

# LA REVISION CONSTITUCIONAL FRANCESA DE 2008 O EL CAMBIO EN LA CONTINUIDAD<sup>1</sup>

STEPHANE PIERRE-CAPS

*Professeur à l'Université de Lorraine*

*Faculté de Droit de Nancy*

*Directeur de l'Institut de Recherche sur l'Evolution de la Nation et de l'Etat (IRENEE)*

## SUMARIO.

- I. Introducción
- II. La vía y el procedimiento de la reforma constitucional
- III. El fortalecimiento del gobierno presidencial
- IV. La institucionalización del grupo parlamentario mayoritario
- V. Los derechos del ciudadano y del justiciable: entre mito y realidad
- VI. El control a posteriori de constitucionalidad de las leyes: la cuestión prioritaria de constitucionalidad
- VII. Conclusión

## I. INTRODUCCIÓN

En Julio de 2008, el Parlamento en sesión pública, convocado previamente en Congreso en Versalles mediante decreto del presidente de la Republica de 17 de Julio, adoptó el proyecto de ley constitucional llamada de «modernización de las instituciones de la Va República», por dos votos de diferencia sobre la mayoría de tres quintos de los sufragios emitidos que requiere el artículo 89 de la Constitución, que regula el procedimiento de reforma<sup>2</sup>: teniendo en cuenta el número de votantes (905) y el de sufragios

1 Traducción de Alberto Pérez Calvo, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Pública de Navarra.

2 El artículo 89 de la Constitución disponía en su redacción anterior a la reforma de 2008:

«La iniciativa de la reforma de la Constitución corresponde conjuntamente al Presidente de la República, a propuesta del Primer Ministro, y a los miembros del Parlamento.

El proyecto o proposición de reforma deberá ser examinado en las condiciones de plazo fijadas en el tercer párrafo del artículo 42, y votado por ambas Cámaras en términos idénticos. La reforma será definitiva después de ser aprobada por referéndum.

emitidos (896) la mayoría exigida era de 538 votos. Por tanto, el proyecto de reforma fue adoptado por 539 votos contra 357. La mayoría presidencial votó a favor y la oposición en contra. La reforma constitucional polarizó claramente la división política tradicional entre la derecha y la izquierda y el proyecto de ley constitucional sólo pudo adoptarse gracias a la ayuda del antiguo ministro socialista Jack Lang, que no siguió la consigna de voto del Partido socialista, y del Presidente de la Asamblea nacional, Bernard Accoyer, Presidente también del Congreso, cuando, según la tradición republicana, el presidente de sesión no vota. Es decir, a pesar de su amplitud —45 artículos de la Constitución modificados o añadidos, 15 leyes orgánicas para aplicarla— la reforma constitucional francesa de 23 de Julio de 2008, no refleja un consenso entre los partidos.

Es cierto que esta reforma tiene su origen en la voluntad política del nuevo presidente de la República, elegido en mayo de 2007, expresada en un discurso pronunciado en Epinal el 12 de julio siguiente<sup>3</sup>. Haciendo constar fundamentalmente «un desequilibrio a veces excesivo en beneficio del poder ejecutivo y en detrimento del poder legislativo», el jefe del Estado anunció una amplia obra constitucional exigida por la modernización de las instituciones, al mismo tiempo que sugería los principales aspectos de la próxima reforma constitucional y el método para llegar a ella. Sin poner en tela de juicio el espíritu mismo de la Vª República según el cual el «Presidente gobierna», se trata de incrementar su propia responsabilidad, de forma que «deba rendir más cuentas» y que deje de ser relegible indefinidamente. Este reajuste de la función presidencial, incluida la del Primer ministro, requiere un reforzamiento del Parlamento, un estatuto de la oposición y la ampliación de los derechos de los ciudadanos. La amplitud de la reforma es-

No obstante, el proyecto de reforma no será sometido a referéndum cuando el Presidente de la República decida someterlo al Parlamento convocado en Congreso; en este caso, el proyecto de reforma sólo quedará aprobado si obtuviere mayoría de tres quintos de los votos emitidos. La Mesa del Congreso será la de la Asamblea Nacional. (...)».

El procedimiento de reforma de la Constitución francesa comprende tres momentos: el de la iniciativa, en primer lugar, que puede corresponder al presidente de la República a propuesta del Primer ministro, o a los mismos parlamentarios. Según la terminología habitual referida al ejercicio de la iniciativa legislativa ordinaria, el texto de reforma toma el nombre de proyecto en el primer caso y de proposición en el segundo. Después está el momento de la discusión y del voto, que se llevan a cabo en cada asamblea separadamente, como una ley ordinaria. Pero con la gran diferencia de que el traslado del texto entre las dos asambleas, en caso de desacuerdo, es indefinido en este supuesto: cada asamblea tiene así un derecho de veto absoluto en relación con la otra. Finalmente, el tercer momento plantea el problema del referéndum y en este punto la redacción del artículo 89 no es muy afortunada: el texto parece indicar que tras su aprobación por cada asamblea en términos idénticos, el proyecto de reforma debe ser sometido a referéndum. Sin embargo, el párrafo 3 del artículo 89 sólo permite evitar el referéndum en el caso de los proyectos de reforma. Y cuando un texto ha sido adoptado por las dos asambleas en términos idénticos, en la práctica siempre se le llama proyecto. Se puede evitar el referéndum cuando el presidente de la República decide someter el texto de reforma al Parlamento convocado en Congreso en Versalles. El texto de reforma deberá ser votado entonces de modo definitivo por una mayoría de tres quintos de los sufragios emitidos. Este procedimiento del Congreso podría justificarse por el deseo de evitar referéndums de menor importancia y de distinguir claramente las grandes reformas constitucionales de las pequeñas. Pero la práctica no ha confirmado esta preocupación, en la medida en que grandes reformas constitucionales, y la de 2008 es una muestra, han tomado el camino del Congreso.

3 La ciudad de Epinal no fue escogida al azar. Fue en esta misma ciudad, capital del departamento de Los Vosgos, donde el 29 de septiembre de 1946 el General de Gaulle había pronunciado un discurso en el que recordó sus principales ideas constitucionales. El mismo Nicolás Sarkozy no dejó de recordar este dato en su propio discurso de 2007.

bozada exige también «un debate abierto (...) a todos los partidos, a todas las sensibilidades, a todas las escuelas de pensamiento»: consulta de los partidos políticos, creación de un comité independiente de expertos, no partidista, formado por hombres políticos, por juristas, intelectuales, encargado de hacer propuestas al jefe del Estado sobre la base de las ideas de reformas sugeridas anteriormente, antes de entrar en el procedimiento propiamente dicho de reforma en el sentido del artículo 89 de la Constitución.

Pero el camino abierto por el debate planteado de esta manera por el jefe del Estado era bastante estrecho puesto que no se trataba de desnaturalizar unas instituciones «que son las mejores que ha tenido Francia desde hace 200 años. No se trata de volver a la IVª República intentando hacer la VIª». Por el contrario, se trata de conservar la singularidad de una forma de gobierno que organiza la coexistencia de la responsabilidad gubernamental ante la Asamblea nacional elegida mediante sufragio universal directo, principio característico de la forma de gobierno parlamentaria; y de un jefe de Estado elegido igualmente, desde 1962, mediante sufragio universal directo y, por consiguiente, responsable de una política aunque políticamente irresponsable, institución característica de la forma de gobierno presidencial.

Sin embargo esta coexistencia no es armoniosa. El principio de la elección del presidente de la República por sufragio universal directo se instauró al precio de un psicodrama constitucional cuyo resultado paradójico fue la aparición duradera, por primera vez en la historia política y constitucional francesa, del hecho mayoritario, o sea, la formación de una mayoría parlamentaria coherente y disciplinada, tras las elecciones legislativas de 18 et 25 de noviembre de 1962. Estas elecciones eran consecuencia de la disolución de la Asamblea nacional, el 9 de octubre de 1962, tras la caída del gobierno Pompidou mediante una moción de censura sobre la cuestión de la elección del presidente de la República por sufragio universal directo. El Parlamento expresaba así su desacuerdo con la iniciativa presidencial, tanto desde el punto de vista del procedimiento utilizado como del fondo de la cuestión.

En adelante, la mayoría política parlamentaria va a definirse y a estructurarse en relación con el presidente de la República, o bien porque le apoya, o bien porque se le opone, como ha ocurrido en los periodos llamados de «cohabitación». Esto es así porque el Primer ministro, del que se supone que dispone de la confianza política de la Asamblea nacional, sólo existe jurídicamente por el decreto de nombramiento del jefe del Estado. Esta posición de la mayoría parlamentaria francesa, única en derecho constitucional comparado, ha confirmado la preeminencia política del presidente de la República en relación con la dirección del poder gubernamental, que se puede observar desde 1958. Pero podríamos preguntarnos también si no se trata de una tendencia atávica de un constitucionalismo francés marcado de manera profunda por «el orléanismo<sup>4</sup>», que traduce la

4 De esta manera M. Duverger pudo descubrir en el nuevo régimen político de 1958 una «República orleanista», cuya instauración debía tanto «al problema de Gaulle en el marco de la forma de gobierno parlamentaria», es decir a su rechazo a depender de cualquier forma del parlamento, como a la imposibilidad jurídica y práctica de crear una auténtica forma de gobierno presidencial. Por un lado, el principio de la responsabilidad política del gobierno ante el parlamento, planteado por la Ley constitucional de 3 de junio de 1958, se oponía a ello; por otro, la preservación de una asociación confederal de la República francesa con sus posesiones de ultramar, la «Comunidad», hacía políticamente irrealizable la elección del presidente de la República por sufragio universal directo. Y la definición del término «orleanista», inspirado en la práctica de la Car-

profunda ambigüedad de la función arbitral del jefe del Estado en el sentido del artículo 5 de la Constitución.

El Presidente árbitro de la Vª República no es un juez imparcial en el sentido jurisdiccional del término. Es el dueño de la situación porque, ante todo, es un jefe político. La práctica presidencial ha ratificado esta interpretación de la función arbitral de manera que, con el tiempo, ha desaparecido el mito del presidente como árbitro imparcial. Como escribió el Decano Vedel: «Desde 1958, hemos conocido normalmente jefes de Estado que deciden, colocados siempre en lo más alto de la función gubernamental y líderes de una mayoría parlamentaria. En el momento de la cohabitación, también hemos visto muchas veces a los presidentes desarrollando la doble función de jefe del Estado y de jefe de la oposición y preparando su candidatura para volver a ser investido de una autoridad plena<sup>5</sup>». Esta tendencia hacia el presidencialismo en el seno de la Vª República se ha visto reforzada por la instauración del mandato presidencial de cinco años y por el cambio del calendario electoral<sup>6</sup>, que implica la sincronización de las elecciones legislativas y presidenciales, a fin de reducir el riesgo de cohabitación, como se ha reconocido claramente. Y todo ello aunque haya que hacer del Primer ministro una víctima colateral, debido a la reducción lógica de su espacio político. Por la misma razón se debilitó la articulación entre el poder gubernamental y el parlamentario, ya que el Primer ministro no tenía capacidad de asegurar con la autoridad política suficiente la intermediación entre el Parlamento y el jefe del Estado. Incluso aunque la presidencia amable del segundo mandato de Jacques Chirac, teniendo en cuenta las condiciones políticas de su reelección en 2002, hayan podido crear una ilusión al respecto, «la hiperpresidencia» de su sucesor habrá mostrado crudamente esta arquitectura política que, según Pierre Avril, «no es más que la vuelta al principio de la forma de gobierno presidencial, pero, en este caso, de una manera más ostentosa<sup>7</sup>».

La reforma constitucional del verano de 2008 se inscribe en este contexto: se trata de adaptar las instituciones, de modificar su práctica sin cambiar el espíritu, en definitiva, se trata de «modernizarlas». Dicho de otra forma, las recientes inflexiones de la práctica política de la Vª República habrían sugerido urgentes correcciones institucionales y una imperiosa voluntad presidencial se habría encargado de ponerlas en práctica rápidamente.

ta constitucional de 1830, designaría «esa variedad de forma de gobierno parlamentario en la que el jefe del Estado conserva un gran poder real, puesto que el Gabinete debe tener su confianza al mismo tiempo que la de las cámaras, y en la que los ministros llevan a cabo la relación entre él y el legislativo». Ver «Les institutions de la Cinquième République, Naissance de la Cinquième République. Analyse de la Constitution par la Revue française de Science politique en 1959», Presses de la Fondation nationale des Sciences politiques, 1990, pág. 104.

5 VEDEL, G., «Le quinquennat contre les risques de cohabitation», *Les Cahiers Français*, n° 300, janvier-février 2001, p. 33

6 Ley constitucional n° 2000-964 de 2 de Octubre de 2000, adoptada por referéndum de 27 de Septiembre; Ley orgánica de 15 de Mayo de 2001 relativa a la modificación del calendario electoral.

7 AVRIL, P., «Enchantement et désenchantement constitutionnels sous la Vème République», *Pouvoirs*, n° 126-2008, p. 12.

## II. LA VÍA Y EL PROCEDIMIENTO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Antes de acudir al Parlamento, el presidente de la República había confiado a un *Comité de reflexión y de propuesta sobre la modernización y el reequilibrio de las instituciones de la Vª República* el encargo de precisar y ordenar las propuestas del discurso de Epinal, recogidas en la carta de misión al Comité, presidido por el antiguo Primer ministro Edouard Balladur. Creado por decreto de 18 de Julio de 2007, el «Comité Balladur» se componía, además de su presidente, de otros doce miembros: personalidades políticas de todas las tendencias, un antiguo presidente del Consejo constitucional, un antiguo director del gabinete del Primer ministro y profesores de derecho constitucional, que integraban, ellos solos, la mitad de los miembros del Comité.

El recurso a un comité de expertos antes de una reforma constitucional no es nuevo. El procedimiento tiene su origen en el proceso de elaboración de la Constitución de la Vª República. Con el fin de controlar el conjunto del proceso constituyente, el gobierno del General de Gaulle creó entonces diferentes grupos, dotados de cierta representatividad, que permitieron un verdadero debate constitucional de un alto nivel, cuando se ve la calidad y los títulos de las personas que participaron en él, incluso si el debate quedó limitado a círculos confidenciales. Encontramos de esta manera un Comité ministerial constitucional, presidido por el ministro de Justicia, Michel Debré, e integrado por ministros que aportaron al gobierno la garantía de las principales formaciones políticas. Este Comité estaba asistido por un Grupo de expertos integrado por 21 miembros, profesores de derecho y consejeros de Estado. Por otro lado, la Ley constitucional de 3 de Junio de 1958, que en realidad no reformaba la Constitución de 1946 sino que derogaba el procedimiento de reforma, lo que permitía hacer nacer otra constitución, asociaba al proceso constituyente, además de al Consejo de Estado, a un Comité consultivo constitucional, encargado asimismo de emitir un dictamen sobre el proyecto de constitución que emanaba del gobierno y del Comité ministerial constitucional. Se trataba de un órgano específico de 39 miembros, compuesto por un tercio de diputados, un tercio de senadores y un tercio de personalidades competentes que reemplazaba a las asambleas elegidas, ya que el General de Gaulle no quería saber nada de ellas. Por tanto, se puede ver que la elaboración de la Constitución de 1958 se basó fundamentalmente en cenáculos de profesionales del derecho, salidos de la alta administración y, en menor medida, de la clase política.

Esta llamada a los expertos no cayó en el olvido cuando llegó el momento de abordar reformas constitucionales importantes o políticamente sensibles. Así, en el segundo mandato de François Mitterrand y tras una declaración suya de 9 de noviembre de 1992, un decreto del 2 de diciembre siguiente creó un Comité consultivo para la reforma de la Constitución, presidido por el Decano Georges Vedel e integrado por magistrados de la jurisdicción administrativa y judicial, por profesores de derecho, por antiguos ministros, entre los que había un antiguo Primer ministro, y por un abogado. Este comité elevó su informe al presidente de la República el 15 de febrero de 1993. El texto estaba articulado sobre tres ejes: *un ejecutivo mejor definido, un Parlamento más activo, un ciudadano más presente*. No es exagerado decir que el Comité Vedel, por la razón misma de la amplitud de su reflexión sobre el espíritu de las instituciones de la Vª República y el

equilibrio de los poderes en su seno, llevó a cabo una obra verdaderamente doctrinal. El 10 de marzo siguiente se presentaron ante el Senado dos proyectos de ley constitucional que recogían la mayor parte de las sugerencias del comité. Uno trataba sobre la organización y el funcionamiento de los poderes públicos y el otro sobre los derechos y garantías reconocidos a los ciudadanos y los órganos encargados de llevarlos a cabo (Consejo constitucional, Consejo superior de la magistratura y Alto Tribunal). Pero el nuevo gobierno salido de las elecciones legislativas de 21 y 28 de marzo de 1993, no incluyó en el orden del día de las cámaras parlamentarias el proyecto de ley constitucional sobre la organización y el funcionamiento de los poderes públicos. Sin embargo, el segundo proyecto, aunque profundamente modificado por el Senado, dio lugar a la Ley constitucional n° 93-952 de 27 de julio de 1993 (Consejo superior de la magistratura y responsabilidad penal de los miembros del gobierno).

