

EL CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANCES Y EL MODELO DE CORTES CONSTITUCIONALES EUROPEAS

Pierre Bon

Catedrático de la Universidad de Pau et des
Pays de l'Adour

1. Es a comienzos del siglo XIX cuando el control de constitucionalidad de las leyes hace verdaderamente su aparición en los Estados Unidos de América¹. En efecto, mientras que la Constitución de 1787 no abordaba la cuestión, no por ninguna hostilidad radical de los Padres fundadores sino simplemente porque el estado de las reflexiones no había avanzado suficientemente, la Corte Suprema, en su célebre decisión "Marbury v. Madison", debida a la iniciativa del juez John Marshall, se reconoce competente en 1803 para controlar la conformidad de las leyes con la Constitución, es decir, para ejercer lo que se ha convenido en denominar la *judicial review*.

Sus principales características son conocidas. En primer lugar, ese sistema de control de constitucionalidad de las leyes es un sistema de control difuso² en el sentido de que todos los tribunales, sean federales o federados, superiores o inferiores, se trate de una ley federal o de una ley federada, ejercen, bajo la autoridad de la Corte Suprema, tal control. En

segundo lugar, la técnica de control utilizada más frecuentemente es la excepción de inconstitucionalidad: con ocasión de un proceso ordinario, por ejemplo civil o penal, una parte considera que una ley que quiere ser aplicada al proceso es contraria a la Constitución; entonces un proceso constitucional se introduce, como procedimiento incidental, en el proceso ordinario aunque no es posible separar ambos procesos ya que es el mismo juez —técnica del control difuso obliga— el que decide en los dos casos; la distinción entre el proceso ordinario y el proceso constitucional es por tanto aquí puramente pedagógica. En tercer lugar, si, como consecuencia del proceso constitucional, la ley es considerada por el juez contraria a la Constitución, no es anulada sino simplemente no aplicada por el mismo al proceso ordinario; no obstante, su efecto práctico no está lejos del de una anulación ya que una ley declarada contraria a la Constitución por un juez no será jamás, en principio, aplicada, ni por él en virtud del principio *stare decisis*, ni por otros jueces sobre todo si el primero es la Corte Suprema.

Como es bien conocido, ese sistema norteamericano del control difuso ha sido adoptado por la mayoría de los países anglosajones con la reserva notable del *alma mater*, la Gran Bretaña. De ahí la frecuente referencia doctrinal al modelo del control difuso o "modelo de las Cortes supremas"³.

2. Si el siglo XIX conoce así la aparición del control de constitucionalidad en los Estados Unidos, no sucede lo mismo en Europa. Las razones de ello son conocidas.

Por un lado, estaría la persistencia de las ideas monárquicas: si bien tras la Revolución Francesa y las invasiones napoleónicas, varios monarcas, para conservar el poder, se vieron

¹ Para más detalles sobre la evolución histórica del control de constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos y en Europa, que aquí no será más que a grandes trazos esbozada, ver por ejemplo nuestros desarrollos en P. BON, F. MODERNE e Y. RODRÍGUEZ, *La justice constitutionnelle en Espagne*, Economica y P.U.A.M., 1984, pp. 19 y ss.

² La distinción entre el control difuso y el control concentrado —mecanismo que será mencionado más adelante— ha sido sistematizado en particular por M. CAPPELLETTI en *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux* (bajo la dirección de L. Favoreu), Economica y P.U.A.M., 1982, pp. 462-463. Véase igualmente, del mismo autor, *Judicial review in the contemporary world*, Indianápolis, Bobbs-Merrill, 1971, e *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, Giuffrè, 8ª ed., 1979.

³ Sobre las Cortes supremas, véase "La cour judiciaire suprême - Enquête comparative", *Revue internationale de droit comparé*, enero-marzo 1978, Nº 1, y sobre todo el informe de síntesis del profesor Tunc, pp. 5-83.

obligados a conceder Constituciones a sus súbditos, lo hicieron a pesar suyo; su poder permanece esencialmente monárquico; para ellos, la importancia de la Constitución es muy relativa y, en consecuencia, inútiles los mecanismos destinados a garantizar su efectividad.

Por otro lado, estaría la influencia de la izquierda hegeliana: para ella, la Constitución no es más que una superestructura formal que oculta las verdaderas relaciones de poder; en tal análisis, que no concede más que un mínimo interés a la Constitución, evidentemente no hay ningún lugar para una reflexión sobre los mecanismos jurídicos destinados a garantizar su efectividad.

Por lo demás, muy particularmente en el caso de Francia, dos razones suplementarias explican el poco interés por los mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes. En primer lugar, el optimismo revolucionario tuvo por consecuencia la sacralización de la ley: se trata de la idea de que la ley, emanación de la voluntad general, no podría hacer daño, pues "nadie es injusto para consigo mismo"⁴; de ahí la inutilidad del control de constitucionalidad de las leyes. En segundo lugar, suponiendo que un control de la constitucionalidad de las leyes sea útil, ¿a quién confiarlo sino a los jueces, como en el sistema americano? Ahora bien, nada más contraindicado teniendo en cuenta la desconfianza mostrada por los revolucionarios en relación con un poder judicial considerado conservador y del que no se olvida que ha bloqueado algunas reformas proyectadas al final de la monarquía de derecho divino; de ahí la inoportunidad del control de constitucionalidad de las leyes.

3. Habrá que esperar, por tanto, en el siglo XX para ver a Europa dotarse de mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes⁵.

En esta evolución, la influencia de las ideas de Kelsen ha sido determinante. En un artículo extraordinariamente rico publicado en

Francia en los años 20⁶ afirma que únicamente la anulación de la ley contraria a la Constitución permite garantizar eficazmente la supremacía de la Constitución y que esta misión debe ser confiada, evidentemente, no al mismo Parlamento, sino a un órgano específico, independiente tanto de éste como de los demás poderes del Estado, que él propone denominar jurisdicción constitucional, tribunal constitucional, o corte constitucional. En la medida en que este órgano posee la exclusividad del control de la constitucionalidad de las leyes, nos encontramos, no con un control difuso de tipo norteamericano, sino con un control concentrado.

Austria es la primera que se dota, por la Constitución de 1920, de una institución de ese tipo, la Alta Corte Constitucional, concebida por el mismo Kelsen. Aparece después, en la España de la II República, el Tribunal de Garantías Constitucionales establecido por la Constitución de 1931 y parcialmente inspirado en el modelo austríaco. El hundimiento de los regímenes nazi y fascista, una quincena de años más tarde, va a provocar la redacción de constituciones democráticas en las que la institución de una jurisdicción constitucional no es considerada un aspecto menor sino una defensa contra los procedimientos habituales de los regímenes caídos: Corte Constitucional de Austria reinstaurada por la ley constitucional de 1945; Corte Constitucional de Italia creada por la Constitución de 1947; Corte Constitucional de Alemania creada por la ley fundamental de 1949. Por último, la desaparición en los años 70 de los últimos regímenes autoritarios existentes en Europa occidental, el régimen de los coroneles en Grecia, el salazarismo en Portugal y el franquismo en España, va a provocar la aparición de instituciones encargadas de controlar la constitucionalidad de las leyes: el Tribunal Superior Especial previsto por la Constitución griega de 1975; el Tribunal Constitucional creado por la Constitución española de 1978, y el Tribunal Constitucional instituido con ocasión de la reforma realizada en 1982 de la Constitución portuguesa de 1976. Pero, a decir verdad, únicamente el sistema español se emparenta directamente con el sistema austro-kelseniano. En efecto, en Grecia, el Tribunal Superior Especial es más que nada un Tribunal de conflictos que resuelve las divergencias de jurisprudencia sobrevenidas en materia de control de constitucionalidad de las leyes entre el Conse-

⁴ J.J. ROUSSEAU, *Contrat social*, Libro II, capítulo VI.

⁵ Ciertamente en Francia tanto la Constitución del año VIII (1799) como la de 1852 encomiendan al Senado controlar la constitucionalidad de las leyes. Pero se trata de un control exclusivamente político puesto en práctica, por lo demás, bajo regímenes autoritarios. De ahí el descrédito en Francia, durante largos años, del control de constitucionalidad de las leyes, el cual, como se ha visto más arriba, no necesitaba de esto para ser considerado una técnica controvertida.

⁶ H. KELSEN, "La garantie juridictionnelle de la Constitution: la justice constitutionnelle", *RDP*, 1928, pp. 197-257.

jo de Estado, la Corte de Casación o el Tribunal de Cuentas, mientras que, en Portugal, existe en realidad un sistema mixto que combina un control concentrado, del que es competente el Tribunal Constitucional, y un control difuso del que son competentes todos los tribunales⁷.

