2. La III y la IV República

Estas experiencias, que no son sino una parodia de control de la constitucionalidad, explican que en las Constituciones republicanas no existiera ningún órgano encargado de dicho control, considerado como contrario a la soberanía de la ley, expresión de la voluntad general, y del Parlamento, su creador. Es por eso que las leyes constitucionales de 1875,⁷ que instituyen la III República tras la derrota del Segundo Imperio, no prevén un mecanismo de control de la constitucionalidad.

Eso también explica que la Constitución de 1946, que establece la IV República, si bien crea un “Comité constitucional” —integrado por el presidente de la República, el presidente de la Asamblea Nacional, el

2 Constitución del 22 de Frimario del año VIII, artículo 16.

3 Constitución del 22 de Frimario del año VIII, artículos 19 y 20.

4 Constitución del 22 de Frimario del año VIII, artículo 21: “El Senado conservador confirma o anula todos los actos que le defiere por inconstitucionalidad el Tribunato o el gobierno”.

5 Esta competencia se la otorga el *senatus-consulta* de 16 de termidor del año X.

6 Constitución del 14 de enero de 1852, artículo 23.

7 Dada la situación compleja que prevale entre 1870 —derrota de Napoleón III— y 1875, no se ha redactado una Constitución, sino tres leyes constitucionales: la ley del 24 de febrero de 1875 sobre la organización del Senado, la Ley del 25 de febrero de 1875 sobre la Organización de los Poderes Públicos, y la Ley del 16 de julio de 1875 sobre las Relaciones entre los Poderes Públicos.

presidente del Consejo de la República (segunda cámara legislativa) y diez miembros más, elegidos por las dos cámaras—, no le da los medios de cumplir su misión, pues excluye del control las disposiciones del preámbulo, que proclaman los derechos reconocidos a los ciudadanos y establece que, en caso de contrariedad entre una ley y la Constitución, la ley puede ser promulgada tras una modificación de la Constitución la Constitución cede ante la ley y no la ley ante la Constitución, lo que concretamente significa que la ley, última expresión de la voluntad del pueblo, tiene el mismo valor jurídico que la Constitución.⁸

II. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1958

1. *El Consejo constitucional, protector del equilibrio entre los poderes públicos*

En este contexto, la Constitución del 4 de octubre de 1958, que instaura la V República, opera una verdadera “revolución jurídica”,⁹ al instituir un mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes, que el Constituyente quiso que fuera eficaz y capaz de mantener al Parlamento dentro de facultades limitadas a las materias señaladas por la Constitución.¹⁰ Al definir un “ámbito legislativo” estrictamente delimitado y al disponer que todas las materias que no son incluidas en este ámbito son reglamentadas por el gobierno,¹¹ la Constitución de 1958 abandona la doctrina de la soberanía parlamentaria y legislativa,¹² erige al gobierno al rango de “legislador

⁸ Constitución del 27 de octubre de 1946, artículos 90.-93.

⁹ D. Turpin, *Derecho constitucional*, PUF, p. 487.

¹⁰ Constitución del 4 de octubre de 1958, artículo 34: “La ley es votada por el Parlamento. La ley define las reglas que conciernen: los derechos cívicos y las garantías fundamentales otorgadas a los ciudadanos por el ejercicio de las libertades públicas. La ley también define las reglas que conciernen: el modo de la elección de las asambleas parlamentarias y locales. La ley determina los principios fundamentales: de la organización general de la defensa nacional”.

¹¹ Constitución del 4 de octubre de 1958, artículo 37: “Las materias que no figuran en el ámbito legislativo son reglamentarias”.

¹² Dominique Turpin escribe: “La Constitución de 1958 parece echar abajo todo nuestro sistema jurídico basado en la doctrina de Rousseau: «La ley es la expresión de la voluntad general»”, *op. cit.*

común” y hace necesario un control del cumplimiento por parte del Parlamento de sus facultades y, al mismo tiempo, protege las del gobierno. De este control es encargado un nuevo órgano: el Consejo Constitucional.¹³

Las circunstancias que han precedido la creación del Consejo Constitucional explican que éste no haya sido concebido como una Corte Suprema, a semejanza de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos o de muchos de los países iberoamericanos, ni como un órgano jurisdiccional especializado, a semejanza de las Cortes constitucionales de Alemania, Austria o Italia. Se trata de una institución de tipo político, pues sus miembros no requieren ninguna calificación jurídica, son nombrados por el presidente de la República y los presidentes de las asambleas legislativas —Asamblea nacional y Senado—¹⁴ su papel consiste esencialmente en controlar el cumplimiento de las facultades respectivas del Poder Legislativo y Ejecutivo o, como lo escribiera Louis Favoreu, es un “órgano regulador de la actividad normativa de los poderes públicos”.¹⁵

El Constituyente no pretende crear un órgano de control del contenido de las leyes o de protección de los derechos individuales, sino de la conformidad de las leyes a las reglas de competencia, a fin de mantener al Poder Legislativo en su ámbito y evitar que invada el ámbito del Poder Ejecutivo. Es por eso que, en el texto original de la Constitución de 1958, sólo el presidente de la República, el primer ministro, el presidente de la Asamblea nacional y el presidente del Senado pueden deferir al Consejo Constitucional una ley a fin de controlar su constitucionalidad. Son ellos los representantes de las instituciones de la nación, los actores del juego político y constitucional —y, a excepción del primer ministro—, precisamente las autoridades que nombran a los miembros del Consejo Constitucional, porque se con-

13 Constitución del 4 de octubre de 1958, artículo 61: “Las leyes orgánicas antes de su promulgación y los reglamentos de las asambleas parlamentarias antes de su entrada en vigor, deben ser sometidos al Consejo constitucional que controla su conformidad a la Constitución. Con el mismo fin, las leyes pueden ser deferidas al Consejo constitucional, antes de su promulgación por el presidente de la República, el primer ministro, el presidente de la Asamblea nacional o el presidente del Senado” y, desde 1974, “por sesenta diputados o sesenta senadores”.