También se recurrió a un comité de expertos para que reflexionaran sobre el estatuto penal del jefe del Estado, asunto muy delicado políticamente, que había suscitado interpretaciones divergentes del Consejo constitucional y del Tribunal de Casación. Con este fin, un decreto del presidente de la República de 4 de Julio de 2002 creó una comisión de 12 juristas. Presidida por el Profesor Pierre Avril, esta comisión remitió su informe el 12 de Diciembre de 2002, en el que sugerían una reforma del Título IX de la Constitución (artículos 67 y 68). Las conclusiones del Informe Avril fueron recogidas en gran parte por un proyecto de ley constitucional adoptado por el Consejo de ministros el 2 de Julio de 2003. Aunque fue necesario esperar al 23 de Febrero de 2007 para que se promulgara la Ley constitucional n° 2007-238 que modificaba el Título IX de la Constitución, titulado en adelante El Alto Tribunal<sup>8</sup>. En estos momentos se está discutiendo en el Parlamento un proyecto de ley orgánica sobre la aplicación del artículo 68 de la Constitución.

Pero, por la amplitud de la tarea que se le encomendó, o sea, una reflexión sobre una reforma de conjunto del texto constitucional, el Comité Balladur de 2008 no tuvo más que un solo precedente: el Comité Vedel de 1993. Además, los tres ejes señalados por el Comité Balladur —un poder ejecutivo mejor controlado, un Parlamento reforzado y nuevos derechos para los ciudadanos— son los mismos que los estudiados por su predecesor, si bien el Comité Balladur fue más lejos en su trabajo de modernización constitucional. De modo más preciso, en relación con el poder ejecutivo, el Comité estimó que su con-

8 El mandato presidencial, en el ejercicio de la función, se encuentra en adelante protegido por una amplia inmunidad de naturaleza jurisdiccional (artículo 67, párrafo 2 de la Constitución), sin perjuicio de la competencia del Tribunal penal internacional (artículo 53-2 de la Constitución). Esta inmunidad va acompañada por la inviolabilidad del presidente de la República a lo largo de la duración de su mandato. Pero esta inmunidad, que justifica la naturaleza de la función presidencial bajo la Vª República, no puede ser absoluta en la medida en que la función presidencial debe también estar protegida contra su titular. Por eso, el nuevo artículo 68 de la Constitución establece un procedimiento de destitución a la americana, «en caso de incumplimiento de sus deberes manifiestamente incompatible con el ejercicio de su mandato». Corresponde al Parlamento constituido en Alto Tribunal pronunciarse sobre esta destitución, cuya propuesta debe ser adoptada sucesivamente por cualquiera de las dos cámaras, por mayoría de dos tercios de los miembros de la cámara afectada en ambos casos o del Alto Tribunal y mediante voto secreto. De hecho, la previsión constitucional de este procedimiento de destitución se acerca a una verdadera responsabilidad política del presidente por la instancia encargada de exigirla, por el carácter discrecional de la apreciación con que el parlamento la puede adoptar y, sobre todo, por el juego de las mayorías políticas en el que puede producirse.

trol dependía de una mejor distribución de las responsabilidades entre el jefe del Estado y el Primer ministro y de una mayor limitación de los poderes del presidente de la República, especialmente de su poder de nombramiento, de manera que pueda también rendir cuentas de su decisión ante el Parlamento. En relación con este último, el Comité concluyó que debería recuperar el control de sus trabajos, sobre todo mediante el orden del día que en adelante debería compartir con el gobierno. También debería mejorarse en su conjunto el trabajo legislativo y debería revalorizarse la función parlamentaria. Finalmente, el Comité propuso que se reconocieran nuevos derechos a los ciudadanos. Se trataba del reconocimiento de un derecho de iniciativa popular, la introducción del control incidental de constitucionalidad de las leyes, la institución del Defensor de los derechos fundamentales y la renovación del Consejo superior de la magistratura. Estos tres ejes desembocaron en la formulación de 77 propuestas de contenido constitucional, redactadas bajo la forma de artículos de la Constitución reformada, después de que el Comité procediera a la audiencia de unas treinta personalidades y a la apertura de una página en internet.

También hay que señalar que el presidente de la República, de modo paralelo al desarrollo de los trabajos del Comité Balladur, deseaba igualmente que se pusiera en marcha una reforma del Preámbulo de la Constitución. Con este fin, un decreto presidencial de 9 de Abril de 2008<sup>9</sup> creó un comité presidido por Simone Veil, con el fin «de estudiar si era necesario y en qué medida completar con nuevos principios los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución». En la carta de misión dirigida el mismo día a la presidenta del comité, el jefe del Estado precisaba: «(...) la Constitución no se reduce a un conjunto de reglas definidoras de las relaciones entre los poderes públicos. La Constitución determina también las libertades fundamentales reconocidas a todo individuo sobre el territorio de la República, y el basamento de los valores en los que cada uno de nuestros conciudadanos puede reconocerse; principios y valores que, en el fondo, definen la identidad republicana, explican lo que somos y hacia donde queremos ir». Y planteaba en consecuencia un cierto número de nuevas cuestiones «que justifican que nos preguntemos sobre la oportunidad de inscribir un cierto número de derechos y principios fundamentales nuevos en el Preámbulo de nuestra Constitución»: acceso igual de mujeres y de hombres a las responsabilidades incluso fuera de la esfera política, bioética, igualdad diferencial, reconocimiento del principio de dignidad de la persona humana, pluralismo de las corrientes de expresión y de los medios, respeto de la vida privada y protección de los datos personales, enraizamiento europeo de la República. El Comité Veil se veía de esta manera invitado a completar los trabajos del Comité Balladur para «*todo lo que concierne al individuo en su doble cualidad de persona humana y de ciudadano de la República*»<sup>10</sup>. Pero, después de haber constatado que «*el principal vicio del arsenal constitucional de los derechos fundamentales no es el de ser insuficiente, sino del ser desconocido*»<sup>11</sup>, el Comité Veil no recomendó que el Preámbulo de la Constitución fuera modificado en ese sentido, recomendación que el jefe del Estado aceptó.

9 Decreto n° 2008-328 de 9 de Abril de 2008 sobre la creación de un Comité de reflexión sobre el Preámbulo de la Constitución, J.O., 10 de Abril de 2008.

10 Comité de reflexión sobre el Preámbulo de la Constitución, Rapport au Président de la République, Diciembre de 2008, pág. 4.

11 Rapport cit., pág. 137.

Por tanto puede comprobarse cómo el recurso al comité de expertos ha llegado a ser una práctica consolidada en materia de reforma constitucional en Francia. Pero eso no significa que el comité sustituya a las cámaras parlamentarias elegidas. La función del comité de expertos fue precisado por el último de su clase, el *Comité Veil*. Este concretó: «*La función de un comité constitucional debería situarse en la cúspide: su misión consiste en preparar el trabajo del constituyente y facilitarle la tarea. Pierde su razón de ser cuando el constituyente se ha pronunciado solemnemente*»<sup>12</sup>.

Y es también la razón por la que el presidente de la República, dado el origen del comité de expertos, no debería separarse de sus conclusiones y de su trabajo sin que el comité se convirtiera en algo perfectamente inútil. Por ello, el Consejo de ministros adoptó el 23 de Abril de 2008, un proyecto de ley constitucional «*en general fiel a las propuestas que había hecho el Comité presidido por Edouard Balladur*»<sup>13</sup>:

- en relación con el presidente de la República, el proyecto prevé que no puede cumplir más de dos mandatos sucesivos. Ciertos nombramientos que le corresponden son sometidos al dictamen de una comisión de parlamentarios. El jefe del Estado puede «*tomar la palabra ante el Parlamento reunido en Congreso o ante cualquiera de sus cámaras. Su discurso puede dar lugar a un debate sin su presencia al que no sigue ningún voto*»;
- en cuanto al gobierno, el número máximo de ministros queda fijado por una ley orgánica. El gobierno ya no es «*responsable de la defensa nacional*» pero «*se encarga de llevar a cabo las decisiones adoptadas*» por el presidente de la República en esta materia;
- el Parlamento «*vota la ley, controla la acción del gobierno y contribuye a la evaluación de las políticas públicas*». La representación de las entidades territoriales queda asegurada en el Senado «*en función de su población*». Los franceses establecidos fuera de Francia están representados en adelante en la Asamblea nacional. Los parlamentarios pueden ser reemplazados temporalmente durante el ejercicio de funciones gubernamentales. La delimitación de las circunscripciones electorales y el reparto de escaños de diputados y de senadores quedan sometidos a una comisión independiente. Se limita a ocho, frente a las seis anteriores el número de comisiones permanentes de cada cámara. En el pleno la discusión de los proyectos de ley ya no se lleva a cabo sobre el texto enviado por el gobierno sino sobre el adoptado en comisión. La discusión sólo puede tener lugar después del plazo de

12 Rapport cit., pág. 29.

13 CARCASSONNE, G., «Du «Comité Balladur» au projet initial», in *La révision de 2008, une nouvelle Constitution?* (dir. J. P. CAMBY, P. FRAISSEX, J. GICQUEL), Lextenso éditions, 2011, p. 15. Las modificaciones hechas por el proyecto de ley constitucional a las propuestas del *Comité Balladur* implicaban, según este autor, un «añadido» (limitación a dos mandatos consecutivos para el presidente de la República), un «cambio» que afectaba a la presidencia del Consejo superior de la magistratura («donde el *Comité* había propuesto que la presidencia recayera en una personalidad exterior, el proyecto prefiere al primer presidente y al fiscal general ante el Tribunal de Casación»); un «absurdo» (limitación del control incidental de constitucionalidad a las leyes promulgadas desde 1958), y una «retirada»: ocho comisiones parlamentarias permanentes en lugar de diez, un mes en lugar de dos entre el depósito y el examen de los textos por las asambleas parlamentarias, la supresión de la introducción de un referéndum de iniciativa minoritaria y de la posibilidad del recurso al referéndum para superar el veto de una asamblea en materia de reforma constitucional (pág. 15-16).

un mes tras el depósito del texto y en caso de declaración de urgencia, quince días después. El orden del día de las asambleas se comparte entre los textos depositados a instancia del gobierno y los decididos por la Conferencia de los presidentes de las dos asambleas, salvo en el caso de los proyectos de ley de presupuestos y de financiación de la Seguridad Social. La oposición tiene derecho a que se reserve un día de sesión mensual para el examen de los textos propuestos por ella. Las sesiones de control al gobierno se celebran también durante los periodos extraordinarios de sesiones. El compromiso de responsabilidad del gobierno en relación con un proyecto de ley (artículo 49-3 de la Constitución) queda limitado a los proyectos de la ley de presupuestos y de financiación de la Seguridad social así como con otro proyecto por periodo de sesiones. La Conferencia de los presidentes de cada una de las dos cámaras puede oponerse a la declaración de urgencia del gobierno sobre un proyecto de ley. Se debe informar al Parlamento «*en el plazo más breve*» de toda intervención de las fuerzas armadas en el exterior. Si la duración de la intervención sobrepasa los seis meses, su prolongación debe ser autorizada por el Parlamento;

- finalmente, en relación con los ciudadanos y sus derechos, el proyecto de ley constitucional prevé que cualquier justiciable puede acudir al Consejo constitucional, que el presidente de la República no forma parte del Consejo superior de la magistratura, que mediante petición se puede acudir al Consejo económico y social y que se le consulta sobre los proyectos de ley que traten de la salvaguardia del medio ambiente. Además, «*toda persona que se considere lesionada por el funcionamiento de un servicio público puede elevar una petición*» a un Defensor de los derechos del ciudadano, nombrado por el presidente de la República para un mandato de seis años y renovable;
- en relación con la Unión Europea, en cada cámara se crea un comité encargado de los asuntos europeos. En relación con la ratificación de la adhesión de un Estado a la Unión Europea, el presidente de la República puede elegir entre el referéndum y el voto del Parlamento reunido en Congreso.

Por su parte, el Parlamento no estaba obligado ni por las proposiciones del Comité ni por el proyecto de ley constitucional. De hecho, una vez depositado el proyecto de ley constitucional de *modernización* de las instituciones de la *V República* en la secretaría de la Asamblea nacional, el 23 de abril de 2008, se pudo ver que «el debate parlamentario desembocó en la modificación substancial del texto inicial»<sup>14</sup>. Se suprimió el principio de fijación mediante ley orgánica del número máximo de ministerios; en cambio, se mantuvo el artículo 21 de la Constitución, que conservaba la responsabilidad del Primer ministro en el ámbito de la Defensa nacional; se introdujeron limitaciones a las condiciones en las que las cámaras parlamentarias pueden votar resoluciones. El Parlamento aprobó además a nuevas regulaciones constitucionales: misiones parlamentarias de investigación (artículo 51-2 de la Constitución<sup>15</sup>), reconocimiento de las lenguas regionales (artículo

14 FRAISSEX, P., «Nouvelle Constitution ou nouveau régime?», in *La révision de 2008, une nouvelle Constitution?* (Dir. J. P. CAMBY, P. FRAISSEX, J. GICQUEL), Lextenso éditions, 2011, pág. 7.

15 «Para las misiones de control y de valoración definidas en el primer párrafo del artículo 24, se pueden

75-1<sup>16</sup>) y de la francofonía (artículo 87<sup>17</sup>), igualdad de acceso a las «*responsabilidades profesionales y sociales*» de las mujeres y de los hombres (artículo primero de la Constitución), pluralismo de opiniones (artículo 4 de la Constitución), «*declaraciones*» del Gobierno ante las cámaras parlamentarias (artículo 50-1<sup>18</sup>), reconocimiento constitucional de la noción de «*oposición*» (artículo 51-1<sup>19</sup>).

El proyecto de ley constitucional fue enviado primero a la Comisión de Leyes constitucionales, de la legislación y de la administración general de la República, antes de ser discutida en sesión pública desde el 20 de Mayo hasta el 3 de Junio de 2008, y más tarde adoptada en primera lectura por la Asamblea nacional el 3 de Junio. Depositada el mismo día en la secretaría del Senado y enviada a la Comisión de Leyes constitucionales, de legislación, del sufragio universal, del reglamento y de administración general, se discutió en sesión pública desde el 17 hasta el 24 de Junio de 2008. Pero el texto aprobado por el Senado era sensiblemente diferente del de la Asamblea nacional: a la división derecha/izquierda se unió la división diputados/senadores. Esta última división se explica, hay que recordarlo, por el procedimiento mismo de la reforma constitucional que, en la fase de discusión y de voto del proyecto de reforma, proporciona a cada una de las cámaras un veto absoluto. El procedimiento de reforma constitucional ofrece por tanto a cada cámara la ocasión única de vender al precio más alto su apoyo al proyecto presidencial. Tras diversas reuniones de negociación en torno al Primer ministro, se llegó finalmente a un acuerdo entre las dos cámaras. La segunda lectura del proyecto de reforma se desarrolló los días 8 y 9 de Julio de 2008, en la Asamblea nacional, y los días 15 y 16 de Julio, en el Senado. Uno de los puntos de desacuerdo entre las dos cámaras era la obligación de un referéndum para la adhesión de Turquía a la Unión Europea, obligación que quería suprimir el Senado<sup>20</sup>. El compromiso adoptado preveía un referéndum obligatorio para toda nueva adhesión a la Unión Europea salvo en el caso de que tras la solicitud de las dos cámaras del Parlamento, el presidente de la República optara por el procedimiento de la ratificación parlamentaria. El texto de reforma podría así ser adoptado por el Senado en términos idénticos a los de la Asamblea nacional y después sometido a las dos cámaras reunidas conjuntamente en Congreso, de acuerdo con el artículo 89 de la Constitución.

crear comisiones de investigación dentro de cada cámara para recoger elementos de información en las condiciones previstas por la ley.

*La ley determina sus reglas de organización y de funcionamiento. El reglamento de cada cámara fija las condiciones de su creación»*

16 «*Las lenguas regionales pertenecen al patrimonio de Francia*».

17 «*La República participa en el desarrollo de la solidaridad y de la cooperación entre los Estados y los pueblos que comparten el francés*».

18 «*Por su propia iniciativa o a petición de un grupo parlamentario en el sentido del artículo 51-1, el Gobierno, ante cualquiera de las dos cámaras y sobre una materia determinada, puede hacer una declaración que dé lugar a un debate y, si así lo decide, ser el objeto de un voto sin comprometer su responsabilidad*»

19 «*El reglamento de cada Cámara determinará los derechos de los grupos parlamentarios constituidos dentro de la misma. Reconocerá derechos específicos a los grupos de oposición de la Cámara correspondiente, así como a los grupos minoritarios.*»

20 La oposición del Senado se refería también a otros aspectos: rechazo a la limitación para utilizar el artículo 49-3 de la Constitución, rechazo al reconocimiento constitucional de las lenguas regionales y, especialmente, al reconocimiento del derecho de gracia del presidente de la República.

A fin de cuentas, «en el curso de los debates, *pocas disposiciones quedaron conforme al proyecto inicial*»<sup>21</sup>. De todo ello ha salido un texto bastante maltratado por esta aceleración del ritmo de la reforma, hasta el punto de que resulta formalmente irreconocible incluso en su numeración que acaba siendo ininteligible. Como escribe acertadamente Pierre Avril, «*no son los textos los que deben correr tras la realidad política para tratar de atraparla, sino que es la práctica la que debe dirigirla estableciendo los precedentes que se convertirán en jurisprudencia*»<sup>22</sup>. A esto hay que añadir la «*inestabilidad constitucional*» inducida por los «*efectos perversos del control jurisdiccional*», que hacen de la reforma constitucional «*un procedimiento banal de legislación que conduce a hacer figurar en la ley suprema toda clase de disposiciones que la oportunidad convertía quizás en necesarias, pero que hacia el futuro están «grabadas en el mármol» (...)* de modo que el conjunto da a este solemne texto el aspecto prosaico de un folletín de nuestras vicisitudes. La desacralización de la Constitución es la consecuencia paradójica de su normatividad positiva»<sup>23</sup>.

