

Una nueva fase en la constitucionalización de los derechos en la V República

Marc Carrillo

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Pompeu Fabra

Sumario: 1. LA REFORMA CONSTITUCIONAL: DE LAS LIBERTADES PÚBLICAS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 1.1. *La tradición de los derechos del hombre y las libertades públicas.* 1.2. *Derechos y Constitución normativa.* 2. NUEVOS DERECHOS Y NUEVAS GARANTÍAS. 2.1. *Viejos derechos reafirmados.* 2.2. *Nuevos derechos de alcance constitucional limitado.* 3. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 61.1: UNA VÍA INDIRECTA DE GARANTÍA JURISDICCIONAL. 3.1. *La garantía de los derechos por la jurisdicción ordinaria.* 3.2. *El control abstracto de la ley aplicable al caso en la jurisdicción ordinaria.* 4. LAS GARANTÍAS NO JURISDICCIONALES: LA RESERVA DE LEY Y EL DEFENSOR DE LOS DERECHOS COMO NUEVA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA. 4.1. *La reserva de ley y otras garantías.* 4.2. *El Defensor de los Derechos.* 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. LA REFORMA CONSTITUCIONAL: DE LAS LIBERTADES PÚBLICAS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1.1. La tradición de los derechos del hombre y las libertades públicas

La Constitución de la V República francesa de 1958 cumplió el año pasado 50 años. El texto pergeñado a la medida del poder presidencialista del general De Gaulle por Michel Debré, su fiel Primer Ministro de la primera hora del nuevo régimen, que sustituyó a la inestable y fracasada IV República de 1946, ha sido reformado al cumplir el medio siglo, por la Ley Constitucional n.º 2008-724 de 23 de julio de 2008. No ha sido la única revisión: en este período de la historia de la Francia contemporánea, la Constitución ha sido objeto de veinticuatro reformas. Pero ésta última tiene vocación de mayor trascendencia que otras puntuales, ya que incide o, en todo caso, pretende hacerlo sobre dos elementos básicos de la teoría constitucional: la organización de la división de los poderes y el reconocimiento y la garantía de los derechos y libertades. Es decir, los dos factores ineludibles para la existencia de una constitu-

ción, a los que se refería el artículo 16 de la célebre Declaración del Hombre y del Ciudadano de 1789.

En relación a los poderes, la revisión constitucional de 2008 se mantiene en la lógica del parlamentarismo racionalizado y permanece la posición de primacía del Presidente de la República, pero introduce una serie de prescripciones destinadas a devolver al Parlamento un cierto rango institucional, que desde el inicio del régimen de la V.^a República había perdido hasta alcanzar un nivel alarmante de subordinación al Poder Ejecutivo. En cuanto al reconocimiento y la garantía de los derechos y libertades, más allá de un moderado intento de incorporar nuevos derechos, la novedad más sustancial de la reforma se centra en la introducción del control de constitucionalidad *a posteriori* a través del procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad o cuestión prejudicial promovida por determinados órganos judiciales ante el Consejo Constitucional (art. 61-1), en relación a las leyes que puedan resultar lesivas sobre los derechos y libertades. Razón por la cual, la singularidad que hasta ahora presentaba el Consejo Constitucional en el panorama del Derecho Comparado de la Justicia Constitucional, deja paso a un sistema de control de constitucionalidad –ciertamente limitado a las leyes que conciernan a los derechos y libertades– más cercano con el sistema continental europeo (Bon, 2009, p. 78). Además, y ya en el ámbito de las garantías no jurisdiccionales de los derechos y libertades, además de los intentos por delimitar el terreno jurídico reservado a la ley (arts. 34 y 37), cabe destacar la creación del Defensor de los Derechos (art. 71-1), una institución de rango constitucional ubicada, en principio, en la órbita de los *Ombudsman* que proliferaron en Europa en las últimas décadas del siglo pasado, siguiendo con mayor o menor similitud el modelo sueco. Pero la singularidad que plantea el caso francés, es que el Defensor es nombrado y rinde cuentas ante el Presidente de la República; además, la ley orgánica que regule su régimen jurídico deberá resolver la relación con el *Médiateur*, otra institución similar ya existente en el panorama institucional francés.

Con este intento de reforzar los poderes del Parlamento a fin de atenuar la preeminencia del Presidente de la República y del Gobierno y, sobre todo, del establecimiento del control *a posteriori* de la ley cuando su contenido resulte lesivo sobre los derechos y libertades, parece obvio que la relevancia jurídica y, por tanto, también política de la Constitución francesa en el sistema jurídico francés se acrecienta. Por ello resulta ilustrativa la reflexión al respecto aportada por algunos sectores de la doctrina francesa que consideran que la reforma de 2008 responde a la situación de un país como Francia, que se ha encontrado durante largo tiempo con una constitución «administrativa» pero que anda a la búsqueda de su constitución «política» (Plesix, 2008, p. 59)

En lo que concierne al reconocimiento de los derechos y libertades el constitucionalismo francés se ha movido siempre en el terreno conceptual (e, incluso terminológico) de los derechos del hombre y la libertades públicas. Por su parte, la noción de derechos fundamentales, más propia, entre otros del constitucionalismo alemán y español contemporáneo, resulta de recepción doctrinal mucho más reciente en Fran-

cia. En especial, desde que el Consejo Constitucional incorporó los derechos y libertades al bloque de constitucionalidad en 1971.