14 Constitución del 4 de octubre de 1958, artículo 56: “El Consejo Constitucional es integrado por nueve miembros, cuyo mandato es de nueve años. Tres miembros son nombrados por el presidente de la República, tres por el presidente de la Asamblea nacional, tres por el presidente del Senado”.

15 Favoreu, L, “Le Conseil constitutionnel, régulateur de l’activité normative des pouvoirs publics”, *Revista de derecho público*, 1967, p. 5.

sidera que sólo ellas están calificadas y tienen interés en asegurar la correcta aplicación de la Constitución.¹⁶

2. *El Consejo Constitucional, protector de las libertades del ciudadano*

La situación cambió radicalmente en 1971.¹⁷ El Consejo Constitucional, a petición del entonces presidente del Senado, Alain Poher controlaría, en adelante, la conformidad de las leyes, no solamente con los artículos de la Constitución de 1958, sino también con su preámbulo y, consiguientemente, con el preámbulo de la Constitución de 1946 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En efecto, el preámbulo de la Constitución de 1958, proclama “solemnemente la adhesión del pueblo francés a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946”. En esta decisión, el Consejo Constitucional se basa en “la Constitución, y especialmente su preámbulo”, y declara que “el principio de la libertad de asociación” es uno de los “principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”, contemplados por el preámbulo de la Constitución de 1946 y “solemnemente reafirmados por el preámbulo de la Constitución de 1958”.

Tres años después de esa importante decisión del Consejo constitucional, la reforma constitucional de 29 de octubre de 1974 dio la posibilidad de someter una ley al control de la constitucionalidad si así lo determinaban sesenta diputados o sesenta senadores, lo que dio la iniciativa del control también a la oposición parlamentaria.¹⁸ A partir de esa fecha, el número de leyes deferidas al Consejo Constitucional aumentó considerablemente¹⁹ y el Consejo adquirió un papel fundamental en la vida política y

¹⁶ Véase Roussillon, H., *Le Conseil Constitutionnel*, Dalloz, p. 22.

¹⁷ C. const. 16 de julio de 1971 (núm. 71-44 DC), “Ley de Asociaciones”, Favoreu, L. y Philip, L., *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, núm. 19.

¹⁸ Ley constitucional de 29 de octubre de 1974.

¹⁹ La primera decisión del Consejo Constitucional dictada a petición de parlamentarios lleva el número 54, lo que significa que entre 1958 y 1974, sólo 53 leyes le habían sido sometidas (un poco más de 3 leyes por año). La última decisión dictada a la fecha de redacción de este artículo (4 de diciembre de 2003, Ley de Asilo) lleva el número 485, lo que significa que, desde 1975, el Consejo Constitucional ha dictado cada año cerca de quince decisiones de control de constitucionalidad.

jurídica francesa: el gobierno al elaborar los proyectos de leyes, y el Parlamento al votarlos, siempre tienen en cuenta la posibilidad de que el Consejo constitucional declare la ley contraria a la Constitución y prohíba su promulgación,²⁰ la mera perspectiva de una “declaración de inconstitucionalidad” disuade a los actores del procedimiento legislativo —el gobierno, que tiene el poder de iniciativa, y las cámaras que tienen el poder decisivo— de asumir el riesgo de adoptar disposiciones cuya conformidad con la Constitución sea dudosa. El profesor F. Luchaire, quien fue miembro del Consejo Constitucional, propuso incluso que el Consejo Constitucional pudiera intervenir en el procedimiento legislativo para evitar que el legislador adoptara leyes inconstitucionales. Pero, como lo nota H. Roussillon,²¹ esto constituiría una confusión, ya que el juez constitucional se comportaría como un verdadero “colegislador”.

Sin embargo, la evolución es incompleta y el sistema imperfecto, pues no evita que leyes inconstitucionales sean promulgadas o sigan vigentes después de su promulgación.

III. LA INSUFICIENTE APERTURA DE LA INICIATIVA DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

1. *La voluntad de no someter ciertas leyes al Consejo Constitucional*

Según el artículo 61 de la Constitución del 1958, modificado por la ley constitucional de 29 de octubre de 1974, “las leyes pueden ser deferidas al Consejo constitucional, 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”. Los ciudadanos no tienen posibilidad alguna de cuestionar la conformidad de las leyes a la Constitución, ni por vía de acción ante el Consejo Constitucional, ni por vía de excepción ante los tribunales administrativos o civiles.