Pero los hechos son testarudos. Apenas seca la tinta reformadora, la crisis financiera ha llegado para moderar los objetivos previstos. Un editorialista pudo lanzar esta constatación irónica: «*Un presidente solo en escena y más deseoso que nunca de hacerlo saber; un gobierno transformado en cámara registradora de las decisiones adoptadas en el Elíseo, incluidos los «sapos y culebras» presupuestario que ha de tragar un Parlamento: la Constitución de 4 de Octubre de 1958 traspasa con un vigor innegable el umbral de medio siglo*»<sup>24</sup>.

¿Es necesario concluir que la reforma ha sido inútil? Ante todo conviene no confundirse sobre su razón de ser más allá de los efectos anunciados. Concebida como medio para institucionalizar una «relación triangular» entre el presidente de la República, el partido presidencial y el grupo parlamentario mayoritario, bajo la mirada de un pueblo pasivo, la reforma anuncia también un marco político que, por un efecto de retorno, lanza frente al jefe del Estado, no tanto un contrapoder parlamentario como un rival posible en la persona del presidente del grupo parlamentario mayoritario. Elegido por sus iguales y escapando por ello de la revocación que amenaza a todo Primer ministro, respaldado por un dispositivo constitucional que, bajo la cobertura de fortalecimiento del Parlamento, confirma en realidad a la mayoría parlamentaria, el presidente del grupo parlamentario mayoritario aparece finalmente como el gran beneficiado por la reforma, siempre que consiga emanciparse del dominio del jefe del Estado jugando hábilmente con los potenciales instrumentos que le encomienda la reforma.

Escapando de su autor como la criatura de su creador, la revisión constitucional francesa de 2008 podría inaugurar de esta manera una nueva práctica política. Por lo demás, esta última no sería más que el síntoma de una configuración constitucional que tiene poco que ver con las intenciones iniciales. El análisis del dispositivo constitucional, siguiendo el orden indicado en la exposición de motivos del proyecto de ley constitucional, permitirá verificarlo.

21 FRAISSEX, P., «Nouvelle Constitution ou nouveau régime?», in *La révision de 2008, une nouvelle Constitution?*, cit., p. 8.

22 AVRIL, P., «Enchantement et désenchantement constitutionnels sous la V<sup>ème</sup> République», art. cit., pág. 12.

23 Id., p. 15.

24 DE MONTVALON, J.B., «Un paysage politique chamboulé», *Le Monde*, 5-6 octobre 2008.

### III. EL FORTALECIMIENTO DEL GOBIERNO PRESIDENCIAL

Lejos de la voluntad expresada por la exposición de motivos del proyecto de ley constitucional de controlar mejor al ejecutivo, el texto de reforma confirma la influencia del presidente de la República sobre el poder gubernamental. Ciertamente, esta influencia se podría deducir del conjunto de la reforma, especialmente a partir del hecho de que consagra el oscurecimiento del Primer ministro en la dirección del trabajo parlamentario. Pero la constatación vale también para las disposiciones que se refieren directamente al jefe del Estado.

Tal es el caso del artículo 6 de la Constitución, referido al mandato del presidente de la República, que dice: «*Nadie puede ejercer más de dos mandatos consecutivos*». Sin embargo, el Comité Balladur había evitado prudentemente tomar posición sobre esta cuestión: «*tratándose del número de mandatos sucesivos ejercidos por el jefe del Estado, el sentimiento del Comité es que el «tiempo político» correspondiente al tiempo de posesión y ejercicio del poder, apenas excede de diez años en el conjunto de las grandes democracias. Conscientes de ese dato pero deseosos de no afectar a la soberanía del sufragio, la mayoría de los miembros del Comité pensaron que era inútil, incluso inoportuno a la vista de la redacción del artículo 6 de la Constitución salida de la reforma constitucional de 2 de Octubre de 2000 que instauró el periodo presidencial de cinco años, prever que el Presidente de la República no pudiera ser elegido más de dos veces*»<sup>25</sup>. La invocación de la «*soberanía del sufragio*» como algo opuesto a la presencia en la Constitución de una limitación del número de mandatos del jefe del Estado es por lo menos curiosa. Después de todo, la fijación de la duración de los mandatos electivos afecta también a la «*soberanía del sufragio*». Es olvidar que la elección determina un periodo político que da su ritmo propio a la democracia constitucional considerada y plantea necesariamente la cuestión de la duración y del número de los mandatos electivos.

En cualquier caso, el Comité, al no haber acuerdo en su seno, había rechazado sugerir «*que el Presidente de la República no pudiera ser elegido más dos veces*», siguiendo el ejemplo de la redacción de la XXII Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos: «*Nadie será elegido para las funciones de Presidente más de dos veces (...)*». Pero la redacción del nuevo párrafo del artículo 6 de la Constitución reviste además otro significado jurídico que el de una limitación a dos mandatos de cinco años del presidente de la República, según la opinión común. Esta disposición significa únicamente que el presidente de la República no es reelegible inmediatamente al acabar el segundo mandato de cinco años. Y este asunto no se les ha escapado a las comisiones parlamentarias encargadas de examinar el proyecto de ley constitucional. El redactor del informe de Comisión de las Leyes constitucionales de la Asamblea nacional advertía que «*en aplicación de la redacción propuesta, jurídicamente, un mismo ciudadano podrá llevar a cabo dos mandatos consecutivos y después volver a ser Presidente tras una interrupción*»<sup>26</sup>. Todavía es más explícito el comentario de la Comisión de las Leyes constitucionales del Senado: «*Es importante (...) no exagerar el alcance de esta disposición en la medida en que, si bien prohíbe más de dos mandatos consecutivos, per-*

25 P. 24.

26 WARSMANN, J.L., *Rapport fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle (n° 820) de modernisation des institutions de la V<sup>ème</sup> République*, Assemblée nationale, n° 892, 15 de Mayo de 2008, pág. 126.

mite a un antiguo presidente que hubiera ejercido ya sus funciones durante diez años la posibilidad de presentarse tras un intervalo de cinco años. El sistema propuesto puede de esta manera acomodarse a las alternancias políticas que marcan el ritmo tradicional de nuestra vida democrática»<sup>27</sup>. Salvo que nos inspiráramos en la práctica actual del sistema político ruso, que no es un ejemplo de sana alternancia democrática, y teniendo en cuenta la opinión acreditada de una limitación a dos del número de mandatos presidenciales, la redacción del artículo 6 es realmente torpe.

No resulta evidente que se pueda encontrar en el «marco» de ciertos nombramientos por parte del presidente de la República razones para moderar las anotaciones precedentes. Hay que tener en cuenta que se añadió un nuevo párrafo al artículo 13 de la Constitución: «Una ley orgánica determina los cargos o funciones, distintos de los mencionados en el tercer párrafo, para las que, por razón de su importancia para la garantía de los derechos y libertades o para la vida económica y social de la Nación, el poder de nombramiento del Presidente de la República se ejerce tras el dictamen público de la comisión permanente competente de cada cámara. El Presidente de la República no puede hacer un nombramiento cuando la suma de votos negativos en cada comisión represente al menos tres quintos de los sufragios expresados en el seno de las dos comisiones. La ley determina las comisiones permanentes competentes según los cargos o funciones afectados.» Los «cargos o funciones afectados», que no son nombrados en Consejo de ministros, se enumeran en la Ley orgánica n° 2010-837 de 23 de Julio de 2010 y el nuevo párrafo del artículo 13 insiste en «su importancia para la garantía de los derechos y libertades o para la vida económica y social de la Nación»<sup>28</sup>. Conviene recordar aquí que el poder de nombramiento del jefe del Estado está sometido a refrendo ministerial e incluso, según algunas leyes recientes, a los dictámenes de las comisiones parlamentarias competentes<sup>29</sup>. El nuevo párrafo subordina los nombramientos en cuestión a un dictamen público de la comisión permanente competente de cada cámara de modo que no puede hacerse un nombramiento «cuando la suma de los votos negativos en cada comisión representa al menos tres quintos de los sufragios expresados en el seno de las dos comisiones». Esta redacción encierra un voto negativo cualificado, el único capaz de obligar al jefe del Estado. Como afirmó de modo significativo el antiguo presidente del Consejo constitucional Robert Badinter, «tal voto requiere el concurso de la mayoría presidencial, que nunca estará en contra de la voluntad del presidente. Si se quisiera que estos nombramientos fueran consensuados, haría falta una mayoría positiva de tres quintos lo que necesitaría el apoyo de la oposición»<sup>30</sup>. Dicho de otra manera, el procedimiento establecido tiende a preservar el poder político completo del jefe del Estado sobre los nombramientos afectados. De hecho, su alcance se encuentra reducido a la prevención de lo que se podría llamar de modo trivial «errores de casting»: «se trataría de impedir que se pudiera calificar de nombramiento como manifiestamente erróneo»<sup>31</sup>.

27 HYEST, J.J., *Rapport fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi constitutionnelle, adopté par l'Assemblée Nationale, de modernisation des institutions de la V<sup>ème</sup> République*, n° 387, 11 de Junio de 2008, pág. 61.

28 Resultan afectados por este nuevo procedimiento los nombramientos de los miembros del Consejo constitucional, personalidades cualificadas del Consejo superior de la magistratura y del Defensor de los derechos.

29 Si se trata, por ejemplo, del Contrôleur général des lieux de privation de liberté (loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 relative au Contrôleur général des lieux de privation de liberté).

30 BADINTER, R., «Non à l'hyperprésidence», *Le Monde*, 20-21 juillet 2008.

31 WARSMANN, J.L., *Rapport cit.*, pág. 146.

Otras tres disposiciones «enmarcan» el poder del jefe del Estado. Una afecta a los poderes de crisis del artículo 16<sup>32</sup>, la otra al ejercicio del derecho de gracia (artículo 17<sup>33</sup>), y, finalmente, la tercera, se refiere a la cualidad del presidente de la República como jefe de los ejércitos (artículo 15 de la Constitución).

En el primer caso se trata de reforzar las garantías en relación con la duración de la aplicación del artículo 16, por el que la apreciación de las condiciones de su puesta en marcha corresponde únicamente al jefe del Estado. Se exceptúan los dictámenes del Primer ministro, de los presidentes de las cámaras parlamentarias y del Consejo constitucional que no obligan al presidente de la República. La consulta de carácter jurídico obligada al Consejo constitucional en relación con las medidas a tomar tampoco le obliga en relación con las decisiones del artículo 16. Y lo mismo sucede en relación con el dictamen público que le reserva el nuevo párrafo del artículo 16 que prevé la posibilidad de que los presidentes de las asambleas, sesenta diputados o sesenta senadores acudan al Consejo constitucional tras un plazo de treinta días y la posibilidad de que el Consejo Constitucional, de oficio, estudie el asunto un mes después y, tras ello, en cualquier momento para verificar si las condiciones iniciales se justifican todavía. La reforma constitucional responde pues a las críticas formuladas en 1962 en cuanto a la duración excesiva de los poderes de crisis. En la medida en que el constituyente ha optado por el mantenimiento de los poderes presidenciales de crisis, el mecanismo del artículo 16 impone que el presidente de la República sea el único que decida sobre la cuestión. Si realmente se produce una crisis grave, no se puede imaginar un procedimiento constitucional largo y puntilloso. Es decir, el artículo 16 descansa únicamente en la prudencia y espíritu democrático del presidente, salvo que se piense en el recurso al procedimiento de destitución del artículo 68 de la Constitución.

En el segundo caso, la nueva redacción del artículo 17 de la Constitución precisa que el derecho de gracia no se puede ejercer más que a título individual conformé al principio de individualización de las penas. El derecho de gracia es uno de los poderes más antiguos de los jefes de Estado y hay que señalar que está sometido a refrendo y desprovisto de toda significación política desde la abolición de la pena de muerte en Francia<sup>34</sup>.

32 «Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave o inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido, el Presidente de la República tomará las medidas exigidas por tales circunstancias, previa consulta oficial con el Primer Ministro, los Presidentes de las Cámaras y el Consejo Constitucional. Informará de ello a la Nación por medio de un mensaje. Dichas medidas deberán estar inspiradas por la voluntad de garantizar a los poderes públicos constitucionales, en el menor plazo, los medios para cumplir su misión. El Consejo Constitucional será consultado sobre ello. El Parlamento se reunirá de pleno derecho. No podrá ser disuelta la Asamblea Nacional durante el ejercicio de los poderes extraordinarios. Tras treinta días de ejercicio de los poderes excepcionales, el Consejo Constitucional podrá ser solicitado por el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, sesenta diputados o sesenta senadores, a efectos de examinar si se siguen cumpliendo las condiciones enunciadas en el primer párrafo. Se pronunciará lo antes posible mediante anuncio público. Procederá de pleno derecho a este examen y se pronunciará en las mismas condiciones al término de sesenta días de ejercicio de los poderes excepcionales y en cualquier momento pasado este plazo.»

33 «El Presidente de la República tiene el derecho de gracia a título individual»

34 La pena de muerte se abolió en primer lugar por la ley de 9 de Octubre de 1981 y mediante la ratificación del protocolo nº 6 del Convenio Europeo de los Derechos del Hombre. Después se plasmó en la Cons-

En relación con el tercer caso, la cualidad de jefe de los ejércitos del presidente de la República justificó que éste pudiera disponer de una gran libertad de acción en la conducción de los asuntos militares franceses en el exterior del territorio nacional, incluso si la declaración de guerra debe ser autorizada por el Parlamento (artículo 35 de la Constitución). Pero haría falta saber qué se entiende jurídicamente por «guerra», en la medida en que la Carta de las Naciones Unidas restringe el recurso a la guerra como competencia soberana del Estado (prohibición de la guerra de agresión): así, la «*Guerra del Golfo*» de 1991, considerada como una operación de policía internacional llevada a cabo bajo égida de las Naciones Unidas, depende de la única responsabilidad del presidente de la República al margen de toda intervención del Parlamento, exceptuada la información a este último mediante mensajes presidenciales. La Ley constitucional de 23 de Julio de 2008 pretende remediar esta exclusión al añadir al artículo 35 de la Constitución tres párrafos, con el fin de dar participación al Parlamento en las intervenciones militares exteriores: el gobierno debe informar «*sobre su decisión de hacer intervenir las fuerzas armadas en el extranjero, a más tardar tres días después del inicio de la intervención.*», y sobre los objetivos perseguidos. Esta información da lugar a un debate sin votación. Cuando la duración de la intervención exceda de cuatro meses, el Gobierno someterá su prolongación a la autorización del Parlamento. En caso de desacuerdo entre el Senado y la Asamblea nacional, el gobierno podrá pedir a esta última «*que decida en última instancia*». Estas disposiciones se aplicaron por primera vez el 22 de Septiembre de 2008, en relación con la intervención militar francesa en Afganistán.

Más significativa es la reforma de la última disposición que afecta directamente al jefe del Estado, la del artículo 18 de la Constitución<sup>35</sup>. Además del mantenimiento de la posibilidad de comunicarse con las asambleas mediante mensajes escritos, que está en riesgo de caer en desuso, al jefe del Estado se le reconoce el derecho de tomar la palabra ante el Parlamento reunido en Congreso. En este caso, su declaración puede dar lugar, sin su presencia, a un debate sin ninguna votación. Anunciada en el discurso del jefe del Estado de 12 de Julio de 2007 en Epinal<sup>36</sup>, confirmada por la carta dirigida al *Comité Balladur* el 18 de Julio siguiente<sup>37</sup>, esta posibilidad representaba sin duda, a los ojos del presidente de la República, una pieza maestra del conjunto de la reforma.

titución (artículo 66-1, introducido por la Ley constitucional n° 2007-239 de 23 de Febrero de 2007). Desde el punto de vista jurídico, esta reforma constitucional se hizo necesaria por la ratificación por Francia del segundo protocolo facultativo del Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos, que perseguía la abolición de la pena de muerte, hecho en Nueva York el 15 de Diciembre de 1989. Además, para dar una cierta solemnidad a la prohibición de la pena de muerte, el constituyente decidió incorporarla al Título VIII de la Constitución, referido a la Autoridad judicial, en lugar de dejarla como una simple mención explícita del protocolo de Nueva York.

35 «El Presidente de la República se comunicará con ambas Cámaras del Parlamento por medio de mensajes que mandará leer y que no darán lugar a ningún debate.

Podrá tomar la palabra ante el Parlamento reunido a estos efectos en Congreso. Su declaración podrá dar lugar, fuera de su presencia, a un debate que no será objeto de ninguna votación.

Fuera de los períodos de sesiones, las Cámaras parlamentarias se reunirán especialmente con este fin.»

36 «Yo deseo que se estudie la posibilidad que pueda expresarse una vez al año ante el Parlamento para explicar su acción y para dar cuenta de sus resultados».

37 «Ustedes deben precisar las condiciones en las que el Presidente de la República podría acudir a exponer su política directamente ante el Parlamento».

