

LA SEGUNDA REVOLUCIÓN FRANCESA: LA TRANSFORMACIÓN DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL

WALTER F. CARNOTA*

SUMARIO

I.—INTRODUCCIÓN. II.—LA IMPLANTACIÓN DEL *CONSEIL CONSTITUTIONNEL* Y SU EVOLUCIÓN INSTITUCIONAL. III.—LA «CUESTIÓN PRIORITARIA DE CONSTITUCIONALIDAD» (QPC): 1. Su establecimiento. 2. Procedimiento. 3. Parámetros de la constitucionalidad. 4. Efectos de la decisión del Consejo. 5. Constitucionalidad y convencionalidad. IV.—A MODO DE CONCLUSIÓN. V.—BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

El Consejo Constitucional francés nació de acuerdo con la Constitución de 1958 a fin de condicionar al Parlamento en relación con el Poder Ejecutivo. Sin embargo, paulatinamente, fue evolucionando, sobre todo a partir de 1971 y de 1974, hacia una jurisdicción constitucional. La reforma constitucional elaborada en 2008 e implementada entre 2009 y 2010 introdujo por primera vez el control de constitucionalidad *a posteriori*, a través de un nuevo instrumento llamado «cuestión prioritaria de constitucionalidad» (QPC). Este mecanismo muestra interesantes aspectos en cuanto a su procedimiento, al parámetro de la constitucionalidad, a los efectos de las sentencias del Consejo y a su coordinación con las altas jurisdicciones europeas.

Palabras clave: Justicia Constitucional; Control de Constitucionalidad; Cuestión Prioritaria de Constitucionalidad.

* Abogado y Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Catedrático de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Director del Programa en Derecho Constitucional Práctico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

ABSTRACT

The French Constitutional Council was established by the 1958 Constitution so as to check parliamentary powers in order to favor the President. Gradually it evolved, especially since 1971-1974, to a sort of constitutional court. The constitutional revision of 2008, which was implemented in the two subsequent years, introduced for the first time the *incidinter* form of judicial review, by means of a new tool known as «priority constitutional question» (QPC, by its initials in French). This mechanism shows substantial features in many areas such as procedure, alleged rights violations, effects of rulings and compatibility with the European legal order.

Key words: Judicial Review; Incidinter Mechanism; Priority Constitutional Question.

I. INTRODUCCIÓN

Francia ha sido conocida, en el concierto del constitucionalismo clásico, como la fuente por excelencia de la consagración escrituraria de los derechos fundamentales, de la democracia como forma de gobierno con pináculo en la Asamblea legislativa y por su espíritu igualitario. Los revolucionarios franceses de 1789 pusieron el acento en estas características de su régimen político¹, en detrimento de otras, como el control judicial de los actos de gobierno, que se dieron en los Estados Unidos.

De manera modélica e idiosincrática («francocéntrica»), aquellos revolucionarios descreían y desconfiaban profundamente de la llamada «nobleza de toga» (*noblesse de robe*). Los jueces aparecían vinculados al *Ancien Régime*, y no se los concebía capaces de controlar las acciones que emanaran del gobierno (Ejecutivo y asamblea), firmemente en manos burguesas. En ese sentido, asevera García de Enterría² —en obra de cita obligada—, que se afirma

[L]a idea heterodoxa de una libertad del ejecutivo respecto de los otros poderes, y específicamente respecto del poder judicial... Esta razón determinante está ya firmemente establecida, y es en concreto el recelo que los revolucionarios sintieron hacia los antiguos Parlamentos judiciales.

¹ Se ha elaborado un somero inventario acerca de los aportes de 1789: a) la Asamblea Nacional como constituyente; b) proclamación de los derechos del hombre y del ciudadano; c) nacionalización del patrimonio de la Iglesia y constitución civil del clero; d) suspensión del orden feudal-estamental; e) derecho de autodeterminación de los pueblos; f) potestad legislativa y fiscal del Parlamento; g) igualdad del ciudadano; h) supresión de los privilegios; i) Constitución escrita representativa de 1791, dominio de la burguesía; j) Estado nacional. V. HÄBERLE (1998): 39. En esa obra, el Profesor de Bayreuth considera que 1789 ha contribuido, junto con la vertiente anglo-norteamericana, a la conformación del «Estado Constitucional» (p. 93) y considera a su legado irreversible.

² GARCÍA DE ENTERRÍA (2005):42, siguiendo a Alexis DE TOCQUEVILLE.

En definitiva, se trataba de imponer un nuevo sujeto de la soberanía, que era la nación (Sieyes). Es que «el poder político no podía concebir que la justicia, que no procedía de una delegación directa de soberanía, pudiera reivindicar una autonomía de funcionamiento»³.

Bajo estas premisas, durante sus cinco repúblicas Francia no supo construir una adecuada teoría y praxis del control de constitucionalidad⁴, a excepción del contralor *a priori* de las leyes que de modo abstracto está previsto por el artículo 61 de la Constitución de 1958. La propia composición, bastante política por cierto, del Consejo Constitucional allí contemplado, con la presencia enigmática de los «*anciennes présidents de la République*» (los ex Jefes de Estado), ayudaba a construir una percepción de un sistema, como el diseñado por De Gaulle, inclinado fuertemente hacia el Ejecutivo y con pocos reequilibrios funcionales de otros órganos.

