

Estudios

---



# EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE FRANCIA \*

STÉPHANE PINON \*\*

## SUMARIO:

1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
2. LAS FUENTES DEL DERECHO
3. LOS DISTINTOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS
4. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL
5. LA FORMA DE GOBIERNO
6. LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL
7. LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER
8. LOS SUPUESTOS DE LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS
9. PERSPECTIVA DE GÉNERO
10. EL MARCO JURÍDICO DE LA INMIGRACIÓN

En este importante Congreso celebrado durante los días 14 y 15 de septiembre, en la Universidad de Granada, se prosigue con el objetivo de comprender y valorar las evoluciones del «Derecho Constitucional Europeo»<sup>1</sup>. Supone la continuación de una senda por la que discurren los numerosos trabajos que han visto a luz desde 2004 en la *Revista de Derecho Constitucional Europeo* y permite, de nuevo, rendir homenaje a las innovadoras

\* Traducido del francés por Enrique Guillén López.

\*\* Profesor de Derecho público. Director Adjunto del Instituto Pierre Pescatore. Universidad de La Rochelle

<sup>1</sup> Estar invitado a participar en esta reflexión global constituye para mí un gran honor que agradezco muy efusivamente a los organizadores de este encuentro, en particular al profesor Francisco Balaguer Callejón.

reflexiones del profesor alemán Peter Häberle. En un universo jurídico petrificado desde hace demasiado en torno a la vinculación entre Derecho constitucional y soberanía, fue uno de los primeros en poner al día el concepto de «Derecho Constitucional Común Europeo»<sup>2</sup>. Hay que celebrar semejante audacia conceptual e intentar proseguir con su difícil elaboración<sup>3</sup>.

El honor, no obstante, no nos puede hacer olvidar que se trata de un verdadero reto ya que la doctrina jurídica francesa se muestra aún titubeante sobre la cuestión. Por ideología quizá, por querencia a las tradiciones, seguramente, ésta continúa habitualmente encadenada al seguimiento de los dogmas heredados del Siglo XIX, lo que complica notablemente la comprensión de un pluralismo constitucional formado —en las palabras de Neil Walker— por varios «espacios constitucionales»<sup>4</sup>. Ya intentamos, en las páginas de esta misma Revista, escapar de las viejas construcciones del discurso francés para abrir las primeras puertas a una disciplina autónoma: «el Derecho Constitucional Europeo»<sup>5</sup>. El congreso de Granada nos da la oportunidad de proseguir la reflexión. El camino es difícil. Contando con la aleatoriedad del modo en que se concretan los fenómenos de interacción, elaborar un mapa del sistema del sistema constitucional francés, exige, a la vez, precisión y altura de miras. No presente físicamente en el encuentro del 14-15 de septiembre debido a un accidente ocurrido durante el ve-

<sup>2</sup> Cfr. P. HÄBERLE, «Gemeineuropäisches Verfassungsrecht» en P. Häberle, *Europaäische Rechtskultur*, 1994, p. 33 y s.

<sup>3</sup> «Il est terrible à quel point la vérité isole! Elle vous prive de camaraderie que nourrissait le conformisme et vous laisse seul désemparé... Nous retrouvons des amitiés avec les morts, mais de nos proches et contemporains la froideur!» (M. VILLEY, *Réflexions sur la philosophie et le droit. Les Carnets*, PUF, 1995, L. XII, 10).

<sup>4</sup> N. WALKER, «The Idea of Constitutional Pluralism», 3, *The Modern Law Review*, 2002, vol. 65, p. 317 y s.

<sup>5</sup> S. PINON, «El Derecho constitucional europeo: una disciplina autónoma» en *Revista de Derecho Constitucional Europeo (ReDCE)*, núm. 13 de enero-junio 2010 (Traducido del francés por E. Guillén López). Este artículo recoge las ideas principales de una conferencia impartida en La Rochelle, el 21 de septiembre de 2009, en el marco de un encuentro titulado: *Le droit constitutionnel européen, quel droit constitutionnel européen?* (dirigido por la prof. Hélène Gaudin del Instituto Pierre Pescatore).

rano, se me da ahora una segunda oportunidad, por escrito, de honrar lo mejor posible la invitación de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo.

Nos corresponde, pues, ilustrar al lector sobre el estado del derecho público francés en cada uno de los apartados temáticos propuestos. Atendiendo a las características del régimen constitucional estudiado, habría sido preferible reformular el orden sugerido. No obstante, nos atenemos a él para facilitar una lectura transversal de cada Estado. Pero como una norma no va sin su excepción, nos concederemos una divergencia con relación a la estructura del sistema constitucional propuesto. Aunque partamos de la evidente «constitucionalización» de las distintas ramas del derecho (ya sean penales, mercantiles o financieras, todas ellas cuentan con principios constitucionales), no debemos olvidar que la disciplina del Derecho constitucional conserva una singularidad propia. No puede confundirse con el «Derecho público» y menos aún incluir el conjunto del «Derecho interno del Estado». En otras palabras, que la norma constitucional contenga disposiciones relativas a la seguridad social, al derecho del trabajo, al derecho penal, a la libertad de empresa, al derecho de asilo, a la inmigración o a la igualdad de los sexos, no permite decir que la normativa en estos ámbitos se extraiga del Derecho constitucional. Hemos decidido hacer un análisis preciso de cada apartado propuesto, con la excepción de los números 6 - 9 - 10 (organización judicial, perspectiva de género, inmigración) que deben ser objeto, a nuestro modo de ver, de una aproximación diferente específicamente referida «a la interacción entre la Unión Europea y el derecho interno de los Estados».

## EL MAPA DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL FRANCÉS

«Nacimiento de una Constitución». Francia está enredada en la guerra de Argelia y el baile de los Gobiernos paraliza la cumbre del Estado. Como a menudo en la historia de nuestro país, el mito «del hombre providencial» resurge en los períodos de crisis. Reclamado por el Presidente de la República René Coty, la Asamblea Nacional inviste al general De Gaulle el 1 de junio de 1958. Será el último Presidente del Gobierno de la IV Re-

pública. Pero el hombre del 18 de junio impone sus condiciones: tener plenos poderes para solucionar el problema argelino y dar una nueva Constitución a Francia. A través de una reforma del procedimiento de reforma, la Asamblea acepta otorgar autoridad al Gobierno «para proponer al país mediante referéndum los cambios indispensables». El cometido de redactar el texto se confía a un Comité de expertos presidido por Michel Debré (a menudo designado como «el arquitecto» de la Constitución). Tras menos de tres meses de trabajo, 4 de septiembre, en la Plaza de la República, París, el general De Gaulle presenta la Constitución a los franceses. Se emplaza al pueblo soberano para el 28 de septiembre, para que digan «sí» o «no» en referéndum a la V República. Pese a una campaña de extrema violencia impulsada por algunos medios de izquierda<sup>6</sup>, la Constitución es ratificada por un 79.25% de los sufragios emitidos. René Coty promulga el texto el 4 de octubre de 1958. El candidato a la elección presidencial, De Gaulle, es designado el 21 de diciembre por los  $\frac{3}{4}$  de un colegio electoral compuesto aproximadamente por casi 81.000 electores (la primera elección popular del Presidente no tendrá lugar hasta 1965). Asume oficialmente sus funciones el 8 de enero de 1959, y se mantendrá en el cargo hasta el 27 de abril de 1969. Pero, como fue anticipado perfectamente por el profesor Léo Hamon, «la V República no escapará al destino de todos los regímenes; su fundador no habrá fijado los contornos del modelo para toda la eternidad».

## 1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

### 1.1. Panorama de los derechos y libertades constitucionalmente garantizados

En 1958, la consigna es acabar con la inestabilidad gubernamental de los regímenes anteriores. La República requerida por el general De Gaulle

<sup>6</sup> Acerca de este período de gran confusión, rara vez recordado hoy, cfr. nuestro artículo: «La Constitution de 1958 vue par Sartre et Aron», *Politeia*, núm. 15-2009, pp. 617-626.

debe dar «una cabeza» al Estado, debe reconciliar dos conceptos hasta entonces antinómicos: la autoridad y la democracia. Pero en lo relativo a los Derechos fundamentales, la voluntad de ruptura es inexistente. La primera de las dos frases del Preámbulo de la Constitución señala: «el pueblo francés declara solemnemente su compromiso en favor de los Derechos humanos y de los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946, así (añadido por la revisión del 1 de marzo de 2005) como a los derechos y deberes reconocidos en la Carta del medio ambiente de 2004». Al elegir la vía de la sedimentación, el constituyente optó manifiestamente por la continuidad. ¿Por qué fue así en 1958? Porque en este momento histórico todavía estaba vigente la célebre fórmula de Prévost-Paradol - «la Revolución francesa fundó a una sociedad que todavía busca a su Gobierno» (*La France nouvelle, 1868*). Los redactores de la Constitución, preocupados ante todo por fundar un régimen político eficaz, estaban más preocupados de restaurar la autoridad del Estado y del Ejecutivo que de reescribir la Declaración de los Derechos humanos. Será necesario esperar hasta 2005 para que una reforma constitucional se decida a intervenir sobre el Preámbulo. En el momento de la eclosión de los derechos de la «tercera generación» en las nuevas constituciones y mientras que la sociedad internacional asumía la preocupación medioambiental, el conjunto formado por los diecisiete artículos de 1789 y por los dieciocho párrafos de 1946 mostraba una manifiesta carencia de contenido ecológico. Atendiendo a la voluntad del Presidente Jacques Chirac, y a partir de los trabajos de una comisión presidida por Yves Coppens, se añade al Preámbulo el primero de marzo de 2005 la Carta del medio ambiente compuesta por diez artículos.

El armazón normativo de los Derechos fundamentales en Francia está constituido, pues, por tres textos (1789, 1946, 2004) que difieren por las circunstancias históricas, pero sobre todo por sus fuentes de inspiración. El primero está impregnado básicamente de liberalismo e individualismo. El segundo incide en la ambición de reconstruir una República a la vez más justa y solidaria, preocupándose de los derechos económicos y sociales. El tercero, por su parte, declara que «toda persona tiene el derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado y saludable» (Artí-

culo 1)<sup>7</sup>. Al conjunto, generalmente designado por la doctrina como integrante del «bloque de constitucionalidad», no le falta realmente heterogeneidad, lo que contribuye a reforzar la capacidad interpretativa del juez constitucional.

Pero el Preámbulo de 1958 no agota por sí sólo el conjunto de los Derechos fundamentales. Otros se encuentran en el texto de la propia Constitución. El artículo 1 afirma «la unidad y la indivisibilidad de la República, la igualdad ante la ley sin distinción de origen, raza o religión», así como «el respeto de las creencias». Consagra «la paridad en el ámbito político» y, desde la reforma constitucional del 23 de julio de 2008, «en el ámbito profesional y social»<sup>8</sup>. Mientras que el artículo 4 reconoce «el pluralismo de las opiniones, los principios de «libertad, independencia y pluralismo de los medios de comunicación» son consagrados expresamente por el camino, ciertamente indirecto, de la afirmación de la competencia del legislador para desarrollar estas materias (artículo 34). El artículo 66 mantiene la «prohibición de la detención arbitraria» y la revisión de 2008 permitió a las «lenguas regionales» hacer su entrada en escena en el patrimonio de la nación (artículo 75-1) a la vez que afirmar la «contribución de Francia a la defensa de la francofonía» (artículo 87). Y esto no es todo, ya que limitarse a esta enumeración equivaldría a ignorar que los textos nunca bastan para dar cuenta de la integridad del derecho positivo, el que se aplica realmente, y cuyas prescripciones tienen eficacia en la práctica. Dada la generalidad de la norma suprema, es al juez constitucional al que le corresponde precisarla, completarla, o incluso configurar positivamente su contenido; se entiende así porqué la Constitución toma inevitablemente la apariencia de un acto «vivo», en perpetua transformación bajo el efecto de su jurisprudencia. En Francia, la Carta de los Derechos fundamentales no podía escapar de este fenómeno de creación pretoriana. Por ello es útil ela-

<sup>7</sup> La Exposición de Motivos de la ley constitucional de 1 de marzo de 2005 señala que con los diez artículos de la Carta se abre paso a una «tercera y nueva etapa del pacto republicano». Podemos lamentar, no obstante, el carácter «declarativo» y no «normativo» de ciertos aspectos del texto.

<sup>8</sup> Para más detalles ver el apartado «9» de este trabajo.



borar un inventario global de este edificio jurisprudencial progresivamente construido.

En primer lugar, correspondió al Consejo constitucional establecer lo que eran los «principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República» que el constituyente de 1946 —e indirectamente el de 1958— «reafirmó solemnemente»<sup>9</sup>, sin por ello definirlos. Hasta ahora, el Consejo constitucional ha definido «diez»: «la libertad de asociación» (DC del 16 de julio de 1971); «los derechos de la defensa» (DC 2 de diciembre de 1976); «la libertad individual» (DC 12 de enero de 1977); «la libertad de enseñanza» (DC 23 de noviembre de 1977), en particular, «la libertad de la enseñanza superior» (DC 8 de julio de 1999); «la libertad de conciencia» (DC 23 de noviembre de 1977); «la independencia de la jurisdicción administrativa» (DC 22 de julio de 1980); «la autonomía de los profesores de Universidad» (DC 20 de enero de 1984); «la competencia de la jurisdicción administrativa para conocer de la anulación de decisiones tomadas en el ejercicio de las potestades públicas» (DC 23 de enero de 1987); «la autoridad judicial como garante de la propiedad privada inmobiliaria» (DC 25 de julio de 1989); «la especificidad de la justicia de los menores» (DC 22 de agosto de 2002).

Independientemente de esta categoría particular de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República (PFRLR), el Consejo constitucional ha ido sentando a continuación los «principios de valor constitucional». Que los «sabios» los deduzcan de los grandes textos de nuestra historia nacional no es óbice para que concedamos una influencia efectiva al derecho internacional sobre su jurisprudencia, especialmente del derecho del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>10</sup>. Estos principios son los siguientes: «la

<sup>9</sup> En 1946 se trataba de rendir homenaje al liberalismo político de la III República tras el episodio negro de los años 1940-1944.

<sup>10</sup> El Consejo encuentra en el párrafo 10 del Preámbulo de 1946 el fundamento de un derecho a «una vida familiar normal» que no se remite, no obstante, al artículo 8 del Convenio. Aun más revelador es que prefiera erigir el artículo 16 de la Declaración de 1789 en la sede constitucional de las garantías procesales antes que hacer referencia al célebre artículo 6 sobre el proceso equitativo. Considera así que el

continuidad del servicio público» (DC 25 de julio de 1979); «la libertad de empresa» (DC 16 de enero de 1982); «la dignidad humana» (DC 27 de julio de 1994); «el respeto de la vida privada» (DC 18 de enero de 1995); y «la libertad contractual» (DC 19 de diciembre de 2000). El Consejo ha velado también por la protección de los que estima «objetivos de valor constitucional». Entre ellos se encuentran «la protección del orden público, el respeto de la libertad ajena, la conservación del carácter pluralista de las corrientes de expresión socioculturales, el pluralismo de los diarios de información política y general, la protección de la Salud Pública, la posibilidad para toda la persona de disponer de un alojamiento digno, la accesibilidad y la inteligibilidad de la ley, la lucha contra el fraude fiscal», y «el equilibrio financiero de la seguridad social».

Si bien Francia, desde 1789, puede considerarse como un verdadero laboratorio de Constituciones (quince aplicadas en total), es posible apreciar pese a todo un elemento de continuidad constitucional: el que se refiere a la estratificación progresiva de los Derechos y libertades heredados del pasado republicano unido a la voluntad de garantizar su aplicación combinada. La estabilidad de la V República debe mucho, sin duda, a esta exigencia renovada de sincretismo: entre las dos Francias a través de la irrupción de la figura del «monarca republicano», entre el poder de Estado y el poder democrático retomando la distinción luminosa de Georges Burdeau<sup>11</sup>, entre los principios de inspiración individualista de 1789 y los derechos más colectivos de 1946.