Ciertamente, el procedimiento del Congreso y la solemnidad que le acompaña apenas invitarán a abusar de esta prerrogativa presidencial, utilizada la primera vez el 22 de junio de 2009, a propósito de la situación económica y financiera. Pero esta circunstancia realzará inevitablemente su interés político: las intervenciones del presidente «*tendrán un impacto mayor en la vida nacional como sucede con el discurso sobre el estado de la Unión pronunciados por el presidente de los Estados Unidos*»<sup>38</sup>. Es decir, el recurso a este procedimiento no será intrascendente, como lo señaló Edouard Balladur en su intervención ante la comisión de las Leyes constitucionales de la Asamblea nacional: «*Creo que se trata de un medio para el presidente de presionar al Parlamento, más que un medio para el parlamento de controlar al presidente*»<sup>39</sup>. Sin embargo, esta última hipótesis es poco probable en la medida en que la irresponsabilidad del presidente se encuentra preservada y garantizada por la interdicción de cualquier voto formal. Por tanto, queda la primera hipótesis, que debería analizarse no tanto como un medio de presión del presidente sobre el parlamento, sino como la exposición de un auténtico programa legislativo presidencial siguiendo el ejemplo de lo que sucede en los Estados Unidos: el presidente se ha convertido así en un «*un legislador en jefe*»<sup>40</sup>, en el sentido de que redacta los proyectos de ley que son transmitidos «*de manera informal*» al Senado, aunque éste mantiene el completo dominio de su análisis. Existen por tanto posibilidades de que esta nueva prerrogativa presidencial vaya más allá de una simple renovación del derecho de mensaje y permita al jefe del Estado, por poco que se lo proponga, determinar y orientar la política legislativa, sin que ésta se concrete necesariamente a través de la deliberación del Consejo de ministros, teniendo en cuenta el hecho de que el gobierno ya no tiene el completo dominio del orden del día (artículo 48 de la Constitución, ver *infra*). De hecho, el presidente francés estaría llamado a convertirse, siguiendo el ejemplo de su homólogo americano, un «*legislador en jefe*» que es, además un «*jefe de partido*»<sup>41</sup>. Esta posición política e institucional le permitiría establecer un lazo directo con el grupo parlamentario mayoritario, que además ha sido consagrado por la Constitución.

#### IV. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL GRUPO PARLAMENTARIO MAYORITARIO

He aquí otra de las principales razones de la reforma: «*la constatación de un desequilibrio de nuestras instituciones en detrimento del poder legislativo es ampliamente compartida y la suma de los instrumentos del parlamentarismo racionalizado no se corresponde en el contexto actual con las exigencias de una democracia irreprochable*»<sup>42</sup>.

38 HYEST, J.J., *Rapport* cit., p. 86-87.

39 *Rapport* cit., p. 90.

40 Según la expresión de la Profesora Elisabeth Zoller en su intervención ante la Comisión de las leyes constitucionales del Senado, *Rapport* cit., p. 244.

41 ZOLLER, E., *Rapport* cit., p. 244. Como indica el Profesor Jean Rossetto, «*la reforma de artículo 18 de la Constitución traduce bien la ambivalencia de nuestra Constitución, forma de gobierno parlamentaria cobinada con un potente carácter presidencial desde su origen*», in *La révision de 2008, une nouvelle Constitution?* (dir. J.P. CAMBY, P. FRAISSEX, J. GICQUEL), op. cit., p. 95.

42 Exposición de motivos del proyecto de Ley constitucional.

Es cierto que la figura constitucional del poder gubernamental en su significación inédita en la Vª República dibuja también en negativo la del poder parlamentario. Al presentar el proyecto de Constitución a la Asamblea general del Consejo de Estado el 27 de Agosto de 1958, Michel Debré concebía los «*instrumentos del parlamentarismo racionalizado*» como la condición para la adaptación de la forma de gobierno parlamentaria en la búsqueda de la estabilidad y de la eficacia gubernamentales. La principal razón de ser del sistema político creado en 1958 era la de permitir al Gobierno gobernar incluso en ausencia de la mayoría política parlamentaria, teniendo en cuenta la distribución de los partidos políticos en la Asamblea nacional en la época. La Constitución de 1958 se escribió sobre la base de un sistema de partidos propio de la IVª República al que los autores de la nueva Constitución creían someter, al menos al comienzo, mediante los solos mecanismos constitucionales. De esta manera, no puede comprenderse el artículo 49 de la Constitución de 1958 si no es en relación con la práctica anterior del «*voto calibrado*»<sup>43</sup>, imposible a partir de su entrada en vigor. Pero el principio de elección del presidente de la República por sufragio universal directo debía provocar también el surgimiento del hecho mayoritario, con independencia de la «*regulación constitucional*» (Michel Debré) concebida en parte con este fin. Una y otra se conjugarían en adelante para delimitar un poder parlamentario que nunca se adaptará a esta nueva situación política.

¿Quién no suscribiría en esas condiciones la necesidad de aflojar «*el torno del parlamentarismo racionalizado*»<sup>44</sup>, ya que este último ha perdido su razón de ser inicial? Por todo ello, se podría suscribir la idea adelantada por los constituyentes constituidos, consistente en que «si desde hace cincuenta años los instrumentos del parlamentarismo racionaliza-

43 El artículo 49 de la Constitución de 1946 regulaba la cuestión de confianza con la preocupación de la racionalización del parlamentarismo: a diferencia de lo que ocurría en la IIIª República, la cuestión de confianza ya no podía ser planteada por cada ministro sino únicamente por el presidente del Consejo tras la deliberación correspondiente del Consejo de ministros. La votación no podía tener lugar inmediatamente sino tras un plazo, era pública, y la confianza era rechazada por la mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea nacional. Todos estos detalles, inexistentes hasta entonces en un texto constitucional francés, perseguían la misma finalidad: dar estabilidad al gobierno, no dejarlo a la merced de una voluntad hostil, intempestiva y repentina de la asamblea, prever de manera suficientemente amplia la mayoría necesaria para derribar al gobierno y para constituir también la base de la mayoría de la investidura del nuevo gobierno. Pero los redactores de la Constitución de 1946 habían subestimado el ingenio de los parlamentarios y no habían considerado que la confianza se solicita para obtener el voto de un texto que el gobierno quiere que se apruebe, puesto que lo necesita para llevar a cabo su programa. La redacción del artículo 49 parecía abrir una opción clara: o la asamblea vota el texto presentado por el gobierno y sobre el que ha solicitado la confianza: se aprueba el texto y se acuerda mantener la confianza; o la asamblea rechaza la confianza por mayoría absoluta de sus miembros (se rechaza el texto y el gobierno, perdida la confianza que había pedido, dimite). Pero el dispositivo podía dar lugar a una tercera posibilidad: comprometiendo su responsabilidad en la votación del texto, éste podía ser rechazado por mayoría simple. De ello se derivaban dos consecuencias contradictorias: el gobierno no estaba obligado a dimitir puesto que el rechazo de la confianza no había alcanzado la mayoría absoluta de los miembros de la asamblea, como exige la Constitución; pero, al mismo tiempo, el gobierno veía cómo se rechazaban los instrumentos de su política. La salida era simple: el gobierno dimitía aunque no tenía obligación constitucional de hacerlo, pero la crisis abierta no habilitaba para poner en marcha la disolución; según el artículo 51 de la Constitución, la disolución sólo era posible si en un lapso de tiempo de dieciocho meses tenían lugar dos crisis ministeriales en el sentido de la Constitución, es decir, mediante el rechazo de la confianza por la mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea nacional. Un «*voto calibrado*» de los diputados podía ponerlos al abrigo de la disolución!

44 HYEST, J.J., *Rapport cit.*, p. 11.

do son los responsables *de la decadencia del Parlamento, suprimirlos equivaldría a restaurar mecánicamente los derechos del Parlamento*»<sup>45</sup>. La respuesta exige algo más que sutilizas.

Primero porque una parte de las disposiciones que se refieren a ello tiene un significado más técnico que político y responde esencialmente a preocupaciones expresadas recientemente por el juez constitucional. Pretenden la racionalización del trabajo de las asambleas parlamentarias con el fin de hacerlo más eficaz y más lógico y, consecuentemente, lograr hacer del Parlamento un órgano más eficiente. El hecho de que la Constitución de 1958 contemple una parte importante del derecho parlamentario con el fin de obligar a las cámaras, junto con los desarrollos de la jurisprudencia constitucional, imponen una puesta al día periódica del texto constitucional. Este es el objetivo de las modificaciones que tienden a perfeccionar la calidad, la claridad y la comprensión de la ley con el fin de restaurar el concepto material de la ley tal como quería el constituyente de 1958<sup>46</sup> y conforme a las sugerencias en este sentido del Consejo constitucional<sup>47</sup>.

En el sentido de restaurar y proteger el ámbito legislativo, el artículo 41 de la Constitución otorga al presidente de la cámara afectada la posibilidad de oponerse a la admisión de una proposición o enmienda si entiende que no pertenece al ámbito de la ley, posibilidad que hasta ese momento estaba reservada únicamente al gobierno. De esta manera, el presidente de la cámara se convierte en guardián de la integridad del ámbito legislativo con el fin de confirmar la protección de los ámbitos respectivos de la ley y del reglamento<sup>48</sup>.

Pero se trata también de controlar mejor y de regular el flujo de las enmiendas, sobre todo en caso de obstrucción deliberada, lo que no está exento evidentemente de una segunda intención política. Puede ponerse como prueba la delicada cuestión del ejercicio del derecho de enmienda que el artículo 44 de la Constitución se propone reordenar teniendo en cuenta, por un lado, el reforzamiento de la función de las comisiones parlamentarias permanentes y la necesidad correspondiente de facilitar la tarea de la sesión pública. El nuevo párrafo primero del artículo 44 de la Constitución saca las consecuencias relativas al ejercicio del derecho de enmienda de las nuevas disposiciones procedimentales del artículo 42 (ver *infra*). Éste precisa que si bien los parlamentarios y el gobierno tienen el derecho de enmienda, este derecho «*se ejerce en sesión o en comisión según las condiciones fijadas por los reglamentos de las asambleas, en el marco determinado por una ley orgánica*». Se tra-

45 ROUSSEAU, D., «La V<sup>ème</sup> République dynamitée», *Le Monde*, 14 juin 2008.

46 Recuérdese que en 1958, el poder legislativo no podía ejercerse más que en el estricto ámbito definido por la Constitución, especialmente en su artículo 34.

47 Ver especialmente Cons. Const., déc. n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Avenir de l'école, Rec.*, p. 72. El Consejo consideraba que se creaba un procedimiento preventivo de degradación de disposiciones legislativas demasiado abierta y fundamentalmente reglamentarias.

48 Se trata de necesidades de carácter práctico, debidas a la inflación legislativa y a la simplificación del Derecho, que sugieren una vuelta a las intenciones iniciales del constituyente en relación con los respectivos ámbitos de la ley y del reglamento, como lo muestra una circular del Primer ministro a los miembros del gobierno de 26 de Agosto de 2003 (Circulaire du 26 août 2003 *relative à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation*, JO, 29 août 2003, p. 14720). Este movimiento tiende a ampliarse bajo la presión de la jurisprudencia constitucional, como lo demuestra otra circular de 19 de Enero de 2006, que pide a los ministros que no transmitan al Primer ministro más proyectos de ley «*sin ninguna disposición reglamentaria o no normativa*» y prevé que el secretario general del gobierno se encargará de verificar el respeto a este mandato.

ta de organizar las modalidades de ejercicio de este derecho mediante la introducción de un régimen distinto para las enmiendas presentadas en comisión parlamentaria y para las presentadas en sesión pública con el fin de reducir su uso con fines de obstrucción. Por eso la Ley orgánica n° 2009-403 de 15 de Abril de 2009 relativa a la aplicación de los artículos 34-1, 39 y 44 de la Constitución, precisa las condiciones para encuadrar este derecho de enmienda al imponer en particular una admisibilidad en momento oportuno de las enmiendas, de modo más preciso al limitar al comienzo del examen del texto en sesión pública el plazo en el que se pueden depositar (artículo 13 de la Ley orgánica). En el mismo orden de ideas, los artículos 17 a 19 de la Ley orgánica habilitan a los reglamentos de las asambleas parlamentarias a organizar un procedimiento que impone plazos para el examen de un texto en sesión y determinan, en consecuencia, las condiciones de ejercicio del derecho de enmienda en el respeto a los derechos de la oposición parlamentaria. Se trata de una forma de restricción del derecho de enmienda bajo el manto de una racionalización de sus condiciones de ejercicio en el sentido del artículo 44 de la Constitución puesto que la discusión en sesión pública de los textos de ley tiene lugar en principio sobre el texto adoptado en comisión<sup>49</sup> (artículo 42 de la Constitución<sup>50</sup>).

En este mismo sentido, el artículo 34 de la Constitución extiende el ámbito de la ley a las «*leyes de programación que determinan los objetivos de la acción del Estado*» en todas las materias y no sólo en la económica y social, lo que prohibía la jurisprudencia constitucional<sup>51</sup>.

Las modificaciones constitucionales pretenden también conceder más tiempo al parlamento para examinar los textos legislativos fijando plazos entre el depósito o traslado del texto y su examen en sesión pública (artículo 42, párrafo 3 de la Constitución<sup>52</sup>). También dan a las Conferencias de los Presidentes la facultad de oponerse conjuntamente al compromiso gubernamental del «*procedimiento acelerado*», nueva denominación del procedimiento de urgencia (artículo 45). Especialmente, la Ley constitucional de 23 de Julio de 2008 introduce un cambio esencial: la cámara a la que se envíe un texto legislativo ya no está obligada a discutirlo sobre la base del texto presentado por el gobierno o trasladado por la otra cámara, sino sobre la base del texto tal como ha sido enmendado por la comisión competente.

Donde se observa la institucionalización del grupo parlamentario mayoritario y la perspectiva de establecimiento de una comunicación directa con el jefe del Estado en detrimento del primer ministro es en las modalidades de fijación del orden del día parlamentario (artículo 48 de la Constitución). La atribución a cada cámara de la potestad de fijar ella misma su orden del día da lugar a un dispositivo complejo acompañado de reglas moderadoras que alteran de modo considerable el principio. Primero, porque el gobierno conserva el dominio del orden del día prioritario «*dos semanas de sesiones sobre cua-*

49 Excepto para los proyectos de ley de presupuestos y de financiación de la Seguridad social.

50 Este reforzamiento de la función de las comisiones permanentes está acompañado de un aumento de su número, que pasa de seis a ocho (artículo 43 de la Constitución).

51 Cons. Const., déc. n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Traitements de données à caractère personnel, Rec.*, p. 126.

52 «La discusión en sesión, en primera lectura, de un proyecto o una proposición de ley sólo podrá producirse, ante la primera Cámara solicitada, al vencimiento de un plazo de seis semanas después de su presentación. Sólo podrá producirse, ante la segunda Cámara solicitada, al vencimiento de un plazo de cuatro semanas a partir de su traslado.».

tro» (nuevo párrafo 2)<sup>53</sup>. En segundo lugar, porque el tercer párrafo permite al gobierno mantener el dominio del orden del día prioritario más allá del periodo anterior. Esto afecta a los textos legislativos que son la expresión misma de la política gubernamental (proyectos de ley de presupuestos, de financiación de la Seguridad social) y que responden a situaciones de urgencia (proyectos referidos a los estados de crisis y modalidades de intervención exterior de las fuerzas armadas), así como a la necesidad de garantizar el buen desarrollo del intercambio de textos entre las dos asambleas (*navette parlementaire*). Si a ello se le añade el tiempo reservado al control parlamentario<sup>54</sup> (una semana de sesiones sobre cuatro, párrafo 4) y a las preguntas (al menos una sesión a la semana, párrafo 6), resulta finalmente que el tiempo reservado al orden del día parlamentario, es decir, dos semanas sobre cuatro es puramente teórico. En ese concepto se incluyen las invasiones del orden del día prioritario del gobierno y el tiempo del control parlamentario. Por otra parte, el párrafo quinto del artículo 48 de la Constitución reserva «un día de sesión por mes» a «un orden del día fijado por cada cámara a la iniciativa de los grupos de oposición de la cámara afectada así como a la de los grupos minoritarios». Esta disposición que explicita la constitucionalización de los grupos parlamentarios (artículo 51-1 de la Constitución) y entiende constituir un «estatuto» de la oposición, sirve fundamentalmente a la mayoría parlamentaria. Primero, porque la noción de «grupo minoritario» vale también para los aliados con la mayoría parlamentaria y, sobre todo, porque confirma, *a contrario*, la vocación del grupo mayoritario de dominar el orden del día reservado al parlamento y, de esa manera, coadyuvar la política legislativa gubernamental. Como escribe en ese sentido el ponente de la Comisión del Senado de Leyes constitucionales: «*las cámaras no parecen estar en condiciones, al menos a corto plazo, de alimentar el orden del día de dos semanas sobre cuatro, salvo que adopte de manera sistemática las iniciativas gubernamentales bajo la forma de proposiciones de ley*».

53 El constituyente de 1958 había reservado la fijación del orden del día exclusivamente al gobierno, que introducía en él los asuntos en el orden que consideraba conveniente y reservaba la prioridad a la discusión de los proyectos de ley depositados por él.

54 El nuevo artículo 24 de la Constitución hace del control parlamentario una de las tres funciones del parlamento, siendo las otras dos el voto de la ley y la evaluación de las políticas públicas. Además de las preguntas al gobierno, la función de control está llamada a ejercerse mediante la votación de *resoluciones* (artículo 34-1) y de «*declaraciones*» (artículo 50-1). Estas últimas eran concebidas al principio como una especie de sustitutivo al principio de las resoluciones que los diputados no deseaban incorporar a la Constitución. La reforma adoptada contempla las dos sin que se comprenda bien la utilidad de tales «*declaraciones*». La constitucionalización de esta manera de los «*actos no legislativos*» se explica por el deseo de devolver a la ley su carácter normativo. Además, desde este punto de vista, la distinción entre legislación y control no es siempre fácil en la realidad.

