

LA CUESTIÓN PREJUDICIAL DE INCONSTITUCIONALIDAD. ¿PUEDE SERVIR LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA DE PRECEDENTE Y FUNDAMENTO PARA SU INSTAURACIÓN EN FRANCIA?

A María Graciela

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Elementos comunes en ambos ordenamientos jurídicos.* III. *Las singularidades del control de constitucionalidad de las leyes.* IV. *Conclusión.* V. *Anexos.*

I. INTRODUCCIÓN

El proceso conocido como cuestión de inconstitucionalidad forma parte de la “justicia constitucional” o mejor dicho, del “control de constitucionalidad”.¹ Tuvo su origen en Europa, concretamente en el ordenamiento constitucional austríaco (dejamos de lado el antecedente de la Constitución checoslovaca del mismo año), y se ha desarrollado intensamente después de la Segunda Guerra Mundial.

La aparición de la cuestión de inconstitucionalidad en Austria tuvo lugar de una manera paradójica. Para empezar, en vez de haber surgido, como era de pensarse, en el ámbito del control de las leyes, nació en razón del control de legalidad de los reglamentos, incluso antes de la creación de la Corte constitucional austríaca.² Tiempo

1 Desde nuestro punto de vista el término “justicia constitucional” es más amplio que el de “control de constitucionalidad de leyes”. Este último comúnmente se limita al control jurisdiccional mientras que aquél comprende, además, todas las instituciones que están fuera de los aspectos jurisdiccionales. Si cuestionáramos la jurisdiccionalización del Consejo constitucional, como hoy en día se sigue haciendo pero no en el ambiente jurídico francés, sino en el extranjero principalmente y sin mayor interés, éste quedaría comprendido en el término de justicia constitucional, igual que el *ombudsman*. Por otro lado, con este término evitamos entrar en el debate de la naturaleza jurídica de dicho Consejo. Véase Favoreu, Louis, *Les cours constitutionnelles*, 12a. ed., París, PUF, 1992, pp. 3 y 4, 22 y 23; obra traducida al español con el título: *Los tribunales constitucionales*, Vicente Villacampa (trad.), Barcelona, Ariel, 1994.

2 Particularmente con el texto de la Constitución de 21 de diciembre de 1867 (reunida en cinco leyes fundamentales) fue creado el Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*) con competencia para resolver sobre la validez de los reglamentos y no de las leyes.

después, al crearse la Corte con la Constitución de 1920, dicho control de legalidad pasó a integrar una de sus competencias, situación, dicho sea de paso, que es poco común en los tribunales constitucionales. Por otro lado, en cuanto control de constitucionalidad de leyes no surgió sino hasta la reforma constitucional de 1929, inspirada, ésta también (al igual que la Corte) en el pensamiento de Hans Kelsen.³

Francia y España no escapan a esta evolución jurídica, aun cuando sus procesos constitucionales y la naturaleza jurídica de sus instituciones son diferentes. España debutó con la Constitución republicana de 1931 que previó el Tribunal de Garantías constitucionales, y Francia, en 1958, con un sistema muy peculiar constituido por el Consejo constitucional.

Ya dentro del control de constitucionalidad, la cuestión de inconstitucionalidad posee la característica de control "posterior" en cuanto se ejerce después de la promulgación de la ley, una vez que ésta se integra al ordenamiento jurídico y deviene válida y obligatoria.

Este control posterior se subdivide, atendiendo principalmente a su origen, en control abstracto y en control concreto. El primero tiene lugar a partir de la existencia jurídica de la ley —la promulgación—, o bien, a partir de su publicación, o incluso, de su entrada en vigor, es decir, cuando todavía no existe un acto de aplicación de la misma. El segundo, en cambio, se efectúa una vez que la ley es aplicada.

Conviene observar que la impugnación de la ley con motivo del acto que la aplica, permite que la cuestión de inconstitucionalidad tenga algunas características comunes con otros instrumentos, como por ejemplo con el recurso de amparo.

Algunas veces la cuestión de inconstitucionalidad se ha llegado a confundir con el control concreto de estilo americano.⁴ Este último,

Cfr. Eisenman, Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, París, LGDJ, 1928, p. 127, pról. Hans Kelsen. Esta obra fue reeditada en 1986 por Económica-PUAM, pról. Georges Vedel y un anexo de Louis Favoreu.

³ Véase la reforma constitucional de 7 de diciembre de 1929, *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, París, PUF, 1930, pp. 423-497. En virtud de esta reforma, la Constitución fue llamada Constitución federal en su versión de 1929, lo que es evidentemente falso, ya que la Constitución ha sido objeto de otras modificaciones. *Cfr.* Oehlinger, Theo, "La Cour constitutionnelle autrichienne", *Cour constitutionnelles et droits fondamentaux (Actes de IIe colloque d'Aix-en-Provence 19-20 et 21 février 1981)*, Económica-PUAM, 1983, p. 347. Esta obra colectiva fue traducida al español con el título: *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

⁴ Véanse a este respecto los artículos de Duverger, Maurice, "L'exception d'inconstitutionnalité devant les tribunaux ordinaires", *Commentaire*, núm. 35, otoño 1986, pp. 413 y 414; "Pour affermir l'État de droit", *Commentaire*, núm. 36, invierno

cabe advertir, se caracteriza por dar la posibilidad a los tribunales ordinarios de resolver precisamente la inconstitucionalidad, con la excepción de que la Corte Suprema atraiga el litigio para resolverlo ella misma.⁵ La concepción europea, en cambio, sólo da a los tribunales ordinarios la posibilidad de plantear la cuestión a un tribunal especializado, es decir, a la Corte constitucional, que resolverá el problema de constitucionalidad, con lo cual entre ambas jurisdicciones hay una estrecha colaboración que no es tan fácil deslindar.

En relación con el título dado a esta institución procesal, "cuestión de inconstitucionalidad" en Italia y España, y "excepción de inconstitucionalidad" en Francia, no puede considerarse adecuado, ya que no dan una aproximación real al concepto.

En España la equivocación viene de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOT), de 3 de octubre de 1979, que tomó esta denominación "por un incorrecto mimetismo gramatical del artículo 163 de la Constitución", particularmente del vocablo "cuestión",⁶ aunque puede pensarse, con ánimos de explicar este mimetismo, que se debió a la influencia italiana que por razones procesales precisamente la llama "*questione*", ya que no origina un proceso como normalmente sucede, es decir, mediante una "causa".

En Francia, creemos que es más bien la semejanza con la excepción de ilegalidad lo que ha causado este error lingüístico. Por un lado, no se trata de una cuestión en el sentido estricto del término procesal, pues más bien se utiliza como un obstáculo de fondo y no como un obstáculo procesal, como debiera ser. Por otro lado, y no obstante todos los puntos de comparación, la semejanza con la excepción de ilegalidad no es pertinente. Como subraya Thierry Renoux, las condiciones de invocación, la naturaleza de los medios invocados, los efectos de la decisión y los poderes del juez no son del todo idénticos.⁷

1986-1987, pp. 708-710. Favoreu, en cambio, hace la distinción correctamente en su artículo publicado en la misma revista, titulado "Un (faux) débat nécessaire", núm. 36, invierno 1986-1987, pp. 682-686.

5 Sobre este particular véase el artículo de Ahumada Ruiz, María Ángeles, "El *certiorari*. Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, CEC, núm. 41, mayo-agosto 1994, pp. 89 a 136, particularmente las páginas 109 a 118.

6 Cfr. Aragón Reyes, Manuel y Francisco Rubio Llorente, "La jurisdicción constitucional", *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1981, pp. 838 y 863.

7 Para mayores detalles ver su artículo "L'exception, telle est la question", *Revue Française de Droit Constitutionnel*, PUF, 1990-1994, pp. 651-657.

¿De qué se trata entonces? Estamos precisamente ante una "cuestión prejudicial" que conlleva la idea de facilitar previamente la solución de una cuestión resuelta por una jurisdicción distinta (en este caso el Tribunal constitucional), con el fin de resolver el litigio objeto de este proceso. Si efectivamente hay reenvío (puede no haber y no por ello deja de ser prejudicial)⁸ podemos afirmar que el juez del proceso principal debe suspender el proceso hasta en tanto no se resuelva la cuestión.

Sin embargo, debemos evitar nombrarla cuestión prejudicial "constitucional"⁹ (y sí inconstitucional) porque en todo caso la duda recae no sobre la constitucionalidad, sino precisamente sobre la inconstitucionalidad, de lo contrario, es decir, si se considera que es constitucional, jamás se plantearía la cuestión. Se nos podría responder —no sin razón— que en el caso de una decisión desestimatoria del Tribunal constitucional, la inconstitucionalidad se transforma en una constitucionalidad ratificada. Ciertamente, pero esta consideración también puede permitirnos afirmar que se trata de una cuestión de inconstitucionalidad fracasada. No se acude a un tribunal, al menos en este caso, para que nos diga que una disposición de ley es constitucional; el juez ordinario debe interpretar la ley de acuerdo con la Constitución y aplicarla al proceso correspondiente.

A pesar de todo ello, nos hemos percatado que en Francia la denominación de excepción de inconstitucionalidad ha adquirido "tarjeta de residencia" (todavía no de naturalización) con excepción del proyecto de reforma constitucional de 1993 donde curiosamente fue utilizada la expresión de cuestión de inconstitucionalidad.¹⁰

Que haya o no suficientes argumentos para admitir que en Francia el sistema de control de constitucionalidad que prevalece (y que es

⁸ La doctrina procesal italiana, así como la española, admiten esta posibilidad, sin embargo eso significa que el mismo juez puede resolver la cuestión teniendo entonces un efecto relativo de cosa juzgada (lo que ocurre cuando el juez no plantea la cuestión). Es indispensable reenviarla a otro juez con el fin de que éste último pueda tomar una decisión en un proceso autónomo que tenga efectos absolutos de cosa juzgada. Cfr. Las referencias hechas por Marín Pageo, Encarnación (que van más lejos, sobre todo para justificar la posible falta de autonomía de la cuestión de inconstitucionalidad) en su obra *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 91-97.

⁹ Error en el que cae Thierry Renoux. Ver "L'exception...", *cit. supra* nota 7, p. 656.

¹⁰ Ver Vedel, Georges (prés.), *Rapport officiel rendu au Président de la République par le Comité consultatif pour la révision de la Constitution*, Paris, La Documentation Française, 1993, p. 77. Thierry Renoux se atribuye este cambio positivo. Ver su artículo "Si le grain ne meurt...", *RFDC*, PUF, 1993-1994, p. 287.

de carácter previo) pueda ser completado mediante la cuestión prejudicial de inconstitucionalidad es la hipótesis de este trabajo. No pretendemos zanjar el problema que ha apagado dos intentos de renovación del ordenamiento jurídico francés. Trataremos, simplemente, de proporcionar una serie de consideraciones y argumentos a partir de los cuales podría asumirse una posición —a nuestro parecer positiva— al respecto.

De entrada, es importante tener en cuenta que en ambos países hay diferencias que no son insalvables, y lo que es más importante, en Francia encontramos los mismos elementos jurídicos que hay en los países con un contencioso constitucional que prevé la cuestión prejudicial de inconstitucionalidad, como por ejemplo en España.

Abunda a este respecto el hecho que la inserción de un control diferente al que predomina en cada uno de esos ordenamientos jurídicos ya tuvo lugar, aunque de manera tímida, por lo que tampoco se trata de una innovación absoluta. Consecuentemente, es necesario examinar si el control tal como existe es suficiente o no.

II. ELEMENTOS COMUNES EN AMBOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

En los dos países hay cuando menos tres elementos comunes. Un ordenamiento jurídico jerarquizado con una Constitución en la cúspide y un órgano constitucional que vigila su respeto. Como consecuencia de esta jerarquía resulta que las autoridades públicas se someten tanto a la ley como a la Constitución.

1. *Una Constitución escrita y un órgano que vigila su respeto*

Conviene observar que la existencia de un documento fundamental es muy importante en la justicia constitucional.

Son raros los países que como el Reino Unido, no tienen una Constitución escrita, pero sí muchos documentos que en su conjunto son considerados como una Constitución. Es claro que en este país no hay necesidad de una jurisdicción constitucional; la justicia constitucional se concibe de una manera muy diferente a la que se conoce en Europa continental. Para resolver todos sus problemas les basta su sistema judicial.

Por otro lado, tener un texto constitucional corto, como el de Estados Unidos de América, tampoco es un problema si se cuenta con un Poder Judicial habituado a interpretar la Constitución y a

resolver los litigios aplicándola.¹¹ La ausencia de una Corte constitucional especializada se suple, y con creces, con todos los jueces ordinarios y algunas veces por la misma Corte Suprema.

Pero estos dos casos son la excepción. Fuera de ellos es difícil encontrar un país que pueda garantizar el respeto de su Constitución sin tener ya sea una Corte constitucional, o bien un Poder Judicial autónomo e independiente. Cierto, la existencia de una Corte sólo asegura los gastos previstos en la partida correspondiente del presupuesto, pero digamos que esto es más bien una situación excepcional (sólo podemos lamentarnos que ello suceda en algunos países de oriente o de América Latina).