De cualquier manera, la existencia en Austria, Italia, Alemania y España de instituciones cortadas por el mismo patrón permite identificar un modelo diferente del modelo de control difuso o modelo de las Cortes supremas mencionado anteriormente: el modelo de control concentrado o modelo de las Cortes constitucionales. Este modelo, particularmente estudiado por el profesor L. Favoreu⁸, presenta las siguientes características. En primer lugar, la Corte constitucional posee el monopolio del control de la constitucionalidad de las leyes, de ahí la expresión control concentrado en oposición con el control difuso de tipo norteamericano. En segundo lugar, la Corte controla la constitucionalidad de las leyes de varias maneras. Por ejemplo, ejerce un control abstracto a iniciativa de órganos generalmente políticos que pueden acudir a la Corte directamente, fuera de todo litigio preexistente —de ahí la expresión control abstracto—, para presentar un recurso contra una ley. Por ejemplo, también ejerce un control concreto a iniciativa de órganos jurisdiccionales: esta hipótesis se da cuando, con motivo de un proceso ordinario, se cuestiona la constitucionalidad de una ley que el órgano judicial debe aplicar en el proceso; en ese caso un proceso constitucional se introduce como procedimiento incidental en el proceso ordinario, como en el sistema norteamericano, pero la diferencia reside en el hecho de que el proceso constitucional no puede ser resuelto más que por la Corte constitucional —técnica del control concentrado obliga—; en consecuencia, el juez ordinario suspende la decisión sobre el proceso ordinario y reenvía el proceso constitucional, nacido a partir de un litigio determinado —de ahí la expresión control concreto—, al juez constitucional; no retomándose el proceso ordinario hasta que el juez constitucional decida acerca del proceso constitucional, apli-

cándose o no entonces la ley al proceso ordinario en función de que haya sido declarada o no conforme con la Constitución por el juez constitucional. Por último, la Corte constitucional, ya se trate del control abstracto o del control concreto, anula la ley con efectos *erga omnes* si es considerada contraria a la Constitución.

4. Faltaría referirse a lo que puede ser denominado el caso francés.

A comienzos del siglo XX la cuestión del control de constitucionalidad de las leyes fue debatida por todos los grandes autores. Incluso rebasó el círculo confidencial de los especialistas ya que, con ocasión de las elecciones generales de 1919, cierto número de partidos y candidatos incluyeron en su programa la creación de una Corte Suprema competente para conocer de las violaciones de la Constitución y de los derechos individuales mientras que, en 1925, el diario "Le Temps" le dedica una amplia información. En su conjunto, las opiniones eran muy favorables a un control de constitucionalidad de las leyes con la condición de que fuera ejercido por todos los tribunales y no por una jurisdicción especializada. En otras palabras, la doctrina francesa se inclina, en esa época, hacia un modelo de control difuso del tipo norteamericano, mientras que en Europa, en esa misma época, comienza a desarrollarse el modelo austro-kelseniano⁹, y comienzan a aparecer igualmente críticas contra el sistema norteamericano¹⁰. Pero los jueces ordinarios generalmente se negaron, a lo largo de toda la III República, a controlar la constitucionalidad de las leyes, a pesar de los insistentes requerimientos de la doctrina. La ley se benefició por tanto de una inmunidad de jurisdicción.

Esta inmunidad no será verdaderamente puesta en cuestión durante la IV República. Es verdad que la Constitución de 1946 creó un Comité constitucional pero fue un paso ínfimo hacia el modelo de las Cortes constitucionales europeas: las condiciones para recurrir al mismo eran muy restrictivas, ya que se precisaba un recurso conjunto del Presidente de la República y del Presidente del Consejo de la Repú-

⁷ Sobre el sistema portugués, cf. P. BON y otros, *La justice constitutionnelle au Portugal*, Economica, 1989.

⁸ Véase por ejemplo su informe general introductorio en *Cours Constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, antes citado, p. 25, o el capítulo primero de *Les Cours Constitutionnelles*, P.U.F., 1986, p. 5 (Quesais-je? N° 2293).

⁹ Recordemos que la Alta Corte Constitucional de Austria y el Tribunal de Garantías Constitucionales de España son instaurados, respectivamente, en 1920 y 1931.

¹⁰ Es en 1921 cuando se publica en París la célebre obra de E. LAMBERT titulada "Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis; l'expression américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois".

blica, quien debía contar con la autorización por mayoría absoluta de la Alta Asamblea; ejercía un control a priori, ya que el recurso sólo podía ser presentado antes de la promulgación de la ley, debiendo resolverlo en el plazo de cinco días o de dos en casos de urgencia; su control estaba limitado a la confrontación de la ley únicamente con los títulos I a X de la Constitución, lo que excluía los títulos XI -Reforma- y XII -Disposiciones transitorias- y sobre todo el preámbulo en el que se encontraba lo esencial de las disposiciones relativas a los derechos fundamentales; en definitiva, y esto es lo más importante, si el Comité constitucional, tras una tentativa infructuosa de conciliación entre las dos asambleas, se veía obligado a declarar una contradicción entre la ley y la Constitución, la ley no podía ser promulgada sino una vez reformada la Constitución. El control conducía pues, no a la anulación de la norma controlada, sino a la modificación de la norma de referencia, que es lo opuesto al sistema austro-kelseniano.

Por el contrario, bajo la V República, el *Conseil Constitutionnel* instaurado por la Constitución de 1958 dispone del poder de anular la ley contraria a la Constitución. ¿Quiere esto decir que esta institución, que, además, tiene el monopolio del control de constitucionalidad de las leyes, pertenece a la categoría de las jurisdicciones constitucionales europeas? La respuesta a este interrogante parece haber ido variando. En el momento de elaboración de la Constitución de 1958 y en los primeros años de su aplicación, la respuesta parece ampliamente negativa: en su enfoque originario, el *Conseil Constitutionnel* parecía ser más bien una institución opuesta al modelo de Cortes constitucionales europeas (I). Pero este enfoque no puede ser ya mantenido a la hora actual, en la medida en que el *Conseil Constitutionnel* hoy en día puede ser considerado en realidad un elemento, ciertamente mejorable pero un elemento de cualquier modo, del modelo de Cortes constitucionales europeas (II).

I. EL ENFOQUE ORIGINARIO: EL *CONSEIL CONSTITUTIONNEL* FRANCS, UNA INSTITUCION OPUESTA AL MODELO DE CORTES CONSTITUCIONALES EUROPEAS

Está claro que el constituyente de 1958, al crear el *Conseil Constitutionnel*, no pretendió imitar ningún modelo preestablecido: en la medida en que el principal objetivo de la nueva Constitución era reforzar el Ejecutivo y debilitar el Parlamento, lo que quiso simplemen-

te fue poner en pie una institución encargada de vigilar al Parlamento. En esas condiciones no hay que extrañarse de que la doctrina haya visto en el *Conseil constitutionnel* un órgano de naturaleza política.

A) *El constituyente ha creado el Conseil Constitutionnel con el fin de vigilar al Parlamento*

Los países europeos que estas últimas décadas se han dotado de una jurisdicción constitucional, lo han hecho con el fin de que la integridad de las disposiciones de la Constitución, y muy particularmente las relativas a las libertades públicas, sean respetadas, tomándose a menudo como referencia el modelo austro-kelseniano. Por tomar sólo un ejemplo, el constituyente español de 1978 concibió el Tribunal Constitucional como la piedra angular del Estado democrático de derecho que estaba edificando y se inspiró directamente en unos u otros aspectos en los mecanismos existentes en Italia, Alemania o incluso Austria después de haber debatido, en ocasiones bastante ampliamente, sus ventajas e inconvenientes.

Nada de eso sucedió en el caso francés. El constituyente no pretendió referirse a ningún modelo teórico ni, presumiblemente, inspirarse en ningún ejemplo extranjero. No pretendió hacer del *Conseil Constitutionnel* un garante del Estado de derecho, función atribuida tradicionalmente en Francia al Consejo de Estado, con, evidentemente, el límite de que el Consejo de Estado sólo conoce de actos administrativos y no de actos legislativos. Lo único que quiso hacer con este órgano es un guardián del Parlamento. Como la III y IV República se habían caracterizado por una cierta hipertrofia del poder de las cámaras, el objetivo del nuevo régimen instituido en 1958 era contrarrestar al todopoderoso Parlamento, siendo la instauración del *Conseil Constitutionnel* el elemento decisivo de esta estrategia. En otros términos, como destaca M. Luchaire¹¹, cuya opinión aquí es autorizada, ya que fue, en el seno del grupo de trabajo encargado de elaborar el anteproyecto de nueva Constitución¹², miembro del subgrupo encargado de preparar los artículos de la Constitución relativos al *Conseil Constitutionnel*,

¹¹ F. LUCHAIRE, *Le Conseil Constitutionnel*, Economica, 1980, p. 19.

¹² Es necesario recordar que este anteproyecto, aprobado por el grupo de trabajo cuyas deliberaciones son -por fin- publicadas, fue posteriormente enmendado por un Consejo interministerial presidido por el General De

"el objetivo de los constituyentes de 1958 no era en absoluto establecer un control general de la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos; tampoco garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos; la creación del *Conseil* se explica por el espíritu general de la Constitución de 1958; ésta se proponía reforzar al Ejecutivo en detrimento del Parlamento...; para ello era necesario instituir un mecanismo especialmente eficaz para obligar al Parlamento a mantenerse en el marco de sus competencias".