Las *resoluciones* estaban hasta ahora estrechamente vinculadas con medidas de orden interior (Consejo constitucional, déc. n° 59-2 de 17 de Junio de 1959 y 59-3 de 24 de Junio de 1959), como la modificación del reglamento de las asambleas parlamentarias, la creación de una comisión de investigación, la suspensión de las diligencias o la detención de un miembro de una asamblea, con excepción de las «*resoluciones europeas*» del artículo 88-4 de la Constitución. Las resoluciones del nuevo artículo 34-1 permiten a las asambleas adoptar una posición o expresar una opinión general. Tienden también a limpiar el acto legislativo, la ley, a fin de que aparezca sin contenidos no normativos. Sin embargo, no podrían constituir, como en Repúblicas anteriores, un procedimiento de interpelación del gobierno y, por ello, de puesta en tela de juicio su responsabilidad política. Por ello, el párrafo 2 del artículo 34-1 le permite oponerse a la admisión de proposiciones de resolución si cree «*su aprobación o su rechazo sería susceptible de cuestionar su responsabilidad o que contienen mandamientos hacia él*».

De todas formas, este dispositivo a la vez «*irreal*» y «*complejo*», da «*al ejecutivo numerosas posibilidades de inmiscuirse en el orden del día reservado al Parlamento*»<sup>55</sup>. Restringe la capacidad de libre iniciativa parlamentaria y tiende a hacer del grupo parlamentario mayoritario el interlocutor privilegiado del gobierno. Favorece tanto la posibilidad de coadyuvar, bajo la forma de la proposición de ley, la política legislativa del gobierno sin pasar por la deliberación del Consejo de ministros, que es obligatorio para los proyectos de ley, reservando la posibilidad de someter dicha proposición al Consejo de Estado para la emisión de un dictamen (artículo 39 de la Constitución) antes de su examen en comisión. Pero, a diferencia de los proyectos de ley, la proposición de ley existe ya jurídicamente, puesto que ha sido depositada ante la secretaría de la cámara afectada, y el dictamen del Consejo de Estado no reviste aquí más que un carácter facultativo. Esta posibilidad se ha hecho necesaria por el nuevo dispositivo del orden del día. De hecho, la función consultiva del Consejo de Estado ya no afecta únicamente al gobierno.

Debe advertirse igualmente que el artículo 39, párrafo 2, de la Constitución, reenvía a una ley orgánica la tarea de determinar las condiciones de presentación de los proyectos de ley depositados ante la Asamblea nacional o el Senado. Con este fin, la Ley orgánica n° 2009-403 de 15 de Abril de 2009 dice que, de acuerdo con la tradición republicana, «*los proyectos de ley van precedidos por una exposición de motivos*» (artículo 7), que «*tiene por objeto presentar las principales características [del proyecto de ley] y de mostrar el interés que se aprecia en su adopción*»<sup>56</sup>. La Ley orgánica prevé asimismo que los proyectos de ley son objeto de un estudio de impacto (artículo 8). Introducido en Francia en 1995, el estudio de impacto tiende a completar la exposición de motivos de los proyectos de ley mediante un «*análisis preciso de las ventajas esperadas y de las diversas incidencias del texto*» (circular del Primer ministro de 26 de Julio y de 21 de Noviembre de 1995). Corresponde a la Conferencia de los Presidentes de la cámara donde ha sido depositado verificar estas reglas de presentación previstas por la Ley orgánica (artículo 39, párrafo 3, de la Constitución). La Conferencia puede oponerse a la inscripción en el orden del día en caso de incumplimiento de estas reglas. A falta de acuerdo sobre este asunto entre la Conferencia de los presidentes y el gobierno, el presidente de la asamblea o el Primer ministro pueden dirigirse al Consejo constitucional quien debe decidir en el plazo de 8 días (artículo 39).

Esta institucionalización del grupo parlamentario mayoritario, al que se encomienda la teórica fijación de la mitad del orden del día parlamentario, puede acompañarse de una limitación del recurso al artículo 49-3 de la Constitución, relativo al compromiso de la responsabilidad del gobierno a propósito de un texto legislativo, a los proyectos de ley de presupuestos o de financiación de la Seguridad social, así como otro texto de ley por periodo de sesiones. Introducido en la Constitución de 1958 y con la posibilidad de aplicarse a cualquier texto de ley hasta la revisión constitucional de 2008, este potente instrumento de racionalización parlamentaria no puede entenderse bien si no se le pone en relación con la práctica del «*voto calibrado*» de la IVª República y con la preocupación de asegurar que no pueda derrotar al gobierno más que una mayoría absoluta de diputados. Es decir, que este procedimiento debe usarse de modo parsimonioso teniendo en cuenta además la aparición del hecho mayoritario en la Asamblea nacional. Si

55 HYEST, J.J., *Rapport* cit., respectivamente p. 154 et p. 155.

56 Cons. const., déc. n° 2009-579 DC de 9 de Abril de 2009.

su uso se ha intensificado en el curso de la Vª República, es también porque el gobierno habrá ido descubriendo las ventajas del escamoteo del debate parlamentario en ciertas situaciones políticas: de hecho, el gobierno utiliza generalmente «el 49-3», o bien para forzar a una mayoría reticente o frágil (en este último caso, cuando no dispone más que de una mayoría relativa en la Asamblea nacional, como el gobierno de Michel Rocard entre 1988 y 1991), o bien para romper la cohesión de la oposición en caso de obstrucción de ésta, dejando la pelota en el tejado del adversario. Pero es poco probable que la limitación material del recurso al «49-3» introducido en 2008, pueda representar una presión para el gobierno. Este podría incluso tener la tentación de otorgar al único texto afectado una fuerte dimensión simbólica y política.

Esta limitación confirma la *capitis deminutio* del Primer ministro en tanto que jefe de la mayoría parlamentaria. Sin embargo ello no significa la emancipación de esta última, ya que la reforma le coloca otra tutela, la del jefe del Estado, promovido de esta manera como jefe de la mayoría parlamentaria, lo que ya se sabía, por otra parte, desde 1962.

Por otra parte, el grupo parlamentario mayoritario adquiere importantes prerrogativas: fijación del orden del día, presidencia de dos nuevas comisiones permanentes, intervención decisiva en el procedimiento legislativo y participación en los nombramientos. Es decir, la nueva posición constitucional del presidente de la República no deja de tener inconvenientes desde el momento en que ya no se puede cobijar de modo eficaz en la figura del Primer ministro: «*Esta vuelta al régimen de partido impone evidentemente que el presidente de la República controle «su» grupo parlamentario*<sup>57</sup> (...). *En esta nueva configuración constitucional lo que está en juego es vital —en el sentido fuerte del término— para el presidente: si «sus» parlamentarios se le van, pierde todo su poder de acción e incluso, posiblemente la posibilidad de pretender un segundo mandato*»<sup>58</sup>. En realidad y en la medida en que la mayoría parlamentaria procede de la dinámica de la elección presidencial, la fragilidad posible de esta comunicación entre el grupo parlamentario mayoritario y el jefe del Estado reside sobre todo en el surgimiento político del presidente del grupo. Su posición, acompañada de las palancas que da la reforma constitucional de 2008 al grupo mayoritario, contribuye a hacer de él el verdadero rival político del jefe del Estado en el marco del presidencialismo mayoritario. En este esquema, el control del partido mayoritario es obviamente esencial, aunque no fuera más que porque es él quien otorga el visto bueno a los candidatos en las elecciones legislativas.

Hay que señalar por tanto que, tratándose del Parlamento, la reforma constitucional, a pesar de sus intenciones, favorece tanto una excesiva concentración del poder al acercar la mayoría parlamentaria al presidente de la República, es decir, al que la provoca y la

57 En esta perspectiva el artículo 25 de la Constitución permite la vuelta al Parlamento de los antiguos ministros. Las funciones ministeriales son incompatibles con las funciones parlamentarias. Los constituyentes de 1958 pretendía confirmar así, en la incertidumbre de la futura distribución de las mayorías políticas, un auténtico poder gubernamental al garantizarle al mismo tiempo su unidad y su autonomía. Esta incertidumbre ya no existe hoy porque las mayorías parlamentarias son sólidas y duraderas. Por eso el nuevo párrafo 2 del artículo 25 de la Constitución confiere un carácter temporal y no definitivo, a la incompatibilidad entre la función ministerial y el mandato parlamentario. El precepto autoriza la vuelta del ministro al Parlamento al acabar sus funciones en el gobierno antes del fin de mandato parlamentario. Tiende de esta manera a prevenir el riesgo de las elecciones parciales, poco favorables, en general, al gobierno.

58 ROUSSEAU, D., «La V<sup>ème</sup> République dynamitée», art. cit.

justifica, como una rivalidad en relación con el poder. Queda por saber si los «nuevos derechos» atribuidos a los ciudadanos por la Constitución reformada son capaces de servir de contrapeso eficaz frente a esta personalización reforzada del poder.

## V. LOS DERECHOS DEL CIUDADANO Y DEL JUSTICIABLE: ENTRE MITO Y REALIDAD

El pueblo es el gran ausente de esta organización política y constitucional. Cuando el proyecto de ley constitucional se proponía completar el artículo 24 de la Constitución, de forma que el Senado asegurara la representación de las colectividades territoriales<sup>59</sup> «*teniendo en cuenta su población*»<sup>60</sup>, la reforma «*consolida el modo arcaico de elección de los senadores*». El Senado consideró siguiendo el ejemplo de la Comisión de las leyes constitucionales, «*que la reforma del artículo 24 de la Constitución no debe tener por objeto alinear la representatividad senatorial con la de la Asamblea nacional. Que no puede implicar la aplicación de una proporcionalidad estricta entre la evolución de la población y la del colegio electoral senatorial o del reparto de los escaños en el Senado, a no ser que se corra el riesgo de hacer perder su especificidad a la Cámara Alta*». El argumento descansa sobre el carácter «*diferenciado*» del bicameralismo francés, y hasta sobre una concepción bastante extraña de la discriminación positiva: «*parece normal que la composición del Senado pueda «representar más allá de lo estrictamente proporcional» a los territorios más frágiles y a los menos poblados, de tal manera que todos puedan tener voz en la asamblea de manera que ésta cumpla su misión de representación de las colectividades, complementaria de la Asamblea nacional*»<sup>61</sup>. Este doble argumento, hay que repetirlo, es jurídicamente infundado si se tienen en cuenta los artículos 3 y 24 de la Constitución.

Tampoco habrá que pensar que este rechazo a garantizar una mejor intervención del poder de elección del pueblo haya sido compensado por un reforzamiento de su poder de votación en referéndum, a partir de los cinco nuevos párrafos del artículo 11 de la Constitución, bajo la forma de una proposición de ley con el fin de organizar un re-

59 Aunque el artículo 24 de la Constitución dice que el Senado «*asegura la representación de las colectividades territoriales de la República*», no habría que deducir de ello que desde el punto de vista jurídico el Senado es la cámara de descentralización, en el sentido de que representa a las colectividades territoriales. Para el Consejo constitucional esto significa que el Senado «*debe ser elegido por un cuerpo electoral que resulta ser la emanación de esas colectividades; que, a continuación, ese cuerpo electoral debe estar compuesto esencialmente por miembros de las asambleas deliberantes de las colectividades territoriales; que todas las categorías de colectividades territoriales deben estar representadas en él (...)*» (déc. n° 2000-431 DC de 6 de Julio de 2000, *Rec.*, pág. 98). De hecho, el Senado no desarrolla una función específica de representación de las colectividades territoriales sino que, de manera más sencilla, él nace indirectamente del sufragio universal a través de las colectividades territoriales. Con el mismo título que la Asamblea nacional, el Senado representa al pueblo francés aunque el sufragio universal «*sea directo o indirecto en las condiciones previstas por la Constitución*» (artículo 3, párrafo 3, de la Constitución).

60 Se trataba de superar la decisión del Consejo constitucional n° 2000-431 DC de 6 de Julio de 2000, que prohibía cualquier evolución en la composición del colegio electoral senatorial, de modo que quedara más equilibrada la relación demográfica entre los municipios (*Rec.*, pág. 98). Teniendo en cuenta el hecho de que el Senado surge de modo indirecto del sufragio universal a través de las colectividades territoriales, no era lógico que se tuviera en cuenta el criterio demográfico para la elección de los senadores, de acuerdo con el principio de igualdad de sufragio planteado por el artículo 3 de la Constitución.

61 HYEST, J.J., *Rapport cit.*, pág. 94.

feréndum, apoyado por una décima parte de los electores. No se trata en este caso de un verdadero referéndum de iniciativa popular, ya que, *stricto sensu*, la iniciativa debe surgir de un quinto de los miembros del Parlamento, es decir, 182, y que éstos han de estar apoyados por una décima parte de los electores inscritos en el censo electoral, es decir, alrededor de 4,2 millones. Esta última cifra es realmente exorbitante para este tipo de técnica de democracia semidirecta. En comparación, el artículo 75 de la Constitución italiana exige el apoyo de 500 000 electores para el referéndum popular de derogación. Concebida de esta manera, esta petición se asemeja mucho a un señuelo y se puede dudar de la efectividad de semejante instrumento. El texto debe tratar de la organización de los poderes públicos, de las reformas que conciernen a la política económica, social o de medio ambiente, a los servicios públicos o a la ratificación de un tratado. No puede pretender derogar una disposición promulgada desde hace menos de un año. Una vez que se ha depositado la iniciativa de referéndum, el Consejo constitucional se asegura en el plazo de un mes de que cumple las condiciones para que sea admitida. Si es así, la proposición de ley se publica en el *Journal officiel*. En un plazo de dos meses, comienza el periodo de la recogida de apoyos que dura tres meses. La recogida de apoyos se hace exclusivamente de modo electrónico. Los electores dan su apoyo conectándose a un sitio internet puesto a su disposición por el ministerio del interior. Al acabar los tres meses, una comisión de control integrada por dos consejeros de Estado, dos consejeros del Tribunal de casación y dos consejeros del Tribunal de Cuentas, dispone de un mes para transmitir al Consejo constitucional los elementos recogidos. Éste verifica su validez. Si da su visto bueno, se abre un periodo de un año en el que las dos Asambleas pueden examinar —y rechazar, en su caso— la proposición de ley. Sólo en el caso de que las Asambleas no hayan examinado la proposición en ese plazo, el presidente de la República la somete a referéndum. El presidente interviene en los cuatro meses siguientes a la expiración del plazo de un año concedido al Parlamento. Entre el inicio del procedimiento y su final, si es que se llega a él, habrá pasado un mínimo de dos años. Es decir, en la práctica, este referéndum de iniciativa minoritaria no tiene ninguna posibilidad de salir adelante<sup>62</sup>.

El artículo 69 de la Constitución reserva igualmente al pueblo un derecho de petición referido únicamente a un órgano consultivo, el Consejo económico, social y medioambiental<sup>63</sup>.

62 El Parlamento está examinando ahora un proyecto de ley orgánica para la aplicación del artículo 11 de la Constitución.

63 El Consejo económico, social y medioambiental está compuesto de 233 miembros, designados por las organizaciones profesionales representativas, para cinco años, renovables por una vez. Se trata de miembros permanentes que pueden asistir a las sesiones plenarias. A estos 233 miembros hay que añadir otros 72 llamados de sección (en razón de 8 por sección), designados por el Primer ministro para una duración determinada. Estos últimos realizan una labor de expertos en las 9 secciones especializadas con que cuenta el Consejo. El Consejo trabaja por tanto de dos maneras organizativas: una, la asamblea general de los 233 miembros; y la otra, en órganos restringidos, como son las secciones especializadas que corresponden a las comisiones de las cámaras parlamentarias. Como su nombre indica, se trata ante todo de un consejero del gobierno para los asuntos económicos, sociales y medioambientales, y es el gobierno el principal habilitado para acudir a él aunque el artículo 69, párrafo 3, de la Constitución añade que se puede acudir al Consejo por vía de petición firmada por 500 000 personas mayores de edad, en las condiciones fijadas por una Ley orgánica du 28 de Junio de 2010. La reforma constitucional de 2008 precisa que se puede designar a un miembro del Consejo para exponer al parlamento el dictamen del Consejo sobre los proyectos y proposiciones que le han sido enviados (artículo 69, párrafo 2). El Consejo solo emite dictámenes que no obligan al gobierno. Sin embargo, es obligatoria la consulta al

Otras disposiciones de la reforma constitucional de 2008 tratan de considerar al pueblo como colectividad de ciudadanos titulares de derechos, y no ya en el ejercicio mismo del sufragio. En este sentido, la institución de un *Defensor de los derechos*, nombrado por el presidente de la República para un mandato de seis años sin posibilidad de renovación y encargado de velar «*por el respeto de los derechos y libertades por parte de las administraciones del Estado, las entidades territoriales, los establecimientos públicos así como por cualquier organismo encargado de un servicio público*» (artículo 71-1 de la Constitución), añade a la función de intermediación llevada a cabo hasta ahora por el Mediador de la República, la de una protección de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con los servicios públicos, siguiendo el modelo del *Defensor del pueblo* español (artículo 54 de Constitución española). Sin negar el interés de una institución de este tipo, que tiene como finalidad poner remedio a la proliferación de autoridades administrativas independientes encargadas de la protección de los derechos, la institución tiene la finalidad de permitir una intervención *a posteriori* de los ciudadanos pero es incapaz de influir sobre el proceso mismo de la acción pública.