No cabe duda que muchas leyes, aun cuando no se conformen a la Constitución, no son controladas por el Consejo Constitucional, pues

20 Véase Roussillon, H., *Le Conseil Constitutionnel*, Dalloz, p. 74.

21 *Idem*.

este control no es sistemático²² depende de la voluntad discrecional de las autoridades facultadas para deferirlas. Provocar el control del Consejo Constitucional es una facultad, no es una obligación, como lo señala claramente el artículo 61 de la Constitución, al disponer en su texto que “las leyes pueden ser deferidas al Consejo Constitucional”—y no “son deferidas” o “deben ser deferidas”—, por las autoridades que la misma disposición enumera. Es decir, cuando la mayoría y la minoría parlamentaria o presidencial se ponen de acuerdo entre sí, una ley contraria a la Constitución entra en vigor sin ser controlada. Puede tratarse de ciertas leyes votadas por la unanimidad de los parlamentarios; en aquel caso, los diputados y senadores y los presidentes de ambas cámaras no tienen por qué someter la ley al Consejo Constitucional, ni el gobierno tampoco, que muchas veces es el autor del proyecto respectivo.

Lo mismo puede ocurrir a propósito de leyes votadas por la mera mayoría parlamentaria, pero que la oposición prefiere no deferir al Consejo Constitucional por razones puramente políticas, a pesar de su probable inconstitucionalidad: tal fue el caso de la ley del 13 de julio de 1990, que prohíbe y sanciona penalmente los escritos y discursos “negacionistas”—los que niegan la realidad del holocausto durante la Segunda Guerra Mundial—, aunque quebranta o, por lo menos, limita la libertad de expresión.²³

3. *La incompetencia ratione temporis del Consejo Constitucional*

Tampoco pueden ser controladas por el Consejo Constitucional las leyes promulgadas antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1958, pues el Consejo Constitucional todavía no existía, incluso antes de 1971, fecha a partir de la cual el Consejo Constitucional verificó la conformidad

22 Sólo es sistemático el control de constitucionalidad de las leyes orgánicas; es decir, las leyes expresamente previstas por una disposición de la Constitución para completar o precizarla y los reglamentos de más asambleas parlamentarias que definen las reglas de su funcionamiento (véase *supra*, nota núm 13).

23 Esta prohibición puede justificarse por referencia al principio del respeto de la dignidad de las personas, negar un crimen contra la humanidad es negar la dignidad de las víctimas, y también se puede basar el artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que dispone: “La libre comunicación de los pensamientos y opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre. Cada ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, pero debe responder del abuso de esta libertad en los casos previstos por la ley”.

de las leyes a la Declaración de 1789 y al Preambulo de 1946, o incluso antes de 1974, año en que fue otorgada a los diputados y senadores la facultad de someter las leyes al control del Consejo constitucional.

Las leyes anteriores a 1959, no pudieron ni podrán nunca ser deferidas al Consejo constitucional a fin de controlar su conformidad a la Constitución. La única manera de discutir esta conformidad consiste en deferir al Consejo constitucional una ley que modifique la ley anterior o algunos de sus artículos. En efecto, en tal caso, el Consejo acepta controlar, por vía de excepción, la constitucionalidad de la ley modificada, considerando que “la conformidad respecto a la Constitución de una ley promulgada puede ser cuestionada en ocasión del control de disposiciones legislativas que la modifiquen o la completen”, pero no si “se trata de meras medidas de ejecución” de dicha ley promulgada.²⁴ El Consejo Constitucional hizo, por primera vez, una aplicación positiva de esta posibilidad en una decisión del 15 de marzo de 1999, y declaró inconstitucional una ley del 25 de enero de 1985, la cual, anteriormente había declarado estar conforme a la Constitución.²⁵ Se trataba, en esta decisión, de una ley posterior a 1959, pero el razonamiento del Consejo Constitucional lleva a pensar que también lo haría, si ocurriera el caso, para leyes anteriores. Otra posibilidad sería que el Consejo Constitucional considerara que la Constitución de 1958 ha derogado las leyes anteriores contrarias a ella. En su decisión del 25 de enero de 1985, se le planteó el problema de saber si la ley del 3 de abril de 1955, que reglamenta el estado de sitio, todavía estaba en vigor; el Consejo contestó positivamente, basándose en el artículo 36 de la Constitución, éste dispone: “El estado de sitio es decretado por el Consejo de ministros. No puede ser prorrogado por más de doce días sin la autorización del Parlamento”.

Entre 1959 y 1971, el control del Consejo Constitucional era meramente formal, limitado al cumplimiento de las reglas de competencia entre el Poder Ejecutivo y Legislativo, y de la regularidad del procedimiento legislativo, lo que no tenía mucho interés para el ciudadano, pues no concernía el contenido de las leyes. Eso explica que muy pocas fueron las leyes deferidas al Consejo Constitucional antes de 1971²⁶ y, por consiguiente, que varias leyes contrarias a la Constitución y a los derechos fundamentales, pu-

24 C. const. 25 de enero de 1985 (núm. 85-187 DC), Ley de Estado de Emergencia en la Nueva Caledonia.

25 C. const. 15 de marzo de 1999 (núm. 99-410 DC), Ley orgánica de la Nueva Caledonia.

26 Véase la nota núm. 19.

dieran ser promulgadas a pesar de ello, ya que era muy poco probable que el Consejo Constitucional las declarara inconstitucionales. En efecto, los derechos y libertades fundamentales no son proclamados en la misma Constitución, sino en la Declaración de 1789, el Preámbulo de 1946 o la “tradición republicana” y, antes de la decisión del 16 de julio de 1971, la *Ley de Asociaciones*, éstas no se consideraban, incluidas en el ordenamiento jurídico positivo, más bien como meras “declaraciones de intención” en las que se podía basar el legislador, sin ser obligado a conformarse a ellas.