La diferencia de 20 años entre la fecha de elaboración de la Constitución de Francia (1958) y la de España (1978) nos es muy útil para observar que España no ha tenido necesidad de mucho tiempo para alcanzar el sistema tan completo con que cuenta, mientras que el tiempo suplementario de la Constitución francesa le ha servido para mejorar el incipiente sistema de control de constitucionalidad de leyes con que surgió.

A. *Un nacimiento constitucional ventajoso*

Nadie, evidentemente, desea haber sufrido una dictadura, pero cuando ello sucede uno se regocija de verla terminar. Con la elaboración de la Constitución española de 1978, este país daba por terminada la última página del periodo de dictadura franquista que comenzó el 29 de septiembre de 1936 con el decreto dictado por la Junta de Defensa. Francisco Franco Bahamonde fue entonces nombrado jefe de gobierno del Estado español.

Durante su periodo de gobierno, cerca de 30 años efectivos, fueron emitidas toda una serie de disposiciones que recibieron el nombre de leyes fundamentales. Ellas suplantaron la Constitución, pues esta última denominación fue rechazada por el apego que significaba a ciertas ideas liberales. Imaginemos, entonces, cual fue la acogida dada a la justicia constitucional.

11 Una de las más importantes aportaciones de Estados Unidos, aparte del sistema federal, es precisamente el valor normativo superior de la Constitución. La Constitución vincula de una forma más directa a los jueces que a las leyes. Estas últimas no son aplicables más que si son conformes a la Constitución. Cfr. García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 1983, pp. 51-55.

Este periodo se consumió a la muerte del general Francisco Franco, el 20 de noviembre de 1975. Después de seis meses, el rey don Juan Carlos nombraba como presidente de gobierno a Adolfo Suárez, quien a su vez propuso un proyecto de Ley de Reforma Política que fue aprobado por el Parlamento (Cortes españolas) y por el pueblo vía referéndum.

Bajo el fundamento de esta ley se organizaron las elecciones y después se constituyeron "las Cortes" que finalmente se convirtieron en "Cortes constituyentes".¹²

Contrariamente a aquello que ocurrió durante el periodo dictatorial, la idea de justicia constitucional adquirió gran importancia en el nuevo texto constitucional. Es normal que después de una dictadura un país se enfrasque en el extremo opuesto. Varios países confirman esta afirmación (Austria, Italia y Alemania, los tres en una primera etapa; Grecia y Portugal, junto con España, en una segunda).

La situación es totalmente diferente cuando se trata de efectuar un cambio en una misma línea de continuidad (caso de Francia). Es más difícil, creemos, romper con tal línea que con una dictadura, una vez que ésta última ciertamente ha sido traspasada.

Así, el acuerdo que hubo en España para poner en práctica el control de constitucionalidad de las leyes no tomó a nadie por sorpresa. Desde los trabajos constituyentes, todos los partidos políticos se pusieron de acuerdo, aun cuando los debates de la "ponencia" encargada de elaborar el anteproyecto de Constitución no fueron publicados.¹³

Sin embargo, es posible tener un mínimo acceso a los debates de la "ponencia" a través de la publicación de las notas de quienes formaron parte de ella. Así, en la obra *La elaboración de la Constitución de 1978* escrita por Gregorio Peces-Barba Martínez pudimos constatar, a través de su testimonio, la influencia que tuvo la Constitución de 1931 y el modelo kelseniano de jurisdicción constitucional. Había, entonces, una profunda desconfianza hacia los jueces que habían cohabitado con el franquismo.

Por otro lado, en esta época, España estaba al corriente de las novedades de la justicia constitucional gracias a las experiencias de Alemania, Italia y Francia. Podemos decir francamente que la Cons-

¹² Cfr. Tomás Villarroya, Joaquín, *Breve historia del constitucionalismo español*, 10a. ed., Madrid, CEC, 1992, pp. 141-160.

¹³ Cfr. Aragón Reyes, Manuel y Francisco Rubio Llorente, "La jurisdicción...", *op. cit. supra*, nota 6, p. 832; Bon, Pierre *et al.*, *La justice constitutionnelle en Espagne*, París, Económica-PUAM, 1984, p. 36.

tutición española es básicamente el resumen de su experiencia de 1931 y de los textos constitucionales alemán, italiano y francés.

La Constitución de 1978 indudablemente es, desde su existencia, un texto con valor normativo y, consecuentemente, prescriptivo.¹⁴ Su artículo 9.1 dispone: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico".

Tal como lo indica García de Enterría, este artículo da la primacía al vínculo constitucional, que no es más que la expresión de la supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico.¹⁵ Así, todos los jueces están sujetos a examinar las normas jurídicas conforme al texto constitucional.

Los preceptos constitucionales que reconocen los derechos fundamentales¹⁶ también son preceptivos. Según establece el artículo 53.1: "Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos [...]" En realidad este artículo es reiterativo, en tanto que su contenido está comprendido en el artículo 9 que acabamos de citar. Pero, es importante decir que en la Constitución española hay una lista de derechos fundamentales. Estos se encuentran regulados en los artículos 14 a 29 y 30.2; en ellos encontramos toda una gama de derechos que revisten diversas características y que van de la llamada primera generación (derecho a la vida y a la libertad personal, entre otros) a aquéllos de la tercera (derecho a la salud y al trabajo, por ejemplo).

Estos derechos gozan de una doble protección. Por una parte sólo pueden ser desarrollados mediante una ley orgánica, dicho de otra forma, la ley que los regula es reforzada en tanto que debe ser aprobada por el acuerdo de las 3/5 partes de los miembros del Parlamento. Por otra, está previsto que estos derechos fundamentales sean particularmente protegidos, ya sea por medio de un recurso preferente y sumario ante los tribunales ordinarios (lo que a la fecha todavía no se hace), o bien mediante el recurso conocido con el

14 García de Enterría fue uno de los primeros en subrayar esta característica de la Constitución, si bien encontramos otras opiniones que detallan un poco más la calificación de la Constitución como norma jurídica. Ver Aragón Reyes, Manuel, "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", *REDC*, CEC, núm. 17, mayo-agosto 1986, pp. 85-136 y Nieto, Alejandro, "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, enero-diciembre 1983, pp. 371-415.

15 *Cfr. La Constitución...*, *cit. supra*, nota 11, pp. 63-65.

16 Es la palabra que se insertó en la Constitución y que la doctrina utiliza sin ninguna preocupación. Al contrario, esta noción está muy difundida y es ampliamente aceptada en el medio jurídico.

nombre de amparo ante el Tribunal constitucional (artículo 53.2 de la Constitución).

Ciertamente tener una lista cerrada puede ser un inconveniente, ya que si hay un derecho que no se encuentra entre esos artículos no gozará de esa protección (es el caso, por ejemplo, del derecho a la propiedad que se encuentra reconocido en el artículo 33). Para evitar esta dificultad se ha tratado, aunque no con éxito, de relacionar este artículo con otro que sea efectivamente protegido por su ubicación en la Constitución. Y es el artículo 24, que establece el derecho a obtener la protección efectiva de jueces y tribunales (tutela judicial efectiva), el que ha jugado un papel de *joker*, ya que lo inespecífico de la efectividad de la protección lo permite.

B. *Una situación menos propicia para la justicia constitucional*

La situación que Francia vivía en 1958 era indudablemente menos propicia que la de España para instaurar las bases de la justicia constitucional.

Francia salía de una República parlamentaria (la cuarta) donde el predominio del Parlamento se marcaba notablemente en la Asamblea nacional. No quedaba más que una frágil experiencia representada por un Comité constitucional con limitadas competencias.

Así, la República parlamentaria racionalizada que se instauró con la Constitución de 1958 no dejó mucho espacio al control de constitucionalidad de la ley. Ciertamente, apareció el Consejo constitucional, pero los obstáculos que debió superar, además del marco de sus atribuciones, no permitían hablar de un verdadero control de constitucionalidad.

En el inicio, y de acuerdo con los trabajos preparatorios de la Constitución de la quinta República, el Consejo constitucional fue creado como una respuesta a la voluntad de instaurar un órgano que pudiera hacer permanecer al Parlamento en el marco de sus atribuciones constitucionales.¹⁷ Esta idea acarrea dos consecuencias: de entrada reitera el espíritu de la Constitución de reforzar al Eje-

¹⁷ Ver Philip, Loïc, "Le Conseil constitutionnel", *L'écriture de la Constitution de 1958. (Actes du colloque du XXXe anniversaire, Aix-en-Provence)*, Paris, Económica-PUAM, 1992, p. 468. En el motivo segundo de su decisión de 6 de noviembre de 1962 (ley referendaria), el Consejo constitucional se autodefinía declarando que "resulta del espíritu de la Constitución que hizo del Consejo constitucional un órgano regulador de la actividad de los poderes públicos que [...]". Ver Favoreu, Louis y Loïc Philip, *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*, 6a. ed., Paris, Sirey, 1991, pp. 181-183.

cutivo en detrimento, particularmente, de la Asamblea nacional. Luego, se ve claramente que este órgano no está concebido para garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos.¹⁸

Este alcance tan limitado de las competencias del Consejo constitucional puede fácilmente comprenderse cuando advertimos que razones históricas demuestran que los autores de la Constitución no tenían la menor intención de crear una verdadera jurisdicción constitucional. Gracias al principio de separación de poderes y a la democracia representativa, la ley respetaba siempre la voluntad general y era soberana. Por consecuencia, no era conveniente romper con esta tradición.¹⁹

Sin embargo, afortunadamente las cosas han cambiado. Por un lado, el Consejo constitucional modificó completamente la noción de la ley. Ahora, "la ley votada [...] sólo expresa la voluntad general en el respeto de la Constitución"; esta expresión, sostenida por el Consejo constitucional en el fundamento jurídico (considerando) 27 de su decisión de 23 de agosto de 1985 (evolución de la Nueva Caledonia),²⁰ no es sino el coronamiento de un principio que había afirmado de una manera menos explícita.²¹ Ello nos lleva a concluir que efectivamente la ley ya no es soberana y que hay un texto sobre ella que debe ser respetado, en caso contrario la ley pierde su categoría normativa.

Entonces, la Constitución, a pesar de la ausencia de una referencia precisa en el texto constitucional (a diferencia de España), se vuelve preceptiva con respecto a todos los órganos públicos. Ella sujeta jurídicamente a las autoridades públicas, incluido el legislador, y establece un órgano que vigila esta vinculación.

Por otra parte, la noción del Consejo como órgano regulador únicamente de la actividad de los poderes públicos ya no es la misma. A partir de 1971, el Consejo va a dar un paso que desde entonces marcará su futuro. En su decisión de 16 de julio de 1971 (libertad

18 Cfr. Luchaire, François, *Le Conseil constitutionnel*, París, Económica, 1980, p. 19.

19 Ver Philip, Loïc, "Le Conseil...", *cit. supra*, nota 17, p. 468.

20 Ver Favoreu, Louis y Loïc Philip, *GDCC*, *cit. supra*, nota 17, pp. 650 y 651.

21 Ver las decisiones de 16 de enero de 1982 y de 25 de febrero de 1982, *GDCC*, *cit. supra*, nota 17, pp. 480 (considerando 18: "la Constitución no podría dispensar al legislador [...] de el respeto de los principios y de las reglas de valor constitucional que se imponen a todos los órganos del Estado") y 519 (considerando 3: "que el principio de legalidad exige a la vez el respeto de las atribuciones del legislador y el de las reglas superiores de derecho por las cuales la Constitución adoptada por el pueblo francés [...]).

de asociación)²² reconoció valor constitucional (y positivo, resolviendo un antiguo debate) al preámbulo de la Constitución de 1958 que, a su vez, reenvía al de la Constitución de 1946. Así, el Consejo con la frase inicial “en nombre de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”, indica que esos principios tienen un valor jurídico y se vio obligado a hacerlo porque entre dichos principios se encontraba la ley de 1 de julio de 1901 relativa al contrato de asociación, motivo de la controversia. Las leyes de la República entonces, son principalmente aquéllas de la tercera República.

Ahora bien, con esta decisión la lista de derechos fundamentales que no encontramos en el texto de la Constitución de 1958 empieza a surgir. Hay otros derechos que son reconocidos mediante los preámbulos de las Constituciones de 1958 y 1946, y de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República. La noción de “bloque de constitucionalidad” comienza igualmente a aumentar. La Constitución es llamada, desde entonces, Constitución de 135 artículos (el texto constitucional vigente de 1958 contiene sólo 93 artículos). Pero esa es otra historia que nos aleja del objeto de este trabajo.

En pocas palabras, a pesar de la dificultad del comienzo del Consejo constitucional, constatamos con placer que su papel ya no es el de 1958 y que se encuentra en una posición similar, con sus salvedades, por supuesto, a la del Tribunal constitucional español, habida cuenta de la jerarquización de los textos que integran el ordenamiento jurídico y de la posición del órgano que vigila la Constitución en relación con los derechos fundamentales. Eso es muy importante para la justicia constitucional y para nuestro trabajo.

Pero el problema no se sitúa en la existencia de esos documentos, ni en su naturaleza jurídica, ni en sus órganos constitucionales. Ciertamente su existencia es un buen comienzo. En la comparación jurídica que pretendemos realizar debemos fijar nuestra atención no en la normatividad de la Constitución (cosa que no es baladí), sino en su aplicación directa, lo que es otra cosa y que, sin embargo, deriva de la normatividad.