## 1.2. Las garantías constitucionales de los derechos

La primera de estas garantías, la más inaudita en la historia de los regímenes franceses, es la instauración de un control de constitucionalidad

---

gran texto de 1789 garantiza el *derecho al recurso* (DC de 12 de julio de 1996), *el derecho a un proceso público en el ámbito penal* (DC de 2 de marzo de 2004) o el de *un proceso equitativo* (DC de 20 de enero de 2005).

<sup>11</sup> G. BURDEAU, «La conception du Pouvoir selon la Constitution française du 4 octobre 1958», *Revue Française de Science Politique*, 1959, pp. 87-100.

de las leyes centralizado en el Consejo constitucional. Superada la experiencia del Senado «defensor de la constitución», pero completamente cautivo del poder imperial bajo el Primer Imperio, superado el transparente Comité constitucional de 1946 (¡una única sentencia dictada bajo la IV República!), es un control de pleno derecho de la ley el que se establece bajo la V República a partir de la mitad de los años 70. Ha pasado el tiempo del mito de la ley expresión de la voluntad general —tenaz en Francia desde la Revolución— y también la idea de un legislador infalible. Se instaura así un mecanismo adicional para evitar el retorno de la soberanía parlamentaria (para más detalles, ver el apartado «4» relativo «a la justicia constitucional» en Francia).

A pesar de la posición asumida por el juez constitucional como vértice del régimen de libertades, subsiste de manera secundaria o supletoria una forma de la tradición: la atribución de la garantía de los derechos al legislador<sup>12</sup>. En efecto, el Preámbulo de la Constitución de 1946 —integrado en el de 1958— apela al legislador para garantizar la aplicación concreta de los nuevos principios «especialmente necesarios en nuestro tiempo». Es la ley, por ejemplo, la que «garantiza a la mujer, en todos los ámbitos, derechos iguales a los de los hombres». El «derecho de huelga» se ejerce, por otra parte, «en el marco de las leyes que lo desarrollan». En 1958, la competencia del legislador en cuanto a libertades no se desmiente, más bien al contrario<sup>13</sup>. El artículo 34, delimitando el ámbito material de la ley, afirma que «la ley establece las reglas en lo que se refiere a: los derechos cívicos y las garantías fundamentales atribuidas a los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas»; (a lo que la reforma del 23 de julio de 2008 añade) la «libertad, el pluralismo y la independencia de los medios de comunicación». Esta cláusula general de determinación del ámbito le-

<sup>12</sup> En Francia, la Declaración de 26 de agosto de 1789 se refiere a la ley como a la norma que ordena las libertades.

<sup>13</sup> Es cierto que los protagonistas de 1958, De Gaulle el primero, no imaginaban siquiera erigir al Consejo constitucional en garante de los derechos y libertades del ciudadano. Un audaz golpe jurisprudencial le permitió, transcurridos más de diez años desde su creación, jugar ese papel esencial (cfr el apartado «4»).

gislativo se acompaña de una enumeración más precisa que incluye otras materias: «nacionalidad, estado y capacidad de las personas, determinación de los crímenes, delitos y penas que les son aplicables, procedimiento penal, la amnistía, la creación de nuevos órdenes jurisdiccionales y el estatuto de los magistrados, principios fundamentales de la propiedad, del derecho del trabajo, del derecho sindical». Se puede señalar, por otra parte, que en su papel clásico de «ordenador de los poderes públicos», el Consejo constitucional va a sancionar las omisiones del legislador, que consisten, bien en no aclarar suficientemente las condiciones de ejercicio de una libertad, bien en la remisión a la potestad reglamentaria para que sea ésta la que fije la norma en su lugar. El Consejo exige, en particular, del legislador que adopte «disposiciones suficientemente precisas y fórmulas no ambiguas», con el fin de «proteger a los sujetos de derecho contra una interpretación contraria a la Constitución o contra el riesgo de arbitrariedad, sin remitir a las autoridades administrativas o jurisdiccionales el cometido de establecer normas cuya determinación sólo se confió por la Constitución a la ley» (DC 15 de noviembre de 2007, «Ley relativa al control de la inmigración, a la integración y al asilo»).

Si el siglo XIX fue el siglo de la ley, el XX lo fue de los jueces; éstos se han impuesto progresivamente como las figuras centrales del equilibrio entre Estado de Derecho y democracia. Lejos ya el tiempo de las sospechas, del «poder de rechazo», como se decía en Francia<sup>14</sup>, hoy son las condiciones profesionales del juez, su imparcialidad, su independencia, las que nos llevan a considerarlo como un protector natural de las libertades. Por lo tanto, era inevitable que la posibilidad de dirigirse a un juez con el fin de hacer valer los derechos se erigiera en Derecho fundamental. En el caso francés, conviene destacar, además del control efectuado sobre la ley por el Consejo constitucional, la existencia de un dualismo jurisdiccional que conduce a una distribución de las competencias entre el juez administrativo y el juez judicial (véase el apartado «III» § 1 y 2), incluso en el ámbito de la protección de los Derechos fundamentales.

<sup>14</sup> J. FOYER, «La justice: histoire d'un pouvoir refusé», *Pouvoirs* núm. 16, 1982, p. 17.

Recientemente, con motivo de la 24.<sup>a</sup> reforma de la Constitución del 4 de octubre de 1958, se han incorporado nuevas garantías constitucionales. El punto de partida fue el discurso del nuevo Presidente Sarkozy en Épinal, el 12 de julio de 2007, llamando a una «democracia irreprochable» en una República modernizada. Continuó con la creación de un Comité de reflexión presidido por Edouard Balladur cuyo objeto era reflexionar sobre las adaptaciones de la Constitución en tres ámbitos: un marco adecuado para el Ejecutivo, la revalorización del Parlamento y el refuerzo de los derechos de los ciudadanos. Sobre este último punto, se presentaron algunas propuestas para que «se reconocieran nuevos derechos a los ciudadanos, únicos titulares de la soberanía y, de manera más general, a todos los individuos»<sup>15</sup>. El punto y final es una de las reformas más importantes de la historia de la V República: la del 23 de julio 2008. Se incluyen nueve artículos nuevos, treinta y nueve se modifican, y, al menos, diez leyes orgánicas u ordinarias se anuncian para permitir su efectiva aplicación. Entre este complejo normativo, se incluyen avances decisivos en la garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos. Hemos de reparar en el acceso al Consejo Superior de la Magistratura (artículo 65 modificado), en la creación de un Defensor de los derechos (nuevo artículo 71-1) y en la introducción de una forma de Cuestión prejudicial de constitucionalidad (nuevo artículo. 61-1).

La modificación del «Consejo Superior de la Magistratura» (CSM). Se trata de un órgano «vinculado» a la administración de los magistrados que dependen del Ministerio de justicia (los del orden jurisdiccional), o del Consejo de Estado (los del orden administrativo). Además de una clara pérdida de influencia del jefe del Estado sobre el CSM —pérdida de la Presidencia del Consejo; pérdida para el (su) Ministro de justicia de la vicepresidencia de derecho<sup>16</sup>; necesidad de que el CSM emita a partir de ahora un «dictamen» sobre el nombramiento de los Fiscales, incluidos los Fiscales Generales—, el artículo 65.10 precisa que «el justiciable podrá recurrir

<sup>15</sup> Informe del Comité Balladur titulado «Une V<sup>e</sup> République plus démocratique», remitido al Presidente de la República el 29 de octubre de 2007 (p. 68).

<sup>16</sup> Todo lo más puede participar en las sesiones del Consejo, salvo en aquellas que tengan objeto un expediente disciplinario.

ante el Consejo Superior de la Magistratura en las condiciones fijadas por una ley orgánica». En sí misma la innovación es capital. Debe, en efecto, hacer a los magistrados más responsables permitiendo al Consejo ser instado<sup>17</sup> ante irregularidades que pueden concurrir en el servicio público de la justicia, como el incumplimiento de las garantías procesales. Pero aún era necesario que una Ley Orgánica de aplicación se dictara. Se publicó finalmente en el Diario Oficial el 23 de julio de 2010<sup>18</sup> e incluye mecanismos prudentes y equilibrados. Ayudarán, por una parte, a canalizar las quejas de los justiciables descontentos (recurso presentado en el plazo máximo «de un año» tras la sentencia definitiva, filtro por una «comisión de admisión», recurso que no se pueden dirigir contra un juez que aún se encuentra en el curso del proceso) y garantizarán, por otra, que los magistrados o los fiscales sean sancionados cuando corresponda (por el órgano disciplinario de la sala de los magistrados o de los fiscales del Consejo Superior de la Magistratura). Pero esta reforma, por interesante que sea, solo se refiere a un Consejo Superior que se considera ante todo como un emisor de dictámenes (ciertamente a menudo favorables hacia los magistrados). No bastará para garantizar la independencia de la Justicia en sentido amplio. En efecto, al Ministerio Fiscal se le supone, como integrante del poder judicial, tan independiente como éste. Pero la tradición francesa lo somete al mismo tiempo a una estricta jerarquía, que se ejerce bajo la autoridad del Ministro de justicia. Sin que constituya una verdadera sorpresa, el TEDH acaba de señalar (asunto «Moulin c/Francia» de 23 de noviembre de 2010) que el fiscal no reúne «la exigencia de independencia respecto al ejecutivo» inherente al ejercicio de la función jurisdiccional. Como el recurso de Francia tiene pocas oportunidades de afectar a la posición ya bien establecida del Tribunal (véase la sentencia «Medvedev» de 10 de julio de 2008), se puede decir que esta jurisprudencia conmocionará la organización de la justicia francesa. El poder judicial solo debe estar compuesto de

<sup>17</sup> En el sistema anterior únicamente el Ministro de Justicia o los primeros presidentes de los Tribunales de apelación podían recurrir ante el CSM para abrir tal procedimiento disciplinario.

<sup>18</sup> Ley orgánica núm. 2010-830 de 22 de julio de 2010 relativa a la aplicación del artículo 65 de la Constitución.

magistrados. ¡Y el Tribunal rechaza esta calidad a los miembros del Ministerio Fiscal! Una vez más, los jueces de Estrasburgo dan muestras de que ejercen un poder casi constituyente en los Estados.

«El Defensor de los derechos». De él se ocupa en exclusiva un nuevo Título XI bis de la Constitución. Para elaborar el perfil de este «super» Mediador de la República (autoridad creada desde 1973 pero con competencias reducidas), el Comité Balladur aludía como inspiración al «éxito cosechado en España por el Defensor del Pueblo mencionado en el artículo 55 de la Constitución» (p. 92). Elegido por el voto favorable de la mayoría de tres quintos de la Asamblea Nacional, estaba previsto que sustituyera al conjunto de las autoridades administrativas independientes que trabajaban en el campo de la protección de las libertades (Mediador, Defensor de los niños, Alta Autoridad de lucha contra las discriminaciones y para la igualdad, Controlador general de los lugares de privación de libertad, Comisión nacional de informática y libertades), así como que contara, por otro lado, con poderes de investigación reforzados, con el derecho a recurrir ante el Consejo constitucional una ley aún no promulgada y con el derecho a asistir al Parlamento en su misión de control de las políticas públicas. El 23 de julio de 2008, el constituyente no fue finalmente tan lejos. Nuestro Defensor de los derechos no será al cabo sino un «Ombudsman» o «Defensor del pueblo» (en español en el original) capitisdisminuido. Es cierto que se ha mantenido la posibilidad de que sea directamente apelado, por toda persona física o jurídica, francés o extranjera. Pero su nombramiento por seis años, no renovable, es a partir de ahora presidencial (precedido, bien es verdad, por un dictamen emitido por las comisiones parlamentarias competentes de cada cámara, tras la audiencia correspondiente)<sup>19</sup>. La ley orgánica en curso de tramitación —votada por el Senado el 4 de junio de 2010— deja entender que solo asumiría las funciones de tres o cuatro autoridades administrativas (Mediador de la República, Defensor de los niños, Comisión nacional de deontología de la seguridad... y quizá Alta Autoridad de Lucha contra las Discriminaciones y para la Igualdad) en vez

<sup>19</sup> Ver el nuevo mecanismo regulador de los nombramientos presidenciales previsto por el artículo 13.5 de la Constitución.

de cinco. Además, la legitimación para recurrir al juez constitucional sobre una cuestión de constitucionalidad decaería en favor de la capacidad de consultar al Consejo de Estado para que evacue un «dictamen» sobre la interpretación o el alcance de un texto legislativo o reglamentario.

La introducción de un «control de constitucionalidad a posteriori: la célebre «Cuestión prioritaria de constitucionalidad» (véase el apartado III §3 para más precisiones). Con el nuevo dispositivo del artículo 61-1 de la Constitución, Francia puso fin a una excepción, casi una anomalía, en el modelo de perfeccionamiento progresivo del Estado de Derecho. Hasta entonces, el control no se podía producir sino «a priori», es decir, después del voto de las Cámaras pero antes de la promulgación de la ley por el Jefe del Estado. Por otra parte, el acceso al Consejo estaba confiscado por las autoridades políticas francesas (Presidente de la República, Primer Ministro, Presidente cada Cámara, sesenta diputados o sesenta senadores). El ciudadano francés, incapacitado para dirigirse a los jueces de la rue Montpensier para hacer respetar sus derechos, sometido a la buena voluntad o a la diligencia de sus representantes, parecía una suerte de «menor» constitucional<sup>20</sup>. La situación era tanto más paradójica cuanto que este ciudadano podía recurrir directamente ante el TEDH, al Consejo constitucional en el marco de los recursos electorales y que incluso a él se apelaba para reformar la Constitución (véase el referéndum constituyente del artículo 89). Esta puede ser una de las razones del desinterés que suscita nuestra Norma Fundamental. Aludiendo a su experiencia como embajador en España, Olivier Schrameck destacaba en 2008 que existe en nuestro país vecino «un día de fiesta, un día sacrosanto, que es el día de la Constitución», y que cuando se pregunta a los ciudadanos españoles sobre tal o cual artículo «les responden»<sup>21</sup>. En Francia, al contrario, los principios fundadores de nuestro derecho público «se ignoran». «Y así, partiendo de este hecho que me aflige porque estimo que una república no solo es un himno, una divisa y una bandera; que una República es una Constitución, pensé, y

<sup>20</sup> Tomo prestada la expresión al profesor Dominique Rousseau.

<sup>21</sup> Y. GAUDEMET, P. MAZEAUD, D. ROUSSEAU, O. SCHRAMECK, «Libres propos croisés. A propos du rapport du Comité Balladur», *R.D.P.*, núm. 1-2008, pp. 26-27.



pienso aún, que la excepción de inconstitucionalidad es un medio al menos para la persona justiciable de asumir de nuevo el texto constitucional, de invocarlo...» O. Schrameck, antiguo miembro del Consejo, puede hoy estar tranquilo: los justiciables franceses cuentan a partir de ahora con un medio de conocer mejor su Constitución a través del recurso indirecto ante los jueces constitucionales. El nuevo artículo 61-1 dispone, en efecto, que «cuando, con motivo de un procedimiento en curso ante una jurisdicción, se aprecie que una disposición legal afecte a los derechos y libertades que la Constitución garantiza, el Consejo de Estado o el Tribunal de Casación podrán remitir la cuestión al Consejo constitucional que resolverá en un plazo determinado». La muy esperada ley de 10 de diciembre de 2009, vino a precisar la fórmula dando al mismo tiempo al procedimiento el nombre de «cuestión prioritaria de constitucionalidad». Está vigente desde el 1 de marzo de 2010<sup>22</sup> (acerca de las consecuencias de este «big bang» constitucional<sup>23</sup>, nos remitimos al apartado «III» §3). Ya han tenido lugar los primeros golpes de efecto provocados por el nuevo proceso en materia de protección de derechos y libertades: así, y entre otros, anulación de disposiciones contenidas en distintas leyes fiscales que no garantizaban entre los antiguos combatientes —franceses o procedentes del antiguo imperio colonial— el pago de pensiones iguales cuando residen en el mismo país (DC 28 de mayo de 2010); artículos del código del procedimiento penal relativos a la detención preventiva considerados inconstitucionales (DC 30 de julio de 2010); rechazo de la ley de 1990 sobre los ingresos forzosos en establecimientos sanitarios (DC 26 de noviembre de 2010) etc.