Claro que es posible cuestionar por vía de excepción las leyes votadas entre 1959 y 1971, como lo hemos visto anteriormente a propósito de las leyes anteriores a la Constitución, pero esta solución no es muy satisfactoria, pues no anula las leyes inconstitucionales, sino simplemente lleva al Consejo constitucional a declarar contraria a la Constitución la ley modificadora, sin tener ningún efecto directo en cuanto a la validez jurídica de la ley modificada.

Estas lagunas eran poco compatibles con el Estado de derecho, pues permitían la existencia de un “bloque de leyes inconstitucionales”.

4. La teoría de la “ley pantalla”

Los límites del control del Consejo Constitucional son agravados por la jurisprudencia del Consejo de Estado —jurisdicción administrativa suprema— y de la Corte de casación —jurisdicción civil y penal suprema— que rehúsan controlar la conformidad a la Constitución de un acto administrativo, por ejemplo, un decreto del presidente de la República, del primer ministro o de un ministro, cuando dicho acto es dictado con base en una ley; en tal caso, el juez administrativo o civil controla la conformidad del acto administrativo a la ley, pero no a la norma constitucional.

La ley se interpone como una pantalla entre el acto administrativo y la Constitución (por eso, esta jurisprudencia es llamada la teoría de la “ley pantalla” o de la “pantalla legislativa”), de tal manera que, aun cuando la ley no esté conforme a la Constitución, el juez no sanciona dicha inconstitucionalidad que vicia al acto administrativo fundado en ella.²⁷

Antes de 1958, los tribunales civiles y administrativos se fundaban, para justificar su rechazo a controlar la conformidad de las leyes a la Constitu-

27 CE 6 de noviembre de 1936, Arrighi; 20 de octubre de 1989, Roujansky.

ción, en la soberanía parlamentaria, que no dejaba lugar para un control, de cualquier naturaleza que fuera sobre las leyes²⁸. Desde la creación del Consejo Constitucional, el Parlamento ya no es soberano (“la soberanía no sufre control alguno”), sin embargo, los tribunales declaran su propia incompetencia para efectuar dicho control de constitucionalidad, argumentando la existencia de un órgano de control especializado.²⁹ Esta teoría es criticable, como se verá más adelante.³⁰

IV. LA INSUFICIENTE EXTENSIÓN DEL CONTROL DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL

1. *Los inconvenientes del control a priori*

El control de la inconstitucionalidad de las leyes por el Consejo Constitucional es un control *a priori*, que sólo es efectuado antes de la promulgación de la ley y, por lo tanto, antes que la ley entre en vigor y sea concretamente aplicada. Como lo ha destacado el entonces presidente del Consejo Constitucional, Robert Badinter, el 3 de marzo de 1989, una ley o una disposición de una ley promulgada tras haber sido controlada por el Consejo Constitucional y sin que éste haya encontrado ninguna contrariedad entre ella y la Constitución, puede “revelarse inconstitucional al aplicarse, por citar un caso, porque provoca una situación de desigualdad entre los ciudadanos”.³¹ También una ley, aunque conforme a la Constitución cuando fue votada por el Parlamento, puede ser después inconstitucional a consecuencia de un cambio de las bases constitucionales en que se funda.

La primera hipótesis es posibilitada por las condiciones del control que efectúa el Consejo Constitucional, necesariamente abstracto y breve. Es abstracto como todo control *a priori*, que se ejerce sin que la ley haya empezado a producir sus efectos. Por lo tanto, cuando el Consejo Constitucional verifica la conformidad de una ley a la Constitución, todavía no se aprecia concretamente el impacto de la ley, y las consecuencias que potencialmente

²⁸ Véase por ejemplo, el comentario de la decisión del Consejo de Estado de 1936, Arrighi, por A. Mestre, Sirey 1937 p. 33.

²⁹ Sobre la teoría de la ley pantalla y sus justificaciones, véase Genevois, B., “Le Conseil d’Etat n’est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution”, *Revista francesa de derecho administrativo*, 2000, pp. 715 y ss.

³⁰ Véase *infra*, § 5.3.

³¹ Badinter, R., citado por Roussillon, H., *Le Conseil Constitutionnel... cit.*, p. 86.

tiene sobre los derechos y libertades de las personas. Este propósito puede ser ilustrado con el ejemplo de la decisión del Consejo Constitucional del 25 de febrero de 1992,³² que dicta que “la retención de los extranjeros en la zona internacional de los aeropuertos no lleva consigo una sujeción tal” que se pueda considerar una privación de libertad, sino una mera limitación de la libertad individual; la ley establecía que los extranjeros retenidos podían salir de la zona internacional “hacia cualquier destino situado fuera de Francia”; en la práctica esta posibilidad era puramente teórica, pues los extranjeros retenidos en la zona internacional, por estar indocumentados, no podían dirigirse hacia ninguna otro destino que el del país de donde procedían y la policía les obligaba a partir hacia ese país, lo que no les daba ninguna libertad de elección de su destino.

El control del Consejo Constitucional también es breve porque el plazo otorgado para dictar su sentencia sólo es de un mes, incluso puede ser reducido a ocho días a petición del gobierno en caso de urgencia.³³ Es difícil que, en tan poco tiempo, el Consejo Constitucional ejerza un control completo, que le permita analizar detalladamente todas las disposiciones de la ley deferida, sin que exista un riesgo de dejar pasar una disposición inconstitucional. Eso, sobre todo, cuando la ley contiene disposiciones de carácter técnico y no solamente jurídico.