Y las cosas siguen cambiando. El tipo de control que fue creado por la Constitución de 4 de octubre de 1958 es *previo*, es decir, anterior a la entrada en vigor de la ley. Los constituyentes decidieron

²² El considerando 2 establece que: “en nombre de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y solemnemente reafirmados por el preámbulo de la Constitución, ha lugar a colocar el principio de la libertad de asociación [...]”. Ver *GDCC*, *cit. supra*, nota 17, pp. 242-247.

introducir este control y justo es decir que durante todo este tiempo ha funcionado tan bien que ha influenciado a un cierto número de países, entre los que se encuentra España, como veremos más adelante.

Sin embargo, en el proceso evolutivo de la justicia constitucional en Francia, han tenido lugar dos intentos para introducir la cuestión prejudicial de inconstitucionalidad, es decir, el control posterior. Ciertamente no podemos inclinarnos sobre la prevalencia de uno u otro tipo de control sin exponer una argumentación, y eso es precisamente lo que haremos en lo que resta de este trabajo. En cambio, sí estamos en posición de reconocer, desde ahora, que el debate y la preocupación subsisten.

Tener razón o no poco importa. La experiencia que viene con el tiempo no se adquirirá si rechazamos, de entrada, la discusión y la introducción posterior de la cuestión prejudicial de inconstitucionalidad.

Y bien, ¿cuáles fueron los dos intentos por introducir tal institución jurídica?

En primer lugar, es en 1989, el 3 de marzo,²³ cuando el presidente del Consejo constitucional, Robert Badinter, después de haber indicado las ventajas de un control *previo* de la constitucionalidad de las leyes, reconocía que ese control presentaba una laguna evidente y, en consecuencia, sugería que si en el curso de un proceso era planteada la inconstitucionalidad de una ley, el Consejo de Estado o la Corte de casación debería enviar esta cuestión al Consejo constitucional.

Cuatro meses más tarde, el 14 de julio de 1989, con ocasión de la conmemoración del bicentenario de la Revolución de 1789, en una entrevista televisada,²⁴ el presidente de la República, François Mitterrand, declaraba: "personalmente, sería partidario de una revisión constitucional que permitiera a todo francés instar al Consejo constitucional si estima sus derechos fundamentales desconocidos". Después, agregaba: "Claro está, sería necesario compaginar las instituciones existentes (Consejo de Estado y Corte de casación) para el seguimiento conveniente".

De estas dos declaraciones es importante hacer tres pequeñas puntualizaciones. En principio, no es la primera referencia si tomamos en consideración que el 8 de julio de 1958 Aurillac, en una reunión del grupo de trabajo encargado de elaborar el anteproyecto de Cons-

²³ Ver *Le Monde* de 3 de marzo de 1989.

²⁴ Publicada en *Le Monde* de 16-17 de julio de 1989.

titudin, había propuesto un procedimiento que permitía al Consejo de Estado o a la Corte de casación instar al Consejo constitucional. Evidentemente esta propuesta fue abandonada.²⁵

Además, no es la primera vez que un particular va a poder instar al Consejo constitucional, pues ya tiene la posibilidad de hacerlo en materia electoral, aun cuando limita a los electores o a los candidatos a una elección.²⁶

Finalmente, las dos declaraciones, como subraya Pierre Bon, parecen contradecirse porque la de Badinter nos hace pensar en la cuestión prejudicial de inconstitucionalidad, mientras que la de Mitterrand nos deja creer que se trata de un procedimiento especial en la protección de derechos fundamentales, algo similar al recurso de amparo español, por ejemplo.²⁷ A medida que el debate continuó, la situación se aclaró.

Al Consejo de Ministros llegaron el 28 de marzo de 1990, dos proyectos de ley —uno constitucional y otro orgánico— (ambos textos pueden consultarse en el anexo que incluimos al final de este trabajo) destinados a introducir la cuestión de inconstitucionalidad (un año más tarde). Después de su aprobación en el Consejo, el primer ministro los depositó en la Asamblea nacional que en primera lectura sólo aprobó el proyecto de reforma constitucional. El otro proyecto, no obstante la necesidad de conocerlo para tener una idea más precisa en cuanto a los detalles de la reforma constitucional,²⁸ fue retirado por petición expresa de los grupos de oposición. Concretamente la Agrupación para la República (RPR), a través de Pierre Mazeud, manifestó su desacuerdo con relación al debate de la ley

²⁵ Cfr. Renoux, Thierry, "La autorité judiciaire. L'écriture de la République", *L'écriture de la Constitution. (Actes du colloque de XXXe anniversaire, Aix-en-Provence)*, Económica-PUAM, 1992, pp. 680 y 681.

²⁶ Sobre este tema véase el artículo de Renoux, Thierry, "Les recours des particuliers devant le Conseil Constitutionnel", *Les recours de particuliers devant le juge constitutionnel (Journée d'études de 9 février 1990, Louvain)*, París, Económica-Bruylant, 1991, pp. 79-99.

²⁷ Ver Bon, Pierre, "Les recours envisagés", *Les recours des particuliers...*, cit. supra, nota 13, pp. 102 y 103.

²⁸ Como precisó el primer ministro Michel Rocard en su discurso de apertura de la discusión del proyecto. Sin embargo, añadió dos condiciones: una referente a que la reforma constitucional sea promulgada antes de la aprobación definitiva de la ley orgánica y la otra tiene que ver con que tratándose de la materia constitucional las dos asambleas sean situadas en un plano de igualdad, ya que en materia de legislación orgánica el gobierno actualmente tiene la facultad de pedir simplemente a los diputados que resuelvan definitivamente la diferencia. Cfr. *Assemblée Nationale, Journal Officielle de la République Française, Débats*, primera sesión de 24 de abril de 1990 (CR, núm. 13), p. 591.

orgánica si se discutía antes del voto definitivo de la reforma constitucional.²⁹

El Senado, en cambio, antes de aprobar el proyecto de reforma constitucional lo modificó en gran parte. La Asamblea nacional, en segunda lectura, aceptó algunas enmiendas del Senado, pero rechazó de entrada las relativas a la extensión de competencias del Consejo constitucional respecto del presidente de la República o del reforzamiento del papel del Senado con relación a las leyes relativas a las libertades públicas.

Finalmente, la Comisión de leyes del Senado propuso regresar al texto que había aprobado en primera lectura. Después de todo ello, obviamente, la discusión parlamentaria se interrumpió y el proyecto de revisión no fue inscrito en el orden del día de la sesión de otoño siguiente.³⁰

El 30 de noviembre de 1992 —una vez que todo estaba casi olvidado— el presidente de la República, Mitterrand, dirigió una carta a los presidentes del Senado, de la Asamblea nacional y del Consejo constitucional que contenía el texto de las propuestas de revisión de la Constitución.

Se preveía la instauración de un Comité consultivo para la revisión de la Constitución (lo que se realizó el 2 de diciembre) que debía presentar sus recomendaciones a más tardar el 15 de febrero de 1993 (fecha en que efectivamente se remitió el informe) para que el presidente pudiera enseguida instar al Parlamento sobre un proyecto de reforma constitucional.

En su contenido, esta carta indicaba el objetivo de reforzar los derechos de los ciudadanos permitiéndoles acceder al Consejo constitucional, subrayando que: “nada debería ahora impedir llevar a cabo el examen del proyecto de revisión que envié al Parlamento en 1990

²⁹ En realidad lo que conducía al RPR a rechazar la discusión del proyecto de ley orgánica era su objetivo de modificar el proyecto de reforma constitucional, ya que el guardasellos, ministro de justicia (Pierre Arpaillange), había previsto que si este proyecto era modificado, el gobierno volvería a depositar otro proyecto de reforma. Cfr. *Assemblée Nationale, Journal Officielle de la République française, Débats*, tercera sesión de 25 de abril de 1990 (CR, núm. 14), pp. 722 y 723.

³⁰ Para mayores detalles sobre el procedimiento de revisión ver Maus, Didier, “La pratique institutionnelle française” (*Chr*), *RFDC*, 1990-1992, pp. 313 y 314, y 1990-1993, pp. 483-488. Para profundizar sobre el aplazamiento de la revisión véase Favoreu, Louis, “L’élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel”, *RFDC*, 1990-1994, pp. 610-613; Castano, Catherine, “L’exception d’inconstitutionnalité: la contrainte du droit, la force du politique”, *idem*, pp. 631-649 y Maus, Didier, “Les forces politiques face à l’exception”, *L’exception d’inconstitutionnalité (Journées d’études 1er décembre 1989)*, STH, 1990, pp. 91-95.

para permitir a los ciudadanos instar al Consejo constitucional si estiman que una ley promulgada es contraria a su libertad. Este proyecto fue útilmente completado por la Asamblea Nacional. Bastaría con retomararlo tal cual".

Pero, qué quiere decir "tal cual". Si nos referimos al texto útilmente completado ¿A qué modificaciones debemos referirnos?, ¿a aquéllas que tuvieron lugar en la primera o a aquéllas de la segunda? Es más, la misma Asamblea modificó el texto a partir de ciertas proposiciones del Senado.

En cualquier caso, el problema consiste en saber si "tal cual" es suficiente para un texto que ya fracasó.³¹ Es probable que le pareciera suficiente al Comité consultivo, ya que retomó, en lo esencial, el proyecto de reforma constitucional de 1990.³²

El proyecto de reforma constitucional, inspirado en las conclusiones del Comité consultivo, fue aprobado por el Consejo de Ministros el 10 de marzo de 1993 y presentado en primavera por el gobierno del primer ministro Pierre Bérégovoy al Senado.³³

Después de ello, todo se detuvo.

2. La sujeción a la ley y a la Constitución

Si por un lado, de acuerdo con el principio de legalidad, la ley vincula a todos los órganos públicos, y por otro, la Constitución tiene una aplicabilidad directa sujetando a los mismos órganos públicos ¿cuál es su reacción ante este doble vínculo?³⁴

31 Un examen detallado de esta expresión se encuentra en el artículo de Grewe, Constance, "L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel", *La révision de la Constitution (Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992)*, París, Eco..ómica-PUAM, 1993, pp. 237-241.

32 Ver Vedel, Georges (prés.), *Rapport officiel...*, cit. supra, nota 10, p. 76. Una comparación entre los dos textos puede ser consultada en el artículo de Renoux, Thierry, "Si le grain...", cit. supra, nota 10, pp. 283-289.

33 El proyecto de reforma constitucional de 1990, contrariamente, fue desoído ante la Asamblea nacional. En esta ocasión, en cambio, no se quiso intentar superar, de entrada, las dificultades políticas, pero sí saber si era susceptible de disponer de una mayoría de tres quintos para alcanzar la revisión, de ahí que se hubiera presentado el proyecto al Senado y no a la Asamblea. Cfr. Maus, Didier, "La pratique institutionnelle française, 1er avril-30 juin 1990" (*Chr.*), *RFDC*, 1990-1993, p. 484, especialmente nota 139. En esta ocasión se quisieron superar las dificultades de inmediato.

34 Antes de responder debemos dejar a un lado los órganos públicos distintos a los jueces. Esta restricción no significa que las autoridades administrativas no estén sometidas tanto a la ley como a la Constitución, lo que sucede es que son los jueces el objeto de nuestra investigación. En adelante, entonces, nos referiremos al juez.

Los jueces no pueden excusarse de aplicar una ley bajo el pretexto de que ésta sea contraria a la Constitución, en absoluto. Ello porque éste no fue el sistema elegido ni por Francia, ni por España y porque dar esta posibilidad a los jueces provocaría una inseguridad jurídica que terminaría por quebrantar el sistema jurídico.

Parece lógico concluir, entonces, que si la Constitución previo la existencia de un órgano que tiene como tarea la expulsión del orden jurídico de todas las leyes inconstitucionales, a él se debe someter el problema. En otras palabras, el Tribunal constitucional debe ocuparse del examen de la constitucionalidad de la ley que el juez tiene que aplicar, cuando éste dude de su constitucionalidad, claro está.

Pero para hacer esto hace falta un mecanismo que permita elevar el examen de la ley ante el Tribunal constitucional y consideramos que el instrumento procesal más idóneo es la cuestión prejudicial de inconstitucionalidad, como existe en España. En Francia, en cambio, primero hay que romper con ciertos dogmas jurídicos para en un segundo momento ver la pertinencia de introducir la cuestión de inconstitucionalidad.

A. Un instrumento conveniente para esta doble obligación.

En España, efectivamente, las cosas pasan así. La cuestión prejudicial de inconstitucionalidad³⁵ fue prevista para ayudar al juez en su trabajo.³⁶

En la Constitución encontramos el artículo 117.1 que prevé la sujeción de los jueces al imperio de la ley.³⁷ Pero ello no significa que este criterio es el que debe prevalecer, ya que también encontramos que la misma Constitución determina, en su artículo 163, que cuando un juez considere que una norma con fuerza de ley (a la cual está sujeta según el artículo 117.1) aplicable al caso y de la

³⁵ Según Pedro Cruz Villalón este es el principal aporte de los españoles al sistema europeo de control de constitucionalidad. Ver su obra *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, CEC, 1987, p. 310, especialmente nota 153.

³⁶ El artículo 163 establece: "Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos".