Sin discusión, se han incrementado recientemente las garantías constitucionales de los derechos. La influencia del derecho constitucional comparado en esta evolución no debe ser, en absoluto, soslayada. Pero Francia continúa demasiado anclada a su historia nacional, a su papel pionero sobre el Continente en materia de constitucionalismo, para aceptar alinearse totalmente con un «standard europeo» de garantía de los derechos.

<sup>22</sup> Aún ha sido necesario dictar un Decreto para la aplicación de la LO de 19 de diciembre de 2009 y del artículo 61.1; acaba de ser aprobado el 16 de febrero de 2010.

<sup>23</sup> Tomo prestada la expresión de D. ROUSSEAU, «La question préjudicielle de constitutionnalité: un big bang juridictionnel», *R.D.P.*, 2009, p. 631.

### 1.3. Los límites a las garantías constitucionales de los derechos (véase también el apartado «VIII»)

En Francia, ni el constituyente ni los jueces constitucionales establecen ninguna «jerarquía» entre los derechos constitucionalizados. Todas las normas enunciadas en el Preámbulo tienen, pues, igual valor constitucional de modo que deben ser objeto de una conciliación permanente, y en los eventuales conflictos normativos no puede hacerse prevalecer tal o cual norma basándose, por ejemplo, en su carácter más reciente.

Esta ausencia de jerarquía permite dos hipótesis en lo que se refiere al poder constituyente: o bien el conjunto de los artículos del texto constitucional así como el Preámbulo permanecen fuera de su campo de intervención; o bien no existe ningún límite a su facultad de modificar la norma constitucional, incluso en el ámbito de los derechos fundamentales. A este debate hasta entonces abierto relativo a la existencia o no de un nivel supraconstitucional en Francia, el Consejo constitucional dio una respuesta, el 26 de marzo de 2003, en forma de una declaración de incompetencia: «considerando (...) que el Consejo constitucional no tiene ni por el artículo 61, ni por el artículo 89, ni por ninguna otra disposición de la Constitución el poder de decidir sobre una reforma constitucional»<sup>24</sup>. Liberado de un posible control jurisdiccional, ya no hay duda acerca del carácter plenamente soberano en Francia del poder constituyente. Como corolario de la idea de que la decisión política suprema —expresada por el órgano constituyente— tiene siempre la última palabra sobre el derecho, Pierre Mazeaud mantuvo lo siguiente: «ante la voluntad manifiesta del constituyente, el Consejo constitucional no puede sino inclinarse». Por otra parte, ya mostró (P. Mazeaud cita la decisión de 14 de enero de 1999) que aceptaba por adelantado que el poder constituyente, «si así lo consideraba, doblegara las previsiones constitucionales vigentes, incluso las contenidas en la De-

<sup>24</sup> Fue recurrido por sesenta senadores para que enjuiciara la conformidad constitucional de la reforma relativa a la «organización descentralizada» de la República aprobada por el Congreso el 17 de marzo de 2003.

claración de 1789»<sup>25</sup>. La conclusión que se impone es que no existe —a la diferencia por ejemplo de la famosa cláusula de intangibilidad del párrafo 3 del artículo 79 de la Ley fundamental alemana— ninguna disposición intangible en el texto de 1958. No obstante, un raptó de intangibilidad se aprecia respecto del derecho de la Unión Europea. De hecho, desde el verano de 2004, la articulación de los ordenamientos en la jurisprudencia del Consejo constitucional se presenta bajo esta forma: la obligación de transponer una Directiva se basa en una exigencia constitucional, excepto que se aprecie contradicción con la esencia de la identidad constitucional francesa. Abierto a las exigencias de la construcción europea, el Consejo a pesar de todo hubiera preferido circunscribir el alcance del principio de «primacía». Desde la muy comentada sentencia de 27 de julio de 2006 («Ley relativa a los derechos de autor y derechos anexos en la sociedad de la información»), alega que «la transposición de una Directiva no podría contradecir «una norma o un principio inherente a la identidad constitucional de Francia», excepto que el constituyente lo haya autorizado» (para un análisis de esta jurisprudencia, nos remitimos al apartado «4», §3).

Por último, hay que tener en cuenta que, contrariamente al doble mecanismo de reforma previsto en el artículo 168 de la Constitución española, el artículo 89 no distingue en función de las materias en cuestión. Ya se trate del Preámbulo, de los grandes principios de la República contenidos en el artículo 1 (indivisibilidad, laicidad, igualdad ante la ley...) o de las disposiciones sobre el estatuto del Presidente de la República, todas se someten al mismo procedimiento. Según los principios del procedimiento de reforma constitucional, éste debería finalizar con un referéndum en el que el pueblo actuara directamente como titular del poder constituyente, y sólo excepcionalmente debería concluir sometiendo el Proyecto al Parlamento, reunido en «Congreso». En la práctica, la excepción se ha convertido en regla: salvo el referéndum del 24 de septiembre de 2000 que

<sup>25</sup> Deseo del Presidente del Consejo constitucional P. Mazeaud al Presidente de la República J. Chirac, el 3 de enero de 2007 (disponible en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel>, ventana «discours»).

instauraba el quinquenio, todas las reformas sustanciadas con arreglo al artículo 89<sup>26</sup> concluyeron con el voto de las Cámaras.

## 2. LAS FUENTES DEL DERECHO

### 2.1. La posición de la constitución en el ordenamiento jurídico

En 1956, en el ocaso de la IV República, Georges Burdeau escribió un artículo titulado: «Una supervivencia: el concepto de Constitución»<sup>27</sup>. En él mantenía que, como ocurría durante la República anterior, la potestad legislativa era completa, plenamente soberana, de un modo que en absoluto amparaba el texto constitucional. Este último, incapaz de someter a las fuerzas políticas, incapaz de condicionar a la ley, estaba sometido a «caducidad». Medio siglo más tarde, ante la inversión de la relación jerárquica, Dominique Rousseau escribió: «Una resurrección: el concepto de Constitución»<sup>28</sup>. La Constitución dejaba de ser esta norma «extrañamente débil» descrita en el período entre guerras por René Capitant, para erigirse en la norma «suprema».

Raymond Carré de Malberg lo había apreciado muy pronto, cuando escribió que Hans Kelsen «está en condiciones de mantener que su teoría escalonada del ordenamiento exige la instauración de una jurisdicción constitucional»<sup>29</sup>. Francia, enclaustrada en una tradición republicana marcada por el «legicentrismo», tendrá que esperar a 1958 para instituir una. Con la instauración del Consejo constitucional, comenzaba el proceso que pon-

<sup>26</sup> Durante su presidencia (1958-1969), el general De Gaulle prefería tener acceso a un referendun más fácil de utilizar, el previsto en el artículo 11. Este soslayamiento del texto constitucional fue objeto de recurso ante el Consejo constitucional, que prefirió declararse incompetente para resolver (cfr. su célebre sentencia de 6 de noviembre de 1962)

<sup>27</sup> G. BURDEAU en *L'évolution du droit public. Etudes offertes à Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 54 y ss.

<sup>28</sup> D. ROUSSEAU, *Revue du Droit Public*, 1997, p. 5 y ss.

<sup>29</sup> R. CARRE DE MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés*, Sirey 1933, p. 62.

dría fin a la desacralización de la ley. Rápidamente, la Constitución vendría a condicionar la validez de todo el ordenamiento jurídico; de súbito, una fórmula entrará en el lenguaje ordinario de los constitucionalistas: «La política sometida por el derecho»<sup>30</sup>. La jerarquía de las normas, y en consecuencia las fuentes del derecho, pasaban a adoptar una forma más adaptada a los dictados actuales del Estado de Derecho. Un principio establecido por el Consejo constitucional ilustra bien esta oscilación del universo jurídico francés: «la ley sólo expresa la voluntad general en el marco de la Constitución» (DC, 23 de agosto 1985 de Evolución de Nueva Caledonia). Pero en algunas décadas, el sistema de fuentes del derecho se volvió a conmocionar. ¿Se puede aún situar a la Constitución en la cúspide de la pirámide normativa? Sin entrar en el debate entre positivismo jurídico y derecho natural<sup>31</sup>, procede referirse al modo en que se discute el lugar central de la Constitución a consecuencia del empuje de las normas internacionales y europeas. En efecto, las normas estatales están cada vez más condicionadas por la influencia de tratados y diversas jurisdicciones internacionales y Francia no es una excepción. Basta con referirse al impacto en derecho interno del derecho de la Unión o la jurisprudencia de los jueces de Estrasburgo para demostrarlo.

A pesar de todo, el lugar de estas normas en el ordenamiento jurídico estatal es el determinado por el texto constitucional. Si los órganos jurisdiccionales ordinarios franceses hacen prevalecer las disposiciones del Convenio Europeo de los Derechos Humanos sobre la ley nacional, es en aplicación de una disposición de la Constitución (artículo 55). Del mismo modo, si el Consejo atribuye una verdadera «inmunidad» al Derecho comunitario derivado —negándose a examinar la constitucionalidad de las leyes de transposición de las directivas<sup>32</sup>—, es en virtud de otra disposición de la Cons-

<sup>30</sup> Título de la célebre obra publicada por L. FAVOREU en 1988, éd. Economica.

<sup>31</sup> Para una reflexión reciente acerca de la posibilidad o imposibilidad de pensar sobre el Derecho sin la Naturaleza, cfr. D. ROUSSEAU, A. VIALA (dir.), *Le droit, de quelle Nature?* Montchrestien, coll. «Grands colloques», 2010, p. 205.

<sup>32</sup> S. PINON, «L'effectivité de la *primauté* du droit communautaire sur la Constitution (regard sur la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat)», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 2-2008, pp. 263-287.

titución (artículo 88-1). Sobre este último punto, se puede estimar que el constituyente, apoyado por una jurisprudencia constructiva del Consejo constitucional, procede «al anclaje constitucional» de los imperativos jurídicos de la Unión. De todo ello cabe deducir que se afirma la primacía de la Constitución. Pero por «constitucional» que sea, esta exigencia de transposición es operativa y conduce, en concreto, a permitir que eventualmente una directiva inconstitucional pueda desplegar efectos en el ordenamiento jurídico nacional. Entonces «sí»: es la Constitución (su artículo 88-1) la que habilita al Derecho comunitario a prevalecer sobre el Derecho nacional. Pero mientras esta habilitación exista, mientras que el poder constituyente no haya marcado un límite, es a uno de los principios clave de la integración europea y del edificio jurisprudencial del Tribunal de Justicia al que se le rinden honores. A la constitucionalización de las distintas ramas del derecho celebrada en su tiempo por «la Escuela de Aix-Marseille» se corresponde hoy una «internacionalización» de las prescripciones constitucionales. En Francia, por ejemplo, el constituyente ya ha intervenido cuatro veces «para europeizar» el texto de 1958<sup>33</sup>, debilitando aún más el carácter soberano del Estado, alejando aún más a los cargos electos nacionales de la fuente del derecho. Se debe, pues, coincidir con el Comisario del Gobierno Mattias Guyomar: «la pirámide kelseniana no basta ya para dar cuenta de las relaciones entre los distintos ordenamientos jurídicos...; el pluralismo jurídico es una riqueza siempre que esté ordenado»<sup>34</sup>. Estamos ya en un sistema plural de fuentes —nacionales e internacionales— que, poco a poco, bajo el efecto de un «diálogo» constante entre los jueces, tiende hacia un «Pluralismo ordenado»<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Cfr. el célebre Título XV de nuestra Constitución («De l'Union européenne») pergeñado en el curso de cuatro reformas sucesivas: el 25 de junio de 1992 (Tratado de Maastricht), el 25 de enero de 1999 (Tratado de Amsterdam), el 25 de marzo de 2003 (Orden de detención europea) y el 4 de febrero de 2008 (Tratado de Lisboa).

<sup>34</sup> «Conclusiones», Consejo de Estado, 10 de abril 2008, *Conseil national des Barreaux, R.F.D.A.*, 2008, p. 575.

<sup>35</sup> Denominación de un trabajo de M. DELMAS-MARTY cuyo título completo es: *Les forces imaginantes du droit. Le pluralisme ordonné* (Seuil, 2006).

## 2.2. Las relaciones entre la ley y el reglamento

La Constitución de 4 de octubre de 1958 operó una «revolución» entre las fuentes infraconstitucionales del derecho. Lejos del dogma de la ley expresión de la voluntad general, de su tradicional soberanía, el legislador se encuentra «supervisado» por el ejecutivo (fuerte racionalización del parlamentarismo), «concurriendo con» el pueblo (referéndum legislativo del artículo 11), a veces «suplantado» por el Gobierno (recurso a las resoluciones del artículo 38) o «censurado» por el Consejo constitucional. En su ámbito de acción, se ve incluso «limitado» por el juego de los artículos 34 y 37.

De hecho, en 1958, la ley ya no es solamente definida por su autor (el Parlamento) puesto que se añade a este criterio formal un criterio material: no puede dictarse sino en los ámbitos previstos en el artículo 34 de la Constitución. Por lo que se refiere a las otras materias, el artículo 37.1 precisa que «tienen un carácter reglamentario». La voluntad de desvalorización del Parlamento perseguida por la pareja De Gaulle/Debré tiene aquí su plena consagración. A partir de ese momento, el Gobierno, titular de un verdadero poder normativo (o reglamentario) autónomo, contaba, por otra parte, con un defensor: el Consejo constitucional (instituido principalmente para protegerlo de las usurpaciones de la ley). Pero contra todo pronóstico, los «sabios» fueron poco a poco contribuyendo a relajar las dificultades constitucionales impuestas al Parlamento en el ámbito de sus competencias legislativas. El alcance de esta «revolución» fue, pues, limitado. El Consejo llegará incluso hasta declarar que «la Constitución no se propuso declarar inconstitucional una disposición de naturaleza reglamentaria contenida en la ley» (DC, 30 de julio de 1982, Ley sobre los precios y las rentas), lo que equivale a un cuestionamiento puro y simple del principio de distribución de competencias establecido por los artículos 34 y 37. ¿A qué se debe tal retroceso del control de la constitucionalidad de las leyes como instrumento de la protección del ámbito reglamentario? La razón es a la vez jurídica y política.

Desde un punto de vista jurídico, como los procedimientos expresamente previstos por la Constitución para proteger el poder normativo del Gobierno —«la inadmisibilidad» del artículo 41 y la «deslegalización» del

artículo 37.2— dependen del propio Gobierno para su ejercicio, cabe considerar que al no utilizarlos, se está de acuerdo con la extensión del ámbito legislativo<sup>36</sup>. En clave política, determinar sistemáticamente la inconstitucionalidad de una disposición de naturaleza reglamentaria contenida en una ley equivaldría a no hacer caso de un principio esencial en los regímenes parlamentarios contemporáneos: el del Gobierno como protagonista principal del proceso legislativo. Más que nunca, el fenómeno mayoritario da la razón a los clásicos análisis de Boris Mirkine-Guetzévitch: «contrariamente a todas las viejas teorías de la separación de poderes, bajo el régimen parlamentario, es el ejecutivo el que legisla»<sup>37</sup>.

Los mecanismos de racionalización y de circunscripción del ámbito de la ley tuvieron lugar en un clima de confrontación entre Ejecutivo y Legislativo. Se ignoraba entonces que sobre la base de una creciente solidaridad política, por medio del partido mayoritario, la ley iba a convertirse en la herramienta indispensable para conducir la política gubernamental (o presidencial). Por lo tanto, para el Consejo constitucional, declarar la inconstitucionalidad de una ley con el fundamento del artículo 37.2 carecía de todo sentido ya que, pretendiendo proteger al Gobierno, se llegaría a sancionar al verdadero impulsor de la legislación, el propio Gobierno. Pero esta interpretación, por lúcida que sea, no conjura las consecuencias negativas. Efectivamente, se vuelve fácil, con la complicidad del Parlamento y la bendición del Consejo constitucional, abusar de la situación, incitando a la inflación legislativa, a la degradación de la calidad de una ley que «titubea, vacila y farfullea», señalaba el Presidente P. Mazeaud. En definitiva, pareció necesario retomar el rigor.