Sin embargo, la vida de las Constituciones suele deparar agudas sorpresas a sus autores, superándolos en su originaria voluntad constituyente. Por eso la jurisprudencia del *original intent* en los Estados Unidos presenta tanto flancos de discusión: el texto constitucional es evolutivo; hay «*living constitution*» más allá de sus redactores. No llamamos ni incitamos a la rebelión constitucional; nos limitamos a constatar un dato de la realidad.

A partir de «niveles textuales ricos, teorías sensibles y prácticas abiertas» —Häberle⁵ *dixit*— observaremos que las instituciones muchas veces adquieren significados diversos a los que inicialmente se habían planteado los autores de la normatividad constitucional. Hay un dinamismo y variabilidad insito en el desenvolvimiento de los órganos de la Constitución. El Consejo ya en la década de los setenta del siglo anterior proveyó a Francia —como veremos— «por primera vez con la capacidad institucional de imponer disciplina constitucional sobre un Parlamento errante», tendiendo a realizar «plenamente el potencial del Estado de Derecho»⁶.

De todas maneras, nos plantearemos también por qué, más allá de estos factores, la sociedad francesa decidió en 2008 cambiar más de dos siglos de historia de *judicial restraint*, para proyectarse a un esquema netamente «judicialista». Es que

³ MAGENDIE (2012):18. La noción de «soberanía nacional» generó proverbiales reacciones, como la famosa del irlandés Edmund BURKE, quien «cincela un díptico entre ‘los derechos de los Ingleses’ y los ‘derechos del hombre’ (tales como lo piensan los Constituyentes franceses): la ‘sabiduría práctica’ de los primeros desafia el saber ‘vago y especulativo’ de los segundos». GOYARD-FABRE (2010):87.

⁴ Los raquíticos antecedentes del nonato Jurado Constitucional de SIEYES, del rol senatorial en ambos Imperios y del Comité Constitucional de la IV República son rastreados en CEDIE y LEONNET (1966):67. Durante la extensa III República, no hubo control de constitucionalidad.

⁵ V. HÄBERLE (2012):34.

⁶ ROHR (1995):139.

La mismísima supremacía judicial se recuesta en pilares políticos. La judicatura puede afirmar su propia supremacía sobre la interpretación constitucional, pero esos reclamos de última deben ser apoyados por otros actores que realizan decisiones independientes acerca de cómo el sistema constitucional debe operar⁷.

II. LA IMPLANTACIÓN DEL *CONSEIL CONSTITUTIONNEL*. SU EVOLUCIÓN INSTITUCIONAL

Como fue dicho, la Constitución de la V República previó esta novel institución que, en realidad, intentaba «reforzar el Ejecutivo en detrimento del Parlamento y más especialmente de la Asamblea Nacional»⁸. Más concretamente, el Consejo tenía como primera función la de «prevenir al Ejecutivo de las invasiones del Parlamento»⁹. Ello sintonizaba a la perfección con el diagrama ya mencionado del ensamble constitucional gaullista, des-embosadamente orientado hacia la prevalencia del órgano Ejecutivo. Fue «una de las novedades más notables de la Constitución de la V República»¹⁰, aunque se reconoce que «nació bajo el signo de la ambigüedad»¹¹. Es que «la única razón de la creación del Consejo Constitucional es una razón puramente política: su función es impedir que el Parlamento se salga del papel más limitado que, frente al que tenía en el pasado, le asignan las nuevas instituciones»¹².

Sucedía que, como vimos antes, faltaba «tradición sobre la cual apoyar su autoridad, ya que la idea de un control constitucional en Francia ha sido siempre mal recibido en su historia política, y ello por la idea extendida de que la Constitución se defiende a sí misma»¹³. Es que, corresponde recordar que la Constitución francesa no consagra en sentido estricto un «poder» judicial —sino tan sólo una «autoridad judicial», Título VIII (artículos 64 a 66-I)— y las misiones que hemos examinado de control al Parlamento ingresaban netamente en el terreno político, incluso de perfec-

⁷ WHITTINGTON (2007):9.

⁸ LUCHAIRE (1980):19.

⁹ MÉNY (1991):376, quien también subraya «el desequilibrio flagrante en detrimento del Ejecutivo. *Ibidem*.

¹⁰ JIMÉNEZ DE PARGA (1983):228. El *Conseil* «no tiene similitud con algún otro, en cualquier país».

¹¹ *Ibidem*, 229.

¹² BON (1998):138. Estábamos frente al «parlamentarismo frenado» del que hablaba Karl LOEWENSTEIN (1979):115. Recordemos que en los primeros años de la V República, «el pilar ‘parlamentario’ estaba subordinado a la legitimación presidencial». BARANGER (2012): 119.

¹³ NÚÑEZ RIVERO (1995): 363. Se ha hecho notar, empero, que los miembros del *Conseil* «siempre han hecho gala de una exquisita independencia». SÁNCHEZ GONZÁLEZ y MELLADO PRADO (1993): 118.

cionamiento de la técnica de redacción de la ley¹⁴, antes que en el plano jurisdiccional en sentido estricto.

Dentro de este orden de ideas y de experiencias, el artículo 61 originario constitucional estipulaba que: «Las leyes orgánicas antes de su promulgación y los reglamentos de las cámaras parlamentarias antes de su aplicación, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional que se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución. A estos mismos fines, las leyes podrán ser remitidas antes de su promulgación al Consejo Constitucional por el Presidente de la República, el Primer Ministro, o el Presidente de una u otra Cámara».