Por esta razón, continúa el mismo autor, la mayor parte de las competencias atribuidas al *Conseil Constitutionnel* están dirigidas a constreñir al Parlamento, si bien, una vez que la institución existía, le han podido ser confiadas paralelamente otras competencias ajenas a esta finalidad.

1) Competencias relacionadas con la vigilancia del Parlamento

En la propia Constitución se define, de forma más detallada que en el pasado, el lugar del Parlamento entre las nuevas instituciones. Sin embargo, la Constitución no puede regular todo al detalle. Por ello, acerca de un cierto número de cuestiones —por ejemplo la duración del mandato de cada asamblea, el número de sus miembros, su inmunidad, las condiciones de elegibilidad, el régimen de inelegibilidad y de incompatibilidades— se deja a las leyes orgánicas completar o desarrollar las disposiciones constitucionales. Sin embargo, se trata de impedir que las disposiciones constitucionales puedan alterarse por la vía de esas leyes orgánicas que están destinadas a aplicarlas. Por esa razón el artículo 61, párrafo primero, de la Constitución dispone que, antes de su promulgación, deben ser obligatoriamente sometidas al *Conseil Constitutionnel*, el cual asegura que son completamente conformes con la Constitución.

Las disposiciones de la Constitución son igualmente desarrolladas por los reglamentos

de las asambleas parlamentarias, los cuales traducen, en términos concretos, el lugar que la Constitución ha pretendido asegurar al Parlamento. Ahora bien, aunque tradicionalmente los reglamentos parlamentarios han debido respetar la Constitución, no figuraba ninguna previsión para controlar la efectividad de ese respeto y, de hecho, no era extraño que, por la vía de su reglamento, las Asambleas eludieran un cierto número de disposiciones constitucionales. Para evitarlo, el artículo 61, primer párrafo, a la manera del sistema previsto para las leyes orgánicas, somete obligatoriamente los reglamentos parlamentarios, antes de su entrada en vigor, al control del *Conseil Constitutionnel*.

Por otra parte, una de las originalidades de la Constitución es la de delimitar un ámbito normativo propio del gobierno —la potestad reglamentaria autónoma— en el que el Parlamento no puede penetrar sin el acuerdo del gobierno. Para proteger ese coto cerrado gubernamental de las invasiones del Parlamento, la Constitución prevé varios mecanismos. En primer lugar, a lo largo del procedimiento legislativo, el *Conseil* puede, a petición del gobierno, oponerse a la discusión de cualquier proposición de ley o enmienda que afecte a la potestad reglamentaria autónoma (artículo 41). En segundo lugar, cuando se trata de leyes votadas pero todavía no promulgadas, el procedimiento del artículo 61, párrafo 2, permite al Presidente de la República, al Primer Ministro, al Presidente de la Asamblea Nacional, al Presidente del Senado y, desde 1974, a 60 parlamentarios, recurrirlas ante el *Conseil Constitutionnel* para que se pronuncie acerca de su conformidad con la Constitución, habiendo opinado durante largo tiempo la mayoría de los autores que, una vez presentado el recurso, el *Conseil* anularía las leyes que invadieran la potestad reglamentaria autónoma¹³. En tercer lugar, una vez que la ley ha sido votada y promulgada, si invade la potes-

Gaule, después examinado por un Comité consultivo constitucional y por el Consejo de Estado, antes de ser definitivamente aprobado en Consejo de Ministros y sometido a referéndum el 28 de septiembre de 1958. Acerca de las modificaciones menores sufridas, a lo largo de este proceso, por las disposiciones relativas al *Conseil Constitutionnel*, puede ser útil consultar a F. LUCHAIRE, *op. cit.*, pp. 23-24.

¹³ El *Conseil*, sin embargo, ha rechazado este análisis en su decisión 82-143 DC, de 30 de julio de 1982 (Acerca de esta decisión, cf. sobre todo L. FAVOREU y L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 7ª ed., Sirey, 1993, p. 530 y las referencias que allí se encuentran), poniendo de manifiesto que, si la invasión se produce una vez que la ley ha sido votada pero no todavía promulgada, hay que entender que el gobierno, en el curso del procedimiento legislativo, no ha utilizado el mecanismo del artículo 41 antes citado, de tal manera que ha consentido la invasión.

tad gubernamental, puede ser deslegalizada por el *Conseil* a petición del gobierno con el fin de permitir a este último modificarla por vía reglamentaria (artículo 37, párrafo 2).

Con carácter general, el artículo 61, párrafo 2, antes citado, permite a las autoridades con legitimación para recurrir, mencionadas más arriba, solicitar al *Conseil Constitutionnel* el control de la conformidad con la Constitución de las leyes votadas pero todavía no promulgadas. Sin embargo, inicialmente se pensaba que ese control se ejercería exclusivamente por referencia al articulado de la Constitución y no por referencia al preámbulo, el cual, recuérdese, había sido excluido de las competencias del Comité constitucional ya bajo el imperio de la Constitución de 1946. Es así que, con ocasión de los trabajos preparatorios de la Constitución de 1958, a una pregunta de M. Dejean acerca de si el preámbulo de la Constitución poseía valor constitucional, el comisario gubernamental ante el Comité consultivo constitucional, R. Janot, respondió que "por supuesto que no"¹⁴. Como consecuencia de ello, en la medida en que el articulado de la Constitución más que disposiciones de fondo relativas al ejercicio del Poder Legislativo, que figuran esencialmente en el preámbulo, contiene disposiciones relativas al ámbito de la ley y al procedimiento legislativo, el artículo 61, párrafo 2, parecía ser un mecanismo que actuaba exclusivamente contra el Parlamento, para encerrar al legislador en su ámbito¹⁵, forzándole a respetar las reglas obligatorias del procedimiento legislativo "racionalizado" por la nueva Constitución, pero sin proteger apenas las libertades públicas de los ciudadanos proclamadas en el preámbulo¹⁶.

Por último, a la vista de los excesos cometidos por las asambleas durante los regímenes precedentes en relación con el procedimiento

de "verificación de poderes" de los nuevos parlamentarios electos, en los que se vio a mayores "invalidar" a parlamentarios en condiciones por lo menos discutibles, el control de las elecciones legislativas fue sustraído a las asambleas para ser confiado al *Conseil* (artículo 59 de la Constitución), el cual, por otra parte, declara la pérdida del acta de parlamentario cuando es apreciada una causa de inelegibilidad (artículo 8 de la ley orgánica - *ordonnance* Nº 58-998 de 24 de octubre de 1958 relativa a las condiciones de elegibilidad y a las incompatibilidades parlamentarias) o su dimisión de oficio cuando el parlamentario conserva una función incompatible con su mandato (artículo 20 de la misma ley).

2) Las otras competencias

El *Conseil Constitutionnel* fue creado para desempeñar las funciones antes mencionadas, todas ellas dirigidas a vigilar al Parlamento. Sin embargo, una vez que la institución fue instaurada con ese fin, le fueron confiadas otras competencias, extrañas al control del Parlamento. Recordémoslas brevemente.

En primer lugar, ya que el *Conseil* tenía competencia para el control de las elecciones legislativas, se le confió igualmente el control de las elecciones presidenciales (artículo 58) y el de los referendos (artículo 60).

En segundo lugar, el *Conseil Constitutionnel*, a iniciativa del Presidente de la República, del Primer Ministro, del Presidente de cualquiera de las dos Cámaras o de 60 parlamentarios está encargado de confrontar los acuerdos internacionales con la Constitución, y si declara que un acuerdo internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución, la autorización para ratificarlo o aprobarlo no puede realizarse más que una vez reformada la Constitución (artículo 54).

En tercer lugar, constata la incapacidad del Presidente de la República para ejercer sus funciones (artículo 7).

Por último, informa acerca del ejercicio de los poderes excepcionales que el artículo 16 de la Constitución otorga al Presidente de la República.

Como es obvio, la doctrina se ha polarizado sobre todo, no a propósito de esta segunda serie de atribuciones, sino de las competencias relacionadas con la vigilancia del Parlamento. Viendo en ello un ataque en toda regla contra la soberanía de las asambleas parlamentarias, la doctrina ha considerado, y con ella la clase política, al *Conseil Constitutionnel*, no como una jurisdicción, sino como un órgano de naturaleza política.

¹⁴ *Debats et avis du Comité consultatif constitutionnel*, acta publicada por Documentation française, 1960, p. 101. Para una relativización del propio autor del alcance de esta afirmación, cf. la intervención de R. JANOT en *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, op. cit., pp. 211-212.

¹⁵ Análisis rechazado por la decisión antes citada de 30 de julio de 1982 (supra nota 13).

¹⁶ Análisis rechazado por la decisión 71-44 DC, de 16 de julio de 1971, que, en contra de la afirmación de M. JANOT, otorga valor constitucional pleno al preámbulo. Acerca de esta decisión, cf. L. FAVOREU y L. PHILIP, op. cit., p. 275 y las referencias que allí se citan.