Por otra parte, la Constitución francesa reformada contempla igualmente al ciudadano en su calidad de justiciable.

Así, en su calidad de justiciable, el ciudadano podrá dirigirse al Consejo superior de la magistratura (artículo 65 de la Constitución), en las condiciones fijadas por el artículo 14 de la Ley orgánica de 22 de Julio de 2010. Este mismo órgano ha sido también objeto de una reforma tras un laborioso compromiso (nuevo artículo 65, Ley orgánica n° 2010-830 de 22 de Julio de 2010, Cons. Const., déc. n° 2010-611 DC de 19 de Julio de 2010). Así, se ha puesto fin a la presidencia automática de este órgano por parte del presidente de la República y a la vicepresidencia también automática del ministro de Justicia, aunque este último puede participar en las sesiones de las distintas formaciones del Consejo de la magistratura, salvo en materia disciplinaria. El número de miembros externos a la magistratura llega a 7 en cada una de las formaciones del Consejo. Se trata de un abogado y 6 personalidades que tampoco pertenecen al Parlamento, de los que 2 son nombrados por el jefe del Estado, y 2, respectivamente, por los presidentes de las Cámaras parlamentarias. Todos estos nombramientos deben hacerse según el procedimiento del artículo 13, último párrafo, de la Constitución. No se cambia el número de magistrados (6, además de un consejero de Estado). Se refuerza, por tanto, la independencia del Consejo en la medida en que la presidencia de la formación llamada «*du siège*» corresponde al Primer presidente del Tribunal de Casación y la de la llamada «*du parquet*», corresponde al Fiscal general ante el Tribunal de casación. Los magistrados ya no son mayoritarios en esta nueva composición del Consejo superior de la magistratura. De esta manera, la sospecha de corporativismo que pesa sobre la institución judicial se ha visto contrapesada por el argumento referido a su independencia.

En lo que respecta a la formación «*du siège*» las atribuciones del Consejo permanecen iguales. Y en relación con la formación «*du parquet*», el Consejo es competente

Consejo cuando se trata del plan y de las leyes de programación económica, social o medioambiental (artículo 70 de la Constitución). Además, el gobierno puede acudir a él en relación con cualquier proposición de ley, proyecto de ley, disposición o decreto y «*sobre los proyectos de ley de programación que definan las orientaciones plurianuales de los presupuestos públicos*». Finalmente, el gobierno y, desde 2008, el Parlamento, pueden pedirle dictamen sobre «*cualquier problema de carácter económico, social o medioambiental*» (artículo 70).

ahora para emitir un dictamen sobre el conjunto de los nombramientos que les afectan, incluidos aquellos que proceden del Consejo de ministros, es decir, los más altos magistrados. Las dos formaciones adoptan decisiones también como consejo de disciplina. Además, el nuevo artículo 65 constitucionaliza la existencia del plenario del Consejo superior de la magistratura que hasta hora adoptaba los informes de actividades anuales y el conjunto de las obligaciones deontológicas de los magistrados. Según el artículo 64 de la Constitución, el plenario responderá a las peticiones de dictamen del jefe del Estado y se pronunciará también sobre los asuntos relativos a la deontología de los magistrados y, si se lo pide el ministro de justicia, sobre el funcionamiento de la justicia. Presidido por el Primer presidente del Tribunal de casación el plenario estará integrado por seis magistrados (tres «du siège» y tres «du parquet»), el consejero de Estado, el abogado y por las seis personalidades cualificadas.

Pero el aspecto más emblemático de la reforma constitucional de 2008 en relación con los derechos del ciudadano justiciable, reside sin duda en la introducción del control incidental de la constitucionalidad de las leyes («*contrôle incident*»), que justifica un análisis aparte.

## VI. EL CONTROL A *POSTERIORI* DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES: LA CUESTIÓN PRIORITARIA DE CONSTITUCIONALIDAD

El asunto de la introducción de un control de constitucionalidad a posteriori de las leyes promulgadas se evocó en 1958 en el grupo de trabajo encargado de formular un anteproyecto de lo que había de ser la Constitución de 4 de Octubre de 1958, pero hizo falta esperar hasta 1990 para que se planteara de nuevo el debate. En Abril de 1990 el Presidente de la República inició un procedimiento de reforma de la Constitución sobre la base de un proyecto de ley constitucional preparado por el presidente del Consejo constitucional de la época, Robert Badinter. Se trataba de que cualquier justiciable, con ocasión de un proceso ante una jurisdicción, pudiera plantear la inconstitucionalidad de las disposiciones de una ley que afectara a los derechos fundamentales reconocidos a toda persona por la Constitución. Sin embargo, con el fin de prevenir una *actio popularis* que habría paralizado inevitablemente al juez constitucional, sólo podía plantear una cuestión de este tipo sobre la constitucionalidad de una ley en vigor y alegada ante una jurisdicción, el Consejo de Estado, el Tribunal de Casación o «*cualquier otra jurisdicción francesa sin relación ni con una ni con otra*» y en la medida en que éstas últimas consideraran sería la cuestión de inconstitucionalidad. Pero el gobierno retiró el proyecto después de que el Senado rechazara votar el texto de la reforma que había sido adoptado previamente por una Asamblea nacional que, a su vez, había aceptado una parte de las enmiendas del Senado

El debate sobre la introducción de un control de constitucionalidad de las leyes por vía de excepción volvió a aparecer en el derecho constitucional francés en 1993. En ese momento, el Comité consultivo para la reforma de la Constitución, presidido por el Decano Vedel, retomó lo esencial de lo que se había propuesto en 1990. Este nuevo Informe, de 15 de febrero de 1993, dio lugar a un proyecto de Ley constitucional el 10 de Marzo

de 1993. Sin embargo, tras las elecciones legislativas hubo un cambio de mayoría en el Parlamento y el nuevo gobierno, el de Balladur, surgido de esa mayoría abandonó el proyecto de reforma constitucional.

Sin embargo no faltaban argumentos a favor de una reforma de este tipo: en primer lugar estos argumentos se fundaban sobre las insuficiencias del vigente control de constitucionalidad *a priori*. Estas insuficiencias se manifestaban esencialmente en el carácter facultativo de la acción ante el Consejo constitucional contra leyes votadas por el Parlamento y que esta acción sólo afectaba al control de fondo desde 1971, que los parlamentarios mismos, unidos los de la mayoría y de la oposición, podían rechazar el uso de esta acción. Además, el control preventivo y abstracto de constitucionalidad, incluso referido al conjunto de la ley y aunque tuviera un carácter minucioso podría muy bien no apreciar ninguna tacha de inconstitucionalidad, de modo que ésta puede aparecer en la aplicación de la ley, en un entorno jurídico sometido, también él, al cambio. Sin embargo los argumentos en favor de la excepción de inconstitucionalidad no son insuperables: por una parte, el mecanismo como tal no garantiza en absoluto que una ley que se considera inconstitucional sea llevada sistemáticamente por esta razón ante una jurisdicción. Por otra parte, los justiciables conocen ya un sistema análogo aunque ciertamente en relación con una jurisdicción europea, el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre, que puede ser activado a través de dos vías en el seno del ordenamiento jurídico francés: el de la excepción de no conformidad de la ley aplicada al Convenio Europeo de los Derechos del Hombre, que puede plantarse ante la jurisdicción que acaba en el Consejo de Estado (*jurisdiction administrative*) o la que acaba en el Tribunal de Casación (*jurisdiction judiciaire*); el del recurso individual fundado en el artículo 34 del Convenio Europeo de los Derechos del Hombre, que admite la acción ante el Tribunal Europeo por «*cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos.*».

Pero la exclusión de los particulares del control de constitucionalidad parecía poco democrática, sobre todo en relación con numerosos países europeos cuya constitución les abre el acceso al control de constitucionalidad. También parecía poco coherente con el desarrollo del control de «*convencionalidad*» («*conventionnalité*») en relación con las leyes vigentes, que permite a los particulares acudir a los jueces ordinarios, como se acaba de señalar. Sin perjuicio, asimismo, de las obligaciones que derivan de la participación de Francia a la Unión Europea, evocada por el artículo 88-1 de la Constitución<sup>64</sup>.

La ley constitucional de 23 de Julio de 2008 pone fin a esta «excepción francesa»<sup>65</sup>, al establecer un procedimiento específico e indirecto de acceso de los particulares a la jus-

64 «*La República participa en la Unión Europea compuesta por Estados que han optado libremente ejercer en común algunas de sus competencias en virtud del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, texto modificado por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007.*»

65 Excepción que debe relativizarse según el Decano Louis Favoreu, que escribía en 1990: «*la función de las jurisdicciones constitucionales (...) en materia de protección de los derechos fundamentales es multiforme, en el sentido de que se lleva a cabo tanto en relación con las leyes nacionales o federales como en relación de las leyes locales, de los decretos o disposiciones, de los reglamentos, de los juicios o sentencias, incluso de los comportamientos de autoridades públicas; mientras que la función del Consejo constitucional consiste en asegurar la protección de los derechos fundamentales sólo respecto de las leyes parlamentarias nacionales. Por tanto, la ausencia de acceso directo de los individuos a la justicia constitucional tiene mucha menos importancia en Francia que en Alemania, Austria Italia o España, teniendo en cuenta no sólo la existencia de una situación jurídica diferente resultante de una larga tradición democrática, sino también del hecho de que (...) la fun-*

ticia constitucional. El artículo 61-1 de la Constitución introduce una nueva vía de acceso al Consejo constitucional: la «cuestión prioritaria de constitucionalidad» (*«question prioritaire de constitutionnalité»*), (QPC), llamada así por la Ley orgánica n° 2009-1523 de 10 de Diciembre de 2009, declarada conforme a la Constitución por el Consejo constitucional en su decisión n° 2009-595 DC de 2 de Diciembre de 2009. La Ley orgánica incluye un capítulo II *bis* (*«De la cuestión prioritaria de constitucionalidad»*, artículos 23-1 a 23-12) en la disposición n° 58-1067 de 7 de Noviembre de 1958 de la Ley orgánica del Consejo constitucional.

No se trata de un procedimiento de excepción de inconstitucionalidad sino de una cuestión planteada por un justiciable a una jurisdicción ordinaria, por la que se suscita una duda sobre la constitucionalidad de una ley. Se llama cuestión «prioritaria», según la expresión introducida por la Ley orgánica de 10 de Diciembre de 2009, porque el juez afectado debe examinarla en primer lugar, antes incluso de abordar la cuestión de su «convencionalidad» si también se plantea a propósito de la misma ley. Sin embargo, el constituyente no establece ninguna prioridad en relación con la cuestión de inconstitucionalidad según el texto del artículo 61-1. De hecho, *«la cuestión proyectada por el constituyente era técnicamente una cuestión prejudicial, con carácter facultativo, que no excluía de ningún modo un control previo de convencionalidad o un posible reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la hipótesis en que la ley pudiera impugnarse en relación con el Derecho comunitario»*<sup>66</sup>.

¿Por qué el legislador orgánico ha transformado la cuestión prejudicial de constitucionalidad en cuestión prioritaria de constitucionalidad? Esta transformación procede de una enmienda de la Comisión de las Leyes de la Asamblea nacional, que los parlamentarios aceptaron en la sesión pública de 14 de Septiembre de 2009. El ponente de la Comisión de las Leyes explicó claramente la razón: *«Lo que está en juego es instituir (...) reglas de procedimiento que garanticen el éxito de la cuestión de constitucionalidad y su difusión como medio de asegurar la preeminencia de la Constitución y el reforzamiento de la jerarquía de las normas dentro del ordenamiento jurídico francés»*<sup>67</sup>. Argumento que fue retomado por el Consejo constitucional en su decisión relativa a la Ley orgánica: *«al imponer el examen prioritario de la constitucionalidad antes que el de la falta de conformidad de una disposición legislativa con los compromisos internacionales de Francia, el legislador orgánico ha entendido que garantizaba el respeto de la Constitución y que recordaba su lugar en la cúspide jerárquica del ordenamiento jurídico interno»* (considerando 14)<sup>68</sup>. El carácter prioritario de la cuestión de constitucionalidad participa pues de una especie de nacionalismo normativo, incluso si el Consejo constitucional ha tenido el cuidado de subrayar que la prioridad «tiene como único efecto imponer (...) el orden del examen de los problemas planteados ante la jurisdicción afectada; que, tras haber aplicado las disposiciones relativas a la cuestión prioritaria de constitucionalidad, no restringe la competencia de esta última para velar por el respeto y por

*ción de protección de los derechos fundamentales no se lleva a cabo en las mismas condiciones», in «L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires», RFDC, n°4-1990, págs. 600-601.*

66 SIMON, D, «Conventionnalité et constitutionnalité», *Pouvoirs*, n° 137, 2011, pág. 20.

67 WARSMANN, J-L *Rapport fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de la Législation et de l'Administration générale de la République sur le projet de Loi organique (n°1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, n° 1898, 3 de Septiembre de 2009, pág. 23.

68 Cons. const., décision n° 2009-595 DC de 3 de Diciembre de 2009, *Rec.*, pág. 206.

*la superioridad de los tratados y acuerdos legalmente ratificados o aprobados y de las normas de la Unión Europea sobre las leyes; que no desconoce ni el artículo 55 de la Constitución ni su artículo 88-1 (...)*» (considerando 14). Sin embargo, sin ceder nada sobre el carácter absoluto de la prioridad, lógicamente, el juez constitucional se esforzaba también de preservar el ejercicio del control de convencionalidad. El juez constitucional francés seguía en este asunto al Consejo de Estado belga en su dictamen de 3 de marzo de 2009 sobre el proyecto de ley especial que modificaba el artículo 26 de la ley especial de 6 de Enero de 1989 sobre el Tribunal de arbitraje, al introducir por su parte el carácter prioritario de la cuestión de constitucionalidad<sup>69</sup>: «*La disposición sometida a examen se limita a organizar un orden en el examen de las dos cuestiones que aparecen como distintas, desde un punto de vista de procedimiento: de una parte, el control de constitucionalidad; de otra parte, permanece intacto el control de compatibilidad con el derecho europeo*».

Sin embargo, las precauciones de lenguaje del juez constitucional francés no disiparon la ambigüedad inherente a la elección de la prioridad en el ejercicio del control incidental de constitucionalidad: ¿Se trataba de una prioridad formal o «cronológica», que implicaba la «prevalencia temporal de la cuestión de constitucionalidad sobre los demás mecanismos jurisdiccionales», o de una prioridad «material» o «jerárquica», que arrastraba la primacía del mecanismo de constitucionalidad sobre el de convencionalidad, debido a la superioridad normativa de la Constitución francesa sobre los tratados internacionales, incluidos los comunitarios<sup>70</sup>? Los argumentos evocados en el momento de la discusión parlamentaria del proyecto de ley orgánica no dejan lugar a ninguna duda: la voluntad de asegurar la supremacía normativa de la Constitución nacional sobre el derecho internacional y europeo ha ido de la mano del reforzamiento de la autoridad del Consejo constitucional, a través de la QPC, sobre las jurisdicciones supremas, Consejo de Estado y Tribunal de Casación, encargados del control de convencionalidad, pero también actores esenciales del control incidental de constitucionalidad, como se va a comprobar. En consecuencia, «*la primacía de la Constitución sobre el conjunto de las otras normas implica necesariamente la prioridad de la cuestión de constitucionalidad sobre las cuestiones de convencionalidad*»<sup>71</sup>. De hecho, «*la idea de la recuperación por parte del juez constitucional del con-*

69 «*Cuando se invoca ante una jurisdicción que una ley, un decreto o una regla contemplada en el artículo 134 de la Constitución viola un derecho fundamental garantizado de manera total o parcialmente análoga por una disposición del Título II de la Constitución así como por una disposición de derecho europeo o de derecho internacional, la jurisdicción debe plantear primero al Tribunal constitucional la cuestión prejudicial sobre la compatibilidad con la disposición del Título II de la Constitución*». En este caso, la introducción del carácter prioritario de la cuestión prejudicial de constitucionalidad tenía por objeto restituir al Tribunal constitucional la plenitud del control de constitucionalidad dejado en entredicho por las interferencias del control de convencionalidad. En Bélgica, las jurisdicciones ordinarias ejercen desde 1971 (Tribunal de Casación, 27 de Mayo de 1971, *Le Ski*), un control de convencionalidad. Pero ello no ha impedido al Tribunal constitucional ejercer indirectamente este control de convencionalidad por medio del control de constitucionalidad, bien interpretando las disposiciones constitucionales a la luz del derecho internacional, bien constatando la equivalencia bien constatando la equivalencia en derecho internacional de los derechos y libertades garantizados por la Constitución. De manera que los derechos y libertades garantizados igualmente por estas dos fuentes normativas forman un conjunto indisoluble. Este carácter indisoluble había provocado conflictos de competencia entre los tribunales supremos y el Tribunal constitucional en la medida en que tendía a favorecer una intromisión de los primeros en el control de constitucionalidad reservado al Tribunal constitucional.

70 GAHDOUN, P-Y «*Repenser la priorité de la QPC*», RDP, 2010, pág. 1715.

71 GAHDOUN, P-Y, «*Repenser la priorité de la QPC*», art. cit., pág. 1717.

tencioso sobre los derechos fundamentales»<sup>72</sup>, al menos *a posteriori*, muestra una apuesta clara de naturaleza política. Más exactamente, afecta al verdadero resorte de la articulación entre sistemas jurídicos. Más que en consideraciones pragmáticas o realistas, el legislador orgánico francés ha entendido colocar esa articulación en un principio de legitimidad que permite comprender mejor los puntos clave de las relaciones sistémicas entre ordenamientos jurídicos en relación con la protección de los derechos fundamentales.