³⁷ Este artículo dispone: "La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del rey por jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley".

cual dependa el fallo es contraria a la Constitución, planteará la misma al Tribunal constitucional. En otras palabras, lo que se prohíbe es que el juzgador inaplique una norma legal por considerarla contraria a la Constitución (se exceptúa el caso de las leyes anteriores a la Constitución, pues aquí el juzgador tiene la opción de considerar derogada la norma legal o bien de plantear la cuestión al Tribunal constitucional para que decida con efectos generales y no sólo para un caso específico, STC 4/81) y deberá plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

A nivel legislativo, la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985 de 1 de julio, en el artículo 5.1 reitera el principio según el cual la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los jueces y tribunales que interpretarán y aplicarán la ley conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones emitidas por el Tribunal constitucional en todo tipo de procesos. Con ello, se reitera el principio contenido en la Constitución según el cual es el Tribunal constitucional quien decide de la constitucionalidad de las leyes, y es por tanto a él al que hay que someter la cuestión cuando se dude de la constitucionalidad de una ley.

A nivel jurisprudencial es suficiente con recordar lo que se sostuvo en la segunda sentencia emitida por el Tribunal constitucional producto de una cuestión de inconstitucionalidad.³⁸ Se afirma en esta decisión, 17/81, redactada por Francisco Rubio Llorente, que

la cuestión de inconstitucionalidad es un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución. Más aún, subraya que a causa de la dignidad de la ley, expresión de la representación popular, los jueces no pueden negarse a aplicar una ley si la consideran inconstitucional, al contrario, deben plantearla ante el Tribunal constitucional (fundamento jurídico [considerando] 1).

B. *En Francia las cosas comienzan a cambiar*

En Francia, una vez más, no ocurre lo mismo, al menos en un primer momento.

Hay ciertamente una reticencia a la aplicación de la Constitución por parte de los jueces, sean administrativos o judiciales³⁹ quienes

³⁸ Esta decisión puede ser considerada como una decisión pedagógica sobre la cuestión de inconstitucionalidad, ya que establece sus líneas fundamentales.

³⁹ Puede ser el peso de esta reticencia lo que permite a ciertos autores rechazar la cuestión de inconstitucionalidad.

siempre están, por el contrario, dispuestos a aplicar las leyes, incluso inconstitucionales, sin embargo, esta situación comienza a ser parte de la historia constitucional francesa. De todas maneras, como existe, es necesario mencionarla y ver su eventual resolución aunque sea someramente.

Lo anterior ha sido posible gracias a la figura jurídica conocida como *pantalla legislativa* o *ley pantalla*. En realidad es una técnica utilizada por el juez administrativo que consiste en rechazar el examen de la constitucionalidad de un acto administrativo cuando éste es impugnado por motivos surgidos de la violación de la Constitución.

El argumento es el siguiente. Según un principio reiterado por la jurisprudencia del Consejo de Estado,⁴⁰ el juez administrativo no puede apreciar la constitucionalidad de la ley. Por tanto, parece lógico que con el fin de evitar el examen de la constitucionalidad de un acto administrativo se busque un obstáculo en la ley. Luego, este obstáculo se encuentra cuando el acto administrativo se apoya en una disposición legislativa que a su vez hace pantalla entre dicho acto y la Constitución, impidiendo todo tipo de control constitucional. Después, y como conclusión, el juez sólo puede declarar la legalidad del acto impugnado; es decir, el juez administrativo o judicial se somete a la ley y no a la Constitución.⁴¹

Pero, ¿cuándo encuentra el acto su fundamento en la ley?

Por un lado, la gran mayoría de la doctrina, junto con el Consejo de Estado, admiten la distinción del poder reglamentario en autónomo y no autónomo (ejecución de leyes). Así, los primeros, los autónomos, pueden estar directamente sometidos a la Constitución. A la inversa, los reglamentos de aplicación de las leyes no pueden estar sometidos a la Constitución porque una ley hace "pantalla".

Según esta doctrina es en la segunda categoría que se encuentra el problema de saber si las reglas constitucionales de delimitación de competencias han sido respetadas, concretamente los artículos 34 y 37 de la Constitución.⁴² En suma, todo el problema se reduce a

⁴⁰ Principalmente *Conseil d'État*, sesión 6 de noviembre de 1936, *Arrighi, Recueil*, p. 966.

⁴¹ *Cfr.* Moderne, Franck, "Complémentarité et compatibilité des décisions du Conseil constitutionnel et des arrêts du Conseil d'État", *Conseil constitutionnel et Conseil d'État (Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat)*, París, LGDJ-Montchrestien, 1988, pp. 354 y 355, 360 y 361.

⁴² *Cfr.* Favoreu, Louis y Thierry Renoux, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, París, Sirey, 1992, p. 22.

saber si dichos actos de aplicación son necesarios o si excedieron los límites del mandato reglamentario.

Por otra parte, algunos autores consideran, uniéndose al Consejo constitucional, que los reglamentos son controlables frente a la ley y frente a la Constitución.⁴³ Pero, en realidad ¿qué hay detrás de esta técnica?

Vemos la utilización, aparentemente abusiva de esta técnica que no tiene otra finalidad que eludir el control de constitucionalidad de un acto administrativo, y no podemos sino concluir que se trata de una profunda reticencia a aplicar la Constitución, a no respetar la jurisprudencia del Consejo constitucional y, consecuentemente, a no censurar la Administración (lo que Moderne llama “distorsión entre las dos jurisprudencias”).

Y todo ello porque la Constitución no tiene (no tenía, más bien) un valor normativo, porque ella no es (más bien no era) considerada como una regla de derecho.⁴⁴

Sin embargo, la Constitución ya no es la “hoja vacía”, ahora es —ya lo dijimos— una norma preceptiva y con aplicación directa. En tal caso, no resta sino preguntarnos cómo solucionar este desconocimiento de las normas constitucionales por parte de los jueces —si nos ponemos de acuerdo para decir que todavía existe—.⁴⁵

Para tratar de responder, es necesario tener en cuenta las particularidades del sistema que prevalece en Francia y de la existencia del Consejo constitucional que vigila el respeto de la Constitución. Hay cuando menos dos hipótesis a considerar.

En primer lugar, podría esperarse que el juez administrativo o judicial aplique espontáneamente la Constitución y la jurisprudencia del Consejo constitucional al momento de examinar un acto reglamentario. Esta hipótesis no podría ser admitida vistas las reticencias de estos órganos judiciales y, sobre todo, porque es pedir mucho al juez.⁴⁶

43 Particularmente Favoreu, Louis, “Les règlements autonomes n'existent pas”, *Revue Française de Droit Administratif*, 1987, p. 871.

44 Ver Favoreu, Louis y Thierry Renoux, *Le contentieux...*, *cit. supra*, nota 42, p. 9.

45 Efectivamente, por fortuna hay flexibilidad en este principio, que ya no es la regla, sino la excepción, pues los precedentes son menos numerosos de lo que se dice; la ley puede ser poco explícita o muy general; el juez puede interpretar la ley para ponerla en consonancia con la Constitución (Favoreu, Louis y Thierry Renoux, *Idem*, p. 22) y el Consejo constitucional vigila cada vez más que el legislador utilice completamente las competencias que le otorga la Constitución (Moderne, Franck, “Complémentarité...”, *cit. supra*, nota 41, p. 365).

46 Ver Moderne, Franck, “Complémentarité...”, *cit. supra*, nota 41, p. 365.

En segundo lugar, puede instaurarse la cuestión prejudicial de inconstitucionalidad (evidentemente estamos de acuerdo en esta hipótesis). Así, los jueces ante tal disyuntiva estarían comprometidos a someter el litigio al juez constitucional para que resuelva el problema de constitucionalidad. A fin de cuentas, correspondería al juez ordinario la decisión de reenvío, pero con algunas restricciones.⁴⁷

Finalmente, incluso podría admitirse que en estos dos países, en lo que respecta a España la situación está limitada a un periodo muy preciso, existe un doble control de constitucionalidad (quizá tímido), uno anterior y otro posterior. Sin embargo, este doble control no parece colmar la laguna jurídica.

III. LAS SINGULARIDADES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

Aun cuando el cambio que pudiera presentarse con la introducción de los dos tipos de control trastornará en cierto modo los ordenamientos jurídicos, es justo decir que éstos últimos tienen ya una cierta experiencia al respecto. Por lo demás, este incremento, quizá, llenaría una laguna jurídica que a pesar de todo es un poco molesta.

1. *Tanto el control anterior como el posterior están presentes en los dos ordenamientos jurídicos*

La afirmación con la que iniciamos este apartado puede parecer sorprendente, no obstante debe ser matizada diciendo que en cada ordenamiento jurídico el predominio de uno de los dos controles es el más conocido; el control represivo en España y el control previo en Francia.

47 No somos los primeros en sostener esta hipótesis. Pierre Bon ya afirmaba que esta laguna, que permite no aplicar la Constitución, sería colmada con la cuestión de inconstitucionalidad. *Cfr. "Les recours envisagés", Le recours des particuliers...*, *cit. supra*, nota 27, p. 105. A nuestro modo de ver Louis Favoreu y Thierry Renoux reconocen implícitamente que el problema de inaplicación de la Constitución puede ser resuelto por la cuestión de inconstitucionalidad y ello a partir de su interpretación a *contrario sensu* del proyecto de reforma de 1990, que preveía introducir la cuestión en el sentido que los jueces no tenían el poder de aplicar directamente la Constitución. *Cfr. Le contentieux...*, *cit. supra*, nota 42, pp. 7 y 8.

A. El Tribunal constitucional español, con amplias competencias, ha experimentado el control anterior

En España el Tribunal constitucional tiene una de las más completas competencias en derecho comparado. En primer lugar, es competente para conocer de los recursos contra la ley, sea el recurso de inconstitucionalidad o bien la "cuestión de inconstitucionalidad". Además, conoce del recurso individual de amparo por violación de los derechos fundamentales. Por último, resuelve los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas y entre las diversas Comunidades. De esta forma, consideramos que es una competencia bastante amplia y es necesario observar que se trata de competencias "posteriores".

Sin embargo, es igualmente competente para conocer de otras dos materias por la vía del artículo 161 que enuncia que el Tribunal conocerá "de las demás materias que le atribuya la Constitución o las leyes orgánicas".⁴⁸

La Constitución aprovechó esta remisión, ya que según el artículo 95.2, el Tribunal constitucional, a instancia del gobierno o de una u otra Cámara, podrá declarar si hay o no contradicción entre las disposiciones de un tratado internacional y la Constitución; llegado el caso, ésta última deberá ser revisada (artículo idéntico al artículo 54 de la Constitución francesa).

Evidentemente estamos ante una competencia previa. La posible contradicción debe ser detectada antes de que el Tratado sea concluido y aprobado.⁴⁹ La regla, pues, se quiebra. Ya hay cuando menos un caso en que el Tribunal constitucional conoce en forma previa.

Gracias, también, al fundamento de la frase del artículo 161.1, pero esta vez fue previsto por la LOTC, el Tribunal constitucional conoce tanto de los conflictos constitucionales nacidos entre los órganos del Estado como del recurso previo de inconstitucionalidad en contra de los estatutos de autonomías y de otras leyes orgánicas.⁵⁰

⁴⁸ Compartimos la crítica a este artículo hecha por Manuel Aragón Reyes en el sentido que no se puede dejar abierta esta competencia a todas las leyes orgánicas, sino en último caso a la LOTC. Ver "El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978", *Revista de Estudios Políticos*, CEC, Madrid, núm. 7, enero-febrero de 1979, pp. 178 y 179.

⁴⁹ La única vez en que esta competencia se ha aplicado fue cuando el gobierno instó al Tribunal constitucional para que se pronunciara sobre la posible inconstitucionalidad de la aprobación del Tratado de la Unión europea firmado el 7 de febrero de 1992. El Tribunal emitió su decisión el 1 de septiembre de 1992.

⁵⁰ La observación según la cual la LOTC debe respetar el carácter posterior del

Esta última competencia constituye el segundo quebrantamiento a la regla del control posterior. Sin embargo, no podemos referirnos a ella más que históricamente porque fue suprimida por la ley orgánica 4/1985 de 7 de junio, que, curiosamente, fue igualmente objeto de un recurso previo. El Tribunal constitucional confirmó su constitucionalidad.

Conviene profundizar un poco para tratar de deducir algunas consecuencias que nos serán muy útiles para el examen de la situación francesa, pues los franceses *mutatis mutandis* trataron de hacer lo mismo que en España.

Dos puntos llaman nuestra atención. La compatibilidad del recurso previo con el recurso ordinario o anterior, por una parte, y el porqué del fracaso, por otra.

En cuanto a la compatibilidad, es importante advertir que el anterior artículo 79.5 de la LOTC disponía que la decisión sobre el recurso previo de inconstitucionalidad *no prejuzga* en nada las decisiones que pudiera emitir después de la entrada en vigor del texto impugnado. Debemos concluir, entonces, que no admite la autoridad de cosa juzgada, de lo contrario, según Cruz Villalón,⁵¹ el control posterior hubiera sido imposible.

Este argumento no es admisible, ya que bajo esa lógica llegaríamos a considerar que la decisión de un recurso ordinario no puede tener la autoridad de cosa juzgada, pues la cuestión de inconstitucionalidad que interviene después que la ley es ejecutada, no habría sido admitida.