B) *La doctrina ha visto en el Conseil Constitutionnel un órgano de naturaleza política*

Los primeros comentaristas de la Constitución de 1958 vieron con claridad que el constituyente había concebido esencialmente el *Conseil Constitutionnel* como un arma dirigida contra el Parlamento. A partir de esta función política asignada al *Conseil*, dedujeron lógicamente que se trataba de un órgano político. Como consecuencia de ello surge entre la doctrina una distinción que tendrá gran arraigo, la que opone el control de constitucionalidad de las leyes ejercido por un órgano político, del cual el *Conseil Constitutionnel* sería un ejemplo ilustrativo, al control de constitucionalidad de las leyes ejercido por un órgano jurisdiccional del tipo del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, la Corte Constitucional italiana o alemana o incluso el Tribunal Constitucional español¹⁷. Por tanto, el *Conseil Constitutionnel* se encuentra situado en la misma categoría que el conservador Senado de la Constitución del año VIII¹⁸ o que el Consejo de la revolución previsto por el texto original de la Constitución portuguesa de 1976¹⁹. Este análisis está confirmado tanto por la composición del *Conseil* que parecía exclusivamente política, como por el hecho de que el *Conseil* ejerce un control a priori de la constitucionalidad de las leyes, técnica que se considera propia de un control político.

1) El carácter político de la composición del *Conseil Constitutionnel*

Según establece el artículo 58 de la Constitución, tres de los nueve miembros del *Conseil Constitutionnel* son nombrados por el Presidente de la República, tres por el Presidente de la Asamblea Nacional y tres por el Presidente del Senado. Por otra parte, además de esos nueve miembros, son miembros de

derecho vitalicios los antiguos Presidentes de la República.

Estas reglas para el nombramiento han sido muy comentadas por la doctrina. En particular se ha puesto de relieve que los nueve miembros procedían exclusivamente de órganos políticos y que, por ejemplo, de los nueve miembros nombrados en 1959, cinco habían pertenecido o pertenecían al antiguo R.P.F. o al U.N.R., es decir, a partidos gaullistas, lo que podía hacer dudar de la imparcialidad del *Conseil*, máxime cuando no todos los miembros nombrados eran juristas, sino que entre ellos había un director de banco, un antiguo director de una empresa privada y un médico²⁰.

2) El carácter político de la técnica del control a priori

En materia de control de constitucionalidad de las leyes, a excepción de la técnica de la deslegalización prevista por el artículo 37.2 que responde efectivamente a un mecanismo de control a posteriori pero no afecta más que a las leyes que invadan el ámbito reglamentario autónomo, el sistema francés es un sistema de control a priori: tanto las leyes orgánicas como las leyes ordinarias sólo pueden ser recurridas ante el *Conseil Constitutionnel* según el artículo 61 antes de su promulgación; una vez que la ley ha sido promulgada se convierte en inimpugnable²¹.

Se trata de una criticada particularidad del sistema francés. En efecto, si bien el control a priori de la constitucionalidad de los tratados internacionales es bastante frecuente en el derecho comparado sin ser generalmente criticado por la doctrina (el carácter "contractual" de los tratados justifica el carácter a priori del control, el cual plantea menos problemas, desde el punto de vista de las relaciones internacionales, que un control a posteriori), no sucede lo mismo con el control a priori de la constitucionalidad de las leyes. Por un lado, esta técnica es muy poco frecuente en el derecho comparado: después de que España abandonara en 1985²² el control a priori de las le-

¹⁷ Una presentación particularmente sistemática de esta posición puede encontrarse en G. BURDEAU, *Traité de science politique*, Tomo IV, 2ª ed., L.G.D.J., 1969, pp 371 y ss. Véase igualmente M. DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 9ª ed., P.U.F., 1966, p. 226, y A. HAURIUO, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 2ª ed., éditions Montchrestien, 1967, p. 283.

¹⁸ G. BURDEAU, *op. cit.*, p. 374.

¹⁹ S. DOMÍNGUEZ MARTÍN, "El Tribunal Constitucional español y su entorno europeo", en *El Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, vol. 1, p. 838.

²⁰ M. DUVERGER, *op. cit.*, p. 653.

²¹ A reserva del mecanismo del artículo 37.2 y de la doctrina nacida de la decisión 85-187, de 23 de enero de 1985. Acerca de esta decisión, cf. L. FAVOREU y L. PHILIP, *op. cit.*, p. 626 y las referencias que allí se citan.

²² Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio de 1985 (B.O.E. Nº 137, de 8 de junio de 1985, p. 17.286). Acerca de esta supresión, cf. P. BON y F. MODERNE, crónica "Espagne", An-

yes orgánicas que había instaurado la ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, relativa al Tribunal Constitucional, solamente en Portugal e Italia se mantiene una técnica de ese tipo, aunque en este último país es diferente de la del sistema francés en dos puntos: sólo afecta a las leyes de las regiones que invaden competencias del Estado, mientras que, en el sistema francés, el control a priori afecta a todas las leyes²³; junto a ella existe un control abstracto a posteriori de las leyes del Estado que invaden competencias de las regiones y, sobre todo, un control concreto —por fuerza a posteriori— que afecta a todas las leyes y que constituye la actividad esencial de la Corte constitucional italiana, mientras que, en el sistema francés, la actividad esencial del *Conseil Constitutionnel* la constituye el control a priori. Por otro lado, el control a priori de la constitucionalidad de las leyes generalmente se considera que posee no un carácter jurisdiccional como el control a posteriori, sino un carácter político.

A este respecto puede ser representativo el análisis de G. Burdeau²⁴, quien parte de la idea de que,

“para obligar al legislador a permanecer dentro de los límites de su competencia tanto formal como material, es posible concebir varios métodos. Uno consiste en vigilar preventivamente la actividad legislativa y en paralizar desde el comienzo las medidas que parezcan susceptibles de inconstitucionalidad. El otro reside en un control a posteriori, ejercido por los jueces, que se aplica a la ley ya formada. Lógicamente, en virtud del dicho más vale prevenir que curar, el primer procedimiento parece mejor, pues es preferible impedir que salgan leyes inconstitucionales a intentar más tarde invalidarlas una vez elaboradas. La única cuestión es determinar quién debe ejercer esa vigilancia sobre el legislador, quién debe expedir el billete por el servicio jurídico a la ley en gestación. Evidentemente, no puede ser más que un órgano político, ya que se trata, en definitiva, de participar, aunque sea pasivamente, en la elaboración de la ley. Y, de golpe, todas las virtudes de este procedimiento desaparecen, ya que la labor de co-

regir los efectos de las pasiones políticas se remite a un órgano que no está exento de ellas, por ser él mismo político”.

Tenemos así la afirmación —más que la demostración— de que el control a priori no puede ser ejercido más que por un órgano político.

Una argumentación del mismo tipo puede encontrarse en los debates parlamentarios que condujeron en España a la supresión del control a priori. En ellos un parlamentario²⁵, tras recordar que el proceso legislativo finalizaba con la intervención del Rey, el cual sanciona la ley, la promulga y ordena su publicación, afirma que el control a priori de la constitucionalidad de las leyes hace participar a la jurisdicción constitucional en el proceso legislativo, integrándola en el proceso de producción normativa. En lugar de ser el legislador negativo descrito por Kelsen²⁶, se convierte en legislador positivo o colegislador. De ello se derivan dos consecuencias. Por un lado, la participación de la jurisdicción constitucional en la elaboración de la ley limita la soberanía del Parlamento que pierde así la plenitud y exclusividad del Poder Legislativo. Por otro lado, esta participación transforma a la jurisdicción constitucional misma en una tercera cámara política; el control de la constitucionalidad de las leyes deja de ser un control jurisdiccional para ser un control político; el Tribunal Constitucional deja de ser una jurisdicción para politizarse. Se llega con ello al desequilibrio y confusión de poderes.

En conclusión, el *Conseil Constitutionnel*, creado por el constituyente con el único fin de vigilar al Parlamento, con una composición exclusivamente política y ejerciendo un control a priori considerado propio de las instituciones políticas, ha sido perfectamente analizado durante mucho tiempo como un órgano político situado en las antípodas del modelo europeo de las jurisdicciones constitucionales.

Este análisis, presumiblemente exacto en el momento de instaurarse la institución, hoy, cuando el *Conseil Constitutionnel* ha festejado su trigésimo aniversario, parece totalmente erróneo: la modificación del derecho que lo regula, la evolución de su jurisprudencia, el mejor conocimiento de la institución gracias a algunos autores particularmente lúcidos que no han temido posicionarse contra análisis que parecían definitivos, la evolución del contexto político, el análisis del *Conseil* desde la pers-

nuaire International de Justice Constitutionnelle, 1985, Economica, p. 350.

²³ Del Estado, ya que en Francia los elementos que componen el Estado están desprovistos de Poder Legislativo.