<sup>36</sup> Amparándose en el artículo 37.2, el Gobierno puede recobrar el ejercicio de su potestad reglamentaria tras la publicación de la ley a través de una deslegalización (declaración por el Consejo Constitucional del carácter «reglamentario» y no «legislativo»). Autorizado de este modo a modificar la ley por decreto, cuenta con medios constitucionales para recuperar las materias puntualmente dejadas en manos de la ley.

<sup>37</sup> B. MIRKINE-GUETZEVITCH, «Le renforcement de l'Exécutif et le régime parlementaire», *R.D.P.*, 1930, p. 519. Para más detalles sobre el original pensamiento de un autor a menudo olvidado en Francia, cfr, nuestro trabajo «Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel», *Droits*, 2007, núm. 46, pp. 183-212.



El Consejo constitucional se puso a la tarea elevando «la accesibilidad y la inteligibilidad de la ley» (DC 16 de diciembre de 1999) a rango de principio de valor constitucional, declarando que la ley debe tener un contenido «normativo» y atenuando los efectos de la jurisprudencia de 1982 mediante una sentencia de 21 de abril de 2005 («Ley de orientación y programa sobre el futuro de la escuela»). Para poner fin a la laxitud y evitar que la norma legislativa se vincule con la pura comunicación política, intervino también el poder constituyente el 23 de julio de 2008. Con el objeto de asegurar el respeto de los artículos 34 y 37, la reforma prevé que el Presidente de la Asamblea a la que se someta el texto —y no solamente el Gobierno— podrá oponerse a una propuesta o a una enmienda ajena al ámbito competencial de la ley. Cabe estimar que, con seguridad, los «estudios de impacto», obligatorios para los proyectos de ley<sup>38</sup>, permitirán al mismo tiempo apreciar los resultados previstos de los textos legislativos, su coste, y su inserción en el marco del artículo 34.

### **3. LOS DISTINTOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS**

#### **3.1. La organización general de la justicia en Francia**

La justicia francesa tiene tres órdenes jurisdiccionales: el orden constitucional, en el cual se encuentra exclusivamente el Consejo Constitucional; el orden administrativo, a la cabeza del cual se encuentra el Consejo de Estado; y el judicial, coronado por el Tribunal de Casación. Esquemáticamente: el primero monopoliza el denominado control de «constitucionalidad de las leyes» (véase el apartado «4»); el segundo resuelve los procesos de carácter administrativo (acerca de la administración y las relaciones con los administrados); y el tercero, conoce de los procesos entre privados que enfrentan a particulares y que son resueltos por el derecho pri-

<sup>38</sup> Cfr. la ley orgánica de 15 de abril de 2009 de aplicación del nuevo párrafo 3 del artículo 39. El mecanismo puede finalizar con un examen por el Consejo constitucional de la admisibilidad del Proyecto de Ley (art. 39.4).

vado. Detrás de esta distinción, a primera vista lógica, surgen verdaderas dificultades. Las principales se refieren a la definición de lo que está incluido exactamente en uno u otro de los órdenes jurisdiccionales. ¿Cuál es el juez competente? La cuestión afecta tanto a la justicia como a los justiciables<sup>39</sup>. Cada orden jurisdiccional constituye un bloque homogéneo, que puede oponerse al otro, sea para ejercer una competencia, sea para negarse a hacerlo. La solución de las dificultades relativas al orden administrativo y al orden jurisdiccional pasó por la creación en 1872 de un Tribunal de conflictos, compuesto paritariamente de consejeros de Estado y magistrados del Tribunal de casación (presidido por el Ministro de justicia).

Durante mucho tiempo en Francia, fue difícil hablar de un «poder» judicial. Es cierto que desde la Revolución, se mantuvo inalterada una tradición constante de subordinación del poder judicial a las voluntades políticas. «Depuraciones, revocaciones, jubilaciones se sucedieron al ritmo de los cambios de régimen. El resultado pretendido se obtuvo más allá de lo deseable: todos los poderes políticos, cualesquiera que fueran, intentaron contar con una magistratura tan dócil como pudieran soñarla, y los sueños son insaciables»<sup>40</sup>. El texto de 1958 conserva aún el rastro de esta sumisión del juez ordinario puesto que el título VIII de la Constitución que se refiere a él se titula: «De la autoridad judicial», calificación tradicionalmente preferida a la de «poder». Y luego está el primer párrafo del artículo 64: «el Presidente de la República es garante de la independencia de la autoridad judicial»... que es lo mismo que declarar que «el lobo es el garante de la seguridad del aprisco»<sup>41</sup>. Por otra parte, en lo que atañe a la justicia constitucional, los constituyentes no quisieron un «Tribunal», prefirieron limitarse a la creación de un «Consejo».

Pero la situación de los jueces ha evolucionado durante las tres últimas décadas hasta el punto de que es corriente hablar hoy del «poder judi-

<sup>39</sup> Por el contrario, la cuestión afecta en menor grado a la jurisdicción constitucional ya que sus competencias están claramente definidas por la Constitución y porque los justiciables no pueden recurrir a él directamente.

<sup>40</sup> G. CARCASSONNE, *La Constitution*, Seuil, 2009, p. 312.

<sup>41</sup> *Ibid.*

cial». Hay, en primer lugar, una tendencia a la judicialización de la vida social que refuerza la figura y la posición del juez. A continuación, es necesario mencionar sobre este tema la importancia de la jurisprudencia del Consejo constitucional: no sólo permitió atribuir valor constitucional al principio de independencia de los órganos jurisdiccionales administrativos (DC 22 de julio de 1980)<sup>42</sup>, sino que el Consejo dedujo que ni el legislador, ni el Gobierno, podían censurar sus sentencias, enviarles indicaciones o sustituirlos en los procesos. Por último, varias reformas constitucionales vinieron a cerrar la evolución hacia la afirmación del «poder» jurisdiccional. Se puede citar la reforma del 27 de julio de 1993 y la del 23 de julio de 2008 que, cada una a su manera, consagran el autonomía del Consejo Superior de la Magistratura con relación al Poder Ejecutivo (véase el apartado «I» §2).

### 3.2. Órganos jurisdiccionales ordinarios y garantía de las libertades

En el orden «jurisdiccional», el juez civil y el juez penal (colocados bajo la autoridad del Tribunal de casación) garantizan ordinariamente, por decirlo así, las libertades. En el orden «administrativo», dónde los jueces se encuentran bajo la autoridad del Consejo de Estado, es habitual señalar que actúan como «censores» de los decretos y servidores de la ley». La capacidad del juez administrativo para proteger las libertades es así el resultado de su emancipación progresiva del poder ejecutivo<sup>43</sup>. Bajo la V República, la obra jurisprudencial magistral de los jueces administrativos gozará, con el Consejo constitucional, de un nuevo impulso. Ello se debe a que los «principios generales del derecho» más importantes establecidos

<sup>42</sup> En el texto constitucional sólo aparece expresamente garantizada la independencia de los tribunales del orden jurisdiccional.

<sup>43</sup> Liberado de la tutela del poder por la ley de 24 de mayo de 1872, el Consejo de Estado no ha dejado desde entonces de reforzar su capacidad de control de los actos de la administración. Fue necesario que defendiera a la vez su competencia jurisdiccional frente a las acometidas repetidas del Tribunal de Casación y ganarse la credibilidad de los administrados.

por el Consejo de Estado se sublimaron en principios de valor constitucional por los jueces de la Rue Montpensier; a que estos últimos supieron elevar la independencia de la jurisdicción administrativa al rango de «principio fundamental reconocido por las leyes de la República» (DC, 22 de julio de 1980) y, en paralelo, limitar el ámbito de aplicación del artículo 66 de la Constitución («la autoridad judicial, garante de la libertad individual, garantiza el respeto de este principio en las condiciones previstas por la ley») aceptando una noción del concepto de «libertad individual» cada vez más reducida. Finalmente, raros son hoy los actos respecto de los cuales el juez carece de capacidad de control; incluso la categoría de los «actos de Gobierno» ha sido progresivamente mermada. También el ejercicio por la administración de su poder discrecional ha sido «normalizado», por decirlo así, ya que el Consejo de Estado se ha atribuido el control, al menos, del «error manifiesto» en la valoración. Otras evoluciones recientes empujan al juez administrativo al campo de las libertades. En esta línea contamos con la importante ley de 30 de junio de 2000 que instauro el procedimiento del «recurso-libertad», comparable a un tipo de amparo (en español en el original) administrativo (numerosos recursos sobre extranjería, en especial, sobre el derecho de asilo). Por lo tanto, y a pesar del artículo 66 de la Constitución o el artículo 134 del Código de Procedimiento Penal, que consagra la competencia exclusiva de los tribunales judiciales en caso de violación de la inviolabilidad del domicilio, asistimos a un verdadero entrecruzamiento de competencias de uno y otro juez en la garantía de las libertades. Así lo constatamos en los casos de la protección de las libertades individuales o de la propiedad privada. Los principales inconvenientes que se derivan son la ausencia de claridad del sistema para la persona justiciable que no sabe a qué juez recurrir, la falta de celeridad de los procedimientos y, finalmente, el difícil respeto de las exigencias del «proceso equitativo» (derecho a obtener una resolución en un plazo razonable, en particular). Se comprende así porque se viene reclamando con regularidad una unidad de competencia en el marco de la protección de las libertades fundamentales... en beneficio a veces del juez administrativo<sup>44</sup>.

<sup>44</sup> Cfr. A. VAN LANG (dir.), «Le dualisme juridictionnel. Limites et mérites», Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2007.

Esta descripción no basta probablemente para situar por entero el lugar de los órganos jurisdiccionales ordinarios (de los órdenes administrativo y judicial) en la garantía de los derechos fundamentales; pero debe permitir, no obstante, entender la especificidad de la justicia administrativa en Francia. Para explicar el mantenimiento a través del tiempo de este dualismo jurisdiccional, es necesario retomar la expresión de Bruno Genevois: «el diálogo de los jueces»<sup>45</sup>, que se reveló necesario como medio de evitar jurisprudencias discordantes o contradictorias; con el cometido de lograr una buena administración de la justicia y garantizar la seguridad jurídica a los ciudadanos. Conservando su autonomía, el Consejo de Estado y el Tribunal de casación están, pues, a la escucha uno del otro. Por lo que se refiere a la autoridad del Consejo constitucional, supieron asumirlo como el intérprete natural de la Constitución. Teniendo en cuenta esta realidad, el constituyente ha creído posible impulsar aun más el diálogo y las relaciones entre jurisdicciones creando, el 23 de julio de 2008, un nuevo dispositivo de control de la constitucionalidad de las leyes.

### 3.3. La «cuestión prioritaria de constitucionalidad»: el nuevo instrumento del diálogo entre los jueces

El 1 de marzo de 2010 permanecerá como el hito inicial de un cambio profundo para los derechos de los justiciables. Es más, puede concebirse con mayor amplitud como la fecha a partir de la cual todo el sistema jurídico francés va a comenzar a cambiar de aspecto. Esta fecha se refiere a la entrada en vigor de la ley orgánica (del 10 de diciembre de 2009) dictada en aplicación del nuevo artículo 61-1 de la Constitución. Con la CPC (Cuestión prioritaria de constitucionalidad), se abre la veda de las leyes inconstitucionales; los «derechos y libertades que la Constitución garantiza» no admitirán ya ninguna contradicción del legislador. Hasta este momento, Francia sólo había aceptado el control «a priori» de las leyes (después del voto, pero antes de la promulgación), a petición únicamente de las autori-

<sup>45</sup> *Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois. Le dialogue des juges*, Dalloz, 2009.

dades políticas. A partir de ahora, toda persona justiciable puede instar ante toda jurisdicción, en el seno de cualquier instancia procesal (en primera instancia, en apelación o en casación) una cuestión referida a la constitucionalidad de una disposición legal aplicable al caso. En Francia no se adopta el sistema americano de la excepción de inconstitucionalidad y no se le atribuye al juez ordinario juzgar la ley a la luz de la Constitución. De acuerdo con un modelo bien conocido en la Unión Europea y en los Estados miembros, corresponde a la jurisdicción constitucional especializada —el Consejo constitucional— pronunciarse sobre la cuestión prejudicial. El acceso de las personas justiciables al juez constitucional se plantea, pues, de manera indirecta. Salvo si la «cuestión» se plantea por primera vez en casación, se prevé un doble «filtro» que tiene por función principal evitar el colapso del Consejo. En primer lugar, el Tribunal que conoce del asunto suspende su tramitación<sup>46</sup> y reenvía el problema de constitucionalidad a la jurisdicción suprema de su orden jurisdiccional (Consejo de Estado o Tribunal de Casación). A continuación, el Consejo de Estado o el Tribunal de casación disponen de un plazo de «tres meses» para plantear o no la cuestión al Consejo constitucional. Este último, único juez habilitado para zanjar este tipo de conflicto normativo, debe entonces pronunciarse sobre la CPC en el plazo también de «tres meses». Y en caso de no conformidad con la Constitución, la CPC tiene un efecto «erga omnes» (nuevo párrafo 2 del artículo 62)<sup>47</sup>. La norma es expulsada inmediatamente del ordenamiento jurídico francés. Pero para evitar los inconvenientes de una posible laguna, el Consejo tiene la facultad de establecer provisiones transitorias (aplazamiento en el tiempo de los efectos de la declaración

<sup>46</sup> La remisión de la cuestión no es automática. La Ley orgánica establece estas condiciones: 1. La disposición en cuestión debe ser aplicable al caso o ser relevante en el procedimiento o constituir el fundamento de las diligencias. 2. No debe haber sido anteriormente declarada conforme con la Constitución por el Consejo constitucional, salvo que las circunstancias hayan cambiado; 3. Y debe tener el suficiente fundamento constitucional.

<sup>47</sup> «Una disposición declarada inconstitucional en base al artículo 61-1 es declarada nula desde la publicación de la sentencia del Consejo Constitucional...».

de inconstitucionalidad, por ejemplo) en espera de la adopción de una reforma destinada a remediar la inconstitucionalidad.

Con este nuevo control «a posteriori» de la constitucionalidad de las leyes, la garantía de los derechos fundamentales no pasa exclusivamente ya por los convenios internacionales. La propia Constitución puede ser alegada; la Constitución puede interiorizarse más. Por otra parte, existen principios consustanciales al ordenamiento jurídico nacional (laicidad, una determinada concepción de la igualdad...) que no cuentan con una protección a través de los tratados. El otro avance indiscutible de la CPC es que pueda lograr que leyes que contienen disposiciones inconstitucionales no sigan aplicándose en el tiempo. Esta eventualidad pudo tener lugar en el pasado en ausencia de control «a priori», bien por inadvertencia de los legitimados para recurrir ante el Consejo o bien por conformismo político. Por último, se advirtió bien pronto que este mecanismo puede servir para halagar el orgullo nacional, o por lo menos para reanimar la ilusión de una Constitución jerárquicamente superior al derecho internacional en general, y al derecho de la Unión en particular. La cuestión prejudicial debía, en efecto, ser «prioritaria». En cualquier caso, señala la LO del 10 de diciembre de 2009, cuando a los tribunales se les sometan «argumentos que versen sobre la conformidad de una disposición legal, por una parte, a los derechos y libertades garantizados por la Constitución y, por otra, a los compromisos internacionales de Francia, [deben] pronunciarse prioritariamente sobre el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad...». Resumidamente, en el supuesto de que se plantee a la vez un problema de contradicción con la Constitución y una posible contradicción con el derecho del Convenio Europeo de los Derechos Humanos o el Derecho de la Unión, el juez debiera tratar prioritariamente la cuestión de constitucionalidad. Tanto para el constituyente como para numerosos constitucionalistas, este carácter prioritario servía para destacar la preeminencia de la Constitución en el ordenamiento jurídico interno.