De ese modo, los primeros tiempos del Consejo se caracterizaron «por un ejercicio estricto de su competencia»¹⁵, ejerciendo «un rol de árbitro entre las competencias legislativas y reglamentarias»¹⁶. La naturaleza híbrida de esta institución —política o jurisdiccional— fue largamente debatida. Más allá que el modo de reclutamiento de sus integrantes sugería un tinte político, su evolución posterior específica lo iría acercando a una auténtica jurisdicción. La doctrina mayoritaria fue convenciéndose de esta caracterización a partir del célebre estudio del presidente Luchaire en 1979¹⁷.

Dicho sesgo se vio fuertemente anticipado con la decisión arribada por el *Conseil* en materia de derecho de asociación, pronunciada el 16 de julio de 1971¹⁸.

Al no estar consagrado directamente por la Constitución el derecho de asociación, para el confornte entre este último y una ley restrictiva era necesario acudir a una base para el control. Si bien el preámbulo de la Constitución de 1958 no decía nada sobre el punto, el de la Constitución de 1946 al que aquél se remitía sí. Son a «los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República», «a los que el Consejo finalmente acudió»¹⁹.

Es que ese decisorio, calificado por algunos como el «*Marbury*» francés²⁰, lo «ha transformado en guardián de las libertades públicas»²¹. La línea argumental desplegada fue en consonancia con lo que se empezó a conocer como

¹⁴ V. JEANNEAU (1991):235.

¹⁵ V. RIVERO (1991):12. Recordemos que con arreglo al artículo 37 constitucional, se habilitaba un pequeño proceso de control *a posteriori* en los llamados procesos de deslegalización. FAVOREU (1994): 109.

¹⁶ BOEUF (1991):34.

¹⁷ LUCHAIRE (1979):27. Recordemos que la Corte Europea de Derechos Humanos (TEDH) no vaciló en catalogar al *Conseil* como «jurisdicción» a los fines del artículo 6 CEDH en su sentencia del 21 de octubre de 1997, «in re» *Jean-Pierre Bloch v. France*.

¹⁸ Consejo Constitucional, Decisión 71-44.

¹⁹ FAVOREU y PHILIP (2011):53.

²⁰ FERNÁNDEZ SEGADO (2009):216, con cita de Jean RIVERO.

²¹ SÁNCHEZ AGESTA (1980): 307.

«*bloc de constitutionalité*». En efecto, al decir de Fernández Rodríguez, «[fue en Francia donde se introdujo, en los años setenta del siglo XX, el término ‘bloque de constitucionalidad’. No se trata de una noción jurisprudencial sino doctrinal puesto que el Consejo Constitucional tan sólo habla genéricamente de ‘principios y reglas de valor constitucional’, aunque en realidad sí usa el concepto sin nombrarlo. Desde el ‘bloque de legalidad’ del Derecho Administrativo se pasó al ‘bloque de constitucionalidad’ para aludir a un conjunto normativo que sirve de parámetro de referencia y que engloba, al margen de la vigente Constitución de 1958, el Preámbulo de la misma Constitución, y con él, por el hecho de que se citaban en el mismo, la revolucionaria Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo de la anterior Constitución, la de 1946, y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República (a los que remite el Preámbulo de la Constitución de 1946)»²². Se pone coto así al absolutismo de la ley y se reafirma el papel del Estado constitucional²³.

El creciente rol del Consejo²⁴, dentro de un juego bien definido por Jean Rivero como una conjugación de «audacia y de prudencia»²⁵, se fue afirmando mediante el empleo de ciertas técnicas específicas de interpretación constitucional, que lo fueron entonces acercando en el terreno de los hechos a una Corte constitucional del resto del continente europeo, y que contrastaban con el laconismo de sus primeros pronunciamientos, moldeados en el duro rigor del *Conseil d’Etat*²⁶.

Dichas técnicas han demostrado ser muy variadas. Se ha hecho referencia en la doctrina francesa de manera profusa a las llamadas sentencias interpretativas. Éstas pueden ser de tres tipos, si se examinan los repertorios del *Conseil*: la interpretación «neutralizante», por la que «se dejan inoperantes las interpretaciones que podrían ser declaradas inconstitucionales»; la interpretación «constructiva», en la que «se completa la ley para salvar la vulneración de la Ley Básica» y la «interpretación directiva», mediante la cual «se establecen las modalidades de aplicación que permiten mantenerse en los márgenes de lo constitucionalmente admisible»²⁷.

²² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2007):65.

²³ El itinerario del Consejo muestra que «[e]l principio de legalidad es en adelante completado, si no reemplazado, por el que hemos llamado ‘principio de constitucionalidad’». FAVOREU 1991:18 (Énfasis original).

²⁴ LOEWENSTEIN advertía que el Consejo Constitucional «podría elevarse a un detentador del poder de primer orden» (1979):122.

²⁵ RIVERO (1991):13.

²⁶ «Los grandes problemas del derecho público relativos notablemente a la jerarquía de normas y a las fuentes del derecho, las cuestiones de interpretación de la Constitución, de los preámbulos y de la Declaración de los Derechos verán que su solución no dependerá del derecho administrativo y de la jurisdicción administrativa». FAVOREU (1991):24.

²⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1997):167.