²⁴ G. BURDEAU, *op. cit.*, pp. 372-373.

²⁵ SÁENZ COSCULLUELA, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 1984, Nº 128, pp. 5872-5973.

²⁶ H. KELSEN, *art. cit.*, p. 224.

pectiva del derecho comparado, son factores que deben conducir a considerar al *Conseil Constitutionnel* como un elemento, por supuesto que mejorable, pero un elemento de todos modos, del modelo de las Cortes constitucionales europeas.

II. LA VISION CONTEMPORANEA: EL *CONSEIL CONSTITUTIONNEL* FRANCES, UN ELEMENTO MEJORABLE DEL MODELO DE LAS CORTES CONSTITUCIONALES EUROPEAS

El *Conseil Constitutionnel* pertenece incontestablemente a la familia de las Cortes constitucionales europeas, lo que no excluye que pueda ser parcialmente reformado con el fin de que se aproxime más al modelo.

A) *El Conseil Constitutionnel pertenece incontestablemente a la familia de las Cortes constitucionales europeas*

A este respecto tres puntos deben ser subrayados: el cambio considerable del papel del *Conseil Constitutionnel*, el cual ocupa en el sistema jurídico y político nacional un lugar idéntico al de las otras jurisdicciones constitucionales europeas en sus países; el carácter menos singular de lo que se ha querido creer de la composición del *Conseil*; el hecho de que la técnica del control a priori no merece el opprobio del que está cubierta.

1) Un papel que ha cambiado considerablemente

Ya hemos visto que, en sus orígenes, el *Conseil* fue concebido exclusivamente para vigilar al Parlamento. Pero no se ha limitado a eso.

En primer lugar, si bien algunas decisiones tienen como resultado mantener al Parlamento en el papel —más limitado que en el pasado— que le asignó el constituyente, el *Conseil* vigila escrupulosamente que ejerza al menos ese papel: por ejemplo, cada vez que la Constitución encomienda al legislador definir las reglas en una materia dada, el *Conseil* vigila que éste dicte al menos las reglas directivas y no las abandone a la competencia discrecional del gobierno, produciéndose, en caso contrario, una incompetencia negativa del legislador que entrañaría la anulación de la disposición afectada, como por ejemplo en la decisión 67-31 DC de 26 de enero de 1967²⁷. Actuando de

ese modo, el *Conseil* no restringe la competencia parlamentaria sino, al contrario, la defiende, del mismo modo que lo hacen las otras Cortes constitucionales europeas²⁸.

Por otro lado, el reconocimiento del pleno valor constitucional de las disposiciones del preámbulo realizado por la decisión del 16 de julio de 1971, antes citada, ha cambiado radicalmente las perspectivas del control de constitucionalidad. Como ya se ha indicado más arriba, el articulado de la Constitución no contiene, en materia de ejercicio del poder legislativo, más que unas pocas disposiciones de fondo, estando estas últimas esencialmente en el preámbulo, pero sobre todo las relativas al ámbito de la ley y al procedimiento legislativo. Como consecuencia de ello, en la medida en que el control de constitucionalidad de las leyes era efectuado exclusivamente por referencia a los artículos de la Constitución, efectivamente se podía tener a menudo la impresión de que su única misión era mantener al legislador encerrado en su ámbito²⁹ y forzarle a respetar las reglas imperativas del procedimiento legislativo "racionalizado" por la nueva Constitución. En una palabra, el control parecía tener esencialmente por función no proteger las libertades públicas proclamadas en el preámbulo, sino constreñir el Parlamento. Con la decisión del 16 de julio de 1971 y la abundante jurisprudencia que la ha seguido, la protección de las libertades públicas aparece en el primer lugar de las funciones del control de constitucionalidad de las leyes, como ya sucedía desde hacía tiempo en los demás países europeos dotados de una jurisdicción constitucional. Se pasa así, en cierta manera, de un control de constitucionalidad ejercido únicamente en interés de los poderes públicos, y en particular del Ejecutivo, a un control de constitucionalidad ejercido también en interés de los ciudadanos.

Ciertamente, se hubiera podido temer que esta nueva dimensión del control de constitucionalidad de las leyes no escapara a las condiciones restrictivas para recurrir al *Conseil Constitutionnel*. Ya hemos visto, en efecto, que en el texto inicial de la Constitución de 1958 las leyes ordinarias sólo podían ser sometidas al *Conseil Constitutionnel* por recurso del Presidente de la República, del Primer

cf. L. FAVOREU y L. PHILIP, *op. cit.*, 191 y especialmente pp. 205-207.

²⁸ Cf. por ejemplo, en relación con la Corte Constitucional austríaca, L. FAVOREU, *Les Cours Constitutionnelles*, antes citada, p. 46.

²⁹ Análisis desmentido por la decisión antes citada de 30 de julio de 1982.

²⁷ Acerca de esta decisión y, en particular, sobre la teoría de la incompetencia negativa,

Ministro, del Presidente de la Asamblea Nacional y del Presidente del Senado, a diferencia de las leyes orgánicas que estaban sometidas a un control automático. Ahora bien, una de las características de la vida política de la V República ha sido la frecuente coincidencia de puntos de vista políticos entre el Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno y el Presidente de la Cámara Baja, siendo el Presidente de la Cámara Alta el único que en ocasiones quedaba al margen de esta simbiosis política. Sin embargo, tras las elecciones presidenciales de mayo de 1974, la mayoría del Senado se une claramente a la mayoría presidencial, a la mayoría gubernamental y a la mayoría de la Cámara Baja. A partir de entonces, se teme que los recursos al *Conseil* sean más raros y que se debilite por ello el impacto de la nueva dimensión del control de constitucionalidad de las leyes. No obstante, unas semanas más tarde, una reforma del artículo 61 de la Constitución, realizada el 29 de octubre de 1974, abre también la posibilidad de recurrir a 60 diputados o 60 senadores, es decir, eventualmente, a la oposición³⁰. La protección de las libertades públicas se encuentra de ese modo mejor asegurada así como los derechos de la minoría parlamentaria, puesto que es preciso no olvidar que, ya en 1928, Kelsen escribía que "la justicia constitucional... debe necesariamente servir, en las democracias parlamentarias, para la protección de las minorías"³¹.

De ese modo, el *Conseil* ha pasado progresivamente de la vigilancia del Parlamento a la protección de las competencias del Parlamento, incluso contra él mismo, a la defensa de las libertades públicas y a la garantía de los derechos de las minorías, funciones tradicionales de las Cortes constitucionales europeas. Pero, además, otro fenómeno, apreciable igualmente en otros países, debe destacarse. Nos referimos a la influencia del *Conseil Constitutionnel* sobre las diferentes ramas del derecho³². En primer lugar sobre el derecho cons-

titucional que se "rejuridifica". Deja de ser "un catálogo de recetas políticas con carácter vagamente obligatorio en el que la ciencia política tenía más importancia que el derecho"³³. Se convierte en el "derecho de la Constitución, una Constitución cuyos artículos son interpretados y aplicados por el juez constitucional"³⁴, una Constitución que, efectivamente, pasa a ser el texto supremo en la pirámide normativa. Pero también sobre las demás ramas del derecho público y del derecho privado, las cuales han visto consolidarse sus dimensiones constitucionales. Aparecen así, por ejemplo, un derecho constitucional local o un derecho constitucional penal. Se trata de una verdadera revolución jurídica que ya se ha manifestado ampliamente en Europa y que, desde hace algunos años, se desarrolla en Francia.

En conclusión, la diversificación del papel del *Conseil Constitutionnel* es considerable y le lleva a desempeñar funciones comparables a las ejercidas por las otras jurisdicciones constitucionales. Este es un primer índice de que ya ahora el *Conseil* pertenece a la familia de las Cortes constitucionales europeas. Pero no es el único.

2) Una composición que no es tan singular

Una de las críticas que, como ya se ha señalado antes, a menudo se dirige a la composición del *Conseil constitutionnel*, deduciendo de ahí su carácter de institución política, es que sus miembros proceden de órganos políticos, volviéndose así la espalda a las verdaderas jurisdicciones constitucionales.

Sin embargo, el alcance de esta crítica debe ser relativizado a la luz, justamente, del derecho comparado. En efecto, la designación por órganos políticos es el sistema ampliamente dominante en Europa: los catorce miembros de la Corte Constitucional austríaca son todos ellos designados por órganos políticos (ocho por el gobierno federal, tres por el Consejo nacional y tres por el Consejo federal), lo mismo sucede con los dieciséis miembros de la Corte Constitucional alemana (ocho designados por el Bundestag y ocho por el Bundesrat); en España, diez de los doce

³⁰ Es necesario tener presente que el sistema francés, igual que sucede con el sistema español, es, en este punto, mucho más favorable a la oposición que el sistema austríaco o el alemán en los que el recurso no está abierto más que a un tercio de los miembros del Consejo Nacional o del Bundestag.

³¹ H. KELSEN, art. cit., p. 247. Ver igualmente p. 253.