Pero esto supone subestimar el impacto del principio de primacía del derecho de la Unión. Este dispositivo prioritario volvía a desconocer la fuerza del vínculo entre los órganos jurisdiccionales ordinarios y los jueces de Luxemburgo. ¿Es eurocompatible establecer un dispositivo que soslayaba la misión del juez nacional como juez comunitario —y su facultad de plan-

tear una cuestión prejudicial al Tribunal en cuanto una ley nacional pudiera juzgarse incompatible con el derecho de la Unión—? Esta es exactamente la cuestión que se planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por el Tribunal de casación, el 16 de abril de 2010 (Asunto «Abdeli Melki») y que originó una virulenta y desacostumbrada polémica en el ámbito jurídico francés. Para la gran mayoría de los profesores de Derecho público, estaba claro que el Tribunal de casación buscaba el conflicto<sup>48</sup>. ¿Se iba a romper ese preciado juguete, de sutil mecanismo y portador de tanta grandeza constitucional? Lo peor se evitó (la censura de la CPC por los jueces de Luxemburgo), pero al precio de importantes concesiones por parte del Consejo constitucional. Cabría, incluso, hablar de «humillación» en el ámbito de la interrelación de ordenamientos. Prefiriendo adelantarse a la respuesta del Tribunal de Justicia, y tranquilizarlo, el Consejo llevó a cabo una «apelación a la constitución» en la sentencia de 12 de mayo de 2010<sup>49</sup>. ¡Qué renuncio con relación a su sentencia de 3 de diciembre de 2009 dictada con ocasión del control «a priori» de la ley orgánica sobre la CPC! Ya no es el momento de destacar que el argumento a propósito de la conformidad con la Constitución debe examinarse antes que el referido a la conformidad de una ley con los compromisos internacionales de Francia. Ya no es de buen tono mencionar la supremacía de la Constitución en el orden interno. A raíz de esta sentencia, la ley orgánica debe interpretarse de manera que no suponga un obstáculo para que «el juez en el curso de un proceso en el cual se alega la incompatibilidad de una ley con el derecho de la Unión Europea haga, en cualquier momento, lo que sea necesario para impedir que disposiciones legales que supondrían un obstáculo a

<sup>48</sup> Entre las numerosísimas reacciones podemos, por ejemplo, citar G. CARCASSONNE y N. MOLFESSIS, «La Cour de cassation à l'assaut de la question prioritaire de constitutionnalité», *Le Monde* du 23 avril 2010; D. ROUSSEAU y D. LEVY, «La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité: pourquoi tant de méfiance?», *Gazette du Palais*, 25-24 avril 2010; A. LEVADE, «Renvoi préjudiciel versus question prioritaire de constitutionnalité: la Cour de cassation cherche le conflit!», *Dalloz* 2010, note 1254.

<sup>49</sup> Sentencia núm. 2010-605, *loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*.



la plena eficacia de las normas de la Unión sean aplicadas». Dos días más tarde, deseando ir de la mano con el juez constitucional, el Consejo de Estado aportará una interpretación idéntica de la CPC: la cuestión puede «en cualquier momento» ser concurrente con la facultad o la obligación del juez ordinario de recurrir al TJUE «para hacer cesar «inmediatamente» todo posible efecto de la ley contrario al derecho de la Unión» (CE, 14 de mayo, «Rujovic»). Ante estas diligentes manifestaciones de sometimiento a las obligaciones específicas del derecho de la Unión, expuestas por las dos alas del Palacio Real, el Tribunal de Justicia<sup>50</sup> consideró el dispositivo de la ley orgánica de 10 de diciembre de 2010 (dictada en aplicación del artículo 61-C) compatible con las obligaciones impuestas por su jurisprudencia «Foto-Frost» y por el artículo 267 TFUE. Los órganos jurisdiccionales franceses pueden, pues, someter al Tribunal una cuestión prejudicial si tienen dudas sobre la compatibilidad de la legislación nacional con el derecho de la Unión, incluso cuando plantean una CPC. El carácter «prioritario» de la cuestión de constitucionalidad se coloca pues bajo una obligación: aquélla que resulta del mantenimiento de la plena eficacia del derecho europeo. El Consejo constitucional ya no hará más añadiduras en su sentencia de 22 de julio de 2010 («M. Alain C. y otros»).

A las primeras de cambio de aplicación de la CPC, la «guerra» de los jueces le ha cogido el paso al «diálogo» de las Cortes. ¿Pero podíamos creer que fuera de otra manera considerando una reforma de este calado que genera tales retos en la posición constitucional de Cortes Supremas y Consejo constitucional? No obstante, hay que retener tres aspectos positivos: el filtro del Tribunal de casación y el Consejo de Estado no se transforma en «tapón» (se plantean abundantes cuestiones ante el Consejo); no se impugna el lugar estratégico del juez constitucional en la garantía de los derechos y libertades; y el diálogo entre el Consejo constitucional y el Consejo de Estado tiene la apariencia de una «unión sagrada». Por lo que se refiere al Tribunal de casación, hay que juzgar su actuación como una más de la larga lista de disidencias entre órganos jurisdiccionales que, todas, al final, se solucionaron con el tiempo.

<sup>50</sup> TJUE, sentencia de 22 de junio de 2010.

### 3.4. Los órganos jurisdiccionales ordinarios y el Derecho europeo

De manera constante, desde la sentencia «Costa c/ENEL» de 1964 o «Simmenthal» de 1978, el Tribunal de Justicia viene afirmando el principio de la «primacía» del derecho de la Unión sobre las normas internas de los Estados, incluidas las de naturaleza constitucional<sup>51</sup>. Por su parte, el Consejo constitucional reconoce «la existencia de un ordenamiento jurídico comunitario integrado en el ordenamiento jurídico interno y distinto del ordenamiento jurídico internacional». ¿Pero cómo organizar las relaciones entre estos órdenes enclaustrados? La respuesta difiere en función de la norma nacional de que se trate. Si se trata de la relación derecho de la Unión/Constitución, se ha adoptado recientemente por el Consejo una posición con ocasión de su famosa jurisprudencia «Directiva» iniciada en 2004 (véase el apartado «IV» §3). Por lo que se refiere a la relación derecho de la Unión/ley ordinaria, todo parecía a priori regulado por el artículo 55 de la Constitución: «los Tratados o acuerdos válidamente ratificados o aprobados tienen, a partir de su publicación, una autoridad superior a la de las leyes...». La cuestión será, no obstante, saber cuál sería el juez competente para efectuar este control de las leyes a la luz de los tratados internacionales.

En una sentencia capital dictada el 15 de enero de 1975 (IVG), el Consejo constitucional se negó a integrar el derecho internacional en el «bloque de constitucionalidad», considerando que su competencia se limitaba a la estricta confrontación de las leyes con las disposiciones del texto constitucional. Tratándose del cumplimiento del artículo 55 y de la sanción de no conformidad de las leyes a los Tratados o acuerdos internacionales, indicó para la ocasión que esta tarea correspondía a los órganos jurisdiccionales ordinarios. La doctrina del Consejo fue asimilada rápidamente por el Tribunal de casación que asumió por su cuenta la distinción entre el control de constitucionalidad (reservado al Consejo constitucional) y el control de «convencionalidad» (conferido a los órganos jurisdiccionales ordinarios). En la sentencia «Sociedad Jacques Vabre» de 24 de mayo de 1975,

<sup>51</sup> Más recientemente cfr. Sentencias del TJUE, de 3 de mayo de 2005, *Berlusconi* o del 19 de noviembre de 2009, *Filipiak*.

aceptaba así hacer prevalecer el Tratado de Roma y descartar la ley, ya fuera anterior o posterior. Por su parte, en cambio, el juez administrativo se negará aún durante mucho tiempo —en nombre de la teoría de la «ley pantalla»— a garantizar la primacía de un acuerdo internacional sobre las leyes nacionales posteriores. Será necesario esperar casi quince años para que el Consejo de Estado abandone esta posición (célebre sentencia «Nicolo», de 20 de octubre de 1989) y se alinee con la jurisprudencia del Tribunal de casación. Progresivamente, teniendo en cuenta la especialidad del ordenamiento jurídico europeo, los jueces de los dos órdenes jurisdiccionales aceptarán inaplicar una ley contraria a los Reglamentos, a las directivas e incluso a los principios generales del Derecho comunitario.

Sobre este delicado problema del conflicto entre normas, el «diálogo de los jueces» ha tenido finalmente lugar. Necesario dentro del Estado, va a alcanzar dimensión europea gracias a la cuestión prejudicial (antiguo artículo 234 TCE que se ha convertido en el artículo. 267 TFUE) que ha permitido controlar los sistemas jurídicos nacionales y garantizar su articulación correcta con el Derecho de la Unión, dando así lugar a la «Europa de los jueces» que anticipaba el Presidente Lecourt<sup>52</sup>. En este diálogo subsistía, no obstante, una contradicción acerca de la garantía de los derechos fundamentales alegada por los justiciables franceses. Podían prevalecer en un proceso en nombre del respeto del derecho internacional (control de convencionalidad) pero no en nombre de su propia Constitución (ausencia de control de constitucionalidad «a posteriori»). Inevitablemente, la persona justiciable podía sentirse mejor protegida por los Tratados que por las prescripciones del texto constitucional. El Consejo constitucional seguía estando excluido de este diálogo permanente entre los órganos jurisdiccionales nacionales y los órganos jurisdiccionales europeos en torno al inmenso corpus de los derechos fundamentales. Ante tal anomalía, la evolución parecía inevitable. Se concretó en la reforma del 23 de julio de 2008 que instauraba en Francia la cuestión prejudicial de constitucionalidad. Su puesta en marcha dio lugar a un discurso lleno de optimismo del Presidente Nicolas Sarkozy. Según él, se pondría un término definitivo a esta «situación in-

<sup>52</sup> Cfr. R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruylant, 1976.

comprensible (...), que a veces conducía a que los procesos, en vez de purgarse en Francia, dieran lugar a que Francia fuera condenada por el Tribunal europeo. ¡Bonito resultado!»<sup>53</sup>. Pero para que los procesos se «purguen» internamente, falta que los jueces ordinarios colaboren «prioritariamente» con el Consejo constitucional y abandonen su práctica de un diálogo directo e inmediato con los órganos jurisdiccionales europeos. Tras nueve meses de aplicación de la reforma, este diálogo está sembrado de minas (véase apartado «III» §3).

#### 4. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Ideado en 1958 como el defensor del Ejecutivo contra el Parlamento —Charles Eisenmann hablaba de un «cañón dirigido sobre el Parlamento»— el Consejo constitucional se erigió en protector de los derechos y libertades del ciudadano. Manteniéndose, como precisa en su sentencia de 6 de noviembre de 1962, como órgano «regulador de los poderes públicos», es, en sentido más amplio, la personificación de la protección de los derechos fundamentales contra el legislador (contra la mayoría presidencial). Representa, en definitiva, lo contrario de lo que pretendieron sus fundadores: pese a que De Gaulle lo quiso modesto, el Consejo se ha convertido en omnipresente en el paisaje institucional francés. La reforma del verano de 2008 —instaurando un control de constitucionalidad «a posteriori»— no hará sino acrecentar su influencia.

##### 4.1. Características de la justicia constitucional en Francia

Como en muchos países europeos, Francia adoptó un modelo «concentrado» (y no «difuso» como en los Estados Unidos) de justicia consti-

<sup>53</sup> N. Sarkozy, lunes 1 de marzo de 2010 en el Consejo constitucional. Discurso recogido en *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, Dalloz, núm. 29-2010, p. 14.

tucional. Un órgano especializado, llamado Consejo constitucional, dispone del monopolio de valoración de la constitucionalidad de las leyes. Además tiene atribuidas otras competencias: vela por la distribución de las competencias entre el Parlamento y el Gobierno (esto es, la observancia de los artículos 34 y 37) y ejerce como juez de las elecciones<sup>54</sup>. Lo más numeroso del contencioso constitucional se sitúa en este último ámbito, pero es en su función de garante de los derechos y libertades fundamentales donde estriba la ruptura que es posible apreciar con la tradición republicana francesa.

Es cierto que los hombres de 1958 no se habían propuesto concederle este papel, por temor al «Gobierno de los jueces». También es cierto que una lectura amplia de la Constitución no excluía en ningún momento la posibilidad de que el Consejo se refiriera al Preámbulo en su control, y que otorgara, en consecuencia, valor constitucional a un ilustre corpus de derechos fundamentales (Declaración de 1789, Preámbulo de 1946, principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República). Fue necesario esperar a la jurisprudencia «Libertad de asociación» del 16 de julio de 1971 para que este primer «golpe de mano» tuviera lugar. Pero esta decisión de 1971 no habría tenido tal repercusión sin la formidable palanca que representó la reforma del 29 de octubre de 1974. Atribuyendo la legitimación para recurrir ante el Consejo a sesenta diputados o sesenta senadores, el poder constituyente daba lugar al segundo «golpe de mano» en la historia de la justicia constitucional en Francia. La anomalía de un acceso reservado al Presidente de la República, al Primer Ministro y a los Presidentes de las dos Asambleas había concluido. De virtual (nueve veces invocado entre 1958 y 1974), el control de constitucionalidad pasaba a ser real. La oposición disponía a partir de ese momento de un arma temible para la protección de los derechos y libertades contra el absolutismo potencial de las mayorías políticas. Control de las leyes más allá de las simples normas de competencia y procedimiento, ampliación de los legitimados, el sistema avanzaba de forma cada vez más decidida por el camino del perfeccionamiento del «Estado de Derecho». ¿Pero es compatible la

<sup>54</sup> Vela por la regularidad de las elecciones presidenciales (art. 58), las elecciones generales (art. 59) y los referenda nacionales (art. 60).

idea de «Estado de Derecho» con la ausencia de recurso al juez constitucional por los ciudadanos, directa o indirectamente? Para ponerle remedio, se presentaron dos proyectos de reforma inspirados por Robert Badinter en 1990 y 1993. Sin éxito. Tendremos que esperar al verano de 2008 para que un «tercer golpe de mano» arribe. Convencido por la lógica del progreso, apoyada esta vez por el Comité Balladur, Nicolas Sarkozy admitía que la constitucionalidad de las leyes ya no fuera exclusivamente una cuestión de cargos electos. El acceso indirecto a la jurisdicción del Consejo se iba abrir a los justiciables. Por medio de una «cuestión prioritaria de constitucionalidad» planteada por el Tribunal de casación o el Consejo de Estado, «un instrumento incomparable de reapropiación, por los ciudadanos, de nuestro «corpus» constitucional» había nacido<sup>55</sup>.

Estos tres momentos clave van a revolucionar la función del Consejo constitucional. Percibido al principio como un simple «perro guardián» del Ejecutivo (Marcel Prélot), se ha convertido hoy al mismo tiempo en una suerte de colegislador (por la anticipación constante de sus sentencias por los parlamentarios), un creador de normas constitucionales (por la modulación jurisprudencial de la Carta de derechos y libertades) y un censor de la política presidencial (ya que todas las grandes leyes se deben a su iniciativa). Resumidamente, su misión se volvió central en el sistema institucional de la V República. Varios elementos lo demuestran. A nivel cuantitativo, la «CPC» ha dado lugar entre el 1 de marzo y el 1 de diciembre de 2010 a no menos de cincuenta y tres sentencias. En lo que se refiere al fondo, esta clase de enjuiciamiento nunca es fácil, sobre todo cuando el Consejo debe preguntarse si el tenor de una ley se ajusta al principio de igualdad, a los derechos de la defensa o a la dignidad humana. Con todo, a pesar de la ascensión constante de la institución, de la complejidad creciente de la función de los jueces, a pesar de la insigne carga que le corresponde en la conservación de los valores de la República, el estatuto del Consejo ha variado poco desde hace medio siglo. Con la llegada de la cuestión prejudicial de constitucionalidad (artículo 61-1 de la Constitución)

<sup>55</sup> Se toma prestada la expresión de N. Sarkozy, discurso del 1.º de marzo de 2010, anteriormente citado.

ha tenido lugar innegablemente la convergencia de Francia con el standard europeo de justicia constitucional. Pero las especificidades de nuestro sistema aún subsisten.