La segunda hipótesis —la de una ley que llega a ser inconstitucional tras un cambio de sus bases jurídicas—, se hace posible por la falta de toda forma de control a posteriori de la ley, y de cuestionabilidad de la ley una vez promulgada. Esto puede ocurrir cuando se realice una reforma constitucional que coloque la ley anterior en contradicción con las nuevas normas fundamentales.

2. *El no-control de las leyes adoptadas por referéndum*

El mismo Consejo Constitucional ha limitado la amplitud de su control al rechazar los recursos contra las leyes adoptadas por referéndum, considerando que “conforme al espíritu de la Constitución, que ha instituido el

32 C. const. 25 de febrero de 1992 (núm. 92-307 DC), Ley de Lucha contra la Inmigración Ilegal.

33 Constitución del 4 de octubre de 1958, artículo 61: “El Consejo Constitucional debe dictar su decisión dentro del plazo de un mes. Sin embargo, a petición del gobierno, en caso de urgencia, este plazo es de ocho días”.

Consejo Constitucional como órgano regulador del equilibrio entre los poderes públicos, “a la luz del equilibrio entre los poderes públicos que instaura la Constitución”, las leyes que el propio Consejo puede controlar “sólo son las leyes votadas por el Parlamento, mas no las que el pueblo adopta a través de un referéndum, expresión directa de la soberanía nacional”.³⁴

Esta opinión es discutible,³⁵ pues el artículo 3o. de la Constitución dispone que “la soberanía nacional pertenece al pueblo que la ejerce por sus representantes o por la vía del referéndum”, sin hacer ninguna distinción entre la naturaleza o el valor respectivo de la soberanía ejercida directamente por el pueblo o por intermedio de los representantes, o sea entre las leyes “parlamentarias” y las “adoptadas por referéndum”. Además, desde que el Consejo Constitucional se ha declarado competente para controlar la conformidad de las leyes a la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y al Preámbulo de la Constitución de 1946, ya no se puede afirmar que es un mero “órgano regulador del equilibrio entre los poderes públicos”. Es por eso que, en su decisión del 23 de septiembre 1993,³⁶ el Consejo Constitucional ya no se refiere al “espíritu de la Constitución”, ni a su papel de “órgano regulador del equilibrio entre los poderes públicos”, sino se funda en “el equilibrio entre los poderes públicos que instaura la Constitución”.

Esta solución puede justificarse a la luz de la ley orgánica que rige el funcionamiento del Consejo Constitucional,³⁷ cuyo artículo 23 dispone: “Cuando el Consejo Constitucional declara que la ley contiene una disposición inconstitucional..., el presidente de la República puede, o promulgar la ley, a excepción de dicha disposición, o pedir a las cámaras que la examinen de nuevo”. Varios autores han deducido de este artículo que, al prever un “nuevo” examen de la disposición en cuestión por las cámaras, la ley

34 C. const. 6 de noviembre de 1962 (núm. 62-40 DC), Ley sobre la Elección del presidente de la República.

35 H. Roussillon escribe: “Este razonamiento no pero es comprensible que, por razones políticas, el Consejo Constitucional haya sentido la necesidad de retirarse ante el «pueblo soberano»”, *Le Conseil Constitutionnel... cit.*, p. 132.

36 C. const. 23 de septiembre 1993 (núm. 93-313 DC), Ley de Ratificación del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht).

37 Ordenanza núm. 58-1067 del 7 de noviembre de 1958.

orgánica, *ipso facto*, ha excluido que el Consejo Constitucional declare inconstitucional una ley “no parlamentaria”.³⁸

En el sentido contrario se pueden formular dos observaciones:

Primero: el artículo 23 de la ley orgánica, al prever que el presidente de la República puede pedir al Parlamento que examine de nuevo una disposición inconstitucional, sólo se ha referido a las consecuencias de la inconstitucionalidad, no a las modalidades de votación de la ley. Y, puesto que no hay jerarquía entre una ley proveniente del referéndum y una ley parlamentaria, el Parlamento puede indudablemente modificar también la primera y, por consiguiente, reexaminar si no es conforme a la Constitución.

Segundo: al adoptar por referéndum la Constitución en 1958, el pueblo ha aceptado de antemano la limitación de su propia soberanía legislativa, ya que ha aceptado que la Constitución sea superior a las leyes, a todas las leyes, incluso a las que él adopte por la vía del referéndum. Por lo tanto, controlar la constitucionalidad de las leyes referendarias no es una violación de la soberanía popular, sino, al contrario, una estricta aplicación del principio de la jerarquía de las normas jurídicas, fundamento del Estado de derecho, y al cual el pueblo ha consentido expresamente al adoptar la Constitución.

4. *El no-control de la conformidad de las leyes al derecho internacional*

Sin pretender ser exhaustivo, un último ejemplo de la autolimitación de su propio control por parte del Consejo constitucional es el de la actitud de éste respecto a las relaciones entre las leyes y las normas del derecho internacional. El artículo 55 de la Constitución dispone: “Los tratados regularmente ratificados o aprobados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, con la condición, para cada tratado, de que sea aplicado por la otra parte”. Esta disposición debería llevar a la conclusión que una ley no es conforme a la Constitución o, más precisamente, al ar-

³⁸ Favoreu, L., y Philip, L., *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, núm. 14; Léo Hamon, *Comentario de la decisión del C. Const. del 6 de noviembre de 1962*, Dalloz, 1963, p. 399.

título 55, si no es conforme a un tratado, y el Consejo Constitucional debería declararla inconstitucional. Pero no lo hace.