³² Acerca de este fenómeno, ver en particular L. FAVOREU, "L'apport du Conseil Constitutionnel au droit public", *Pouvoirs* Nº 13, 1980, p. 17; L. FAVOREU, "L'influence du Conseil Constitutionnel sur les diverses

branches du droit", en *Itinéraires-Études en l'honneur de L. Hamon*, Economica, 1982, p. 235.

³³ L. FAVOREU y L. PHILIP, *Le Conseil Constitutionnel*, P.U.F., 1991, p. 118, *Que sais-je?* Nº 724.

³⁴ L. FAVOREU, art. cit., en *Pouvoirs*, p. 23.

membros del Tribunal Constitucional proceden de órganos políticos (cuatro son designados por el Congreso de los Diputados, cuatro por el Senado y dos por el Gobierno), mientras que los dos miembros restantes son designados por el Consejo General del Poder Judicial que no está lejos de ser un órgano político, sobre todo tras la modificación de su composición realizada en 1985; por último, en Italia, diez de los quince miembros son nombrados por el poder político (cinco por el Presidente de la República, cinco por el Parlamento), mientras que el tercio restante procede del Poder Judicial (tres miembros son designados por la Corte de Casación, uno por el Consejo de Estado y uno por el Tribunal de Cuentas).

Además, ese modo de designación por órganos políticos no está desprovisto de justificaciones. En la medida en que resuelven cuestiones directamente o indirectamente políticas, las Cortes constitucionales no pueden estar compuestas como cualquier otra jurisdicción. Puesto que ponen en cuestión la voluntad del legislador, deben beneficiarse de una legitimidad democrática. Por esta razón, ya en 1928 Kelsen se cuestionaba si no sería posible combinar en la materia el nombramiento por el Parlamento y el nombramiento por el Ejecutivo³⁵.

En esas condiciones, las críticas formuladas a la composición del *Conseil Constitutionnel* deben ser, nos parece, seriamente atenuadas, ya que esta composición está muy cerca del derecho común europeo.

Sin embargo, un problema permanece. Como consecuencia de la ya aludida simbiosis política que ha podido existir entre el Presidente de la República, el Presidente de la Asamblea Nacional y el Presidente del Senado, es decir, entre las tres autoridades responsables del nombramiento, ha podido suceder que lleguen al *Conseil* miembros que proceden todos ellos de autoridades pertenecientes más o menos a la misma tendencia política. Como consecuencia de ello, el *Conseil Constitutionnel* puede dar una apariencia claramente monocolor cuando debería reflejar el carácter pluralista de la sociedad política, incluso aunque sea simplista calificar políticamente a los miembros de una jurisdicción constitucional en función de la coloración política de las autoridades que les han nombrado como tales y, sobre todo, estimar que sostendrán ciegamente, en el seno de la jurisdicción, la línea política de su padrino. Las Cortes ciertamente resuelven conflictos políticos pero

deben hacerlo según el método jurídico, es decir, con ayuda del razonamiento jurídico, el cual posee sus propias exigencias, lo que ha permitido a Stern³⁶, tal como recuerda el profesor García de Enterría en su remarcable trabajo sobre la justicia constitucional³⁷, escribir que juzgar en el ámbito político, no es juzgar políticamente, es decir, siguiendo el método político, sino que se debe seguir juzgando siguiendo el método jurídico de resolución de conflictos. Sea como sea, la alternancia política que ha conocido Francia en 1981 y los nombramientos a los que ha debido procederse en 1983, en 1986, en 1989 y en 1992, un Presidente de la República y un Presidente de la Asamblea Nacional de izquierda, han tenido como consecuencia que el *Conseil Constitutionnel* esté integrado actualmente por tres miembros nombrados por autoridades de derecha y seis por autoridades de izquierda. Y, consecuencia o coincidencia, la legitimidad de la institución entre la clase política parece ahora a salvo de inevitables peripecias, mejor asegurada³⁸. Pero lo que ha permitido el azar de la vida política francesa, la composición pluralista del *Conseil*, el derecho debería institucionalizarlo, como veremos más adelante.

3) Una técnica de control que no merece el oprobio del que está cubierta

Ciertamente, la técnica francesa de control de constitucionalidad de las leyes es principalmente una técnica de control a priori mientras que la mayor parte de las Cortes constitucionales europeas ejercen un control a posteriori. Dicho esto, reconocemos no comprender por qué el órgano que realiza un control a priori debe ser inevitablemente un órgano político, mientras que el control a posteriori implicaría la naturaleza jurisdiccional de la institución que lo lleva a cabo. En realidad, se trata de una simple afirmación que no es verdaderamente demostrada.

³⁶ K. STERN, *Das Staatsrecht*, II, p. 958.

³⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, Civitas, p. 178.

³⁸ Cf. sobre este punto el coloquio organizado en la Asamblea Nacional, el 13 de marzo de 1987, por la Asociación francesa de constitucionalistas (*Le Conseil Constitutionnel et les partis politiques*, Economica y P.U.A.M., 1987) en el que todos los representantes de los grupos parlamentarios de la Asamblea, a excepción del Partido Comunista, han expresado su confianza en el *Conseil Constitutionnel*.

³⁵ H. KELSEN, art. cit., p. 227.

Ciertamente, en cuanto resuelve cuando los clamores del debate parlamentario todavía no se han apagado³⁹, el juez constitucional interviene en el terreno todavía candente de las pasiones políticas. Pero esto no le impide necesariamente resolver desde un punto de vista estrictamente jurisdiccional.

Además, el control a priori supone una ventaja esencial en la hipótesis de que el juez concluya en la inconstitucionalidad de una ley: la ley todavía no ha entrado en vigor, de modo que la inconstitucionalidad cometida no surte efectos y no plantea los delicados problemas que acompañan a las declaraciones de inconstitucionalidad de leyes ya aplicadas.

En definitiva, el control a priori está lejos de merecer el oprobio del que en ocasiones se le cubre aunque puede parecer oportuno combinarlo con técnicas de control a posteriori. Pero esto implica abordar la cuestión de la reforma del *Conseil Constitutionnel*, reforma necesaria si se quiere acercarlo todavía más al tipo ideal de las Cortes constitucionales europeas.

B) *El Conseil Constitutionnel puede ser parcialmente reformado para aproximarse más al tipo ideal de las Cortes constitucionales europeas*

Tres tipos de reforma referentes sucesivamente a la composición, al procedimiento y a las competencias son afrontables.

1) *Reformas referentes a la composición del Conseil Constitutionnel*

Ya hemos dicho que los miembros del *Conseil Constitutionnel* son nombrados por autoridades políticas. Esta característica ha sido discutida. No obstante, coincide en gran medida con la práctica seguida en el derecho común europeo y no está desprovista de justificaciones. Existe, no obstante, a nuestro juicio, un defecto en el sistema francés que proviene de que la intervención de las auto-

ridades políticas en el proceso de designación —intervención que se puede evitar difícilmente— no garantiza necesariamente el pluralismo de la institución, fenómeno difícilmente admisible. En efecto, más arriba se ha evocado la simbiosis política que ha podido darse entre el Jefe de Estado, el Presidente de la Asamblea Nacional y el Presidente del Senado, de tal suerte que los miembros nombrados para el *Conseil* podían parecer provenir de un solo horizonte político. Ciertamente, la alternancia sobrevinida en 1981 en la cumbre del Estado ha introducido, de hecho, el pluralismo en el seno del *Conseil* (aunque sea necesario repetir que es exageradamente simplificador establecer una correlación total entre la coloración política de la autoridad que efectúa el nombramiento y el comportamiento en el *Conseil* del miembro nombrado por ella). Pero no ha sido más que un resultado del azar de la vida política y corresponde al derecho garantizar su permanencia. Por esta razón, manteniendo el nombramiento de miembros a cargo del Presidente de la República, conviene reemplazar los miembros nombrados por el Presidente de la Asamblea Nacional y los nombrados por el Presidente del Senado por miembros nombrados por sus asambleas respectivas con una mayoría cualificada de dos tercios o de tres cuartos como sucede en Italia, Alemania o España. El nombramiento por el Presidente de una asamblea no es más que un nombramiento a cargo del representante de la fuerza o fuerzas políticas que la dominan. A la inversa, el nombramiento por la asamblea plenaria con una mayoría cualificada implica, si no la designación de personas que supongan un consenso milagroso entre la mayoría y la oposición —es la lectura idealista de la exigencia de una mayoría cualificada—, sí al menos un reparto de los puestos a cubrir entre la mayoría y la oposición en función de su importancia respectiva; es la lectura realista de la exigencia de una mayoría cualificada. Evidentemente, esto implicaría con probabilidad que el *Conseil* no fuera renovado como lo es actualmente, es decir, por el nombramiento, cada tres años, de un miembro por el Presidente de la República, de un miembro por el Presidente de la Asamblea Nacional y de un miembro por el Presidente del Senado. El nombramiento por parte de las Cámaras con una mayoría cualificada parece exigir —si la lectura realista mencionada antes es la correcta— que se disponga, cada vez, de varios puestos a cubrir con el fin de que puedan ser repartidos entre mayoría y oposición. Es posible concebir varios sistemas tanto que impliquen como que no un aumento del número de miembros del *Conseil Constitutionnel*, por ejemplo renovación serie a serie: renovación de la serie de

³⁹ La lógica del control a priori implica en efecto que el juez constitucional resuelve rápidamente, por ejemplo, en Francia, en el plazo de un mes, que se convierte en ocho días si el Gobierno declara la urgencia. Si no se procede de este modo, la entrada en vigor de las leyes votadas por el Parlamento se paraliza, cosa que la mayoría parlamentaria no puede admitir, como ha mostrado la experiencia española del control a priori de la constitucionalidad de las leyes orgánicas abandonado, como ya se ha indicado, en 1985.

miembros nombrados por la Asamblea Nacional, renovación de la serie de miembros nombrados por el Senado...