Ahora bien, cualesquiera que fuesen sus justificaciones, esta postura no podía dejar de poner en cuestión las obligaciones de la República francesa en relación con su participación en la Unión europea y, de modo especial, el control de «eurocompatibilidad» de las leyes nacionales en relación con el derecho comunitario. El legislador orgánico era bien consciente de ello ya que había previsto suavizar el carácter prioritario de la cuestión de constitucionalidad al reservar las «*exigencias que resultan del artículo 88-1 de la Constitución*», que es el fundamento constitucional de la obligaciones comunitarias de Francia. Estas últimas se refieren no sólo al respeto de los derechos fundamentales tal como resultan garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario, sino también a «*la necesidad de conferir su pleno efecto a las normas de derecho comunitario desde su entrada en vigor y, por ello, la posibilidad (incluso, en ciertos casos, la obligación) de interponer una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En la práctica, la reserva debería permitir al juez nacional cumplir con sus obligaciones comunitarias*»<sup>73</sup>. Pero los parlamentarios, más preocupados por una prioridad absoluta, formal y normativa de la QPC, no tuvieron en cuenta esta reserva de «eurocompatibilidad» de la cuestión de constitucionalidad. En estas condiciones y porque «*una prioridad indiferenciada otorgada a la cuestión de constitucionalidad se justifica mucho menos desde el momento en que el objeto de los controles llevados a cabo no es idéntico*»<sup>74</sup>, ésta debió estar en el origen de grandes dificultades para el juez llamado a conciliar las exigencias de la QPC con las del control de convencionalidad (ver *infra*).

Cualquier parte en un litigio (persona física o jurídica, pública o privada, francesa o extranjera), con ocasión de una instancia pendiente, tiene reconocido el derecho a sostener que una disposición legislativa «atenta contra los derechos y libertades que garantiza la Constitución» (artículo 61-1 de la Constitución).

Las «*disposiciones legislativas*» que el justiciable puede atacar incluyen (Ley orgánica de 10 de Diciembre de 2009) las leyes mismas (especialmente las disposiciones orgánicas adoptadas sobre la base del artículo 92 de la Constitución), las leyes ordinarias, incluidas las anteriores a la Constitución, las leyes de la Nueva-Caledonia (artículo 23-8 de la disposición orgánica relativa al Consejo constitucional, modificada), pero no las leyes de referéndum, para las que el Consejo constitucional ya se declaró incompetente en relación con su control preventivo, y del que se puede pensar que mantendría su posición si se le pidiera que decidiera *a posteriori*. Estas «*disposiciones legislativas*» serán puestas en tela de juicio si «*atentan contra los derechos y las libertades que garantiza la Constitución*» (artículo 61-1), lo que define, de manera más precisa que un simple reenvío a la Constitución, las normas de referencia en relación con las que la ley será controlada en el marco de la cuestión

72 D. SIMON, D, art. cit., pág. 20.

73 MARTI, G, «*L'UE-compatibilité de la question prioritaire de constitutionnalité*», 2010, [www.law.uj.edu.pl/~spf/referaty/MARTI.doc](http://www.law.uj.edu.pl/~spf/referaty/MARTI.doc).

74 SIMON, D, art. cit., pág. 21.

prioritaria de constitucionalidad. La originalidad del sistema francés de control incidental de constitucionalidad reside en que su objeto se circunscribe a los derechos y libertades.

Ahora bien, esta limitación en cuanto al objeto del control incidental no se encuentra en los principales sistemas europeos. Sólo aparece esta limitación en el marco de un recurso directo reservado a los particulares (Alemania, España). En Italia, todas las normas constitucionales pueden ser invocadas en una excepción de inconstitucionalidad. Pero el sistema francés se acerca más al contencioso belga por vía incidental llamado «*demande sobre una cuestión prejudicial*». Desde la ley especial de 9 de Marzo de 2003, el Tribunal constitucional belga (llamado así desde la reforma constitucional de 7 de Mayo de 2007), se extiende, según el Título II de la Constitución («*De los Belgas y de sus derechos*»), a los artículos 170 y 172 (derechos fundamentales del contribuyente) y al artículo 191 (derechos fundamentales del extranjero). En realidad, la ley especial de 2003 no hace más que sacar las consecuencias de una situación de hecho, ya que el Tribunal constitucional se había otorgado a sí mismo esta competencia en virtud de una interpretación extensiva de los principios de igualdad y de no discriminación.

La perífrasis del artículo 61-1 de la Constitución, «*los derechos y las libertades que garantiza la Constitución*», por muy amplia que sea, excluye de enjuiciar la regularidad del procedimiento legislativo, o el respeto por el legislador de la delimitación entre la ley y el reglamento. Así lo ha manifestado el Consejo constitucional en su decisión 5 QPC de 18 de Junio de 2010, *SNC Kimberly Clark*<sup>75</sup> a propósito de la «*incompetencia negativa*» del legislador: en principio, no se puede invocar en el marco de una QPC el desconocimiento de su propia competencia por parte del legislador, excepto «en el caso en que resulta afectado un derecho o una libertad que la Constitución garantiza (considerando 3). Ya en 1990, el Decano Louis Favoreu señalaba la dificultad que podía haber para distinguir bien los asuntos de procedimiento y los relativos a los derechos y libertades: «A veces se plantea la cuestión de saber *si es lógico y concebible limitar el control incidental de las leyes promulgadas a la sola protección de los derechos fundamentales, mientras que las autoridades de referencia en el control preventivo pueden invocar toda inconstitucionalidad y que a veces es difícil hacer distinguir entre medios de inconstitucionalidad*». Tal es, por ejemplo, el caso de la incompetencia negativa del legislador en materia de protección de las libertades<sup>76</sup>.

En resumen, podrán considerarse dentro del título de los «*derechos y libertades que garantiza la Constitución*»:

- los derechos, poco numerosos, presentes en la misma Constitución (artículo 1º: el principio de igualdad ante la ley, el respeto a las creencias, la paridad; el artículo 4: libertad, pluralismo e independencia de los medios; artículo 66: «La autoridad judicial, garante de la libertad individual, asegurará el respeto de este principio en la forma prevista por la ley»; artículo 75-1: «*Las lenguas regionales pertenecen al patrimonio de Francia.*»; los derechos reconocidos por la Carta del Medio ambiente de 2004)<sup>77</sup>;

75 JO 19 de Junio de 2010, pág. 11149.

76 FAVOREU, L., «*L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires*», art. cit., pág. 589.

77 La Charte de l'environnement tiene también valor constitucional (Cons. const, déc. n° 2005-514 DC du 28 avril 2005, *Loi relative à la création du registre international français*, Rec., pág. 78; n° 2005-516 DC du

- los derechos que figuran en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de Agosto de 1789;
- los «*principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República*» (Preámbulo de la Constitución de 1946), tal como los ha reconocido el Consejo constitucional<sup>78</sup>;
- los «*principios políticos, económicos y sociales particularmente necesarios en nuestro tiempo*» (Preámbulo de la Constitución de 1946)<sup>79</sup>;
- los «*principios de valor constitucional*», deducidos por el Consejo constitucional de la Constitución: respeto de la vida privada, continuidad del servicio público, libertad de empresa, dignidad de la persona humana, libertad contractual;
- tratándose de los «*objetivos de valor constitucional*», respecto de los cuales los individuos no son los destinatarios<sup>80</sup>, el Consejo constitucional da prueba de una gran reserva: en su decisión n° 2010-4/17 QPC de 22 de Julio de 2010, *M. Alain C. et autres*<sup>81</sup>, ha estimado que: «*si el objetivo de valor constitucional del carácter inteligible y accesible de la ley, que deriva de los artículos 4, 5, 6 y 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, impone al legislador la adopción de disposiciones suficientemente precisas y de fórmulas inequívocas, su desconocimiento no puede ser invocado, en sí mismo, en apoyo de una cuestión prioritaria de constitucionalidad sobre la base del artículo 61-1 de la Constitución*».

También hay que señalar que el juez ordinario no puede plantear de oficio una cuestión prioritaria de constitucionalidad, contrariamente a lo que sucede en otros sistemas

7 juillet 2005, *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique, Rec.*, pág. 102; sobre todo, n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux OGM, JO*, 26 juin 2008, pág. 10228, en la que el Consejo apunta a la Constitución y en particular a la Charte de l'environnement de 2004.

78 Esto afecta concretamente a los grandes textos legislativos de la Tercera República. El Consejo constitucional ha erigido así en principio fundamental reconocido por las leyes de la República la libertad de asociación (déc. du 16 juillet 1971), el respeto de los derechos de la defensa (déc. n° 76-70 DC du 2 décembre 1976, *Rec.*, pág. 39), la libertad individual (déc. n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, *Rec.*, pág. 33), la libertad de enseñanza y la libertad de conciencia (déc. n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, *Rec.*, pág. 42), la independencia de la justicia administrativa (déc. n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Rec.*, pág. 46), la independencia de los profesores universitarios (déc. n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, *Rec.*, pág. 30) o, también, la competencia exclusiva del juez administrativo para la anulación de los actos del poder público (déc. n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Rec.*, pág. 31), la función de la autoridad judicial en la protección de la propiedad inmobiliaria (déc. n° 89-256 DC du 25 juillet 1989, *Rec.*, pág. 53) y la especificidad de la justicia de los menores (déc. n° 2002-461 DC du 29 août 2002).

79 Estos son objeto de una enumeración suficientemente precisa en los términos del Preámbulo de la Constitución de 1946 para que el Consejo constitucional haya podido reconocerles rápidamente su valor constitucional en su decisión de 15 de Enero de 1975 a propósito de la ley relativa a la interrupción voluntaria del embarazo: «*Considerando que ninguna de las derogaciones previstas por esta ley (...) no desconocen el principio enunciado en el Preámbulo de la Constitución de 27 de Octubre de 1946, según el cual la nación garantiza al niño la protección de la salud, del mismo modo que las demás disposiciones que tienen valor constitucional establecidas por el mismo texto*» (Cons. const., déc. n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Rec.*, pág. 19).

80 «*Materialmente, estos objetivos sirven para garantizar derechos: la posibilidad para toda persona de disponer de una vivienda digna garantiza el derecho al desarrollo de cada uno, la lucha contra el fraude fiscal, el derecho a la igualdad ante el impuesto (...)*», ROUSSEAU, D, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 9° éd., 2010, pág. 250. Así entendidos, los «*objetivos de valor constitucional*» no forman parte expresamente de un texto escrito, pero proceden de un movimiento interpretativo amplio que abarca el conjunto de las normas constitucionales de referencia del control de constitucionalidad.

81 *JO*, 23 juillet 2010, pág. 13615.

européos de control incidental. Esta situación puede comprenderse si se tiene en cuenta la restricción material de la cuestión de constitucionalidad a los derechos y libertades, incluso a la preocupación de evitar toda divergencia entre juez administrativo y el juez de derecho privado. Pero también parece contradecir el carácter «*prioritario*» de la cuestión y dejar al justiciable la elección de la opción más eficaz para él: convencionalidad o constitucionalidad.

Corresponde también al tribunal verificar si la cuestión planteada no ha recibido ya del Consejo constitucional una sanción de constitucionalidad, «*salvo cambio de las circunstancias*» (artículo 23-2, 2º, de la disposición de 7 de Noviembre de 1958). En caso contrario, se pronunciará sobre el fundamento de la cuestión, apreciando su carácter serio y verificando que la disposición legislativa afectada es aplicable al litigio o al procedimiento o constituye el fundamento de las diligencias, antes de transmitirla al tribunal supremo al que corresponde, Consejo de Estado o Tribunal de Casación. Los tribunales supremos verificarán por su parte, además del carácter nuevo y serio de la cuestión, las condiciones de admisibilidad ya evocadas por el tribunal, antes de acudir en un plazo de tres meses al Consejo constitucional al que corresponde la verificación de la conformidad de la ley a la Constitución. La originalidad de la QPC se debe a este sistema de doble filtro del control incidental de constitucionalidad, que no se encuentra en otros países europeos. Únicamente Alemania ha experimentado el sistema del doble filtro antes de renunciar a él a partir de 1965. Y lo que resulta problemático no es tanto la necesidad de un filtro en sí mismo, destinado a prevenir que el recurso incidental pueda llegar a ser un mero artificio procedimental, sino su desdoblamiento. La existencia de un segundo filtro puede conducir al juez afectado a llevar a cabo un control difuso de constitucionalidad, bajo la apariencia de facilitar el trabajo del tribunal constitucional.

El Consejo debe adoptar una decisión en un plazo de tres meses. Una posible decisión de inconstitucionalidad supone la derogación de la disposición legislativa afectada es decir, la supresión de sus efectos hacia el futuro aunque el Consejo puede modular estos efectos en el tiempo teniendo en cuenta la seguridad jurídica (artículo 62, párrafo 2 de la Constitución).

Este mecanismo, por indirecto que sea, presenta la novedad apreciable de abrir a todo justiciable el derecho a pedir la derogación de una ley que pudiera estimar contraria a la Constitución. La cuestión prioritaria de constitucionalidad completa así el control *a priori* de constitucionalidad de las leyes mediante un control *a posteriori*. Reduce el trecho que separaba al Consejo constitucional de las jurisdicciones constitucionales europeas, puesto que descansa sobre la iniciativa de los justiciables. El Consejo se ha dotado de un Reglamento interior sobre el procedimiento seguido ante él para las QPC (decisión de 4 de Febrero de 2010). Los jueces supremos administrativo y judicial se convierten en adelante en actores fundamentales del control de constitucionalidad, como se ha sugerido: el nuevo dispositivo llega a conferirles una verdadera competencia en materia de control de constitucionalidad de la ley, excluida hasta ahora, en el caso en que decidieran no acudir al Consejo constitucional, mientras que ya estaban encargados del control de convencionalidad.

De hecho, la introducción de la QPC corre el riesgo de aportar sólo un valor añadido relativo: ¿No tendrán las partes en un litigio el interés estratégico de invocar más bien la «*inconventionalidad*» de la ley, asunto que puede resolverse sin tardanza por el juez en-

cargado de zanjar el litigio principal, mientras que una decisión sobre la cuestión de constitucionalidad de la ley se resolverá sin duda más tarde, ya que no se podrá zanjar definitivamente tras el pronunciamiento de las jurisdicciones supremas que deben decidir si se acude o no al Consejo constitucional? Además el carácter prioritario de la cuestión es absoluto y la Ley orgánica no ha mantenido esta «*super-prioridad*» que el proyecto inicial otorgaba al derecho de la Unión europea, incluso al derecho del Convenio Europeo de los Derechos del Hombre, del que forma parte y cuya garantía de los derechos fundamentales coincide ampliamente con la Constitución. Y ello, como se sabe, debido a la voluntad expresada por el legislador orgánico, de no ceder a la necesidad de garantizar la supremacía normativa de la Constitución en el seno de la jerarquía nacional de las reglas de derecho.

Sin embargo, esta razón de ser del carácter prioritario de la cuestión de constitucionalidad tropieza con la realidad de la imbricación normativa del derecho constitucional francés y del derecho europeo (derecho de la Unión Europea y derecho del Convenio Europeo de los Derechos del Hombre). La principal dificultad de la QPC procede sobre todo de su articulación con el control existente y de convencionalidad teniendo en cuenta especialmente el derecho de la Unión Europea, como lo demuestra el complejo episodio jurisdiccional de la primavera de 2010. En este asunto se enfrentaron el Consejo constitucional y los tribunales supremos franceses contra el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre la conformidad de la QPC con el derecho de la Unión Europea. Más exactamente, se planteaba si no chocaba el carácter prioritario de la cuestión de constitucionalidad con la aplicabilidad del derecho de la Unión en Francia de acuerdo con el artículo 88-1 de la Constitución.

Así planteada, la cuestión no sólo afecta al respeto de los derechos fundamentales tal como los garantiza el ordenamiento jurídico comunitario sino, además, la conformidad de las leyes nacionales francesas con el derecho de la Unión, originario y derivado. Dicho de otra manera, hay que preguntarse si la supremacía de la Constitución, que justifica el carácter prioritario de la cuestión de constitucionalidad, es compatible con la primacía y la aplicabilidad directa del derecho comunitario que, en los términos de la sentencia *Simmmenthal*<sup>82</sup>, garantizan su efectividad por la obligación impuesta a las jurisdicciones nacionales de anular las disposiciones nacionales contrarias.

Esta es la pregunta que el Tribunal de Casación planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 16 de Abril de 2010<sup>83</sup>, en la que estimaba que el mecanismo de la prioridad le impedía plantear al Juez de Luxemburgo una cuestión prejudicial (artículo 267 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea). Sin embargo, el razonamiento del Tribunal de Casación se apoyaba, voluntariamente o no, sobre una «*premisa*» errónea: «(...) el control llevado a cabo por el Consejo constitucional implicaría necesariamente que resuelve no sólo la cuestión de la compatibilidad de la ley con las normas constitucionales que protegen los derechos fundamentales, sino también que se pronuncia sobre la compatibilidad de la ley con los compromisos internacionales de Francia»<sup>84</sup>.

82 CJCE, 9 mars 1978, *Simmmenthal*, aff. 106/77, *Rec.*, pág. 629.

83 C. Cass., 16 avril 2010, *M. Aziz Melki*, n° 10-40.001, *Actualité Juridique Droit administratif*, 2010, pág. 1023, note Philippe Manin.