En muchas ocasiones, la interpretación llamada neutralizante es rígida y taxativa, sin mayores dosis argumentales. La interpretación directiva, por el contrario, se muestra más plástica y de gestión más «ambigua»²⁸ si se quiere. En tren de matizar conceptos, y enfatizando el engarce entre interpretación y control constitucional, podría decirse que el segundo se advierte con mayor intensidad en la interpretación neutralizante, mientras que —por vía de principio— en la interpretación directiva hay más espacio para la argumentación y los típicos desarrollos de la interpretación propiamente dicha. Es la interpretación constitucionalmente válida y admisible, aquella que salva a la norma de quedar fulminada con la invalidez constitucional.

Dentro de este rastreo histórico que venimos trazando, una fecha muy importante a tener en cuenta es la del año 1974, ya que en ese momento se amplió el espectro de legitimados activos para incoar el —entonces acotado— contralor constitucional. En efecto, a la capacidad ya examinada del Presidente de la República, del Primer Ministro, del Presidente de la Asamblea Nacional y del Presidente del Senado, se agregó —mediante la ley constitucional 74-904 del 29 de octubre de ese año— la posibilidad de que entablaran el control sesenta diputados o sesenta senadores.

Como síntesis, diremos que en célebre *dictum*, el *Conseil* utilizará en 1985 en el caso de la Nueva Caledonia, la fórmula Vedel «de permettre a la loi votée, qui n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution, d'être sans retard amendée a cette fin...».

III. LA «CUESTIÓN PRIORITARIA DE CONSTITUCIONALIDAD» (QPC)

1. Su establecimiento

Fruto de una «modernización de las instituciones de la V República Francesa», se resolvió implementar durante la presidencia de Nicolás Sarkozy un sistema de justicia constitucional con doble vía de acceso: a) por acción y b) por excepción. Se daría así una impronta especial al Consejo, agudizando la «juridización» del régimen político francés y con semejanzas —aunque también con diferencias— con el esquema *incidenter* italiano²⁹.

Cabe destacar que ya a fines de la década de los ochenta (el ex presidente del Consejo Robert Badinter) y en la década de los noventa (Georges Vedel), se habían producido intentos para reformar las competencias del Consejo³⁰. Empero, más allá de la atención que habían despertado, en su momento fracasaron. El informe Balladur de 2007 fue muy claro en cuanto a la necesidad de actualizar las instituciones políticas francesas.

²⁸ ROUISSILLON y ESPLUGAS (2011):103.

²⁹ PARDINI (2011):101.

³⁰ ROUSSEAU y BONNET (2012):11.

Concretamente, y en lo que a la justicia constitucional interesa, se destacó la necesidad de que el justiciable contase con una garantía más eficaz para la protección de sus derechos. De allí a nuestro franco entender el carácter verdaderamente revolucionario de las modificaciones en tratamiento.

A partir de la ley constitucional número 2008-724, promulgada por el Presidente de la República el 23 de julio de 2008, ese remozamiento tuvo lugar. El mismo preveía superar la «diarquía» entre el Jefe del Estado y el Primer Ministro; devolver al Parlamento su capacidad decisoria y mejorar los derechos ciudadanos ante la jurisdicción.

Tal como ya fue dicho, esta última reforma iba en contra de la idiosincrasia jurídica francesa. La prevalencia de la Asamblea —de neta factura rousseauiana— y la disminución del poder de los jueces daba lugar a un apoderamiento a los ciudadanos de «poder contestar» por vía de excepción la validez constitucional de un precepto legislativo. Como se afirmó, «[l]a introducción de una forma de control de constitucionalidad *a posteriori* representa un jalón en la historia jurídica de un país tradicionalmente hostil a la revisión judicial y a la ‘limitación de la soberanía parlamentaria’»³¹.

Debido a la susodicha revisión constitucional, se incorporó al plexo de base de 1958 al artículo 61-I y se hizo un agregado al artículo 62.

Respecto de la primera norma, la misma establece: «Cuando, con motivo de una instancia pendiente ante una jurisdicción, se alegue que una disposición legislativa perjudica contra los derechos y libertades que la Constitución garantiza, el Consejo Constitucional puede tomar esa cuestión por reenvío del Consejo de Estado o de la Corte de Casación que se pronuncia dentro de un plazo determinado. Una ley orgánica determina las condiciones de aplicación del presente artículo».

A su vez, el artículo 62 quedó redactado del modo siguiente: «Una disposición declarada inconstitucional con fundamento en el artículo 61 no puede ser promulgada ni puesta en aplicación. Una disposición declarada inconstitucional con fundamento en el artículo 61-1 se halla abrogada a contar de la publicación de la decisión del Consejo Constitucional o de una fecha posterior fijada por dicha decisión. El Consejo Constitucional determina las condiciones y límites en que los efectos producidos por la disposición puedan cuestionarse. Las decisiones del Consejo Constitucional no son susceptibles de recurso alguno. Ellas se imponen a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y judiciales».

2. Procedimiento

Amén de las precitadas normas constitucionales, la QPC halla su re-

³¹ FABBRINI (2008):1307.

gulación en la ley orgánica del 10 de diciembre de 2009 (número 2009-1523)³², que pormenoriza los detalles de su implementación³³.

Este cuerpo legal introdujo en su artículo primero un capítulo II bis («De la cuestión prioritaria de inconstitucionalidad») en el título II de la ordenanza 58-1607 del 7 de noviembre de 1958 que disciplina el funcionamiento del Consejo. Este capítulo contiene tres secciones: la primera, «Disposiciones aplicables ante las jurisdicciones con alzada en el Consejo de Estado o en la Corte de Casación» (artículos 23-1 a 23-3); la segunda, «Disposiciones aplicables ante el Consejo de Estado y la Corte de Casación» (artículos 23-4 a 23-7); y la tercera, «Disposiciones aplicables ante el Consejo Constitucional» (artículos 23-8 a 23-12). Finalmente, el instrumento aprobado en 2009 contempla cuatro artículos adicionales.