De todas formas, algo de razón hay en esta afirmación, pero sujeta a las siguientes condiciones. Sería lógico atribuir a las decisiones desestimatorias (aquéllas que conllevan la constitucionalidad de la ley

control establecido por la Constitución es interesante. Ver Bon, Pierre *et al.*, *La justice...*, cit. *supra*, nota 13, p. 100. Sin embargo, la cuestión consiste en saber si la Constitución prevé los modelos o establece los contenidos. Creemos que si determina los modelos, hay dos: el del artículo 161 y 163 de la Constitución (posterior) y el del artículo 95 (anterior). No vemos cómo este último puede constituir una excepción al modelo posterior y no un modelo en sí mismo. En cambio, si la Constitución determina el contenido de los artículos citados, es decir, el control de constitucionalidad, consideramos que éste puede caracterizarse de la forma más conveniente, ya sea por la Constitución o por la LOTC. Para profundizar sobre este tema y con especial mención sobre el examen de los debates de la LOTC, ver Gómez Montoro, Ángel J., "El control previo de constitucionalidad de proyectos de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas", *REDC*, CEC, núm. 22, enero-abril de 1988, pp. 121-174.

⁵¹ Ver "El control previo de constitucionalidad", *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 12, 1981, p. 17.

impugnada) la autoridad de cosa juzgada con respecto al recurso ordinario de inconstitucionalidad, entre otras razones porque se tratará del mismo contenido de la disposición de ley y de las mismas circunstancias. Simple y sencillamente ya no estaremos ante un proyecto de ley, sino ante una ley.

Por el contrario, eso es diferente si el recurso a interponer es la "cuestión de inconstitucionalidad". En efecto, se trata en este caso de impugnar una ley que ya fue aplicada y que se somete a circunstancias completamente diversas. La inconstitucionalidad puede, entonces, surgir por otras razones.

Consideramos —siguiendo la doctrina italiana— que la misma disposición o texto de ley puede tener diferentes interpretaciones que pueden dar lugar a diferentes normas. Así, los órganos legitimados para impugnar previamente una ley, no observarán la misma norma (interpretación) al momento de impugnarla que una vez que ha entrado en vigor y ha sido aplicada. Sucede lo mismo cuando ésta ha sido objeto de interpretación por parte de una autoridad pública y, sobre todo, por parte de un juez.

En conclusión, salvo el caso de la interposición de una cuestión de inconstitucionalidad, la autoridad de cosa juzgada de una decisión desestimatoria funciona completamente.

En relación con las decisiones estimatorias (aquéllas que declaran la inconstitucionalidad de una norma) salvo el caso en que la ley fuera modificada, hipótesis que permite incluso interponer un nuevo recurso previo, la decisión tiene la autoridad de cosa juzgada.

En cuanto a los motivos del fracaso, siempre se argumentó que tanto la introducción como la supresión obedecieron a causas políticas. Desde el principio, la preocupación de tener que declarar la inconstitucionalidad de un Estatuto de autonomía que fue ratificado vía referéndum, hizo pensar en el recurso previo.⁵²

Durante la existencia de este recurso, las leyes orgánicas más importantes de la primera legislatura socialista fueron impugnadas. El procedimiento legislativo, por consiguiente, disminuyó enormemente su celeridad, ya que el Tribunal constitucional llegó a emitir su decisión en el plazo no despreciable de un año y medio. Esta es la

⁵² Algunos autores se pronunciaron desde el principio. Aragón Reyes y Rubio Llorente declararon que teniendo en cuenta el carácter facultativo, y no preceptivo de la consulta (recurso previo), se debería esperar que la prudencia política impidiera al Tribunal poner en juego una competencia que es poco conciliable con la tarea original que el Tribunal está llamado a ejercer. Ver "La jurisdicción...", *cit. supra*, nota 6, p. 840.

razón por la cual el grupo socialista del Congreso propuso la supresión de dicho recurso previo mediante una ley orgánica sobre la cual el tribunal también tuvo que pronunciarse.

En conclusión, el recurso previo instaurado por la LOTC no tiene nada que ver con el sistema previo francés, aunque se inspiró en él. Esta experiencia ha demostrado que donde existe un control predominantemente jurisdiccional es bastante difícil instaurar otro que tenga un carácter político y que no esté bien estructurado. ¿Una posición contraria a ésta puede fácilmente adoptarse?

B. El Consejo constitucional controla represivamente ciertos actos

En Francia, en principio, la situación es completamente inversa a lo que acabamos de mencionar. Las competencias atribuidas al Consejo constitucional son restringidas y se pretende completar el control previo con el posterior.

Es competente en materia contencioso electoral, es decir, interviene ("vigila") en la preparación de la elección del presidente de la República, en el desarrollo de las actividades electorales y en la proclamación de los resultados (artículos 70. y 58 de la Constitución); además, conoce de las reclamaciones contra las elecciones o el desarrollo del escrutinio de los diputados y de los senadores a propuesta de los candidatos o de los electores (artículo 59 de la Constitución) y, finalmente, el Consejo vigila la regularidad de las actividades propias del referéndum y proclama los resultados (artículos 11, 60 y 89 de la Constitución).

Por otra parte, es igualmente competente para conocer de la constitucionalidad de los compromisos internacionales, sea por la vía del artículo 54 o por la del artículo 61.

Por último, conoce del contencioso constitucional. Particularmente, es competente para resolver de manera previa la posible inconstitucionalidad de los proyectos de ley, sean ordinarios (de manera facultativa) u orgánicos (de manera obligatoria) (artículo 61 de la Constitución).

Sin embargo, la excepción de este control previo —caracterizado así siguiendo la clásica fórmula "antes de su promulgación"— se realizó tanto por la Constitución como por la jurisprudencia del Consejo constitucional.

Antes de exponerla, es necesario remarcar que el principio a soslayar es aquél según el cual no es posible cuestionar una ley una

vez promulgada. Al inicio, el Consejo constitucional sostuvo, en su decisión de 15 de enero de 1960, que la ley orgánica de 22 de diciembre de 1958 relativa al estatuto de la magistratura que había concedido facilidades especiales a los franceses musulmanes, era una disposición “cuya conformidad con la Constitución no puede ser discutida”, y, consecuentemente, una ley modificadora estaba conforme con la Constitución porque determinaba las reglas de acceso a la magistratura “en el mismo espíritu” que la disposición que modifica.

En la misma posición, la decisión de 5 de mayo de 1959 afirmaba que “el Consejo constitucional no tiene competencia para pronunciarse, incluso por vía de excepción y no obstante el artículo 44⁵³ de la disposición de 7 de noviembre de 1958, sobre el carácter de conformidad a la Constitución de textos legislativos”.

Finalmente, la decisión de 27 de julio de 1978 es la más precisa. En su redacción el Consejo sostuvo que: “la conformidad a la Constitución de las leyes no puede cuestionarse incluso por vía de excepción, ante el Consejo constitucional cuya competencia está limitada por el artículo 61 de la Constitución al examen de las leyes antes de su promulgación”.

La primera excepción está prevista por la Constitución y consiste en un control represivo de la constitucionalidad de una ley en la esfera del reparto constitucional de las competencias entre la ley y el reglamento.⁵⁴

En efecto, es el artículo 37.2 que rompe el principio de inimpugnabilidad de la ley promulgada. Según este artículo, el Consejo constitucional puede declarar que una ley, por un error, reguló una materia del dominio del reglamento,⁵⁵ lo que tiene como consecuencia que el gobierno pueda intervenir por decreto en Consejo de Estado, sea modificándola o bien abrogándola. Se trata, entonces, de una deslegalización hecha por el Consejo constitucional que está en re-

53 Que enuncia: “Para la resolución de asuntos que le son sometidos, el Consejo constitucional tiene competencia para conocer de toda cuestión y excepción presentada en la demanda. En este caso, su decisión sólo tiene efecto jurídico en lo que respecta a la elección por la que fue instado”.

54 Louis Favoreu divide la exposición del control de constitucionalidad en control previo, el del artículo 61, y en control posterior, el del artículo 37.2, aun cuando habla de este último como una excepción. Ver *Les Cours constitutionnelles...*, cit. supra, nota 1, pp. 89-92. François Luchaire divide igualmente el control de constitucionalidad en regla y excepción. Ver *Le Conseil...*, cit. supra, nota 18, pp. 145-149.

55 Hay que advertir que el Consejo constitucional no declara la contrariedad de la ley a la Constitución, ya que no puede más que desclasificarla, es decir, le retira una parte de su fuerza de ley. Cfr. Luchaire, François, *Le Conseil...*, cit. supra, nota 18, pp. 165-168.

lación directa con los artículos 34 y 37 de la Constitución que determinan, respectivamente, el dominio de la ley y del reglamento.⁵⁶

Hay una segunda excepción al principio del control previo prevista, esta vez, por la jurisprudencia. Se trata de la decisión de 25 de enero de 1985 (estado de urgencia en Nueva Caledonia) que modifica la jurisprudencia del Consejo. En ella, el Consejo constitucional fue instado para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes de 3 de abril de 1955 y de 6 de septiembre de 1984 (evidentemente ya en vigor) con motivo de la aplicación de la ley de 25 de enero de 1985.

En el considerando número 10 el Consejo constitucional declaraba: "si la regularidad respecto a la Constitución de los términos de una ley promulgada puede ser útilmente impugnada con motivo del examen de disposiciones legislativas que la modifican, la completan o afectan su dominio, no podría ser igual cuando se trata de la simple aplicación de tal ley, que, por tanto, todos los medios desarrollados por los autores de las instancias no pueden ser admitidos".

Este considerando permite sostener la posibilidad de cuestionar las leyes promulgadas. Pero hay dos condiciones que cumplir. La primera, que debe tratarse del examen de una ley todavía no promulgada, es decir, que una ley antigua pueda ser controlada con ocasión de una nueva. La segunda, que la ley nueva introduzca un elemento nuevo en juego; en otras palabras, debe modificar, completar o afectar el dominio de la ley anterior.

Con estas dos condiciones concluimos, en primer lugar, que es claro que para cuestionar la nueva ley todavía no promulgada, el Consejo examina la ya promulgada. En segundo, la inconstitucionalidad sólo puede ser declarada respecto de la nueva ley; las disposiciones de la antigua, en cambio, cuya inconstitucionalidad fue igualmente establecida, no son afectadas por la decisión del Consejo.⁵⁷

Pero es precisamente esta situación la que resulta un poco inquietante, pues una vez probada la inconstitucionalidad de la ley antigua ¿Cómo no extraer de ello algunas consecuencias?

A este respecto, la decisión de 25 de julio de 1989 (TGV Norte) retomó la jurisprudencia estado de urgencia en Nueva Caledonia, agregando que "pertenece [al Consejo constitucional] asegurarse que los términos no son contrarios a la Constitución". De esta manera, el Consejo entró en el examen de fondo de ciertas disposiciones de

56 Para profundizar sobre ello *idem*, pp. 145-168.

57 *Cfr.* Favoreu, Louis y Loïc Philip, *GDCC, cit. supra*, nota 18, pp. 627-631.

la ley ya promulgada, concluyendo su conformidad con la Constitución.

Pero, si hubiera apreciado la no conformidad ¿Habría pronunciado la inconstitucionalidad de las disposiciones ya promulgadas? o ¿habría otra consecuencia a deducir sin llegar a declarar la inconstitucionalidad?

Una respuesta positiva implicaría la ruptura frontal del principio de inimpugnabilidad de leyes después de su promulgación, lo que es demasiado fuerte si tomamos en consideración las características del control de constitucionalidad francés (predominantemente previo) y si pensamos que transformaría las situaciones jurídicas ya creadas, lo que, en cambio, no obsta para que se admita el rompimiento del mencionado principio.

Quizá de manera menos frontal pudiera argumentarse que si el Consejo estimó las disposiciones como contrarias a la Constitución (poco importa, de acuerdo con la decisión de 16 de enero de 1962, que formen parte de los "motivos" y no de los "dispositivos") las jurisdicciones ordinarias podrían rechazar la aplicación de estas disposiciones legislativas declaradas inconstitucionales,⁵⁸ porque, si no es así, ¿cómo podrían aplicarse si el Consejo ya constató su inconstitucionalidad?

Ciertamente este argumento es convincente, pero en aras de la seguridad jurídica (pues las reticencias de los jueces ordinarios por aplicar la Constitución encontrarían un pretexto a su favor) en el sentido de no dejar a los jueces ordinarios la posibilidad de inaplicar⁵⁹ las leyes sólo consideradas inconstitucionales (sin declararse su inconstitucionalidad, ya que el Consejo constitucional no puede hacerlo). Es mucho mejor, creemos, la introducción de la cuestión prejudicial de inconstitucionalidad.

58 Compartimos la opinión de Renoux y Luchaire. Ver Renoux, Thierry, *Recueil Dalloz*, 1986, p. 425 y Luchaire, François, "L'exception d'inconstitutionnalité", *Les recours des particuliers...*, cit. supra, nota 27, p. 147. Contrariamente, rechazamos la opinión más conservadora de Bruno Genevois según la cual los jueces ordinarios sólo pueden intervenir cuando se trata de leyes anteriores a la Constitución. Ver *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1989, vol. V, p. 474.