En efecto, en su decisión del 15 de enero de 1975³⁹, el Consejo Constitucional resolvió:

Si bien el artículo 55 de la Constitución confiere a los tratados, en las condiciones que él define, una autoridad superior a la de las leyes, no prescribe ni implica que el cumplimiento de este principio tenga que ser asegurado a través del control de la constitucionalidad de las leyes, pues la superioridad de los tratados tiene un carácter relativo y contingente, debido a que es limitada al mero ámbito del tratado y subordinada a la condición de reciprocidad, cuya realización puede variar en función del comportamiento del o de los estados partes al tratado, y del momento en que se aprecia el cumplimiento de dicha condición; el Consejo constitucional concluye que una ley que fuera contraria a un tratado no sería, por tanto, contraria a la Constitución.

Estos argumentos no son muy convincentes. Primero, porque la condición de reciprocidad sólo vale para los tratados bilaterales y no para los multilaterales —el artículo 55 habla de la aplicación “por la otra parte”—⁴⁰ ni para los tratados relativos a los derechos humanos, que son oponibles a los poderes públicos por sí mismos, incluso al legislador.⁴¹ El tratado en el que se basaban los diputados que defirieron al Consejo constitucional la ley relativa a la interrupción voluntaria de embarazo, en enero de 1975, era la Convención europea de los derechos humanos,⁴² ésta tiene la doble ca-

39 C. const. 15 de enero de 1975 (núm. 74-54 DC), Ley relativa a la interrupción voluntaria de embarazo.

40 Véase por ejemplo Roussillon, H., *Le Conseil Constitutionnel... cit.*, p. 54. “El argumento sólo vale para los tratados bilaterales, y no puede extenderse a los multilaterales cuyo valor no depende de la actitud de uno de los firmantes: no se debe olvidar que en el artículo 55, la palabra «parte» está escrita al singular”.

41 Rivero, J., comentario de la decisión del C. Const. del 15 de enero de 1975, *L'actualité juridique-droit administratif*, 1975, p. 134. El mismo Consejo Constitucional en su decisión de 22 de enero de 1999 (Tratado de Roma relativo al estatuto de la Corte penal internacional, núm. 98-408 DC) ha dicho: “Los convenios internacionales firmados para fomentar la paz y la seguridad del mundo y el cumplimiento de los principios generales del derecho internacional público... imponen obligaciones a cada uno de los Estados partes, sin ser subordinadas a la condición de su ejecución por los demás Estados partes” y el Consejo Constitucional ha concluido que, en este caso, “la reserva de la reciprocidad mencionada en el artículo 55 no tiene por qué aplicarse”.

42 Los diputados afirmaban que la ley, al autorizar la interrupción del embarazo hasta la décima semana, violaba el artículo 2o. del convenio que proclama el derecho a la vida.

racterística de ser, además de multilateral, un acuerdo de protección de los derechos fundamentales, lo que debilita el razonamiento del Consejo Constitucional.

Por otra parte, no cabe duda que no es conforme al artículo 55 de la Constitución posibilita la entrada en vigor de una ley contraria a un tratado, cuando la otra parte no lo aplique en el momento preciso en que el Consejo Constitucional verifique la conformidad a la Constitución de la ley en cuestión: ¿qué pasará, en caso que la otra parte aplicare el tratado después de la entrada en vigor de la ley que lo contradice? En una época en que el derecho internacional penetra cada día más en el derecho nacional, será preciso que el Consejo Constitucional tenga una visión más realista, menos estrecha —y nacionalista— de las relaciones entre el derecho nacional e internacional.

Por consiguiente surge la cuestión: si los tratados tienen un valor jurídico superior a las leyes, ¿cómo se puede aseverar este principio, cuando una ley viole un tratado, sino es a través del control de la constitucionalidad de la ley? Según la mayoría de los autores, el Consejo Constitucional tácitamente confiaba este control a los tribunales tanto civiles como administrativos. Pero, hasta 1975, éstos no se consideraban competentes para controlar la conformidad de la ley a un tratado, estimando que dicho control era contrario al principio de la separación de los poderes —legislativo y judicial— que les prohibía controlar la ley. La Corte de casación y el Consejo de Estado, cuando estaban enfrentados al problema de la contrariedad entre una ley y un tratado, aplicaban el texto más reciente, lo que equivalía a atribuir el mismo valor jurídico al tratado y a la ley y, por lo tanto, a violar el artículo 55 de la Constitución.⁴³ Sin embargo, bajo la presión del Consejo Constitucional, la Corte de casación cambió de posición y, en una sentencia del 24 de mayo de 1975, inauguró su nueva jurisprudencia, aplicando el tratado en vez de la ley posterior en caso de contradicción entre ambos textos.⁴⁴ El Consejo de Estado resistió hasta 1989, año en que aceptó inclinarse.⁴⁵ Lo que el Consejo Constitucional no quiso hacer, lo realizaron los tribunales, pero a costa de una incoherencia jurisprudencial: aceptar