De manera liminar, debe subrayarse el engarce del entramado reglamentario con el dispositivo constitucional ya examinado *supra*. Así, la cuestión constitucional es «prioritaria», aventando de ese modo un carácter «prejudicial» como tiene en otros ordenamientos jurídicos.

En la misma sintonía en clave garantista, debe entenderse al universo de legitimados activos en sentido amplio. Se entiende por tal a justiciables con una alegación de violación de un derecho o libertad fundamental, sean personas físicas (más allá de su nacionalidad) o jurídicas (asociaciones, sindicatos, colectividades locales).

Los tribunales ante los cuales se presenta una QPC son, tanto de primer —*premier degré*— como de segunda instancia —*jurisdictions d'apel*—, los que dependen de los dos órganos ordinarios máximos: el Consejo de Estado y la Corte de Casación. Ello excluye a otros organismos fuera de esas estructuras, como ser la Corte Superior de Arbitraje y el Tribunal de Conflictos³⁴. Se discute la interposición de la QPC directamente al Consejo Constitucional cuando éste actúa como juez electoral, frente al silencio de las normas en esta hipótesis. Allí se presentaría la fusión de un órgano como juez ordinario y como juez constitucional.

El rito prevé que la QPC, medio de puro derecho, sea instrumentada ante un juez *a quo* en un escrito «distinto y motivado» (artículo 23-1)³⁵,

³² Con tres reservas menores, el Consejo Constitucional declaró a esta ley conforme con la Constitución francesa (Decisión 2009-595 DC).

³³ En vigor a partir del 1 de marzo de 2010 (ver artículo 5).

³⁴ En un decisorio del 4 de julio de 2011 declaró su incompetencia en la materia (*M. Jacques B. c. Ministre du Budget, des Comptes publics et de la réforme de l'Etat*).

³⁵ Asimismo, se exige una «memoria distinta y motivada» si se presenta a los órganos copulares (artículo 23.5). En lo demás casos, en su elevación el magistrado *a quo* debe detectar que la cuestión tenga carácter «serio» (Artículo 23-2.3), carga que también tienen el Consejo de Estado y la Corte de Casación al reenviar al Consejo Constitucional («la cuestión es nueva o presenta un carácter serio», art., 23.4), como asimismo si se presenta ante el mismo Consejo de Estado o Corte Casacional (art.23.5).

vinculándose este recaudo con la rapidez que quiere imprimírsele al trámite. No puede ser articulada de oficio³⁶. Puede interponerse contra «disposiciones legislativas», entendiendo por tales a las leyes ordinarias, las leyes orgánicas³⁷, las leyes financieras, las leyes que financian la Seguridad Social, los actos con valor legislativo del Ejecutivo las leyes abrogadas³⁸ y las leyes de la Nueva Caledonia. Por la prevalencia de la voluntad popular, cabría excluir a las leyes constitucionales (el famoso dilema de la «inconstitucionalidad de la Constitución») y las leyes referendatarias aprobadas por el pueblo³⁹.

Seguidamente, el procedimiento de la «cuestión prioritaria de inconstitucionalidad» prevé una vez recibida, se haga sin dilación el examen de admisibilidad y se decida su elevación o no a la Alzada y finalmente a los órganos cupulares de la jurisdicción administrativa (Consejo de Estado) y civil y criminal (Corte de Casación). Este sistema de «filtros» sigue la lógica dual de separación de los órdenes administrativo y judicial, vigente desde 1790⁴⁰. De ese modo, «si con el control *a priori* el contencioso de constitucionalidad se encastra en el proceso de elaboración de normas, con el control *a posteriori* se incrusta dentro del contencioso general»⁴¹. En otros términos, la cuestión se entromete en un litigio en primera o en segunda instancia, se radica en las jurisdicciones ordinarias máximas (Consejo de Estado o Corte de Casación), quienes finalmente (y luego de un plazo de tres meses, con arreglo al artículo 23-4 de la norma citada) deciden si elevan —o no— al Consejo Constitucional.

Cabe agregar finalmente que el procedimiento ante el Consejo Constitucional tiene un plazo de tres meses (artículo 23-10) para determinar la conformidad o no del precepto legislativo con la Norma Básica. Las partes pueden presentar sus observaciones, desencadenándose en su seno un contradictorio (artículos 23-8 —notificación a los altos cargos del país— y 23-10). El reglamento interno del Consejo contempla una audiencia pú-

³⁶ Consejo Constitucional, considerando noveno de la decisión 2009-595 DC.

³⁷ Aquí habrá que demostrar, como carga procesal, *un cambio de circunstancias* ya que es obligatoria la intervención *a priori* en el caso de las leyes orgánicas, como se ya examinó *supra*.

³⁸ Consejo Constitucional, Decisión 2010-16 QPC del 23 de julio de 2010.

³⁹ Por analogía, en el control *a priori*, véase la declaración de incompetencia del Consejo Constitucional en la Decisión 62-20 DC, del 6 de noviembre de 1962, con motivo del texto de ley adoptado por el pueblo el 28 de octubre de 1962 en relación a la elección del Presidente de la República por medio de sufragio universal directo.