Por otra parte, tal vez es oportuno añadir a los miembros nombrados por autoridades políticas, no como actualmente los antiguos Presidentes de la República, los cuales, sobre todo si estiman que tienen todavía ante sí una carrera política, pueden sentirse incómodos en el *Conseil* e incomodar al propio *Conseil* (por lo que quizás fuera más oportuno nombrarlos, como ya ha sido propuesto, senadores inamovibles), sino representantes del Poder Judicial a imitación del sistema italiano, por ejemplo un miembro de la Corte de Casación, un miembro del Consejo de Estado y un miembro del Tribunal de Cuentas designados por sus colegas. Esta medida reforzaría el carácter jurisdiccional de la institución sobre el que parece haber tantas dudas.

Por último, esas dudas han podido ser alimentadas en el pasado por el hecho de que el *Conseil Constitutionnel* parecía estar compuesto por no especialistas. De hecho, mientras que el derecho común europeo exige que los miembros de las jurisdicciones constitucionales sean elegidos entre juristas⁴⁰, conforme a la recomendación de Kelsen según la cual "es de la mayor importancia que en la composición de las jurisdicciones constitucionales se conceda un lugar adecuado a los juristas de profesión"⁴¹, el derecho francés no plantea ninguna exigencia en la materia, de-

jando así una competencia discrecional a las autoridades que realizan el nombramiento. No obstante, la práctica ha atenuado progresivamente los inconvenientes derivados de esta laguna, ya que, en la actualidad, entre los nueve miembros del *Conseil* hay dos profesores de Derecho Público⁴², un abogado general ante la Corte de Casación, un miembro del Consejo de Estado, un abogado..., un farmacéutico, pero que ha ejercido durante varios años las funciones de *Médiateur* (Ombudsman). De cualquier modo, también en este caso, esta práctica ganaría si fuera institucionalizada por el derecho⁴³.

2) Reformas relativas al procedimiento ante el *Conseil*

El procedimiento ante las jurisdicciones constitucionales europeas generalmente está muy jurisdiccionalizado: se habla de proceso constitucional, ese proceso se desarrolla entre partes, esas partes pueden estar representadas ante el Tribunal por abogados, el principio contradictorio está plenamente asegurado por la comunicación a las partes de todas las actuaciones del proceso a las que pueden responder realizando alegaciones, pueden celebrarse audiencias públicas...

Por el contrario, las reglas procesales ante el *Conseil Constitutionnel* son en gran medida embrionarias⁴⁴: los recursos no son publicados en el *Journal Officiel* más que desde 1983, la designación por el recurrente de un abogado para representarle es inútil, ya que el

⁴⁰ *Austria*: Los catorce miembros de la Corte deben haber finalizado sus estudios de Derecho y Ciencia Política y haber ocupado, durante al menos diez años, un puesto profesional para el que la finalización de esos estudios sea exigida mientras que ocho de entre ellos deben, además, ser elegidos entre los jueces, los funcionarios de la Administración y los profesores universitarios de derecho; *Italia*: los jueces de la Corte son elegidos entre magistrados, incluso jubilados, de las jurisdicciones ordinaria y administrativa, catedráticos de derecho y abogados con veinte años de ejercicio; *Alemania*: los dieciséis miembros de la Corte deben cumplir las condiciones señaladas por la ley para ser juez mientras que seis de entre ellos deben, además, ser elegidos entre los jueces de las Cortes Federales Supremas; *España*: los miembros del Tribunal Constitucional deben ser magistrados, profesores universitarios, funcionarios públicos o abogados con más de quince años cada uno de ellos de ejercicio profesional y cuya competencia jurídica sea reconocida.

⁴¹ H. KELSEN, art. cit., p. 227.

⁴² *Récord francés* pero no *récord europeo*, ya que, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español está compuesto por ocho profesores de derecho de sus doce miembros.

⁴³ De igual modo que el derecho podría reforzar el régimen de incompatibilidades aplicable a los miembros del *Conseil Constitutionnel*. La Constitución y la ley orgánica relativa al *Conseil* disponen simplemente que las funciones de miembros del *Conseil* son incompatibles con las de miembros del gobierno, del Parlamento y del Consejo económico y social, de modo que, como señala F. Luchaire (F. LUCHAIRE, *op. cit.*, p. 69), ellos "no trabajan necesariamente a tiempo completo". A la inversa, el derecho común europeo prevé un régimen de incompatibilidades mucho más severo, prohibiendo muy a menudo el ejercicio de cualquier otra actividad profesional, y por tanto Francia podría ganar inspirándose en él.

⁴⁴ Salvo en materia contencioso-electoral (para las elecciones legislativas).

Conseil, como ha podido verse hace unos años, no reconoce su existencia, las audiencias no son públicas y, sobre todo, no hay un verdadero proceso contradictorio. Es verdad que el secretariado general del gobierno generalmente redacta una memoria en contestación a las quejas expuestas en el recurso pero es para uso interno del *Conseil* y no es necesariamente comunicado a los recurrentes. Es verdad que el recurso puede ser seguido de una "memoria complementaria" y ha sucedido incluso, por ejemplo, que un grupo parlamentario que ha apoyado particularmente una ley sometida al *Conseil* le haga llegar una "memoria de defensa" respondiendo a los argumentos expuestos en el recurso pero, incluso en ese caso, se trata de memorias que tienen como único destinatario al *Conseil*, y, muy en particular, al ponente designado (por el Presidente) en ese asunto⁴⁵, y que en principio no son objeto de ninguna comunicación. Es verdad que el principio contradictorio es un factor importante de retraso del desarrollo de los procesos jurisdiccionales y que su plena aplicación en el contencioso constitucional francés es difícilmente concebible habida cuenta del hecho de que el *Conseil* debe resolver en el plazo máximo de un mes, reducido a una semana si el gobierno declara la urgencia⁴⁶.

No obstante, debería llevarse a cabo una reflexión acerca de la acentuación del carácter jurisdiccional del procedimiento ante el *Conseil* que aborde, sobre todo, no sólo el principio contradictorio, sino también las cuatro cuestiones siguientes⁴⁷: en primer lugar ¿es normal que una demanda pueda no ser motivada sin que eso entrañe la inadmisibilidad del recurso? En segundo lugar ¿es deseable que el *Conseil Constitutionnel* pueda no contestar a todas las alegaciones expuestas en la demanda? En tercer lugar ¿debe el *Conseil Constitutionnel* tener en cuenta de oficio argumentos de inconstitucionalidad no alegados por los recurrentes o debe disponer en la materia de un poder discrecional? Por último, ¿es legítimo que pueda tener en cuenta de oficio, no sólo argumentos, sino también conclusiones?

⁴⁵ El cual, por otra parte, en contra de lo que inicialmente se había pensado en 1986, no puede adherirse al ponente de la comisión que, en cada asamblea, ha estudiado el texto remitido al *Conseil*. Cf. D. TURPIN, *Contentieux constitutionnel*, P.U.F., 1986, pp. 224-225.

⁴⁶ Artículo 61.3 de la Constitución.

⁴⁷ Acerca de todos esos puntos, ver J.P. LEBRETON, "Les particularités de la juridiction constitutionnelle", *R.D.P.*, 1983, p. 419.

3) Reformas relativas a las competencias del *Conseil*

En teoría, una jurisdicción constitucional puede tener atribuidos cuatro tipos de competencias⁴⁸: 1) el contencioso cuasi penal denominado entonces contencioso para la defensa del orden constitucional, el cual integra, por ejemplo, la acusación por alta traición del Presidente de la República, la prohibición de los partidos políticos que atentan al orden constitucional liberal y democrático, la revocación de los magistrados que contravengan el orden constitucional o la pérdida de derechos fundamentales de los ciudadanos que abusen de su libertad por luchar contra la democracia, añadiéndose en ocasiones, no sin un cierto artificio, el contencioso electoral; 2) el control de normas, y muy particularmente de las leyes, ya se trate de un control abstracto por iniciativa de las autoridades políticas o de un control concreto por iniciativa de un juez; 3) la protección de los derechos fundamentales de los individuos, como consecuencia de recursos de estos últimos, cuando entienden que han sufrido una lesión en sus derechos provocada por un poder público; 4) la resolución de conflictos constitucionales, ya se trate de conflictos entre los órganos constitucionales centrales del Estado o de conflictos entre el centro y la periferia, por ejemplo, en un Estado federal, conflictos entre el Estado federal y los Estados federados, o, en un Estado con regionalización política, conflictos entre el Estado y las regiones.