43 CE 1o. de marzo de 1978, *Syndicat Général des Fabricants de Semoules de France*.

44 C. Cas. 24 de mayo de 1975, *Société des Cafés Jacques Vabre*.

45 CE 20 de octubre de 1989, Nicolò.

controlar la conformidad de una ley a un tratado, pero no a la Constitución.⁴⁶

V. ALGUNAS PROPUESTAS PARA REMEDIAR LAS INSUFICIENCIAS DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

1. *Instituir un control de la constitucionalidad por vía de excepción*

La primera reforma que debiera realizarse consistiría en posibilitar a los ciudadanos recurrir al Consejo Constitucional cuando una ley promulgada y aplicada quebrante uno de sus derechos. Sería irrealista pensar instituir un recurso por vía de acción —las mentes, en Francia, no están dispuestas a aceptarlo todavía— pero sí, es perfectamente imaginable inspirarse en el proyecto elaborado en 1993 por la comisión presidida por el decano Georges Vedel, a petición del entonces presidente de la República, François Mitterrand.⁴⁷

Se trata de instituir un control de la constitucionalidad de las leyes por vía de excepción, según las siguientes modalidades: cada vez que en el curso de un juicio ante una jurisdicción administrativa, civil o penal —a excepción de aquellas en que participa un jurado—, se presentara el problema de la conformidad de una ley a la Constitución, cuyas previsiones condicionaran la solución del caso, el tribunal, a petición de una de las partes o de oficio, sometería la cuestión a la Corte de casación o al Consejo de Estado según el caso; ésta o éste, si lo estimaran útil en consideración a la seriedad del problema planteado, transmitiría la cuestión al Consejo Constitucional; éste último decidiría si la ley era o no conforme a la Constitución y su decisión obligaría al tribunal. Este procedimiento, que preveía un sistema de “filtraje” de los recursos antes que lleguen al Consejo Constitucional tenía la doble ventaja de no sobrecargar excesivamente al órgano de control y, al mismo tiempo, de garantizar a todos los ciudadanos la posibilidad de impedir que se les aplicara en su perjuicio una ley contraria a la Constitución.

46 Véase supra (§ 3.3), la teoría de la «ley pantalla».

47 Este proyecto fue analizado detalladamente por Luchaire, F., “Le contrôle de la loi promulguée sur renvoi des juridictions”, *Revista de derecho público*, 1990, p. 1625.

Sólo se podían cuestionar de este modo las leyes “relativas” a los derechos fundamentales o, más bien, las que “vulneraban” los derechos fundamentales, cualquiera que fuera la fecha de su promulgación —anterior o posterior a la entrada en vigor de la Constitución—, y con excepción de las leyes “provenientes de referéndum”, conforme a la jurisprudencia del Consejo Constitucional⁴⁸.

Lamentablemente, cuando se presentó al Parlamento el proyecto de ley constitucional necesaria para realizar esta reforma —una primera vez en 1990 y una segunda en mayo de 1993—, ambas cámaras dieron muestras de una evidente mala voluntad ante la extensión del control de la constitucionalidad que significaba la extensión de la cuestionabilidad de la ley. En 1990, las cámaras no llegaron a un acuerdo para votar un texto “en términos idénticos”; en mayo de 1993, decidieron no examinar las disposiciones relativas a esa reforma contenida en un proyecto de ley de revisión de la Constitución de mayor amplitud. Es así como la reforma no se ha podido realizar, es de esperar que pronto se haga una nueva tentativa y que esta vez, resulte exitosa.

2. *Incluir el derecho internacional en el “bloque de constitucionalidad”*

El preámbulo de la Constitución de 1946, que forma parte de las normas de valor constitucional, con base en ellas, el Consejo Constitucional controla la constitucionalidad de las leyes, dispone: “La República francesa se conforma a las reglas del derecho público internacional”.⁴⁹ Esta obligación se impone, a todos los poderes públicos, incluso al legislador, lo que confirma la superioridad de los tratados sobre la ley, afirmada por el artículo 55 de la Constitución. Por lo tanto, una ley contraria a una regla del derecho público internacional —o a un tratado— es contraria a la Constitución. Ya que el Consejo Constitucional es garante de la conformidad de las leyes a la Constitución y le corresponde verificar la conformidad de las leyes a los tratados. Contra esta opinión, varios autores han afirmado que no corresponde al Consejo Constitucional aplicar el derecho internacional ni interpretarlo, lo que necesariamente implicaría el control —que rehúsa ejercer— de la conformidad de las leyes a los tratados.

48 Véase *supra*, *El no-control de las leyes referendarias*, § 4-2.

49 Preámbulo de la Constitución de 1946, § 13.

Además el control de la compatibilidad entre las leyes y los tratados, lo ejercen los tribunales civiles y administrativos, por vía de excepción, cuando se presenta el problema ante ellos,⁵⁰ lo que haría inútil el control del Consejo Constitucional. Pero existe una gran diferencia entre el control de los tribunales y el del Consejo Constitucional: los tribunales pueden declarar la ley contraria a un tratado y decidir de no aplicarla en la causa que les ha sido sometida; sólo el Consejo Constitucional puede impedir la entrada en vigor de la ley inconstitucional y, así impedir que produzca efecto. Los dos tipos de control —*a priori* y *a posteriori*— o por vía de excepción se complementan, no son concurrentes, pues su naturaleza y bases son diferentes. No hay por qué eliminar uno, bajo el pretexto que el otro existe.