⁴⁰ LAGEOT (2010):72.

⁴¹ ROUSSEAU, y BONNET (2012): 11. En el mismo sentido, se afirma que «Las dificultades suscitadas por la materia constitucional son aún agravadas por el principio del control *a priori*... Lejos de ser de *flesh and blood*, el litigio vive *of words and words*... En revancha, el control por vía de excepción recupera la configuración de un proceso 'normal'». DENQUIN (2012): 79.

blica (artículo 5 del mismo)⁴². Finalmente, el Consejo pronuncia una decisión motivada (artículo 23-11) y que debe notificarse.

3. Parámetros de la constitucionalidad

Nótese que la Constitución de la V República comenzó, en palabras de Loewenstein, «conservando la superficial referencia a las anteriores declaraciones de derechos... un seco estatuto de organización para los detentadores del poder»⁴³.

Ese carácter marcadamente utilitario fue evidentemente mutando con el tiempo. Vimos antes la importancia de la decisión en punto a derecho de asociación del 16 de julio de 1971, que cambió de cuajo el rol del Consejo como intérprete y guardián de la Constitución, y puso fin al absolutismo legal, dando lugar a la construcción del «bloque de constitucionalidad».

A los fines de su invocación en el marco de la QPC, se ha echado mano a contenidos estrictamente constitucionales como los que fluyen del artículo 1 en su consagración de la igualdad sin distinción de origen, raza y religión, y del respeto de todas las creencias⁴⁴, así como los que emanan de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, del Preámbulo de la Constitución de 1946 y de la Carta francesa del Ambiente, todos documentos a los que reenvía el Preámbulo constitucional de 1958.

Así, el artículo 6 de la Declaración fue citado con motivo del análisis constitucional del artículo 365 del Código Civil, al igual que el Preámbulo de 1946 en cuanto a los derechos familiares⁴⁵. Los famosos «mínimos constitucionales» estampados en el artículo 16 de la Declaración dieron fundamento, en lo que hace a la separación de poderes, a la Decisión 2011-192 QPC del 10 de noviembre de 2011.

La más novedosa Carta del Ambiente, a la que reenvía el Preámbulo constitucional desde la reforma del 1 de marzo de 2005, ha dado pie a alegaciones por vía de la QPC, aunque con un primer caso⁴⁶ algo decepcionante desde la perspectiva de la tutela ambiental.

⁴² Paradójicamente, el caso más célebre de la Humanidad que inauguró el control de constitucionalidad (*Marbury*) no fue argumentado oralmente. TUSHNET (2005):1.

⁴³ LOEWENSTEIN (1979):212.

⁴⁴ Texto según la ley constitucional del 4 de agosto de 1995. Consejo Constitucional, Decisión 2010-13 QPC del 9 de julio de 2010.

⁴⁵ Ver, para ambas referencias, Consejo Constitucional, Decisión 2010-39 QPC del 6 de octubre de 2010 (*Mmes. Isabelle D. et Isabelle B.*)

⁴⁶ Consejo Constitucional, Decisión 2011-116 QPC del 8 de abril de 2011, *M. Michel et autre*. V. CROTTET (2012):239.

4. Efectos de la decisión del Consejo

Con arreglo a lo dispuesto por la nueva versión conferida al artículo 62 constitucional, y apartándose notablemente del sistema norteamericano donde el efecto de la declaración de inconstitucionalidad es *inter partes*, aquí la sentencia tiene una capacidad de irradiación y logra que la norma sea «abrogada». Se imita al modelo austríaco-kelseniano, en cuanto la regla es expelida del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, la Constitución confiere —adicionalmente— un importante poder «de modulación», dado que «en virtud de la habilitación del constituyente, el juez constitucional se transforma en cuasi-legislador, a fin de aclarar todas las situaciones en función del objeto de la ley abrogada y de los intereses presentes»⁴⁷. Se sigue así a otros esquemas dentro del derecho constitucional comparado, como el artículo 282.4 de la Constitución portuguesa, donde se otorga la potestad al Tribunal Constitucional de fijar los efectos de su pronunciamiento.

Esta atribución merece ser apoyada, en el contexto de la falta de tradición jurídica que tenía Francia y en la avalancha de cuestiones que se presentaron desde que se habilitó la vía de excepción de control constitucional. Coincidimos, en definitiva, con Fernández Segado, cuando al aplaudir la nueva disposición francesa, destaca «la necesidad de que los órganos de la justicia constitucional se hallen en condiciones de dar respuestas a los problemas que ante ellos se suscitan, respuestas que no siempre pueden acomodarse a los patrones estereotipados existentes en la gran mayoría de las legislaciones»⁴⁸.

5. Constitucionalidad y convencionalidad

Configura esta temática uno de los asuntos más espinosos y complejos que ha traído aparejada la novel vía de acceso de la QPC.

En su momento, en estas mismas páginas, hicimos algunas puntualizaciones en relación a los llamados «control de constitucionalidad» y «control de convencionalidad»⁴⁹.

Hay ordenamientos en donde la vía de excepción es prejudicial, por lo que se plantea la presencia de una «doble prejudicialidad» (la del juez en relación con su Corte Constitucional, y respecto de la Corte Europea de Justicia), como sucede en Italia y en España, *inter alios*⁵⁰.

Existen en Francia varios tópicos que implican poner orden en un «diá-

⁴⁷ ROUSSEAU y BONNET (2012):110.