La Corte Constitucional alemana dispone de la totalidad de esas competencias. Sucede prácticamente lo mismo con la Corte Constitucional austríaca. El Tribunal Constitucional español parece un paso atrás, ya que está desprovisto de toda competencia en materia de contencioso cuasi penal; pero, por el contrario, en el marco por ejemplo del control de normas, controla no sólo la conformidad de las leyes del Estado y las leyes regionales a la Constitución del Estado, que es lo que hace la Corte Constitucional Federal alemana en relación con las leyes federales y las de los Länder, sino que controla igualmente la conformidad de las leyes regionales con el Estatuto de la región, mientras que, en Alemania, el control de la conformidad de las leyes de un Land a la Constitución del Land es competencia de los Tribunales Constitucionales existentes en

⁴⁸ Ver sobre este punto la clasificación de J.C. BEGUIN, en *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en RFA*, Economica, 1982, pp. 34 y ss.

principio en cada Land; ejerce, por tanto, un control muy intenso del derecho de las Comunidades Autónomas, lo que supone una competencia al menos tan importante como el contencioso cuasi penal ejercido por la Corte Constitucional alemana. Las competencias de la Corte Constitucional italiana son sin duda mucho más reducidas: el contencioso cuasi penal está limitado a la exigencia de responsabilidad al Presidente de la República, el control abstracto está limitado al control —a posteriori— de las leyes del Estado que invaden competencias de las regiones y al control —a priori— de las leyes de las regiones que invaden competencias del Estado; no existe la protección de los derechos fundamentales con recursos individuales; en realidad, la actividad esencial de la Corte es la resolución de conflictos constitucionales y sobre todo el ejercicio del control concreto. En cuanto al *Conseil Constitutionnel* francés, desde el punto de vista de sus competencias, parece ser el farolillo rojo de las Cortes constitucionales europeas: el contencioso cuasi penal está limitado al control de las votaciones; el control de las normas es exclusivamente un control abstracto y encima, en su conjunto, a priori; no existe la protección de los derechos fundamentales con recursos individuales ni resolución de conflictos constitucionales.

¿Eso quiere decir que sea radicalmente necesario ampliar sus competencias? A nuestro juicio la respuesta debe ser matizada.

En primer lugar, las misiones que en otros países europeos son encargadas a la jurisdicción constitucional en materia de contencioso cuasi penal, en Francia son atribuidas, de acuerdo con la tradición, a otras instituciones —Alto Tribunal de Justicia— para la exigencia de responsabilidad al Presidente de la República por alta traición, Consejo Superior de la Magistratura para el régimen disciplinario de los magistrados, vía judicial ordinaria para la pérdida de los ciudadanos de sus derechos fundamentales... y no se ve siempre muy bien cuál puede ser el interés de confiar al *Conseil* el conjunto de esas misiones.

En segundo lugar, en cuanto al control abstracto de normas, ciertamente es un control a priori, mientras que el régimen europeo de derecho común es el control a posteriori. Pero, también aquí, no se ven las razones que pueden aducirse en favor de la adopción del control a posteriori, sobre todo si este último está, como en España, sometido a plazos muy breves: tres meses a partir de la publicación de la ley. Muy al contrario, el control a priori a la francesa, como ya hemos indicado, posee dos ventajas incontestables: su extrema rapidez, puesto que el litigio es resuelto como máximo

en un mes⁴⁹ y, sobre todo, su extraordinaria sencillez, teniendo en cuenta los problemas enormemente complejos que plantea la anulación a posteriori por la jurisdicción constitucional de una ley que ya ha entrado en vigor, no planteados por la anulación a priori de una ley que todavía no ha sido aplicada.

En tercer lugar, en la medida que la descentralización a la francesa es una descentralización exclusivamente administrativa, sin una compleja repartición constitucional de competencias entre el Estado y sus componentes y sin atribución a estos últimos de poder legislativo, no es en absoluto necesaria una competencia específica del *Conseil Constitutionnel* para la resolución de los conflictos de competencia entre el centro y la periferia.

La protección por el *Conseil Constitutionnel* de los derechos fundamentales de los individuos con posibilidad de recurso por parte de estos últimos tampoco nos parece una necesidad en la medida en que ese papel lo desempeñan, en su conjunto, de forma totalmente satisfactoria, el juez administrativo y el juez ordinario, aunque la *preferred position*⁵⁰, reconocida a las libertades públicas en los Estados de derecho contemporáneos, pueda justificar que, cuando estas últimas están en cuestión, sea arbitrada una vía jurídica suplementaria y especialmente solemne, como el recurso a la jurisdicción constitucional. Sin embargo, hay una hipótesis en la que la protección de las libertades públicas por los jueces ordinarios y administrativos conoce en Francia una laguna. Se trata de aquellos casos en los que juega la teoría de la pantalla legislativa (*l'écran législatif*): mientras que, por ejemplo, el juez administrativo no duda en anular los actos administrativos contrarios a la Constitución, se niega a hacerlo cuando han sido dictados en aplicación de una ley inconstitucional no anulada por el *Conseil Constitutionnel* (bien por ser anterior a la Constitución de 1958, bien porque, aunque sea posterior a la Constitución, no ha sido recurrida ante el

⁴⁹ A este respecto puede subrayarse una vez más que el control a priori sólo es admisible cuando el juez constitucional resuelve rápidamente. Si el juez constitucional tarda varios meses para resolver, como sucedía en España, se pone en manos de las autoridades con legitimación para recurrir y en particular de la oposición un medio de paralizar la entrada en vigor de leyes votadas por la mayoría, lo que condena para siempre esta técnica.

⁵⁰ Acerca de este concepto frecuentemente utilizado en Estados Unidos, cf. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 145.

Conseil) porque considera que ello le llevaría a controlar la constitucionalidad de las leyes, lo que no es de su competencia. En esas condiciones, en lugar de declarar la legalidad de un acto que sin embargo es inconstitucional, debería poder plantear al *Conseil* la cuestión de la constitucionalidad de la ley en aplicación de la cual ha sido dictado el acto litigioso. Es evidente que la introducción en Francia de este procedimiento de control concreto de las normas corre el riesgo de provocar una considerable inflación de recursos ante la jurisdicción constitucional. Para intentar limitarla podrían quizás proponerse dos reglas: no abrir el procedimiento del control concreto de las normas más que a los jueces ordinarios supremos; y no permitirlo más que cuando los derechos fundamentales de los ciudadanos están en juego. Este es el sentido del proyecto de reforma constitucional presentado en el Parlamento en la primavera de 1990 pero que parece ser que tiene pocas posibilidades de ser tenido en cuenta a la vista de los desacuerdos que existen en la materia entre la mayoría y la oposición.

Otra reforma oportuna sería atribuir al *Conseil Constitutionnel* el conocimiento de los recursos contra un cierto número de actos que, por el momento, no son de la competencia de ningún juez, lo que no es admisible en un Estado de derecho. Así sucede con algunos decretos del Presidente de la República —el decreto de promulgación de una ley, el decreto que pone en práctica los poderes excepcionales del artículo 16, el decreto sometiendo a referéndum un proyecto de ley, el decreto de

disolución...— que son considerados por el juez administrativo como actos de gobierno no susceptibles de ningún control por su parte. Su análisis es comprensible: se trata de actos radicalmente diferentes de los actos administrativos sobre los que tiene competencia para juzgar. Esos actos entrarían más en la competencia natural de una jurisdicción constitucional y sería lógico que el *Conseil Constitutionnel* pudiera conocer de ellos. El mismo razonamiento puede ser desarrollado en relación con los actos parlamentarios que escapan en la actualidad a todo control, por ejemplo censura con exclusión temporal declarada por el presidente de una asamblea en relación con un parlamentario que ha sido considerado culpable de injurias, provocaciones o amenazas contra el Presidente de la República, el Primer Ministro y los miembros del gobierno, o la negativa a levantar la inmunidad parlamentaria perjudicando los derechos de un ciudadano. También aquí parece lógica la competencia del *Conseil Constitutionnel*, como sucede en otros países europeos. Hace falta por tanto que una norma jurídica lo establezca, ya que todo eso no puede evidentemente ser resultado de la jurisprudencia del *Conseil Constitutionnel* mismo.

Es con ese precio y con el de las reformas anteriormente mencionadas como el *Conseil Constitutionnel* tenderá hacia el tipo ideal de las Cortes Constitucionales europeas. Puede que el camino a recorrer se considere demasiado largo. Pero ¿qué se puede decir, entonces, del camino que ya ha recorrido la institución?