La primera se refiere a su composición. A pesar de la metamorfosis del papel del Consejo constitucional, todavía integra únicamente a «nueve miembros, cuyo mandato dura nueve años y no es renovable» (párrafo 1 del artículo 56). La explosión de la litigiosidad a raíz de la entrada en vigor de la «cuestión prioritaria de constitucionalidad» hace aún más evidente la insuficiencia de este número. Se plantea, por otra parte, el problema de la «politicidad» de los nombramientos, de la competencia de las personalidades designadas, y de la presencia de los miembros de derecho. Como Georges Vedel destacó, el Consejo es «un ser raro: debería estar por encima de la batalla y sus miembros son designados por los grandes actores del combate político». En efecto, el Presidente de la República nombra tres, otros tres son nombrados por el Presidente de la Asamblea Nacional y los últimos tres por el Presidente del Senado. Dado que estos tres cargos suelen estar vinculados al partido mayoritario, y dado que la V República conoció su primera alternancia política en 1981, se comprende por qué la corriente socialista tuviera que esperar hasta 1983 para estar representada... La segunda especificidad se refiere al Presidente del Consejo. No es designado por sus pares según el procedimiento más habitualmente seguido en las jurisdicciones constitucionales. La elección de la Presidencia —que tiene «voto de calidad en caso de empate» (artículo 56.3)— corresponde aún al Jefe del Estado. Las particularidades del modelo francés hacen la aproximación entre este «Consejo» y un «Tribunal» bien difícil. Se podría asegurar un mayor pluralismo con una ratificación parlamentaria por mayoría cualificada de los nombramientos. Con menos audacia, la ley constitucional del verano de 2008 se limita a instaurar una fase previa de audiencia parlamentaria que concluye con un «dictamen público»<sup>56</sup> (nuevo párrafo 4 del artículo 13). El riesgo de bloqueo de los nombramientos

<sup>56</sup> Se mantiene una diferencia mínima entre los tres nombramientos presidenciales (los artículos 13 y 14 prevén un «dictamen público de la comisión permanente competente de cada Cámara») y los efectuados por los dos presidentes de las Cámaras (dictamen de la comisión permanente competente de la asamblea de que se trate)

presidenciales, es, en la práctica, muy improbable ya que para que el candidato presidencial sea rechazado sería necesario que «la suma de los votos negativos en cada comisión represente al menos tres quintos de los sufragios emitidos en las dos comisiones». Si se considera que las comisiones se componen de miembros que representan proporcionalmente a los grupos, lo que implica que en períodos de normalidad (al margen de los supuestos de cohabitación) son afectas al Presidente, se entiende que Robert Badinter haya comparado este veto parlamentario «a un señuelo», «un escamoteo de la imparcialidad para los grandes nombramientos»<sup>57</sup>. A pesar de los límites de la reforma, Guy Carcassonne sigue creyendo que, al menos, se garantiza la competencia de las personalidades nombradas. El temor de dictámenes públicos con reparos o negativos, obligaría al Presidente a su modo de ver «a presentar candidatos presentables». Pero para garantizar la capacidad de los miembros para ejercer sus funciones, existe un medio más eficaz, que es exigir, como se hace con los integrantes del Tribunal de justicia de Luxemburgo, que sean juristas<sup>58</sup>. También se podría defender, siguiendo el modelo italiano, el nombramiento de una cuota de miembros por los altos órganos jurisdiccionales (Consejo de Estado, Tribunal de casación y eventualmente Tribunal de Cuentas). De otro lado, los antiguos Presidentes de la República, «son miembros vitalicios del Consejo constitucional» (artículo 56. 2). El Comité Balladur, en su propuesta núm. 75, propuso suprimir esta disposición y se puede lamentar que el constituyente no haya seguido la indicación. La experiencia política, por rica o sea, no supone de ningún modo contar con la capacidad y la abnegación necesarias para ejercer la función jurisdiccional.

Si el modo de designación de los miembros del Consejo puede dar del órgano una apariencia «más política» que jurídica, una especificidad suplementaria aparece si se repara en los aspectos procesales.

<sup>57</sup> R. BADINTER en su debate con E. Balladur sobre la «Réforme constitutionnelle», *Le Monde*, 11 juin 2008.

<sup>58</sup> De 66 miembros del Consejo, sólo 4 provienen de la carrera judicial. Por lo que se refiere a los profesores de derecho, sólo uno lo integra en la actualidad. Estos dos sectores, de los que los Tribunales constitucionales se suelen nutrir abundantemente, están muy poco representados en el Consejo.



#### 4.2. Los procedimientos en el Consejo constitucional

Los textos y la práctica han perfilado durante mucho tiempo un procedimiento contradictorio, escrito y secreto. El respeto del principio contradictorio debe mucho a la insistencia del Presidente R. Badinter que hizo, por ejemplo, publicar en el Diario Oficial las observaciones en defensa de la ley dirigidas al Consejo por la Secretaría General del Gobierno (¡como este último tiene las riendas del procedimiento legislativo, es a él al que le corresponde defender la ley!). Pero más allá de los intercambios informales entre el Consejo y las Asambleas, habrá que esperar al 13 de febrero de 2004 para que una delegación de cinco parlamentarios socialistas sea oída por la ponente de la ley sometida a juicio. Como en cualquier proceso, están, de una parte, los legitimados activamente (generalmente los diputados o los senadores) que exponen sus fundamentos; del otro, el Gobierno, que responde punto por punto y pide al Consejo desestimar el recurso; y entre los dos, el Consejo que se pronuncia sobre este intercambio de argumentos. Al margen de esto no se establece precisión ulterior. Se ha criticado el carácter informal de las audiencias, siempre situadas en la fase de instrucción del expediente, la ausencia de abogados en las sesiones, el secreto sobre el nombre del ponente, sobre el sentido de la ponencia, sobre el reparto de los turnos de intervenciones. El ejemplo de las numerosas Cortes constitucionales extranjeras muestra que la respetabilidad de los jueces no es puesta en entredicho por el conocimiento público de sus debates, votos u opiniones disidentes. El carácter rudimentario del procedimiento en el Consejo tenía sentido en 1958, en el momento en que dominaba una concepción estrecha de lo que podía representar. Pero con el cambio radical de 1971-1974 hubiera sido conveniente que el control de constitucionalidad satisficiera una de las primeras exigencias del debate democrático: su carácter público y transparente. Una mejora tuvo lugar bajo la Presidencia de Jean-Louis Debré con la aceptación en el Consejo de abogados de las partes con motivo de los contenciosos electorales. En el contencioso de las leyes, también se han previsto comparecencias para dar más argumentos al ponente, ya se trate de recurrentes o expertos, científicos o juristas. Pero sin duda es la cuestión prioritaria de constitucionalidad la que va a hacer prácticamente ineludible la evolución hacia la «jurisdiccional-

lización» del Consejo. Ya, desde la publicación del Reglamento de procedimiento consustancial a la CPC (DO de 18 de febrero de 2010)<sup>59</sup>, se han apreciado mejoras. El procedimiento es plenamente contradictorio, la audiencia es pública y los abogados defienden sus posiciones ante el Consejo.

Ha sido necesario esperar más de cincuenta años para que el «Consejo» adopte el aspecto de un «Tribunal». Que el Presidente Sarkozy tema tanto, a partir de la introducción de la CPC, que el Consejo se convierta en «un Tribunal supremo que domina todos los órganos jurisdiccionales y que instaura un contrapoder judicial»<sup>60</sup>, muestra que las potencialidades de esta reforma son inmensas. No le falta razón cuando señala que el 1 de marzo de 2010 representa una «verdadera revolución jurídica»; olvida apreciar que podría conducir al declive del voluntarismo político.

#### 4.3. Relaciones entre el Consejo constitucional y la Unión Europea

De manera un poco provocadora, pero no muy alejada de la realidad, se puede decir que dos ordenamientos constitucionales coexisten en un mismo texto constitucional: el ordenamiento constitucional original, adoptado en 1958, y un ordenamiento constitucional derogatorio, emplazado en el título XV de la Constitución (añadido por la reforma de 25 de junio de 1992): el ordenamiento «del derecho constitucional europeo». Este título XV, titulado «De la Unión Europea»<sup>61</sup>, consta de siete artículos. El primero (artículo 88-1), en forma de una cláusula europea general, contiene el principio de la participación de Francia en la Unión «en las condiciones previstas por el Tratado de Lisboa (...) firmado el 13 de diciembre de 2007». A continuación, bajo la forma de verdaderas normas de habilita-

<sup>59</sup> El Reglamento de régimen interior de 4 de febrero de 2010 ha sido objeto de una primera modificación el 24 de junio de 2010 (Publicada en el Journal Officiel el 23 de julio).

<sup>60</sup> N. Sarkozy, «Discurso» sobre la entrada en vigor del artículo 61-1 de la Constitución, Consejo Constitucional, lunes 1 de marzo de 2010 (recogido en *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, Dalloz, núm. 29-2010, p. 16-17).

<sup>61</sup> Título XIV en 1992, titulado entonces «De las comunidades y de la Unión Europea».

ción, dos artículos (88-2 y 88-3) suprimen todo rastro de incompatibilidad entre la Constitución y el derecho que nace de los Tratados sobre la Unión. Estos artículos fueron reformados siguiendo los dictados de las sentencias del Consejo constitucional. Al modificar así el texto supremo para volverlo compatible con las proyecciones de la Europa integrada, el poder constituyente ofrece verdadera «cobertura» constitucional (se puede también hablar de «normas habilitantes») <sup>62</sup> al Derecho de la Unión. Por su parte, los artículos 88-4, 88-6 y 88-7 dan cuenta de las nuevas competencias del Parlamento francés en el control del proceso de toma de decisiones de la Unión. En definitiva, solamente el artículo 88-5 se distingue ya que prevé el recurso posible al referéndum para «todo proyecto de ley que autorice la ratificación de un Tratado relativo a la adhesión de un Estado a la Unión Europea...» <sup>63</sup>. Para encajar este conjunto de artículos con el orden constitucional inicial, fue necesaria obviamente la intervención del juez constitucional.

El cambio de dirección se opera en 2004 cuando el Consejo constitucional, en una primera sentencia de 10 de junio <sup>64</sup>, reconoce tras el tenor literal de los términos del artículo 88-1 la presencia de una nueva «exigencia constitucional»: la de garantizar «la transposición en derecho interno de una Directiva comunitaria». El mecanismo se pone en funcionamiento: el Consejo va, por lo tanto, a aceptar retomar parcialmente su famosa jurisprudencia «Interrupción voluntaria del embarazo» y abrirse a un control «mínimo» de «convencionalidad» (es decir, de conformidad con los textos supranacionales) cuando se encuentre en presencia de una disposición le-

<sup>62</sup> Se refieren a la Unión económica y monetaria, la libre circulación de personas, las leyes relativas a la orden de detención europea, el derecho de voto y la elegibilidad de los ciudadanos de la Unión a las elecciones municipales.

<sup>63</sup> El constituyente en 2005 (reforma de 1 de marzo), con el impulso del Presidente J. Chirac, estableció un referéndum «obligatorio» para calmar a la opinión pública temerosa ante la perspectiva de una futura adhesión de Turquía a la Unión. Desde la reforma de 23 de julio de 2008, se acordó la ratificación parlamentaria para evitar el referéndum.

<sup>64</sup> Núm. 2004-496 DC, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*. Confirmada, por ejemplo, en la sentencia de 29 de julio de 2004 (*Loi relative à la bioéthique*).

gal «manifiestamente incompatible con la Directiva que tiene por objeto trasponer»<sup>65</sup>; va sobre todo a afirmar, a través de una fórmula abundantemente comentada, que «la transposición de una Directiva no podría ir contra una «norma o un principio inherente a la identidad constitucional de Francia», salvo si el constituyente lo ha autorizado» (DC 27 de julio de 2006). En cierta manera, los jueces de la rue Montpensier venían así a converger con las jurisdicciones constitucionales de los Estados de nuestro entorno (Alemania, Italia, España, en particular), siempre preocupados por oponer un núcleo duro de principios constitucionales al Derecho comunitario. De esta jurisprudencia, del título XV de la Constitución, de la interpretación hecha de su artículo 88-1, surge, no obstante, una verdadera dificultad de orden jerárquico. Ya lo hemos señalado: no hay según el Consejo ninguna relación jerárquica entre las diferentes fuentes que integran el bloque de la constitucionalidad. Ahora bien, los artículos 88-1, 88-2 ó 88-3 precisamente fueron adoptados por el constituyente para suprimir obstáculos constitucionales preexistentes; neutralizan, pues, otras disposiciones de la Constitución situadas fuera del título XV y consideradas a partir de entonces como inferiores a este derecho constitucional «europeizado». Pero esta habilitación del constituyente a superar el orden constitucional «nacional» tropieza con un límite: «las normas o los principios inherentes a la identidad constitucional de Francia». Así pues, tres niveles jerárquicos distintos aparecen en este diálogo entre ordenamientos jurídicos: encontramos, en el escalón inferior, las normas constitucionales sometidas al peso de una capa intermedia integrada por las exigencias del derecho de la Unión (88-1 y siguientes); y en el escalón superior, las disposiciones específicamente referidas a Francia, las que personifican su excepción constitucional. Estas últimas, por importantes que sean, no son, no obstante, intangibles ya que en nuestro modelo, el poder constituyente puede hacerlo todo... demolerlo todo (véase la sentencia de 26 de marzo de 2003). El inciso introducido «in fine» en el fundamento de derecho del Consejo -

<sup>65</sup> Anunciada claramente en la sentencia de 27 de julio de 2006 (*Loi relative au droit d'auteur*), la sanción de la ley sobre la base de su incompatibilidad con el Derecho de la Unión se concreta finalmente en la sentencia de 30 de noviembre de 2006 (*Loi relative au secteur de l'énergie*).

«la transposición de una Directiva no podría ir contra una norma o de un principio (...), «salvo en los casos en los que el constituyente lo haya autorizado» cobra todo su sentido. Parece ser un tipo de «invitación» dirigida al poder constituyente (artículo 89 de la Constitución). En resumen, para no tener que asumir sólo y durante demasiado mucho tiempo la situación de crisis que resulta de rechazar la transposición de una Directiva debido a la definición de una «reserva de constitucionalidad», el Consejo ofrece explícitamente al Congreso la posibilidad de descartar tal elemento del núcleo duro de la identidad constitucional francesa. Apela de alguna manera a su propia jurisprudencia, contando con la oportunidad de una nueva «norma de habilitación» en el título XV de la Constitución.

Con este planteamiento, se trata de ilustrar la delicada articulación entre los ordenamientos jurídicos respecto de, por una parte, la verdadera necesidad de tener en cuenta la «primacía» del derecho de la Unión y, de otra, la verdadera dificultad para los jueces y los Gobiernos nacionales de abandonar la visión de una Constitución como norma jurídica suprema. ¿Cuál de estas exigencias tiene más posibilidades de imponerse en Francia? No es una pregunta fácil de resolver. Pero hay un elemento que ayudará a inclinar la balanza en favor de una resistencia del derecho constitucional o en pro de su declive: la facultad de los jueces para atribuir carta de naturaleza a la famosa excepción francesa. Aquí se juega todo. Toda la trama del debate se concentra «de facto» en la definición de la norma constitucional —estas «normas o los principios inherentes a la identidad constitucional de Francia»— que bloquee la transposición de las directivas y que puede así, en definitiva, neutralizar la primacía del Derecho comunitario. En otros términos, si el único obstáculo erigido por los «sabios» ante la legislación europea resulta invisible, será necesario concluir dos cosas: por una parte, que tiene un valor puramente formal y, por otra, que deja el campo libre a una aplicación bien real del principio de primacía. En la actualidad, más de seis años después de la evocación de este núcleo duro de principios republicanos intangibles, y ante los silencios del Consejo, se plantea obviamente la cuestión de su esencia. Más allá de esta preocupación, es obviamente la capacidad (o la voluntad) de los jueces constitucionales para alejarse de la norma comunitaria lo que plantea más interrogantes. Las recientes vejaciones sufridas con ocasión de la instauración de la CPC (véa-

se apartado «III» finales del § 3) no auguran que se atribuya a una gran protección al texto de 1958. Ante la eventualidad de que la cuestión de constitucionalidad no fuese prioritaria, Marc Guillaume alertaba de que una «nueva jerarquía» de las normas vendría a imponerse: «en la cumbre, el Derecho comunitario, después el Derecho constitucional, y luego, el resto del derecho»<sup>66</sup>. Este escenario ya ha llegado Y por otra parte, ¿de qué le serviría al Consejo resistir? En presencia de este último escenario, a los poderes públicos ya no les queda más opción que encomendarse al poder constituyente. Como ocurre a menudo desde la famosa reforma del 25 de junio de 1992, la utilización del artículo 89 serviría «para evitar» la sanción de inconstitucionalidad y para dar así la última palabra al poder político. Más concretamente, «aguijoneado» por el juez constitucional, el constituyente se pondría de nuevo al servicio del Derecho comunitario. ¿Significa esto que el posible despertar del control de constitucionalidad sólo conseguiría incrementar más las «cláusulas internacionales» o las «cláusulas europeas» en la Constitución? Cabe razonablemente pensarlo.