⁴⁸ FERNÁNDEZ SEGADO (2009):1100.

⁴⁹ CARNOTA (2011):51.

⁵⁰ MARTINICO (2012):871.

logo judicial» que involucra no menos de cinco Altas jurisdicciones: el Consejo Constitucional, el Consejo de Estado, la Corte de Casación, la Corte Europea de Justicia y la Corte Europea de Derechos Humanos.

La aplicación al marco de la QPC de la directiva del artículo 6 del CEDH en cuanto a un «proceso equitativo y razonable» configura uno de los ítems de esa agenda temática⁵¹. Pero el debate de fondo más interesante está constituido por la prioridad de uso de las herramientas que prevén los mecanismos nacional y comunitario: la QPC y la cuestión prejudicial contemplada en el artículo 267 TFUE.

Dicho asunto se ventiló ante los estrados de la CEJ, luego de divergencias interpretativas, por un lado, entre la Corte de Casación, y por el otro, el Consejo Constitucional y el Consejo de Estado.

La Corte de Casación había demostrado desde el comienzo de la implementación de la QPC su resistencia a este mecanismo. Así, el año 2010 se reveló como «un año de desgarramientos institucionales, de querellas doctrinarias y pretorianas sin par, a riesgo de una verdadera ruptura entre la Corte de Casación, una parte de la doctrina, el Consejo Constitucional y el Parlamento»⁵².

En efecto, en el caso «Sélim Abdeli y Aziz Meki» estaban involucradas dos personas de nacionalidad argelina que desafiaban la constitucionalidad de una detención cercana a la frontera belga. En su decisorio del 16 de abril de 2010⁵³, la Corte de Casación resuelve reenviar la causa como cuestión prejudicial a la Corte Europea de Justicia, para determinar en definitiva si el dispositivo del artículo 78-2, cuarto párrafo, del Código Procesal Penal violaba el Derecho Comunitario, es decir, su compatibilidad con el Derecho de la Unión, con carácter previo a que el Consejo Constitucional se expidiese vía QPC. Sin duda, el Tribunal Casacional iba al meollo de la QPC, «al corazón mismo de este nuevo procedimiento, a saber su carácter prioritario»⁵⁴.

Parecería que en esta línea argumental se confundía constitucionalidad y convencionalidad. En sendos pronunciamientos subsiguientes, el Consejo Constitucional⁵⁵ y el Consejo de Estado⁵⁶, mantuvieron claramente dichas órbitas de actuación bien separadas.

⁵¹ Supo haber esta problemática tanto ante el Consejo Constitucional (ver, al respecto, la causa citada en nota número 16), como en el ámbito del Consejo de Estado. Para esto último, GARAPON y PAPADOPOULOS (2006):297.

⁵² MOLFESSIS (2011):84.

⁵³ Corte de Casación, QPC, 10-40.002, decisión 12003 ND, *Sélim Abdeli*.

⁵⁴ MOLFESSIS (2011):85.

⁵⁵ Decisión Número 2010-605 DC, *Ley relativa a la apertura a la competencia y a la regulación de los juegos de dinero y de azar en línea*.

⁵⁶ *Rujovic*, número 312305.

Finalmente, la Gran Cámara de la Corte Europea de Justicia⁵⁷ entendió en su sentencia del 22 de junio de 2010 que la herramienta de la QPC no resultaba inconventional si se la «interpretaba conforme a las exigencias del Derecho de la Unión». Ello significaba que en todo momento el juez ordinario pudiese articular una cuestión prejudicial, sobre la base del sistema de cooperación judicial que existe en el ámbito de la Unión Europea, tornando euro-compatible a la QPC.

Por su parte, la Corte de Casación interpretó el 29 de junio de 2010 que el dispositivo procesal penal cuestionado era contrario al Derecho Europeo, evitando de ese modo la prosecución de la QPC en estas actuaciones.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Se ha registrado —como ha podido constatarse— una notable evolución del Consejo Constitucional francés. En efecto, de aparecer como un órgano *sui generis* en el contexto de la Constitución «semi-presidencialista» de 1958, se va reafirmando cada vez más como una verdadera jurisdicción constitucional.

Primeramente, en 1971 se amplía el parámetro del control, al construirse la noción del «bloque de constitucionalidad». Tres años más tarde, se abre el *standing to sue* a sesenta diputados y sesenta senadores, amén de los altos cargos de la República, confiriéndole de ese modo y por primera vez, un mayor carácter contra-mayoritario⁵⁸.

Con las reformas de 2008-2010, se produce una verdadera revolución, al admitir que cualquier justiciable que se crea con agravio respecto de una determinada legislación, haga el planteo ante la jurisdicción dependiente del Consejo de Estado o de la Corte de Casación. Se profundiza así la nota de hibridización del Conseil.

Sin perjuicio de estos filtros, que han sido criticado por algunos por interponerse entre el juez *a quo* y el *Conseil*, es de resaltar el empeño de las autoridades públicas —con la salvedad de las reticencias de la Corte de Casación, que le ha costado desembarazarse de su impronta tradicional de centinela de la ley— de darle andamio a la «cuestión prioritaria de constitucionalidad» (QPC) y generar, de ese modo, un novel mecanismo en la justicia constitucional comparada.

⁵⁷ CJUE, C-188/10 y C-189/10, *Aziz Melki y Sélim Abdeli*.