3. El abandono de la teoría de la “ley pantalla”

Antes de 1958, los tribunales rechazaban controlar la conformidad de las leyes a la Constitución fundándose en la soberanía parlamentaria.⁵¹ Desde la creación del Consejo Constitucional, el Parlamento ya no es soberano (“la soberanía no sufre control alguno”), pero los tribunales se basan en la existencia de un órgano de control especializado, de la cual deducen su propia incompetencia para efectuar dicho control. Esta teoría es criticable desde dos puntos de vista por lo menos.

En primer lugar, aun cuando la Constitución otorgue al Consejo Constitucional el cargo de controlar la constitucionalidad de las leyes, eso no excluye que otros órganos también puedan operar este control. No sería el único caso en el que un mismo texto jurídico puede ser controlado por varios órganos: el artículo 111-5 del Código Penal francés otorga competencia a los tribunales penales para verificar la legalidad de los actos administrativos, individuales o reglamentarios, cuando la solución del caso depende de ella; no obstante, los tribunales administrativos no han concluido que ya no eran competentes para ejercer este control, a pesar de que exis-

⁵⁰ Véase, *supra*, § 4.3.

⁵¹ La explicación “oficial” que daban los tribunales, Corte de Casación y Consejo de Estado incluso, era la siguiente: “En el estado actual del derecho francés, la ley no puede ser cuestionada ante el Consejo de Estado (o ante el juez civil). Véase Genevois, B., *Le Conseil d’Etat n’est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution... cit.*

ta el riesgo de que el tribunal penal y el tribunal administrativo no estén de acuerdo entre ellos.⁵²

Además, el artículo 4o. del Código Civil prohíbe a los jueces “negarse a juzgar, so pretexto del silencio, la obscuridad o insuficiencia de la ley”. Por lo tanto, es oficio del juez aplicar e interpretar la ley, cualquier sea el problema y la dificultad que eso plantee. Pero, ¿la competencia para interpretar la ley incluye o no el control de la validez jurídica de la ley? A mi parecer, uno no puede hacerse sin el otro. El juez que interpreta la ley y la aplica, aun cuando sepa que es contraria a la Constitución, acepta violar deliberadamente la Constitución y hacer prevalecer la norma inferior sobre la norma superior. Ahora bien, no es oficio del juez violar la Constitución.

Por lo tanto, el juez debería poder controlar la constitucionalidad de la ley y no aplicarla si es contraria a la Constitución cada vez que de ella depende la solución de la causa. Este control, lo podrían ejercer los jueces bajo el control de las jurisdicciones supremas, la Corte de casación y el Consejo de Estado que tendrían el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad o de la posibilidad de someter la cuestión al Consejo Constitucional.

En segundo lugar, la Corte de casación desde 1975⁵³ y el Consejo de Estado desde 1989,⁵⁴ controlan la conformidad de las leyes a los tratados internacionales y, en caso de incompatibilidad entre ellos, aplican el tratado y no la ley.⁵⁵ Eso significa claramente que se estiman competentes para sancionar una ley que no respeta la jerarquía de las normas jurídicas. Entonces, ¿por qué no tienen la misma competencia cuando se trata, no de la conformidad de la ley a un tratado sino con la Constitución? Estas dos actitudes son contradictorias y su fundamento dudoso.

Para concluir, se puede decir que Francia, la (pretendida) patria de los derechos del hombre, tiene un sistema jurídico que, todavía no le permite asegurar el principio de la superioridad de la Constitución en el ordenamiento jurídico interno, por falta de un mecanismo de control eficaz de la constitucionalidad de las leyes. En este ámbito, muchos países han revisa-

52 Este caso ya se ha producido la Corte de casación ha declarado legal una decisión de expulsión de un extranjero (C. Cas. 7 de febrero de 1989, Bouchareb), que pocos días después el Consejo de Estado anulaba por ilegalidad (CE 15 de febrero de 1989, Bouchareb).

53 C. Cas. 24 de mayo de 1975, Société des cafés Jacques Vabre.

54 CE 20 de octubre de 1989, Nicolo.

55 Véase *supra*, § 4-3.

do completamente su visión de la jerarquía entre la ley y la Constitución, y han instaurado mecanismos que conducen a realizar el cumplimiento de dicha jerarquía.

En Europa, especialmente en Alemania, Austria e Italia, se crearon Cortes constitucionales inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial. No es indiferente observar que estos tres países habían sufrido regímenes poco respetuosos de los principios fundamentales del Estado de derecho y que, a diferencia de otros, sacaron la conclusión que era necesario restaurar el imperio del derecho para consolidar la democracia.⁵⁶ No pasó lo mismo en Francia. La “restauración de la legalidad republicana”, en 1944, se acompañó de un rechazo total de cualquier vínculo entre el régimen de Vichy y la República o, mejor dicho, entre Vichy y el Estado francés: el régimen de Vichy fue un paréntesis, una pesadilla en la que no estuvieron ni quedaron comprometidos ni el Estado ni la República; por lo tanto, no era necesario operar reformas de fondo, re-pensar los fundamentos de nuestro sistema jurídico, como lo hicieron los alemanes, austríacos e italianos. Simplemente era necesario mejorarlo para que funcionara más eficientemente. Eso ha llevado Francia a un punto en que ya no puede evitar una reflexión sobre la adaptación de su sistema jurídico y constitucional al Estado de derecho en el mundo y en la Europa de hoy.

⁵⁶ También debe observarse que en Alemania y Austria, las ideas de Kelsen eran muy difusas entre los juristas y la clase política, lo que hizo más fácil aceptar los efectos concretos, desde el punto de vista constitucional, de la teoría kelseniana de la jerarquía de las normas.