## 5. LA FORMA DE GOBIERNO

### 5.1. La República

Después del paso de la «República a los republicanos», al final de la década de 1870, y para conjurar definitivamente el fantasma bonapartista y monárquico, la mayoría republicana conducida por Jules Ferry hace inscribir el 14 de agosto de 1884 en la Constitución de 1875 la siguiente fórmula: «la forma republicana de Gobierno no puede ser objeto de una propuesta de reforma». Es en substancia lo que aun figura en el último párrafo del artículo 89 de nuestro texto constitucional.

Entre las características principales de esta tradición republicana, se encuentra, en primer lugar, la indivisibilidad, garantizando «la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley sin distinción de origen, raza o religión» (artículo 1). Para el Consejo constitucional, estos «principios fundamenta-

<sup>66</sup> Audiencia del Secretario General del Consejo constitucional por la Comisión de leyes de la Asamblea Nacional, 30 de junio de 2009, CR núm. 63.

les se oponen a que se reconozcan algunos derechos colectivos a cualquier grupo que se defina por una comunidad de origen, cultura, lengua o creencia» (DC 15 de junio de 1999). La Carta europea de las lenguas regionales o minoritarias firmada el 7 de mayo de 1999 no podía, pues, ser ratificada por Francia. Sin reforma de la Constitución, están condenadas todas las políticas favorables al comunitarismo («affirmative action»). Contrariamente a los deseos iniciales del Presidente Sarkozy<sup>67</sup>, ninguna reforma se ha llevado a cabo para valorar aún más la «diversidad» de la sociedad francesa y ayudar a la consideración positiva de las minorías. La República es también «laica, democrática y social». La laicidad, por su importancia en nuestra historia republicana, merecía, en efecto, una mención particular. Debe contemplarse en su dimensión de neutralidad religiosa. En nombre de la separación entre las Iglesias y el Estado, este último las respeta, las ayuda si es preciso, pero sin establecer privilegios a favor de ninguna. El legislador ha podido deducir (ley de 14 de marzo de 2004), sin ser merecedor del reproche jurisdiccional, una prohibición del uso de signos religiosos ostensibles en los centros docentes públicos no universitarios<sup>68</sup>. Indivisibilidad, laicidad, igualdad excluyendo todo comunitarismo. Ninguna duda cabe de que el Consejo constitucional podría encontrar allí de que alimentar una «norma o un principio inherente a la identidad constitucional de Francia». Por el momento, no obstante, se anda con cuidado (véase el apartado «4» §3).

Artículo 2 de la Constitución:

«La lengua de la República es el francés».

El emblema nacional es la bandera tricolor, azul, blanca, roja.

El himno nacional es «la Marsellesa».

La divisa de la República es «Libertad, Igualdad, Fraternidad».

Su principio es: Gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo».

Pero no hay una palabra sobre el «gallo», que adorna la cancela del Elíseo, y nada tampoco sobre «París», la capital.

<sup>67</sup> Cfr. el discurso del Presidente de la República añadido como Anexo al Decreto núm. 2008-328 de 9 de abril de 2008 por el que se crea un comité de reflexión sobre el Preámbulo de la Constitución, *J.O.*, 10 abril 2008.

<sup>68</sup> Artículo L. 141-5-1 del Código de la educación que ha suscitado mucha polémica en lo que se refiere al uso del velo en las escuelas.

## 5.2. Un sistema parlamentario «primo-presidencial»

La diversidad de las fuentes inspiradoras del texto de 1958, la necesidad de rapidez, es decir, de cerrar compromisos entre el equipo del general De Gaulle y los partidarios de un parlamentarismo procedentes del ámbito intelectual de la IV República (Pierre Pflimlin, Guy Mollet, Paul Reynaud), condujeron a la elaboración de una obra sincrética. Se pudo hablar con mucha razón de un régimen inclasificable, de una Constitución al margen de un régimen «absolutamente inédito» para Georges Burdeau, «herético» según René Cassin. Es cierto que el texto de 1958 está plagado de ambigüedades: se concitan todos los criterios clásicos del régimen parlamentario y, al mismo tiempo, concurren elementos de un poder presidencial autónomo. A su principal inspirador corresponden estas palabras: «Digamos, si lo quieren, que nuestra Constitución es a la vez parlamentaria y presidencial...» «(CH De Gaulle, rueda de prensa del 11 de abril de 1961)». Georges Pompidou mencionará, por su parte, que es un «sistema bastardo», factor de flexibilidad... ya que «los chuchos son a menudo más inteligentes que los perros de pura raza» («El nudo gordiano», Plon, 1974). Después de más de medio siglo de práctica, es seguramente preferible hablar de una Constitución «de geometría variable»: «una constitución, dos regímenes, dependientes de la voluntad del sufragio universal» (Jean Gicquel). Estos dos regímenes podrían calificarse así: el «parlamentarismo primo-presidencial» en período de concordancia entre la mayoría que elige el Presidente y la mayoría de los diputados en la Asamblea nacional; el «parlamentarismo monista (o primo-ministerial)» en el período llamado de «cohabitación». En definitiva, o bien Francia se asemeja a una República de Jefe del Estado, o bien a una República de Primer Ministro. Todo depende de la voluntad popular expresada en las elecciones legislativas que siguen a la presidencial. El régimen a menudo se ha calificado de «dualista» debido a la doble responsabilidad del Gobierno (ante el Presidente y ante la Asamblea), y debido también a su ejecutivo bicéfalo. Sería más propio cifrar el dualismo respecto a las elecciones que constituyen el origen de las relaciones entre los poderes: la del Presidente y la de los diputados. Por lo que se refiere al impacto político mediático, la primera prevalece, pero como dato para leer el régimen, es la segunda la definitiva, generan-



do «la hiperpresidencia» o la «cohabitación». Pero como el acompañamiento del mandato del Presidente (cinco años y no siete desde la revisión de octubre de 2000) con el de la Asamblea hará estos períodos de discordancia de las mayorías muy excepcionales, o prácticamente imposibles, puede decirse que se están aquilatando los perfiles de este régimen atípico en Europa: el «régimen parlamentario primo-presidencial». «Parlamentario», puesto que el Ejecutivo y Legislativo disponen de medios de cese mutuo: el Presidente de la República puede disolver la Asamblea nacional (artículo 12), mientras que una moción de censura puede votarse contra el Gobierno. «Primo-presidencial», ya que desde el principio, la autoridad del general De Gaulle junto con las circunstancias de la guerra de Argelia consagran la instauración de un «Gobierno presidencial». El Presidente traza el rumbo de la política que debe seguirse, a veces en detalle, y el Primer Ministro la ejecuta<sup>69</sup>. No es necesario esperar a la rueda de prensa del 31 de enero de 1964 para comprender que el Presidente de la República dispone «de la facultad» de cambiar «al que le secunda», que «la autoridad indivisible del Estado» atribuida por completo al Presidente supone la indivisibilidad del poder ejecutivo.

Si la voluntad presidencial es el alma del «bloque» ejecutivo, debemos contar con otro dato central de la vida constitucional francesa: el Gobierno sostenido por una mayoría estable. El sistema electoral no es obviamente ajeno a esto.

### **5.3. Partidos políticos y sistema electoral: el principio mayoritario, elemento esencial de estabilidad del régimen**

La Constitución menciona en términos restrictivos a los partidos políticos; describe el método de elección del Presidente de la República (artículo 7) pero deja a la ley ordinaria la facultad de concretar el sistema electoral para la elección de los miembros de las Cámaras. Los partidos y agrupaciones políticas se constitucionalizan en el artículo 4. Pero, lejos del es-

<sup>69</sup> Artículo 20: «El Gobierno determina y fija la política de la Nación». Este artículo no se ha aplicado, al margen de los nueve años de «cohabitación».

tatuto muy estricto previsto en la Ley fundamental alemana, el artículo 4 se refiere solo a dos de sus misiones esenciales: contribuir a la expresión del sufragio y poner en marcha el principio de igual acceso de las mujeres y hombres a los cargos representativos. En realidad, los partidos son el apoyo indispensable para una candidatura presidencial seria. A continuación, una vez obtenida la victoria, es con el voto de su partido mayoritario en la Asamblea con el que el Presidente contará para aplicar su programa. Paradójicamente, se puede, pues, decir así que si las instituciones de la V República se proponían poner fin al «régimen exclusivo de los partidos» (Charles De Gaulle), tuvieron como efecto reforzarlos. Pero a diferencia de los usos políticos habituales durante la IV República, el sistema de partidos ha sabido estructurarse. En 1958, Michel Debré deseaba llegar a un bipartidismo a la inglesa asumiendo un sistema electoral mayoritario a una vuelta. No fue seguido por el General. La V República dará lugar finalmente a la bipolarización del sistema, es decir, a la recomposición de las fuerzas en dos coaliciones de Gobierno, una dominada por un gran partido de derecha (hoy la Unión para un Movimiento Popular), la otra por un gran partido de izquierda (el Partido Socialista).

Esta conquista principal de la V República, no se debe únicamente a la adopción de la fórmula mayoritaria a dos vueltas en las elecciones legislativas, sino a la combinación que forma con la elección popular del Presidente. Con esta última, en efecto, se logró el instrumento técnico que permitía una agregación de las fuerzas en torno a dos polos. Como las elecciones a la Asamblea se producen exactamente después de la elección del Presidente (desde la LO del 15 de mayo de 2001), se invita al electorado a confirmar el veredicto. El aspecto extremadamente distinto de lo que está en juego —lo que representa el Presidente de la República frente a lo que supone la confrontación partidista— puede indiscutiblemente favorecer la polarización del electorado y la aparición de un partido o de una corriente mayoritaria. El nuevo Jefe del Estado añade así a sus importantes prerrogativas «jurídicas» (véase el artículo 19C), las atribuciones «políticas» que se derivan de su calidad de líder de la mayoría parlamentaria. Es así bien difícil que se contente con el papel de «árbitro» que se describe en el artículo 5. La tentación, alimentada por este doble éxito popular, es más bien constituirse en un «guía».

#### 5.4. Relaciones entre ejecutivo y legislativo

En los primeros momentos de la V República, la rehabilitación del Poder Ejecutivo aparece como el único medio de restablecer la autoridad del Estado. De Gaulle no quiere una República «sin cabeza». Pero sabe que nada será posible sin romper con la tradición republicana de la omnipotencia parlamentaria. Para alcanzar su objetivo, se sopesan tres alternativas: un reforzamiento del Senado para contrapesar la voluntad hegemónica de la Asamblea elegida, el control de la ley por el juez constitucional y la racionalización de las relaciones entre Gobierno y Parlamento. Realmente, un verdadero «encorsetamiento jurídico» va a ejercerse sobre el órgano parlamentario en todos los ámbitos de su acción, del procedimiento legislativo a su misión de control. En 1958, Pierre Mendès-France se refiere a la Asamblea Nacional como la «quinta rueda de la carroza constitucional». Desde la iniciativa de las leyes al voto, pasando por la inclusión en el orden del día o las sesiones de las comisiones, el Gobierno dispone de instrumentos definitivos. Para que las Asambleas no soslayen este arsenal de normas jurídicas vinculantes, figuran incluso en el texto constitucional. La ley se convierte en el instrumento prioritario de la política presidencial que lleva a cabo el Gobierno. Si reparamos en la función de control de las Cámaras, su capacidad de acción parece irrisoria: sólo pueden recibir información pero nunca sancionar al Gobierno<sup>70</sup>. En realidad, se ha deducido tácitamente la responsabilidad del Primer Ministro ante el Presidente de la República sustituyendo a la responsabilidad frente a la Asamblea prevista por el texto constitucional. Limitado por disposiciones constitucionales, el Parlamento se encuentra, por otra parte, prisionero de la lógica mayoritaria. Todo se ha escrito ya sobre esta institución menor, que se ha convertido en el simple reflejo de los impulsos presidenciales. Antes de la reforma del 23 de julio de 2008, se podía hablar de un sistema piramidal con el Jefe del Estado en la cumbre, y dos correas de transmisión: el Gobierno y el Parlamento. Desde 2008, la fisonomía general se mantiene pero existen nuevos mecanismos jurídicos para que las correas se bloqueen.

<sup>70</sup> Sólo se ha aprobado una moción de censura (art. 49.2) en el curso de la V República: tuvo lugar el 5 de octubre de 1962 contra el gobierno de Georges Pompidou.

Indiscutiblemente, la reforma no llega al verdadero «manifiesto de derecho parlamentario» (Jean Gicquel) presentado por el Comité Balladur en octubre de 2007; pero no hay que pasar por alto que la reforma viene animada por la voluntad de «desracionalizar» el parlamentarismo<sup>71</sup>. Se pueden citar a título de ejemplo el paso a «ocho» del número de las comisiones permanentes; la posible modificación de los proyectos gubernamentales por la comisión que conozca del asunto (artículo 42); el plazo mínimo de «seis» semanas impuesto entre la remisión de un texto (proyecto o proposición) y su debate en sesión plenaria; el apoyo que presta al Parlamento el Tribunal de Cuentas en «el control de la acción del Gobierno» (nuevo artículo 47-2); la ruptura del casi monopolio gubernamental en la fijación del orden del día de las Cámaras; los límites impuestos a la utilización del famoso artículo «49.3»; el reconocimiento de «derechos específicos a los grupos minoritarios» (nuevo artículo 51.1); o la constitucionalización de las comisiones de investigación (nuevo artículo 51-2). En resumidas cuentas, más de la mitad de los cuarenta y siete artículos con los que cuenta la ley constitucional del verano de 2008 se dedican a la mejora de las condiciones de la producción legislativa y al control reforzado sobre el binomio «Presidente/Gobierno». Se trata de una especie de «mezcla» de todas las reformas reclamadas desde años por los propios parlamentarios, una bandeja compuesta de propuestas dispares presentadas en las distintas campañas presidenciales (a menudo por los candidatos de izquierda) y regularmente apoyadas por los profesores de Derecho constitucional. La reforma del 23 de julio de 2008 prevé, pues, un conjunto de «cortafuegos» frente a la eficacia y la coherencia de acción del Poder Ejecutivo; debe concretamente hacer más difícil la vida al Gobierno. Por lo tanto, a través de esta voladura controlada de la minuciosa normativa concebida en 1958, la eficacia de la política presidencial queda debilitada. La «capacidad de acción» del «bloque» ejecutivo se mantiene, pero la «facultad de vetar» se refuerza. La República parlamentaria ha podido así mejorarse, modernizarse, ser menos «excepción» en el concierto de las democracias europeas, ya que

<sup>71</sup> Cfr. D. ROUSSEAU, «La République dynamitée», *Le Monde* du 14 juin 2008.

ha eliminado «una buena parte de todo lo que, en el parlamentarismo racionalizado, se volvió excesivo y, finalmente, contraproducente»<sup>72</sup>.

No obstante, ¿puede la reforma de 2008 llegar, a largo plazo, a reducir la omnipotencia presidencial propia del modelo? «Jurídicamente», y salvo que creamos que la norma constitucional carece de carácter prescriptivo, que todo es el resultado de la dinámica política, es difícil responder con una negativa. Pero «en realidad», sabemos que no es fácil someter los comportamientos políticos, a fortiori cuando se refieren a la esfera del poder ejecutivo. El Comité Vedel ya observó: «no se puede pretender que la norma escrita pueda dar cuenta de todo lo que, en esta materia, debe dejarse a estas «convenciones constitucionales» «cuyo juego o incluso contenido varía necesariamente según la coyuntura y a veces según la personalidad de los protagonistas»<sup>73</sup>. Debemos, pues, ser prudentes al valorar los condicionamientos «jurídicos»...

## 6. LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL

(Ya vista esencialmente en el apartado «3»).