⁵⁸ De forma paradójica, el primer recurso notorio en este sentido fue interpuesto por parlamentarios de la mayoría. GOGUEL y GROSSER (1981):231.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BARANGER, Denis (2012), *Le Droit Constitutionnel*, Paris, Presses Universitaires de France (PUF).
- BOEUF, Jean-Luc (1991), «Histoire de la justice en France», en Léonard, Yves (Director), *La Justice*, Cahiers français número 251, París.
- BON, Pierre, «Francia», en AJA, Eliseo (Editor) (1998), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel.
- CROTTET, Brice (2012), «Le Conseil Constitutionnel et l'obligation de vigilance environnementale», en «Revue Française de Droit Constitutionnel» número 90, París.
- DENQUIN, Jean-Marie (2012), «La jurisprudence du Conseil Constitutionnel: Grandeur o Décadence du Droit Constitutionnel?», en «Jus Publicum (Revue de Droit Politique)», vol. IV, París.
- FABBRINI, Federico (2008), «Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform, and the Introduction of *a posteriori* Constitutional Review of Legislation», en «German Law Journal» vol.9, número 10.
- CARNOTA, Walter F. (2011), «La diferenciación entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad», en «Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional» número 15, Madrid.
- CEDIE, Roger, y LEONNET, Jean (1966), «El Consejo Constitucional Francés», en «Revista de Estudios Políticos» número 146, Madrid.
- FAVOREU, Louis (1991), «L'apport du Conseil Constitutionnel au droit public», en «Pouvoirs» número 13, París.
- FAVOREU, Louis (1994), *Los Tribunales Constitucionales*, Barcelona, Ariel.
- FAVOREU, Louis y PHILIP, Loïc (2011), *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Paris, Dalloz.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio (2007), *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio (1997), «Aproximación a las técnicas de decisión del Consejo Constitucional francés», en «Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol 18/19, Valencia.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (2009), *La Justicia Constitucional: Una Visión de Derecho Comparado*, tomo II (La Justicia Constitucional en Francia), Madrid, Dykinson.
- GARAPON, Antoine, y PAPADOPOULOS, Ioannis (2006), *Juzgar en Estados Unidos y en Francia (Cultura jurídica y common law)*, Bogotá, Legis.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2005), *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, Navarra, Thomson-Civitas.
- GOGUEL, Francois y GROSSER, Alfred (1981), *La politique en France*, Paris, Armand Colin.
- GOYARD-FABRE, Simone (2010), «La filosofía moral y política: entre el contractualismo y el utilitarismo», en MEYER, Michel (Director), *La filosofía anglosajona*, Buenos Aires, Prometeo.
- HÄBERLE, Peter (2008), *Libertad, Igualdad, Fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*, Madrid, Trotta.
- HÄBERLE, Peter (2012), «Globalización y Derechos Humanos», en «Contextos» número 3, Buenos Aires.

- JEANNEAU, Benoit (1991), *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris.
- JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel (1983), *Los regímenes políticos contemporáneos*, Madrid, Tecnos.
- LAGEOT, Céline (2010), «National Legal Tradition-France», en GALERA, Susana (Editora), *Judicial Review (A comparative análisis inside the European legal system)*, Estrasburgo, Consejo de Europa.
- LOEWENSTEIN, Karl (1979), *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel.
- LUCHAIRE, Francois (1979), «Le Conseil Constitutionnel est-il une jurisdiction?», en «Revue de Droit Public».
- LUCHAIRE, Francois (1980), *Le Conseil Constitutionnel*, Paris, Economica.
- MAGENDIE, Jean-Claude (2012), *Les sept peches capitaux de la justice Franchise*, París, Éditions Leo Scheer.
- MARTINICO, Guisepppe (2012), «Multiple loyalties and dual preliminary: The pains of being a judge in a multilevel legal order», en «International Journal of Constitutional Law, vol. 10, número 3, New York.
- MENY, Yves (1991), *Politique Comparée*, Paris, Montchrestien.
- MOLFESSIS, Nicolas (2011), «La résistance immédiate de la Cour de Cassation a la QPC», en «Pouvoirs» número 137, París.
- NÚÑEZ RIVERO, José María Cayetano (1995), «El Régimen Político Francés», en FERRANDO BADÍA, Juan (Coordinador), *Regímenes Políticos Actuales*, Madrid, Tecnos.
- PARDINI, Jean-Jacques (2011), «Question prioritaire de constitutionnalité et question incidente de constitutionnalité italienne: *ab origine fidelis*», en *Pouvoirs* número 137, París.
- RIVERO, Jean (1991), «Fin d'un absolutisme», en *Pouvoirs* número 13, Paris.
- ROHR, John A. (1995), *Founding Republics in France and America (A Study in Constitutional Governance)*, Lawrence, University of Kansas Press.
- ROUSSEAU, Dominique, y BONNET, Julien (2012), *L'essentiel de la QPC*, Paris, Gualino.
- ROUSSILLON, Henry, y ESPLUGAS, Pierre (2011), *Le Conseil Constitutionnel*, Paris, Dalloz.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis (1980), *Curso de Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, y MELLADO PRADO, Pilar (1993), *Sistemas Políticos Actuales*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces.
- TUSHNET, Mark (Editor) (2005), *Arguing Marbury v. Madison*, Stanford, Stanford University Press.
- WHITTINGTON, Keith E. (2007), *Political Foundations of Judicial Supremacy*, Princeton, Princeton University Press.