59 François Luchaire encuentra, audazmente, otro fundamento más. Se trata de la parte del texto del artículo 62 que dispone: "una disposición declarada inconstitucional no puede ser promulgada ni aplicada". Así, la frase "ni aplicada" puede referirse a la disposición de ley que el Consejo declaró inconstitucional. *Ibidem*, especialmente nota 253.

2. *¿Es suficiente el control tal como existe?*

A diferencia de lo que sucede en España, en Francia el sistema de control de constitucionalidad de las leyes permanece incompleto, sin embargo el mismo derecho nacional ofrece al menos una solución. Si a pesar de esta reforma "nacional" el sistema continúa siendo incompleto, podríamos recurrir al derecho comparado para tratar de completarlo con la cuestión prejudicial de inconstitucionalidad.

A. Apparently no, but it can be

Es indispensable decir que partimos de la idea de que casi todo puede ser mejorado; no obstante, con el fin de cumplir nuestra labor, es necesario tener algunas referencias objetivas que puedan permitirnos encontrar un punto de partida. Así, tomando como referencia el punto donde lo necesario (no lo mínimo) se alcanza, la cuestión es saber si esos dos países han alcanzado lo que es necesario en relación con el control de constitucionalidad de las leyes.

En España, la situación es paradójica. Los cambios que se pueden entrever no prevén el acrecentamiento de las competencias del Tribunal constitucional; antes al contrario. En el Coloquio Internacional sobre la LOTC que tuvo lugar en octubre de 1994⁶⁰ se exteriorizó lo que todo el mundo decía hace algunos años: el Tribunal constitucional está sobrecargado.

No es difícil encontrar la razón de ello. De los 29,814 asuntos que fueron presentados en el Tribunal de 1980 a 1994, 28,106, es decir, el 94.5 por ciento fueron recursos de amparo. He aquí una institución que es a la vez la más protectora de los derechos fundamentales y la más preocupante.

Ella es tan preocupante que uno de los principales temas durante los trabajos de la conmemoración de los 15 años de la LOTC fue la posible limitación de este recurso. Sabiendo que el artículo 24 de la Constitución tiene mucha responsabilidad en este asunto, un cierto número de personas sugirieron la supresión de su protección a través del amparo. Pero eso no es el objeto de esta investigación que, sin embargo, resultaría muy provechoso analizar, habida cuenta de la existencia y funcionamiento casi similar de los artículos 14 y 16 de nuestra Constitución mexicana.

⁶⁰ Los trabajos están publicados en la obra *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Madrid, TC-CEC, 1995.

En cuanto al control de constitucionalidad de las leyes, es importante decir que la cuestión de inconstitucionalidad comienza a tomar una inevitable ventaja sobre el recurso ordinario de inconstitucionalidad y ello se presenta aquí, creemos, porque aquél proceso constituye uno de los verdaderos puentes jurídicos entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria. Forma parte de una relación jurídica al 100 por ciento entre las dos jurisdicciones,⁶¹ cuyas relaciones son excepcionalmente "tachadas" de políticas. A lo sumo, puede haber en ellas fricciones que pueden revestir un aspecto político, sin embargo, son resueltas jurídicamente.

Dicho eso, no podemos más que alegrarnos por el hecho de que de 1980 a 1994, de los 29 mil 814 asuntos presentados al Tribunal constitucional, 630 (2.1 por ciento) son "cuestiones de inconstitucionalidad", frente a los 415 (1.4 por ciento) recursos de inconstitucionalidad. Incluso, la media de los cinco últimos años es de 54.8 por ciento para las cuestiones y de 28.8 por ciento para los recursos.⁶²

Por lo que se refiere a las sentencias, las cosas no son iguales. Hay 170 decisiones producidas por la vía del recurso, frente a 157 por la vía de la cuestión. Sin embargo, la media de los cinco últimos años es más elevada para las cuestiones (18.4 por ciento) que para los recursos (15.8 por ciento).

En suma, la preocupación del Tribunal constitucional español no tiene nada que ver con el acrecentamiento de sus competencias. Más bien las cosas van en otra dirección.

En Francia, la situación no se presenta de esta manera, sin embargo puede serlo.

Quisiéramos precisar que nuestro análisis está lejos de examinar el correcto funcionamiento del control de constitucionalidad, lo que es un asunto más bien de apreciación que de objetividad (empresa en la que somos incapaces de lanzarnos). Lo que es importante es que el control sea suficiente para que pueda funcionar; que funcione bien o mal no corresponde a nosotros determinarlo.⁶³

61 Para profundizar sobre este tema ver Rubio Llorente, Francisco, "Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional", *REDC*, Madrid, núm. 4, enero-abril 1982, pp. 35-67; y Pérez Tremps, Pablo, *Tribunal constitucional y Poder Judicial*, Madrid, CEC, 1985.

62 Tomamos estas cifras de la obra que acabamos de citar sobre los 15 años de la LOTC.

63 Nos apartamos, entonces, de la opinión de Louis Favoreu según la cual la introducción de la cuestión de inconstitucionalidad entrañaría un mal funcionamiento del sistema tal como existe. Ver "L'exception d'inconstitutionnalité. Est-elle indispensable en France?", *AJJC*, 1992, p. 12, especialmente nota 3. Este artículo retoma un tema

En Francia, la cuestión de inconstitucionalidad es, de entrada, fuertemente disputada. Hay quienes sostienen, la gran mayoría, que el control anterior es incompleto y que no debe llegar a paralizar al control posterior⁶⁴ o, por otra parte, que con el control anterior "lo esencial está hecho, pero que todavía hay huecos"⁶⁵

Contrariamente, hay quienes se preguntan si el Parlamento no está ya suficientemente controlado por el Consejo constitucional o si es indispensable instituir la cuestión a la francesa, con los riesgos de disfuncionamiento que ello implica.⁶⁶

Consideramos que el control de constitucionalidad en Francia no es suficiente por diversas razones.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el control previo es por naturaleza político. No se trata de una ley, sino de un proyecto de ley y los órganos que pueden impugnarla son órganos políticos. No vemos, entonces, cómo en un cierto momento político ciertos órganos políticos no argumenten sólo con criterios políticos. El razonamiento jurídico no es la regla a seguir,⁶⁷ que coincida con lo político es otra cosa.

En la cuestión prejudicial, en cambio, estamos ante una ley donde las discusiones parlamentarias ya no existen porque la ley ya fue publicada. El riesgo político, pues, ya tuvo lugar. Además son los jueces los que van a impugnar la ley, y ellos, por definición, actúan frente a la aplicación de la ley. Sus dudas son en principio jurídicas. No vemos cómo un juez pueda impugnar una ley bajo aspectos políticos. E incluso, esta duda ciertamente, creemos, no tendrá éxito.

planteado anteriormente en la conclusión de su artículo "L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires", *RFDC*, PUF, 1990-1994, pp. 581-617.

64 Ver Genevois, Bruno, "Les solutions possibles", *L'exception d'inconstitutionnalité...*, *cit. supra*, nota 30, p. 102.

65 Ver Luchaire, François, "Discussion", *Le recours des particuliers...*, *cit. supra*, nota 13, p. 199.

66 *Idem*, p. 197; "L'exception...", *cit. supra*, nota 64, p. 12. En realidad esta posición está aislada. Sin embargo, la consideramos digna de ser expuesta porque, por un lado, quien la formula es considerado, desde hace algún tiempo, como uno de los promotores entusiastas de la justicia constitucional en el mundo, y, por otro, su posición está cuidadosamente fundada. En pocas palabras, es una opinión con autoridad doctrinaria.

67 Badinter, Robert, antiguo presidente del Consejo constitucional declaraba en una entrevista: "la gran mayoría de las instancias es de origen parlamentario [y] pues de carácter político. Si una ley no está en el corazón de un debate político, el Consejo constitucional no es frecuentemente instado [...]" Ver "L'exception d'inconstitutionnalité, garantie nécessaire du citoyen", *Juris-classeur périodique. La semaine juridique*, Editions techniques, 1992, p. 35-84.

Ahora bien, adicionar un control previo cuando existe un control represivo no causa graves problemas, sobre todo cuando éste es predominante. El criterio jurídico, entonces, ya jamás será neutralizado por criterios políticos. Agregar un control represivo donde sólo hay un control previo, es decir, la situación inversa, puede suscitar temores en relación, concretamente, con los jueces, y sobre todo, cuando éstos asumen con reticencias la aplicación directa de la Constitución.

Pero, en todo caso es más deseable, creemos, adicionar un control jurídico que pueda hacer retornar la balanza que por ahora está inclinada a favor del control previo y político que dejar todo al arbitrio político. De otra manera, el Consejo constitucional continuará neutralizando, él solo, esta situación.

En segundo lugar, la evolución de la justicia constitucional en Francia muestra la clara intención de incrementar gradualmente el sistema. En efecto, el modelo de 1958 fue mejorado con ocasión de la decisión de 1971, que dio a los preámbulos de 1946 y 1958, y a través de ellos a otras categorías jurídicas, un valor constitucional. Además, el sistema de 1958 que había permitido emitir hasta esa fecha solamente nueve decisiones cambió enormemente en 1974 al permitir a las minorías el derecho de instar. Las decisiones, evidentemente, aumentaron.

La fecha de 1990 está inserta en la "lógica jurídica"⁶⁸ de esta evolución. Incluso (poco importa que ella haya fracasado) permite decir que la evolución del sistema francés de control de constitucionalidad continúa creciendo con el fin de mejorar. Un cierto número de autores hablan de tal finalidad de la reforma.

Finalmente, las leyes orgánicas son obligatoriamente, pero no automáticamente, controladas por el Consejo. Las leyes ordinarias, en cambio, son impugnadas facultativamente por ciertos órganos políticos; entonces habrá, por definición, ciertas leyes —las ordinarias— que pueden escapar al control del Consejo e, incluso, las que se impugnen pueden contener alguna inconstitucionalidad "oculta" en las constitucionalidades, debido, como ya dijimos, a su falta de aplicación.

En conclusión, el control tal como está es insuficiente. Pero esta constatación no nos ayuda en nada. Es preferible preguntarse si ella puede cambiar. Hay al menos dos hipótesis. Una de origen extran-

⁶⁸ Ver por ejemplo, Maus, Didier, "Discussion", *L'exception...*, *cit. supra*, nota 30, pp. 134-136.

jero y otra de origen nacional. Abordaremos primero la nacional y después, en la sección siguiente, la extranjera.

La hipótesis nacional la dividiremos en dos pequeñas hipótesis. La primera tiene que ver con la inclusión en la categoría de ley orgánica del dominio de los derechos fundamentales. Esta categoría de ley orgánica obedece a un reforzamiento de la mayoría parlamentaria con el fin de que la ley se vote por una mayoría denominada absoluta. Con este procedimiento reforzado ciertas áreas pueden ser mayormente protegidas, como por ejemplo los derechos fundamentales.

En España, se trata de una categoría prevista por la Constitución. El artículo 81.2 dispone: "la aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto". Existe, entonces, una reserva *formal* para las leyes orgánicas. Ahora bien, los derechos fundamentales tienen una protección reforzada porque no son objeto de leyes ordinarias, sino de leyes orgánicas, como lo precisa el artículo 81.1.⁶⁹ Entonces hay igualmente una reserva *material* para las leyes orgánicas.

Las dos reservas que acabamos de señalar impiden, por una parte, la intervención del legislador ordinario en esta área y vinculan, por otra, al legislador orgánico.⁷⁰

En Francia, cuando uno se da cuenta que los derechos fundamentales no cuentan con una reserva *material* de ley orgánica se sorprende mucho, sobre todo porque es de todos conocido que este país utiliza desde hace tiempo esta categoría. La distinción entre leyes ordinarias y leyes orgánicas en Francia es clásica, como ahora lo es en toda Europa. Sin embargo, encontramos la explicación en los textos que contienen los derechos fundamentales, pues son antiguos; datan de 1789 y de 1946, sin haberse actualizado cuando se elaboró la Constitución de 1958.

Además, es igualmente sorprendente no encontrar una lista de derechos fundamentales cuando revisamos el texto constitucional en vigor. El preámbulo ayuda a este respecto, de acuerdo, pero fue necesario esperar más de diez años para ver que la Constitución

69 Que indica: "Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los estatutos de autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución".

70 Cfr. López Guerra, Luis *et al.*, *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Valencia, Tirant lo blanch, 1991, vol. I, pp. 67-69.

actual también está integrada por los derechos fundamentales consagrados en los textos antiguos.

Por otra parte, es necesario recordar que los derechos fundamentales están incluidos en la reserva formal de ley ordinaria realizada por el artículo 34 y por consiguiente —encontrándose fuera de toda ley orgánica— no son controlados por el Consejo constitucional, salvo si el recurso previo es ejercido.

Pero eso no es todo, la tradición parlamentaria francesa también pesa mucho en este asunto. Que la Asamblea nacional se elija por sufragio universal directo, a diferencia del Senado que es elegido por sufragio universal indirecto, hace cambiar la situación. En efecto, entre las prerrogativas que la Constitución reconoce a la Asamblea nacional frente al Senado se encuentra la de zanjar el desacuerdo con éste respecto de la aprobación de las leyes orgánicas (artículo 46.3).