84 SIMON, D, art. cit., pág. 23.

Pero sin esperar la respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Consejo constitucional, a quien se había planteado un asunto en el marco de su control *a priori*, recordó su incompetencia para llevar a cabo un control de convencionalidad de la ley<sup>85</sup>, especificando así los dos modos de control jurisdiccional de la ley en Francia y preservando la competencia de las jurisdicciones administrativas y judiciales en relación con el ejercicio del control de convencionalidad. Según el juez constitucional, de ahí deriva la compatibilidad de la QPC y el derecho de la Unión Europea, tal como lo organiza el párrafo 5 del artículo 23-2 y el párrafo 2 del artículo 23-5 de la disposición de 7 de Noviembre 7 de 1958 ya citada: «*Considerando, en primer lugar, que la autoridad que se concede a las decisiones del Consejo constitucional en virtud del artículo 62 de la Constitución no limita la competencia de las jurisdicciones administrativas y judiciales para hacer prevalecer estos compromisos sobre una disposición legislativa incompatible con ellos, incluso cuando esta última ha sido declarada conforme a la Constitución; Considerando, en segundo lugar, que de los mismos términos del artículo 23-3 de la disposición de 7 de Noviembre de 1958 citada se deduce que el juez que transmite una cuestión prioritaria de constitucionalidad, con una duración del examen estrictamente fijada, puede, de una parte, decidir sin esperar la decisión relativa a la cuestión prioritaria de constitucionalidad si la ley o el reglamento prevé que decide en un tiempo determinado o por vía de urgencia y, por otra parte, adoptar todas las medidas provisionales o de salvaguardia necesarias; que puede suspender inmediatamente todo efecto posible de la ley incompatible con el derecho de la Unión, asegurar la preservación de los derechos de que disfrutaban los justiciables a partir de los compromisos internacionales y europeos de Francia y garantizar la eficacia plena de la decisión jurisdiccional; que el artículo 61-1 de la Constitución ni los artículos 23-1 y siguientes de la disposición de 7 de Noviembre de 1958 citada no impiden que el juez que debe resolver un litigio en el que se invoca la incompatibilidad de una ley con el derecho de la Unión Europea haga en todo momento lo que sea necesario para impedir que disposiciones legislativas que pudieran enervar la eficacia plena de las normas de la Unión Europea se apliquen en este litigio; Considerando, en último lugar, que el artículo 61-1 de la Constitución y los artículos 23-1 y siguientes de la disposición de 7 de Noviembre de 1958 citada no privan a las jurisdicciones administrativas y judiciales, incluso cuando transmiten una cuestión prioritaria de constitucionalidad, de la facultad o de la obligación de plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial en aplicación del artículo 267 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, cuando sus decisiones no son susceptibles de un recurso jurisdiccional de derecho interno*». Dicho de otra manera, el carácter prioritario de la cuestión de constitucionalidad debe entenderse como prioridad de procedimiento que, por eso mismo, preserva el funcionamiento entero del control de convencionalidad en relación con el derecho de la Unión.

Por su lado, el Consejo de Estado, en una sentencia de 14 de Mayo de 2010, *Rujovic*<sup>86</sup>, abundó en el mismo sentido, precisando que las disposiciones de la Ley orgánica de 10 de Diciembre de 2009 «*no impiden que el juez administrativo, juez de derecho común en la aplicación del derecho de la Unión Europea, asegure su efectividad, tanto en ausencia de la cuestión prioritaria de constitucionalidad, como al término del procedimiento de examen de una cuestión de ese tipo, como en cualquier momento de ese procedimiento cuando lo demanda la ur-*

85 Cons. const., déc. n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, cit.; voir aussi Cons. Const., déc. n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, M. *Alain C. et autres*.

86 N° 312305.

*gencia, para hacer cesar inmediatamente todo efecto posible de la ley contraria al derecho de la Unión; que, por otra parte, el juez administrativo dispone de la posibilidad de plantear en todo momento una cuestión prejudicial al Tribunal de la Unión Europea, desde el momento en que se puede proceder a ese reenvío en aplicación del artículo 267 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea».* Por lo menos esta convergencia de opiniones entre el Tribunal Constitucional y el juez administrativo tiende a relativizar el carácter prioritario de la cuestión de constitucionalidad sin por ello poner en cuestión la supremacía de la Constitución que es la causa que justifica todo ello, lo que, y hace falta tenerlo en cuenta, forma parte de un equilibrio sutil difícilmente comprensible si uno se coloca en el punto de vista del justiciable.

Por un camino distinto, por tratarse de derecho de la Unión Europea, el Tribunal de Luxemburgo llegó a una conclusión análoga en su sentencia de 22 de Junio de 2010, *Melki et Abdeli*<sup>87</sup>. Recordando «*que corresponde a la jurisdicción que reenvía determinar cual es la interpretación correcta del derecho nacional en los asuntos que tiene que resolver*» (§ 49), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aceptó el carácter prioritario de la cuestión francesa de constitucionalidad, aun esforzándose en preservar la integridad del derecho de la Unión: «*el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no se opone a esa legislación nacional, en la medida en que las demás jurisdicciones quedan libres: —de plantear ante el Tribunal la cuestión prejudicial que consideren necesaria en cualquier momento del procedimiento que juzguen apropiado e incluso al finalizar el procedimiento incidental de control de constitucionalidad; —de adoptar cualquier medida necesaria con el fin de asegurar la protección jurisdiccional provisional de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, y; —al finalizar el procedimiento incidental, dejar sin aplicación la disposición legislativa nacional afectada si la juzgan contraria al derecho de la Unión*» (§ 57). Esta última reserva es también tributaria de la intervención del juez constitucional francés, salvo que el juez afectado haga ceder la cuestión de constitucionalidad ante la cuestión de convencionalidad. Sin embargo, esto es precisamente a lo que se opone la cuestión de constitucionalidad.

Al recurrir así a la técnica de la interpretación conforme en beneficio del «*dialogo de los jueces*», «en referencia a la solución adoptada por el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre para establecer una presunción de equivalencia entre la garantía comunitaria y la protección europea de los derechos fundamentales»<sup>88</sup>, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha podido aceptar el carácter prioritario de la cuestión de constitucionalidad a pesar de la primacía del derecho comunitario, pero subordinando a ello tres reservas de interpretación que permiten asegurar la compatibilidad de la QPC francesa con las exigencias del derecho de la Unión.

Estas interpretaciones jurisdiccionales hacen difícil la tarea del juez que tiene que decidir en una QPC cuando está afectado al mismo tiempo el derecho europeo. Tenemos una prueba suplementaria con la sentencia QPC del Tribunal de Casación de 29 de Junio de 2010, *Melki et Abdeli*<sup>89</sup>, que decide dejar inaplicada la Ley orgánica de 10 de Diciembre de 2009 con apoyo en el derecho de la Unión Europea: «*Teniendo en cuenta que en*

87 Aff. C.188/10 et C.189/10.

88 SIMON, D, art. cit., págs. 26-27.

89 N° 10-40-002.

*la hipótesis particular en la que el juez debe resolver una cuestión de inconstitucionalidad que implique a la vez la constitucionalidad y la convencionalidad de una disposición legislativa, le corresponde poner en marcha, si es necesario, las medidas provisionales destinadas a asegurar la protección jurisdiccional de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico europeo; que en caso de imposibilidad de satisfacer esta exigencia, como sucede con el Tribunal de Casación, ante el cual el procedimiento no permite recurrir a tales medidas, el juez debe pronunciarse sobre la conformidad de la disposición criticada respecto del derecho de la Unión dejando sin aplicar las exigencias de la disposición de 7 de Noviembre de 1958 modificada que prevé una prioridad del examen de la cuestión de constitucionalidad». La Ley orgánica de 10 de Diciembre de 2009 no prevé (artículo 23-3, párrafo 1) la posibilidad para los tribunales superiores de tomar medidas provisionales necesarias. Son por tanto consideraciones puramente procedimentales las que han conducido al Tribunal de Casación a ignorar la posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, posición por lo demás discutible en relación con el respeto al derecho de la Unión.*

Si el carácter prioritario de la cuestión de constitucionalidad procede de la voluntad del legislador orgánico de garantizar la supremacía de la Constitución, esta supremacía no se puede apreciar independientemente del ordenamiento jurídico envolvente que constituye el derecho de la Unión Europea. Y lo mismo sucede en relación con el derecho del Convenio Europeo de los Derechos del Hombre.

El nacionalismo normativo de que ha dado pruebas el legislador orgánico al dotar a la cuestión de constitucionalidad de un carácter prioritario, tiende a borrarse ante la banalización procedimental de la justicia constitucional francesa al respecto, especialmente en relación con la garantía a un proceso equitativo en el sentido del artículo 6, § 1 del Convenio Europeo de los Derechos del Hombre. Así, la QPC participa del recurso incidental de constitucionalidad y por ello «coloca necesariamente al Consejo constitucional bajo el control del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre»<sup>90</sup>, en el sentido de la sentencia *Ruiz Mateos c./Espagne*<sup>91</sup>, lo que no era el caso en el supuesto del control *a priori*.

Por otra parte, en la medida en que la inserción del mecanismo de la QPC en el derecho constitucional francés es también tributaria de la interpretación jurisdiccional, la practica tendrá que solucionar algunas cuestiones todavía abiertas, especialmente la de saber si la cuestión prioritaria de constitucionalidad será considerada como una «*vía interna de recurso*», en el sentido del artículo 35 del Convenio Europeo de los Derechos del Hombre, que hay que agotar antes de acudir al Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre.

Pero el control del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre sobre el Consejo constitucional francés encargado del control *a posteriori* de constitucionalidad también puede llevarse a cabo en cuanto al fondo. Esta influencia se debe ante todo a la «*concordancia material de los catálogos de derechos*»<sup>92</sup> respectivamente garantizados por la Consti-

90 SUDRE, F, «*Question préjudicielle de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme*», RDP, 2009, pág. 672.

91 Cour européenne des droits de l'homme, 23 juin 1993, *Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, n° 23.

92 BURGORGUE-LARSEN, L., «*Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, *Revue française de Droit administratif*, 2009, pág. 788.

tución francesa y por el Convenio Europeo de los Derechos del Hombre. En este caso, este «nivel de concordancia»<sup>93</sup> de los derechos garantizados no sólo está atestiguado por su proximidad material sino también por la identidad de las normas de referencia de los tipos de control implicados, tanto si se expresan en el nivel europeo como en el nacional. Hay que recordar que en este último nivel los tribunales supremos son jueces de la convencionalidad y también jueces difusos de la constitucionalidad. De hecho, como dice la profesora Burgorgue-Larsen: «¿Qué derechos y libertades garantizados por la Constitución no se encuentran hoy duplicados en el Convenio Europeo? En realidad, muy pocos. Algunos autores han indicado que unos diez serían verdaderamente específicos del ordenamiento constitucional con la reserva de las novedades aportadas por la Carta del Medio Ambiente que podría aumentar un poco el ámbito material de la especificidad»<sup>94</sup>. Incluso si, teniendo en cuenta el contenido material más amplio de algunos derechos constitucionales, «el superávit constitucional es una realidad», ésta debe ser apreciada en la medida de la «capacidad de evolución incesante de la jurisprudencia europea»<sup>95</sup> en cuanto a sus fuentes internacionales y nacionales de inspiración.

Es decir, que el carácter prioritario de la cuestión de constitucionalidad, haya sido motivado por la voluntad de asentar la supremacía de la Constitución nacional, o confirmado por la disociación, reiterada por el juez, del control de constitucionalidad y del control de convencionalidad, tropieza con las realidades del mundo contemporáneo en cuanto a la internacionalización de la protección de los derechos fundamentales. En este caso, lo que cuenta no es tanto la rigidez ilusoria de una jerarquía normativa que hoy menos que nunca puede declinarse exclusivamente siguiendo el prisma único nacional, sino la efectividad y eficacia de la garantía de los derechos y las libertades para el justiciable. La imbricación de los ordenamientos jurídicos es una realidad que conducirá a plantear «la cuestión de una ley declarada constitucional por el Consejo constitucional pero que el Tribunal Europeo, a quien se ha dirigido una demanda contra la decisión del juez nacional, juzgará contraria al Convenio. Brevemente, la hipótesis ya señalada en el marco del control *a priori* a propósito de las leyes de validación, según la cual una disposición legislativa declarada conforme a la Constitución no es sin embargo compatible con el Convenio, corre el riesgo de banalizarse por causa de la «coincidencia» de los derechos y libertades reconocidos en el ordenamiento constitucional y en el ordenamiento del Convenio»<sup>96</sup>. En estas condiciones se puede apostar por que el Consejo constitucional se convierta en intérprete obligado, por no decir un actor, de la jurisprudencia y del derecho europeo en el ejercicio mismo de su control *a posteriori*. Lejos de las intenciones iniciales del legislador orgánico y teniendo en cuenta que la necesidad hace ley, el desarrollo de la QPC podría desembocar paradójicamente en un aumento de la influencia del Tribunal de Estrasburgo sobre el juez constitucional francés.

Se plantea una última cuestión: ¿No resulta bastante inútil el rodeo a través de la QPC ante la realidad de la imbricación de los ordenamientos jurídicos europeos y na-

93 BURGORGUE-LARSEN, L., «Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité», art. cit., pág. 790.

94 Art. cit., pág. 791.

95 *Id.*, pág. 792.

96 SUDRE, F, art. cit., pág. 672.

cionales? De modo más preciso, ¿La QPC representa una buena estrategia para los justiciables?: «o bien los justiciables aceptan las obligaciones inherentes al control *a posteriori* de constitucionalidad (duración más larga del proceso y consiguiente ralentización de la solución del litigio) considerando fundamentales sus ventajas, como, según el párrafo segundo del artículo 62 de la Constitución, la derogación de las disposiciones declaradas contrarias a la Constitución, es decir, el efecto *erga omnes* de la decisión del Consejo constitucional. O bien no consideran fundamental participar en la depuración del ordenamiento jurídico francés, no considerando además esencial para ellos ver su nombre inscrito en el panteón de las grandes decisiones del Consejo constitucional y prefieren que su litigio sea resuelto rápida y eficazmente (desde su punto de vista), es decir, que en el marco del proceso se elimine la disposición en litigio gracias al resorte único del control de convencionalidad»<sup>97</sup>.

Esta es la cuestión —estratégica— que va a decidir en un plazo más o menos breve, la oportunidad para el justiciable de plantear una QPC, mientras que el juez afectado no puede iniciarla de oficio.

## VII. CONCLUSION

Lejos de reequilibrar las instituciones de Vª República, la Ley constitucional de 23 de Julio de 2008 acentúa las consecuencias de la instauración del mandato presidencial de cinco años. El debilitamiento correlativo del Primer ministro desemboca en otro tipo de relación entre el poder legislativo y el gubernamental. En adelante, éste pasa por el establecimiento de una relación directa entre la mayoría parlamentaria y el jefe del Estado, cuya responsabilidad política aparece confirmada y que únicamente resulta afectado por el inconveniente de no poder ser reelegido inmediatamente. La emergencia constitucional de la mayoría parlamentaria resulta acompañada por un reconocimiento simétrico de la oposición, sin que ésta goce de un auténtico estatuto. Se acompaña también de una racionalización del trabajo parlamentario: aumento del papel y del número de comisiones permanentes, restauración de la normatividad, de la calidad y de la materialidad de la ley, necesarias por la adaptación del derecho parlamentario al tiempo actual, teniendo en cuenta su anclaje constitucional, incluso si se perfila el riesgo de una restricción del derecho de enmienda.

Pero el formalismo de este trabajo de renovación es real, si se le juzga por las disposiciones relativas al orden del día, incluso al pretendido «marco» del poder de nombramiento del presidente de la República. En cuanto a los derechos del ciudadano justiciable, hay que pensar que no resultan realmente importantes frente al juego de papeles que no ha tardado en mostrar la Constitución reformada. Conviene sin embargo considerar aparte la experiencia considerable que representa la introducción constitucional, demasiado tiempo diferida, del control *a posteriori* de la constitucionalidad de las leyes, a pesar de las dificultades de su articulación con los ordenamientos jurídicos europeos.

La reforma constitucional de 2008 acentúa el fenómeno de la personalización del poder, cosa que no es específica del sistema político francés, y tiende también a estimular la apetencia por el poder al sugerir un nuevo tipo de rivalidad para su conquista. ¿Hacía fal-

97 BURGORGUE-LARSEN, L, art. cit., págs. 796-797.

ta reformar la Constitución, dejando a un lado las exigencias europeas y la voluntad del constituyente constituido de superar ciertos efectos de la jurisprudencia constitucional? Esa es la pregunta.

\*\*\*

TITLE: *French Constitutional Reform in 2008 or Change within Continuity*

ABSTRACT: *The study analyzes the reform of the French Constitution in 2008. The reform project tried to adapt the institutions, to change their practice without changing the spirit, and to modernize them. But as result as the reform, the new rules emphasize the personalization of power and stimulate the fight among political actors.*

RESUMEN: *Se aborda en el presente estudio la reforma de la Constitución francesa de 2008 que pretende adaptar las instituciones, modificar su práctica sin cambiar el espíritu, en definitiva, se trata de «modernizarlas» Se trata de una reforma que en buena medida acentúa la personalización del poder y estimula la lucha por el mismo.*

KEY WORDS: *Constitution. Reform. Change. Continuity. France.*

PALABRAS CLAVE: *Constitución. Reforma. Cambio. Continuidad. Francia.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 14.01.2012      FECHA DE ACEPTACIÓN: 15.02.2012.