## 7. LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER

Artículo 1 de la Constitución: «Francia es una República, indivisible, laica, democrática y social (...). «Su organización es descentralizada». Esta última frase se añadió en la reforma de 28 de marzo de 2003 y ha venido a dar a dar carta de naturaleza constitucional a un movimiento de autonomía administrativa que comenzó con la III República, y que se hizo más pro-

<sup>72</sup> G. CARCASSONNE, «Introduction», *Les Petites Affiches* du 14 mai 2008, p. 8.

<sup>73</sup> *J.O.*, de 16 de febrero de 1993, p. 2538. Hay que matizar, en efecto, la capacidad de acción del momento constituyente ya que un modelo puede cambiar sustancialmente sin modificar el texto de su Constitución. Cfr. O. BEAUD, «Les mutations de la V<sup>e</sup> République ou comment se modifie une Constitution écrite», *Pouvoirs*, núm. 99-2001, p. 19 y s.

fundo en 1982, siendo ampliado por el constituyente en 2003. Con ocasión de esta reforma se franqueó un nuevo límite. No se trata ya sólo de afirmar que las «colectividades se administran libremente por consejos elegidos y en las condiciones previstas por la ley» (antiguo artículo 72C). A partir de ahora, además de este principio de libre administración, se precisa que las colectividades territoriales «disponen de un poder reglamentario» y que pueden, «con carácter experimental», derogar las «disposiciones legales (...) que regulan el ejercicio de sus competencias». El principio de indivisibilidad de la República no es ya, pues, incompatible con una territorialización del poder normativo, siempre que éste esté claramente enmarcado por la ley. La reforma de 2003 no se limita a ampliar las competencias de las colectividades, sino que trata también de la capacidad financiera necesaria para llevarla a cabo. A este respecto, un nuevo artículo 72-2 precisa que «los ingresos fiscales y los restantes recursos propios de las colectividades territoriales representan, para cada categoría de colectividades, una parte determinante del conjunto de sus recursos». Por otra parte, se afirma que «toda transferencia de competencias entre el Estado y las colectividades territoriales se acompaña de la atribución de recursos equivalentes a los que se destinaban a su ejercicio». Se establece así el marco constitucional del sistema administrativo francés. Para terminar, sería necesario añadir que una clase de «federalización rampante» se ha instaurado en las relaciones entre la metrópolis y algunos territorios de ultramar, especialmente Nueva Caledonia (véase el título XIII de la Constitución) o algunas «colectividades» contempladas en el artículo 74 como la Polinesia Francesa. En el territorio metropolitano —compuesto de 36.600 municipios, 96 departamentos y 21 regiones— Francia ya no se asemeja al Estado centralizado del tiempo de la Revolución jacobina y el Imperio; pero está lejos todavía de los Estados regionales como España o Italia, y más aún de las organizaciones federales.

## 8. LOS SUPUESTOS DE LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS

Por lo que se refiere a los tres regímenes de excepción previstos por el ordenamiento, uno ellos es regulado enteramente por la Constitución (el

artículo 16), el segundo resulta de una ley constitucionalizada en 1958 («el estado de sitio»), y el tercero se contiene en una ley ordinaria («el estado de urgencia»). Respecto del primero: «Una constitución en la constitución» (Jean Chatelain); un artículo «abiertamente ofensivo de las normas democráticas» (François Mitterrand). Inspirado por el general De Gaulle, el artículo 16 es sin duda uno de los más controvertidos del texto de 1958. Aunque ha sido utilizado una sola vez en más de 50 años de República (del 24 de abril al 29 de septiembre de 1961), siempre ha sido objeto de suspicacias por parte, sobre todo, de la izquierda. Cuando Nicolas Sarkozy impulsó la modificación a fondo de la Constitución, en 2008, no pretendía, a su juicio, «pasar la página» de la V República, por lo que descartó la supresión de la disposición más simbólica de la gesta de De Gaulle. Sólo se decidió que se realizaran algunas adaptaciones, las primeras desde 1958. La decisiva entrada del Consejo constitucional en el ámbito de las competencias presidenciales —ya observable en el artículo 11— se confirma con el largo párrafo adicional añadido al artículo 16. La innovación es de calado. La supuesta peligrosidad de esta «constitución del tiempo de crisis» se basaba esencialmente en tres puntos: la ilimitada amplitud de los poderes del Presidente que sugiere la expresión «[él] adopta las medidas exigidas por las circunstancias», la valoración que él sólo lleva a cabo acerca de si concurren las condiciones de fondo para aplicar el artículo 16<sup>74</sup>, y el tiempo estimado necesario para restablecer la situación normal. Sobre estos dos últimos aspectos, la reforma de julio de 2008 impone cautelas adicionales. En primer lugar, el Consejo constitucional «puede ser instado» tras treinta días de ejercicio de los poderes excepcionales por «el Presidente de la Asamblea, el Presidente del Senado, sesenta diputados o sesenta senadores». Le corresponderá entonces emitir una «resolución pública» sobre si concurren las condiciones de fondo «en el plazo más breve». Un error ma-

<sup>74</sup> Hay dos condiciones sucesivas. De una parte, es preciso que concurra una «amenaza grave e inmediata» sobre «las instituciones de la República», sobre «la independencia de la Nación», sobre la «integridad de su territorio» o, finalmente «sobre la ejecución de los compromisos internacionales». Por otro lado, es necesario que esta amenaza venga acompañada de una «interrupción del funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales».

nifiesto de valoración o el equivalente de una desviación de poder del Presidente pasaría pues, al cabo de un mes, del estadio de la contestación político-mediática al de la contestación jurídica. Y obviamente la oposición tiene un papel que jugar en este proceso. A continuación, el nuevo párrafo 6 del artículo 16 indica que el Consejo «procederá automáticamente a este examen y se pronunciará en las mismas condiciones dentro de sesenta días (...) y en cualquier momento trascurrido este plazo». Si bien es imposible que se alcancen los 2/3 de los miembros del Alto Tribunal para destituir al Presidente (véase el artículo 68C), la reforma de 23 de julio de 2008 insta, al menos, un cara a cara entre el Presidente y los jueces de la rue Montpensier durante estos períodos de «dictadura a la romana». En cierto sentido, es Carl Schmitt contra Hans Kelsen lo que está en juego.

«El Estado de sitio» está establecido por una ley de 1849, constitucionalizado en el artículo 36 de la Constitución<sup>75</sup> e integrado en el Código de la defensa en 2004. Según el tenor literal del artículo 2121-1, «el Estado de sitio sólo puede ser declarado (...) en caso de peligro inminente causado por una guerra extranjera o una insurrección armada». Declarado por un decreto del Jefe del Estado refrendado por el Primer Ministro, responde a la necesidad de organizar la defensa de la nación. Entre las consecuencias que se derivan se cuentan: el otorgamiento a la autoridad militar de los poderes de policía y el mantenimiento del orden o la ampliación de las competencias de los tribunales militares en materia penal.

El Estado de urgencia se desmarca de la guerra para aplicarse a situaciones de motines, desórdenes o calamidades naturales. Este régimen de excepción —cercano al estado de sitio en su declaración y prórroga— se contiene en una ley de 3 de abril de 1955. Su aplicación implica una extensión considerable de los poderes de policía a los prefectos (prohibir la circulación de los vehículos o personas en algunos lugares y a algunas horas, cierre provisional de salas de espectáculos, de producciones de bebida y lugares de reunión, control de la prensa y las publicaciones de toda clase...). El Estado de urgencia se aplicó en Argelia antes de la independen-

<sup>75</sup> «Corresponde al Consejo de Ministros la declaración del Estado de Sitio. Corresponde al Parlamento determinar su prórroga trascurridos doce días».



cia, en Nueva Caledonia en 1985, y con motivo de los desórdenes en los barrios periféricos del invierno de 2005. Declarado por un decreto de 8 de noviembre de 2005, se prorrogó durante tres meses mediante una ley de 18 de noviembre que no se recurrió ante el Consejo constitucional. Aceptando un control mínimo de la decisión presidencial, el Consejo de Estado consideró (9 de diciembre de 2005, Allouche y otros) que al no poner fin al estado de urgencia antes de las fiestas de fin de año, el Presidente no había cometido «error manifiesto de valoración». Por último, el recurso a la ley de 1955 «ha estado menos marcado por los ataques a las libertades sufridas que por el temor de que se produjeran en ocasiones posteriores»<sup>76</sup>.

## 9. PERSPECTIVA DE GÉNERO

Durante más de cuarenta años, la Constitución de 1958 no dijo nada sobre la cuestión de la igualdad entre los sexos. La única referencia de valor constitucional figuraba en el párrafo 3 del Preámbulo de la IV República —«la ley garantiza a la mujer, en todos los ámbitos, derechos iguales a los de los hombres»— al cual el Preámbulo de 1958 se remite. Considerando que al sacrosanto principio de indivisibilidad de la República (artículo 1) correspondía la del pueblo, el Consejo constitucional rechazará en dos ocasiones la posibilidad de una cuota femenina en las distintas elecciones. Para sortear este obstáculo se aprobó la reforma del 8 de julio de 1999 que indicaba que «la ley favorece el igual acceso de mujeres y hombres a los mandatos electorales y a los cargos electivos»<sup>77</sup>. El 23 de julio de 2008, el constituyente decidió extender este objetivo «a las responsabilidades profesionales y sociales» y pasar la exigencia de paridad así definida del artículo 3 al párrafo 2 del artículo 1 de la Constitución.

<sup>76</sup> P.-H. PRELOT, *Droit des libertés fondamentales*, éd. Hachette supérieur, 2010, pp. 44-45.

<sup>77</sup> Al artículo 4 relativo a los partidos políticos se añadió la siguiente fórmula: «contribuyen a la aplicación del principio (...) en las condiciones previstas por la ley».

## 10. EL MARCO JURÍDICO DE LA INMIGRACIÓN

Antes del advenimiento de la Europa integrada, la Constitución francesa sólo contaba con una disposición referida explícitamente a la inmigración: el párrafo 4 del Preámbulo de 1946. Allí encontramos reconocido el siguiente principio: «*Toda persona perseguida por su defensa de la libertad tiene derecho de asilo en los territorios de la República*». Los progresos de la construcción europea, el compromiso, asumido en 1986, de conseguir un «espacio sin fronteras» que asegure la libre circulación de personas, hizo inevitable que el derecho constitucional francés se abriera a la situación de los extranjeros. En el contexto de la aplicación de los acuerdos de Schengen, el poder constituyente intervino el 25 de noviembre de 1994 para aprobar un nuevo artículo de la Constitución, el 53, que señala, en su párrafo 1: «*La República podrá concertar con los Estados europeos que están unidos por compromisos idénticos a los suyos en materia de asilo (...) acuerdos que determinen sus respectivas competencias para el examen de las solicitudes de asilo que le sean presentadas*»; y en su párrafo segundo: «*No obstante, aunque la solicitud no entre en el ámbito de su competencia en virtud de estos acuerdos, las autoridades de la República estarán siempre facultadas para dar asilo a todo extranjero perseguido por su acción en favor de la libertad o que solicite la protección de Francia por cualquier otro motivo*». Este párrafo segundo supone limitar el contenido del «Derecho» solemnemente reconocido al extranjero por la norma constitucional. A partir de ahora corresponde al Estado conceder o no el asilo. Guy Carcassonne habla de «una regresión pura y simple en uno de los principios más tradicionales del derecho francés»<sup>78</sup>. Por la reforma de 25 de marzo de 2003 se añadió un nuevo párrafo al artículo 88 de la Constitución: «Se establecerán por ley las normas sobre la orden de detención europea, en aplicación de los actos aprobados por las instituciones de la Unión Europea»<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> G. CARCASSONNE, *La Constitución*, op. cit., p. 266.

<sup>79</sup> Mientras que la reforma de 1993 tuvo su origen en una sentencia del Consejo constitucional (Sentencia de 13 de agosto de 1993), en esta ocasión el que sirvió

En Francia, el derecho de los extranjeros fue codificado el 2 de noviembre de 1945. Pero ante la inflación legislativa en esta materia se procedió a dictar un nuevo Código sobre la entrada y la estancia de los extranjeros y el derecho de asilo (en vigor desde el 1 de marzo de 2005). La ley Sarkozy de 24 de julio de 2006, así como la ley de 20 de noviembre de 2007 relativa a la inmigración, la integración y al asilo ya han supuesto modificaciones sustanciales del Código. La de 2006 se dictó especialmente para trasponer la directiva europea de 29 de abril de 2004 relativa a la libre circulación de ciudadanos de la Unión. De aquí en adelante, salvo que su presencia constituya una amenaza para el orden público, todo ciudadano de la Unión tiene «el derecho de establecerse en Francia» durante más de tres meses si cumple alguna de las siguientes condiciones: que ejerza una actividad profesional en el territorio; que disponga de recursos suficientes para que no suponga una carga para el sistema de asistencia social; que siga regularmente sus estudios; o que sea descendiente, ascendiente o cónyuge de quien tiene el derecho de estancia. Para concluir, se debe resaltar que la litigiosidad de los extranjeros, en primera instancia y en apelación (ante las jurisdicciones administrativas), tiene un peso cuantitativo que no admite comparación con el resto de los sectores del ordenamiento<sup>80</sup>. Los jueces administrativos, sometidos a la jerarquía interna de las normas, no dejan de apelar al «derecho constitucional de asilo». Pero, al no encontrar en éste auténticas garantías, lo nutren de principios que, en realidad, derivan del derecho comunitario. Así, por ejemplo, es obligatorio

---

de acicate al poder constituyente fue el Consejo de Estado que, en el marco de su función consultiva, desempeña un papel clave por lo que se refiere a la valoración de la constitucionalidad de un texto. Así, considerando en su Dictamen de 26 de septiembre de 2002 que la «decisión-marco» del Consejo relativa a la orden de detención europea afectaba a un Principio fundamental reconocido por las leyes de la República, se acordó reformar la Constitución para permitir su trasposición por vía legislativa. Cuando se concretó la reforma constitucional, se dictó la Ley de trasposición el 9 de marzo de 2004.

<sup>80</sup> Durante 2008 esta litigiosidad representa el 48,9% de la actividad de Tribunales administrativos de apelación (62,5% en París y 67% en Versalles).

que la administración asegure a los solicitantes de asilo «condiciones materiales de acogida decentes», incluidas el alojamiento, la alimentación y el vestido<sup>81</sup>.

Este último apartado es representativo de la fluidez extrema de las normas entre los ordenamientos jurídicos nacionales y europeos y demuestra, por otra parte, que hemos conseguido un sistema en el que el derecho, a partir de su propia dinámica, ocupa una posición privilegiada, independientemente de sus condicionamientos políticos.

**Resumen:**

*Este artículo analiza el sistema constitucional francés a partir del estudio de los siguientes apartados temáticos: derechos fundamentales, fuentes del derecho, organización judicial, justicia constitucional, forma de gobierno, distribución territorial del poder, limitaciones de los derechos, igualdad de género e inmigración. La conclusión que se impone es que el modelo constitucional francés se ha ido aproximando progresivamente a un estándar europeo de Estado de Derecho si bien hay algunas peculiaridades muy notables que se mantienen, entre otras razones, por variables históricas.*

**Palabras Clave:** *Modelo constitucional francés, derecho constitucional europeo, Constitución, fuentes del derecho, derechos fundamentales, organización judicial, justicia constitucional, forma de gobierno, distribución territorial del poder, límites de los derechos, igualdad de género, inmigración.*

**Abstract:**

*This paper aims to briefly analyze the French constitutional system through the study of the following thematic sections: Fundamental Rights, Sources of law, judicial organization, constitutional jurisdiction, governance, territorial distribution of power, limitations of rights, gender equality and immigration. The conclusion that arises is that the French constitutional model has gradually moved closer to a European standard of rule of law although some very notable characteristics are maintained because, among other reasons, the French history.*

**Keywords:** *rench constitutional system, European constitutional law, constitution, fundamental rights, sources of law, judicial power, constitutional jurisdiction, governance, territorial distribution of power, limitations of rights, gender equality, immigration*

<sup>81</sup> Consejo de Estado, 17 de septiembre de 2009 (Ministre de l'immigration c/ Mlle S); cfr. también Consejo de Estado, 2 de noviembre de 2009 (Ministre de l'immigration).