Extender la reserva de ley orgánica a los derechos fundamentales no parece ser cosa fácil. De hecho, constatamos que la posición del Senado en los debates de la reforma constitucional de 1990 consistía en que no solamente intervendría en la elaboración de las leyes orgánicas reguladoras de los derechos fundamentales, sino también en todas las leyes de este tipo. Esta idea fue lanzada por Etienne Dailly, como él lo reconoció,⁷¹ y después fue adoptada por la Comisión de leyes del Senado presidida por Jacques Larche; por tanto, contó con el apoyo de toda la oposición, es decir, de la derecha.

En la discusión general del proyecto de reforma constitucional Marcel Rudloff sostenía que a partir del ejemplo dado por el primer ministro,⁷² de manera que la ley orgánica que completaría la reforma constitucional debería ser votada en términos idénticos en las dos asambleas, la situación podría convertirse en una regla.⁷³ La posición

71 Ver Sénat, *Journal officiel de la République française, Débats*, 13 de junio de 1990 (CR, núm. 39), pp. 1584 y 1585. Él mismo dijo, incluso, que asumía sus responsabilidades y que nunca pensó provocar tal tempestad.

72 En efecto, este último con el fin de solucionar el problema que impidió acompañar el proyecto de reforma constitucional con el de ley orgánica aseguró que adicionalmente al proyecto de reforma constitucional un artículo transitorio disponiendo que entraría en aplicación a partir de la fecha de promulgación de la ley orgánica que preveía. Así, la reforma no sería efectiva hasta en tanto el Parlamento hubiera adoptado las modalidades de aplicación. La referencia al Parlamento debe ser aplicada a las dos asambleas con igualdad de derecho. Con esta técnica, subrayaba, la necesidad de un acuerdo entre las dos asambleas ofrece al Senado más garantías de las previstas en la Constitución. Cfr. Sénat, *Journal officiel de la République française, Débats*, 12 de junio de 1990 (CR, núm. 38), pp. 1500 y 1501.

73 *Idem.*, pp. 1516 y 1517.

contraría era la de Michel Dreyfus-Schmidt, senador socialista, que manifestó que esta enmienda significaría "colocar la barra demasiado alta" y mostrar la voluntad de "torpedear" el proyecto. Es más, agregaba, sería como regresar al Senado de la tercera República, sería una regresión terrible del Estado de derecho.⁷⁴ El ministro de justicia, por su parte, afirmó que esta enmienda desnaturalizaría la noción misma de ley orgánica.

Después de esto, la enmienda fue votada; el grupo socialista se manifestó en contra y el grupo comunista no participó en la votación.⁷⁵

La respuesta dada por la Asamblea fue evidentemente negativa. La Comisión de leyes, presidida por Michel Sapin, consideró unánimemente no deseable retener la proposición senatorial porque modificaba profundamente las relaciones entre las dos Asambleas, rompiendo el equilibrio institucional querido por los fundadores de la V República. La enmienda introducida por el Senado fue suprimida.⁷⁶

La segunda hipótesis trata de someter al Consejo constitucional todas las leyes antes de su promulgación. Como esta hipótesis tiene que ver con un problema de filtración,⁷⁷ diremos simplemente que el efecto que provocaría sería inverso, es decir, recargaría el trabajo del Consejo constitucional, lo que no satisface a nadie.

En suma, son dos hipótesis con la finalidad de completar un poco más el sistema de control previo. Sin embargo, a nuestros ojos, si hubieran sido puestas en aplicación, el sistema continuaría estando incompleto, ¿por qué?

A pesar de este control previo, las leyes todavía pueden ser inconstitucionales. En efecto, Robert Badinter fue extremadamente explícito en 1989, cuando lanzó la idea de introducir la cuestión de inconstitucionalidad; afirmaba: "todos los que participaron en la elaboración de leyes saben que éstas pueden ocultar, tratándose de textos muy complejos, disposiciones que, en el momento de su aplicación, pueden aparecer inconstitucionales, por ejemplo porque rompan la igualdad entre los ciudadanos" (*Le Monde*, 3 de marzo de 1989).⁷⁸

⁷⁴ *Idem*, p. 1529.

⁷⁵ *Idem* (CR, núm. 39), pp. 1582-1585.

⁷⁶ Cfr. Asemblée Nationale, *Journal officiel de la République française, Débats*, 21 de junio de 1990 (CR, núm. 45), pp. 2766 y 2782.

⁷⁷ Ver Favoreu, Louis, "L'élargissement...", *cit. supra*, nota 30, p. 601.

⁷⁸ En 1992 declaraba: "no se puede descubrir la inconstitucionalidad de una ley sino observando sus efectos. Es en la experiencia que uno se da cuenta que dicha ley golpea a los ciudadanos en sus derechos fundamentales". Ver "L'exception d'inconstitutionnalité...", *cit. supra* nota 67, p. 384.

Bruno Genevois, por su parte, subraya que las jurisdicciones que practican el control represivo pueden proceder a un examen mucho más fino de las realidades que aquéllas que se limitan al control previo. Además, les es más fácil tomar en consideración las consecuencias concretas y el alcance real de las normas legislativas.⁷⁹

En resumen, los motivos por los que los parlamentarios instan al Consejo constitucional son más bien políticos que jurídicos. Ellos deben encontrar los motivos de inconstitucionalidad en lo abstracto, sin otra referencia que la de su imaginación y experiencia. Los jueces, por el contrario, tienen como referencia su actividad profesional; tienen que aplicar las leyes al caso concreto. Ellos contrastan la abstracción de las leyes con la concretización de la realidad y a partir de ahí la inconstitucionalidad aparece sola.

En conclusión, el control previo jamás comprenderá el control represivo, dicho de otra forma, nunca será suficiente. Este último, en cambio, puede comprender el control previo.

B. *¿Es necesario llegar a una coordinación de los dos tipos de control?*

Entonces, ¿qué debemos hacer? Si no encontramos en el derecho nacional una solución lo bastante conveniente, es preferible dirigirnos al derecho comparado, donde encontramos la cuestión de inconstitucionalidad. Pero el tipo de control al que pertenece la cuestión es represivo y el que existe en Francia, en cambio, es preventivo; en otros términos, se trata de dos tipos de control que mantienen una misma teleología (depuración del ordenamiento jurídico de leyes inconstitucionales), pero que en cierta forma son contradictorios.

Si tal es la situación y si el control represivo —ya lo hemos visto— se reconoce como necesario cuando sólo existe un control preventivo, es necesario buscar el punto medio, la manera de coordinarlos con el fin de colmar esta laguna jurídica. Veamos, entonces, cuáles son los argumentos —a favor y en contra— que hay a este respecto.

Una posición con suficiente fundamento, y en alguna forma aislada en el ambiente académico,⁸⁰ es la de Louis Favoreu. A ella nos referiremos pues es, al parecer, la única que existe en contra de la introducción de la cuestión de inconstitucionalidad en Francia. En

79 Cfr. "Les solutions possibles", *L'exception...*, cit. supra, nota 30, p. 132.

80 En los debates pudimos constatar que era uno de los argumentos en contra del proyecto constitucional.

un primer momento sostuvo, con relación a la crítica según la cual Francia era la última de la clase en materia de protección de los derechos fundamentales debido, concretamente, a la ausencia de un acceso directo a la justicia constitucional, que tomando en cuenta la naturaleza y la significación diferente de la ley sometida al control en Francia y en otros países, la ausencia de un acceso directo tiene relativamente mucho menos importancia en Francia que en Alemania, Austria, Italia o España.⁸¹

Con posterioridad, y recordando el análisis que había hecho, afirmó que la instauración en Francia de un control de constitucionalidad de leyes posterior tendría mucho más impacto sobre la soberanía parlamentaria que en otros países. Acto seguido, agregaba que la reforma tendría por efecto aumentar considerablemente la presión de control sobre las leyes votadas por el parlamento nacional y exclusivamente sobre ellas.⁸²

Por nuestra parte, no estamos completamente de acuerdo con esta opinión y las consideraciones que en seguida daremos están limitadas a España y a Francia, objeto de este trabajo, por lo que dejamos de lado las posibles referencias a otros países.

Que el control de constitucionalidad de las leyes en España es parcial es correcto. En este país, ya lo habíamos dicho, el recurso de amparo cubre el 94.5 por ciento de los asuntos presentados al Tribunal constitucional, mientras que el recurso de inconstitucionalidad representa el 1.4 por ciento frente al 2.1 por ciento de la cuestión de inconstitucionalidad. Pero no podemos aislar completamente estos datos, es necesario ponerlos en relación unos con otros. Así pues ¿qué es lo que en realidad muestran?

Puede significar que el control, habida cuenta de la existencia de otros procesos, es más completo. Cierto, pero eso nos interesa poco. También puede significar que hay otros instrumentos que tienen por tarea la protección de los derechos fundamentales (el recurso de amparo concretamente); lo que no sucede en Francia donde sí hay otros instrumentos que, sin embargo, no protegen directamente los derechos fundamentales.

Ahora bien, esta última constatación conlleva la siguiente consideración: los derechos fundamentales se violan más por los actos administrativos y judiciales (actos objeto del recurso de amparo) que por las leyes. Dicho de otra forma, las leyes (de manera abstracta,

81 Cfr. "L'élargissement...", *cit. supra*, nota 30, pp. 599-601.

82 Cfr. "L'exception...", *cit. supra*, nota 63, pp. 12-15.

claro está)⁸³ raramente transgreden los derechos fundamentales.⁸⁴ Esta es la razón del crecimiento del recurso de amparo.⁸⁵

Luego entonces, la existencia de otros instrumentos distintos a los que controlan la ley, debilitan el impacto sobre el daño causado al Parlamento.

En Francia, en cambio, no hay otros instrumentos diferentes al que controla la ley (hay otros, como ya dijimos, pero que no tienen que ver con la protección directa de los derechos fundamentales) para proteger los derechos fundamentales. Esto significa que el problema se encuentra en las leyes y que ni los actos administrativos ni los judiciales transgreden los derechos fundamentales (i). Entonces, esta es la razón por la cual el control de las leyes, siendo fuerte, debe todavía reforzarse.

Sin embargo, si el control tal como existe deja a un lado la protección de los derechos fundamentales,⁸⁶ sin meternos en el hecho de ser una desventaja con relación a otros ordenamientos jurídicos, al menos con España, su solución conllevaría (y aquí sí coincidimos con Favoreu, pero con ciertas salvedades hechas) indudablemente, pero necesariamente, a un impacto mayor en la soberanía, si se opta por la segunda de las siguientes alternativas (que es la única, a nuestro modo de ver, que completaría correctamente el control de constitucionalidad): o el dominio de los derechos fundamentales se incluye en las leyes orgánicas o se introduce la cuestión de inconstitucionalidad.

En España, independientemente de lo que acabamos de decir, hubo un intento para hacer funcionar la justicia constitucional con los dos tipos de control. Fue el caso del recurso previo que se introdujo con la LOTC y que fue suprimido.⁸⁷ A pesar de ello, hay

⁸³ Nos referimos al recurso ordinario de inconstitucionalidad, que cuestiona la ley desde su publicación y antes de su aplicación, por lo que puede impedir que sea aplicada. Pero aun así, se trata de leyes que han desconocido los derechos fundamentales y que al ponerlas en aplicación el único medio para invalidarlas es la cuestión de inconstitucionalidad.

⁸⁴ Esta afirmación es tan importante que de los 415 recursos de inconstitucionalidad 317 impugnaron la ley con motivo de una invasión de competencias y no de derechos fundamentales.

⁸⁵ Además, el hecho que de 1980 a 1994 de todos los recursos de amparo solamente 7 conllevaron al control de la ley (en cuanto acto sobre el cual se fundan los actos atacados por el recurso de amparo) es igualmente demostrativo.

⁸⁶ Porque el control obligatorio (no automático) de leyes orgánicas no comprende las leyes reguladoras de los derechos fundamentales que son contenido de las leyes ordinarias.

⁸⁷ Puede ser que en el futuro este recurso se reintroduzca. Ver Rodríguez-Piñero y Miguel Bravo-Ferrer, "Jurisdicción y justicias constitucionales", *La jurisdicción constitucional...*, *cit. supra*, nota 60, p. 227

otro tipo de coordinación efectuada entre el recurso ordinario de inconstitucionalidad (que en ciertos aspectos podemos considerar previo) y la cuestión de inconstitucionalidad. Nos limitaremos a enunciar esta situación que merece una reflexión más larga y profunda, lo que es imposible de hacer en este trabajo.

El recurso ordinario de inconstitucionalidad puede hacerse valer dentro de los tres meses a partir de la publicación de la ley (artículos 31 y 33 de la LOTC). Entonces, es posible que antes de ser aplicada por un órgano administrativo o judicial, la ley pueda ser impugnada, razón por la cual podríamos considerarlo (bajo ciertas reservas) como un recurso previo, aun cuando se trata de un control represivo.

Ciertamente, advertimos que la ley no podrá ser modificada (solamente anulada) si la apreciación de la posible contradicción con la Constitución se constata, lo que sí ocurre en el recurso previo.⁸⁸ Pero, de todas maneras, creemos que no se trata de un control represivo puro porque le falta la aplicación; si hay inconstitucionalidad la disposición de la ley será efectivamente anulada pero, insistimos, no habría sido puesta en vigor al 100 por ciento.

Si admitimos esta hipótesis, entonces podríamos concluir que el control previo y el represivo pueden existir y funcionar al mismo tiempo. En España, al menos han habido dos casos en los que el Tribunal constitucional acumuló un recurso ordinario de inconstitucionalidad con una cuestión de inconstitucionalidad (SSTC 225/93 y 341/93), debido a la identidad de objeto de ambos procesos.

En Francia, la coordinación entre estos dos controles constituye un verdadero obstáculo. No es fácil y llegado el caso, trastornará seguramente el ordenamiento jurídico. Es necesario advertir, sin embargo, que con un sistema previo fuerte (comprendida la regulación de los derechos fundamentales en la categoría de leyes orgánicas)⁸⁹ el número de leyes probablemente inconstitucionales se reducirá enormemente, aun cuando jamás será excluido, porque hasta el momento de su aplicación puede considerarse que continúa latente una inconstitucionalidad.

Es aconsejable, igualmente, que se introduzca la cuestión de inconstitucionalidad que depurará el número insignificante de leyes inconstitucionales que no pudieron ser detectadas en el examen pre-

88 A pesar del argumento según el cual el recurso previo no es un recurso contra una ley, sino contra un proyecto que probablemente será ley.

89 Corriendo el riesgo de recargar de asuntos al Consejo constitucional.

vio. Así, sólo llegarán al Consejo constitucional las verdaderas cuestiones de inconstitucionalidad. Pero esto es demasiado pedir.

IV. CONCLUSIÓN

No hay verdaderos obstáculos para que la cuestión de inconstitucionalidad, como existe en España o en otros países, pueda introducirse en el ordenamiento jurídico francés. ¿Y porqué entonces no se ha logrado instaurar?

La explicación no se encuentra desde luego en motivos jurídicos. En realidad, de acuerdo con los debates parlamentarios, la oposición sólo tenía la intención (¡casi nada!) de modificar el estatuto jurídico del Consejo constitucional y, ya de paso, el procedimiento legislativo. Pero para hacer esto hizo falta una reforma constitucional más amplia que el gobierno no previó y no quiso prever.

Por otro lado, la posición de los jueces con relación a la cuestión de inconstitucionalidad no es tan peligrosa como se pretende hacer ver. En el proyecto de ley orgánica, que fue retirado, se preveían determinadas condiciones que los jueces tenían que cumplir antes de someter la cuestión al Consejo constitucional. Ellas son similares a las que encontramos en los ordenamientos jurídicos español, italiano y alemán. De esta manera, sus actividades están jurídicamente encuadradas y, lo que es más, las partes del proceso podían impugnar la decisión del juez cuando éste hubiera emitido la resolución de fondo. La situación jurídica estaba, pues, protegida.

Si no se trataba de un problema jurídico no nos queda sino tachar de político el fracaso de la reforma. Lo pudimos constatar en la lectura de los debates. El proyecto socialista de reforma constitucional no contaba con el apoyo de la mayoría absoluta, ni en la Asamblea nacional ni en el Senado.

Sin embargo, la situación política hoy en día no es la misma. La mayoría necesaria para aprobar la reforma constitucional puede ser alcanzada fácilmente. El único riesgo que existe es el de confundir a la opinión pública porque un proyecto de origen socialista pasaría a ser de derecha. Pero ¿no es igualmente verdadero que los socialistas han utilizado ideas liberales?

Es necesario, creemos, ir más allá del debate político. Que sea un ala política u otra poco importa. Debemos tomar en consideración que se trata de una reforma constitucional que sólo tiene un obje-

tivo: la protección del orden constitucional pero, sobre todo, de los derechos fundamentales.⁹⁰

V. ANEXOS⁹¹

I. Asamblea Nacional. Número 1203. Novena legislatura. Segunda sesión ordinaria de 1989-1990.

Proyecto de reforma constitucional de los artículos 61, 62 y 63 de la Constitución que instituyen un control de constitucionalidad de leyes por vía de excepción.

Presentado en nombre de François Mitterrand, Presidente de la República, por Michel Rocard, Primer Ministro y por Pierre Arpailange, Guardasellos, Ministro de Justicia.

El Presidente de la República,
A propuesta del Primer Ministro,
Visto el artículo 89 de la Constitución,
Decreta:

El presente proyecto de reforma constitucional de los artículos 61, 62 y 63 de la Constitución que instituye un control de constitucionalidad de leyes por vía de excepción, deliberado en Consejo de ministros con posterioridad al dictamen del Consejo de Estado, será presentado a la Asamblea Nacional. El Guardasellos, Ministro de Justicia, está encargado de exponer sus motivos y sostener su discusión.

Artículo 1o.

Se adiciona al artículo 61 de la Constitución el párrafo siguiente:

“Las disposiciones de ley relacionadas con los derechos fundamentales reconocidos a toda persona por la Constitución pueden ser sometidas al Consejo constitucional por vía de excepción con ocasión de una instancia en curso ante una jurisdicción”.

⁹⁰ Quiero agradecer la ayuda que Graciela Sandoval Vargas generosamente me brindó para la revisión de este trabajo.

⁹¹ El texto de ambos proyectos puede ser consultado en los anexos presentados en el proceso verbal de la sesión de 2 de abril de 1990 en la Asamblea nacional, así como en el artículo de Pierre Bon titulado “Les recours envisagés”, *Les recours...*, *cit. supra*, nota 27.

Artículo 2o.

El primer párrafo del artículo 62 de la Constitución es reemplazado por las siguientes disposiciones:

“Una disposición declarada inconstitucional con fundamento en el primer o segundo párrafo del artículo 61 no puede ser promulgada ni aplicada.

Una disposición declarada inconstitucional con fundamento en el párrafo quinto del artículo 61 deja de ser aplicable y no puede ser aplicada a los procesos en curso, comprendido el correspondiente ante el juez de casación”.

Artículo 3o.

Se adiciona al artículo 63 de la Constitución el párrafo siguiente:

“Esta ley orgánica igualmente fija las modalidades de aplicación del párrafo quinto del artículo 61 y del párrafo segundo del artículo 62 y concretamente las condiciones en las cuales el Consejo constitucional es instado por el Consejo de Estado, la Corte de casación o cualquier otra jurisdicción francesa que no sea de la competencia ni de uno ni de otro”.

Hecho en París el 29 de marzo de 1990.

I. Asamblea Nacional. Número 1204. Novena legislatura. Segunda sesión ordinaria de 1989-1990.

Proyecto de ley orgánica que modifica la ley orgánica del Consejo constitucional número 58-1067 de 7 de noviembre de 1958.

Presentado en nombre de Michel Rocard, Primer Ministro, por Pierre Arpaillange, Guardasellos, Ministro de Justicia.

El Primer Ministro,

Con fundamento en el informe del Guardasellos, Ministro de Justicia,

Visto el artículo 39 de la Constitución,

Decreta:

El presente proyecto de ley orgánica que modifica la ley orgánica del Consejo constitucional número 58-1067 de 7 de noviembre de

1958, deliberado en Consejo de Ministros con posterioridad al dictamen del Consejo de Estado, será presentado por el Guardasellos, Ministro de Justicia, que está encargado de exponer sus motivos y sostener su discusión.

Artículo 1o.

Se adiciona al título II de la ley orgánica del Consejo constitucional número 58-1067 de 7 de noviembre de 1958, un capítulo II bis con la redacción siguiente:

“Capítulo II bis

Del control de constitucionalidad de leyes por vía de excepción

Artículo 23.1 La excepción de inconstitucionalidad puede ser presentada ante toda jurisdicción competente del Consejo de Estado o ante toda jurisdicción de enjuiciamiento competente de la Corte de casación. La jurisdicción transmite sin retardo la cuestión por una decisión no susceptible de recurso al Consejo de Estado o a la Corte de casación, cuando la disposición impugnada condicione la resolución del litigio, la validez del proceso o constituya el fundamento de persecuciones, que no haya sido ya declarada conforme a la Constitución por el Consejo Constitucional en los motivos y el dispositivo de su decisión y que la cuestión no sea manifiestamente infundada.

La excepción de inconstitucionalidad no puede ser presentada ante la Corte penal.

Cuando se transmite la cuestión al Consejo de Estado o a la Corte de casación, la jurisdicción suspende el procedimiento. Puede, sin embargo, no hacerlo en el caso en que la ley le imponga, en razón de urgencia, un plazo para resolver. En todos los casos puede tomar medidas de urgencia o de conservación necesarias.

El rechazo a transmitir la cuestión al Consejo de Estado o a la Corte de casación no es susceptible de recurso separadamente de la decisión que resuelva todo o parte del litigio”.

Artículo 23.2. La excepción de inconstitucionalidad puede presentarse ante toda jurisdicción de instrucción que sea de la competencia de la Corte de casación en cualquier momento del proceso. La jurisdicción transmite sin retardo la cuestión a la Corte de casación, por una decisión no susceptible de recurso, cuando la disposición

impugnada condicione la validez del proceso o constituya el fundamento de persecuciones, que no haya sido ya declarada conforme con la Constitución por el Consejo constitucional en los motivos y el dispositivo de su decisión y que la cuestión no sea manifiestamente infundada.

“Cuando la persona que eleve la excepción esté detenida, la jurisdicción de instrucción resuelve dentro de los treinta días siguientes al depósito en secretaría de la petición escrita que presenta la excepción. Si la jurisdicción no ha resuelto en este plazo, el ministerio público transmite la cuestión a la jurisdicción competente del nivel superior.

La transmisión de la cuestión a la Corte de casación por la jurisdicción de instrucción o por el ministerio público no tiene por efecto la suspensión del curso de la información.

En materia contravencional o delictiva, la decisión por la cual una jurisdicción de instrucción rechaza transmitir la cuestión a la Corte de casación no es susceptible de recurso. Esta cuestión puede ser nuevamente presentada ante la jurisdicción de enjuiciamiento.

En materia criminal, la decisión por la cual la jurisdicción de instrucción de segundo grado rechaza transmitir la cuestión no puede ser objeto de un recurso de casación en forma independiente de la decisión que ordena el reenvío ante la jurisdicción de enjuiciamiento.

Artículo 23.3. El Consejo de Estado, instado con fundamento en el artículo 23.1, o la Corte de casación, instada con fundamento en el artículo 23.1 o en el artículo 23.2, decidirá instar al Consejo constitucional en un plazo de tres meses si la cuestión es seria.

Artículo 23.4. La excepción de inconstitucionalidad puede ser presentada ante el Consejo de Estado resolviendo en materia contenciosa, ante la Corte de casación o ante toda jurisdicción que no sea de la competencia ni de uno ni de otro.

La jurisdicción instará al Consejo constitucional si la cuestión es seria.

Artículo 23.5. La decisión de la Corte de casación se emite con fundamento en las conclusiones del procurador general por un grupo compuesto por el Primer presidente y los presidentes de sala.

Este grupo es instado ya sea mediante una jurisdicción que sea de la competencia de la Corte de casación o bien mediante un grupo de enjuiciamiento de la Corte de casación que resuelva en las condiciones previstas en el primer párrafo del artículo 23.1.

Artículo 23.6. El Consejo constitucional, instado en aplicación de las disposiciones del presente capítulo, dará aviso inmediatamente al

Presidente de la República, al Primer Ministro y a los presidentes de la Asamblea Nacional y del Senado.

Artículo 23.7. El Consejo constitucional resolverá en el plazo de tres meses a partir de su instancia, después de que las partes han presentado sus observaciones”.

La decisión del Consejo constitucional es motivada. Se publica en el *Journal officiel* y se notifica al Consejo de Estado, a la Corte de casación y, en su caso, a la jurisdicción que instó al Consejo constitucional, al Consejo de Estado o a la Corte de casación.

Artículo 23.8. La decisión del Consejo constitucional tiene efectos a partir de la fecha de su publicación”.

Artículo 2o.

El artículo 44 de la ley orgánica del Consejo constitucional núm. 58-1067 de 7 de noviembre de 1958, se completa con la frase siguiente:

“No obstante, cuando declare inconstitucional una disposición de ley con ocasión de la aplicación del artículo 59 de la Constitución, su decisión tendrá el efecto previsto en el párrafo segundo del artículo 62 de la Constitución”.

Artículo 3o.

I. Se inserta, en el título II de la ley orgánica del Consejo constitucional núm. 58-1067 de 7 de noviembre de 1958, el artículo 15.1 siguiente:

“Artículo 15.1 Cada año, en la primera quincena de octubre, el Consejo constitucional decide, de acuerdo con los presidentes de las jurisdicciones, una lista de quince relatores adjuntos elegidos de entre los encargados de las demandas en el Consejo de Estado, los consejeros refrendarios de la Corte de casación y los consejeros refrendarios del Tribunal de Cuentas. Los relatores adjuntos no tienen voz deliberatoria”.

II. Se deroga el segundo párrafo del artículo 36 de la ley orgánica del Consejo constitucional núm. 58-1067 de 7 de noviembre de 1958.

Artículo 4o.

Las decisiones individuales emitidas con fundamento en el segundo párrafo del artículo 36 de la ley orgánica del Consejo constitu-

cional núm. 58-1067, de 7 de noviembre de 1958, continúan produciendo efectos hasta la intervención de los nombramientos hechos en aplicación del artículo 15.1 de la ley citada.

Edgar CORZO SOSA