A fin de ubicar la evolución del constitucionalismo francés en esta materia, conviene precisar que derechos humanos y libertades públicas son dos nociones próximas pero bien distintas. Como señalaba el profesor Rivero (1981, pp. 24-25) ambas se sitúan en un plano diferente y, asimismo, no poseen el mismo contenido. En relación a lo primero, la noción de derechos humanos deriva del Derecho natural. De acuerdo con ello, el hombre en tanto que tal es poseedor de una serie de derechos inherentes a su naturaleza de tal forma que en ningún caso pueden ser desconocidos, los reconozca o no el ordenamiento jurídico. En todo caso, el Derecho Internacional les ha dado cobertura jurídica a través de diversos textos como la Declaración Universal de 1948 o los Pactos relativos a los derechos civiles, políticos, sociales y culturales de la ONU de 1966. Por su parte, el ordenamiento jurídico francés no ha convertido a los derechos del hombre en su conjunto, una categoría autónoma dotada de un estatuto jurídico propio. Pues si bien ha positivizado la casi totalidad de ellos, lo ha hecho bajo calificaciones diferentes que entrañan consecuencias también distintas. Así, la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha referido a ellos como «principios generales del derecho público» mientras que por su parte el Consejo Constitucional habla de «principios de valor constitucional. Y ha sido a través de estas categorizaciones que los derechos del hombre se han incorporado al derecho positivo. En este contexto, las libertades públicas constituyen una de estas categorías que han sido incluidas en la Constitución, especialmente a través del artículo 34, cuando establece que «(...) La ley fijará las normas sobre: derechos cívicos y garantías fundamentales concedidas a los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas...».

Ambas nociones –continúa el profesor Rivero– tampoco tienen el mismo contenido. Las libertades públicas corresponden a determinados derechos del hombre de naturaleza bien definida, que atribuyen a su titular un poder de elección o de decisión. Pero las libertades no coinciden con todos los derechos del hombre. Porque si es cierto que fue así en un principio, la evolución del Estado liberal en un Estado democrático y social ha determinado que la persona exige además de la libertad personal unas condiciones materiales de ejercicio para hacer realmente efectivas las libertades (seguridad social, educación, etc.), que obligan a los poderes públicos a desarrollar una labor de prestación, es decir a llevar a cabo acciones positivas tendentes a la remoción de los obstáculos que impiden el efectivo ejercicio de los derechos (por ej. art. 9.2 de la Constitución española o el art. 3.2 de la constitución italiana). Y esas libertades ya coinciden con los derechos inalienables e intangibles que van asociados a la naturaleza humana.

Llegados a este punto, se comprende que la adopción por el Derecho Constitucional francés del concepto de derechos fundamentales, como una especie de fase superior del proceso que se inicia con los derechos del hombre y continúa con las libertades públicas, haya sido lenta y en todo caso de cristalización reciente. El punto

de partida se encuentra en la ya citada Decisión del Consejo Constitucional de 16 de julio de 1971 que incorpora los derechos al bloque de constitucionalidad. A este proceso colaboró en su momento también alguna aportación doctrinal como fué la del profesor. M. Fromont con su premonitorio trabajo sobre los derechos fundamentales en Alemania (1975, p. 49). Pero además es preciso retener la atención sobre posteriores Decisiones del Consejo Constitucional (por ej. la n.º 89-269 DC de 22 de enero 1990) para constatar que el juez constitucional francés utiliza la expresión derechos fundamentales como expresión equivalente de los derechos y libertades constitucionalmente garantizados (Favoreu, 2002, p. 68).

1.2. Derechos y Constitución normativa

La Constitución de 1958 no estableció un título específico para reconocer un elenco de derechos y libertades de los franceses. La V República no supuso descubrimiento alguno de derechos fundamentales (Milacic, 2008, p. 555). Más bien, parece evidente que en el turbulento período constituyente francés de aquel singular momento histórico, en plena de guerra de Argelia, no era una preocupación prioritaria el incorporar de manera sistemática una declaración de derechos. A este respecto, no estaban lejanas las sospechas que se cernían acerca del poco disimulado autoritarismo del general de Gaulle (Wachsmann, 2008, p. 563). Por esta razón, a fin de paliar esta sensación se encontró la solución en el Preámbulo, que se limita a prever que *«el pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946 así como a los derechos y deberes definidos en la Carta del medio Ambiente de 2003»*. La referencia al texto revolucionario y al Preámbulo de la Constitución de la IV República, se ha completado –evidentemente– con posterioridad, con la citada incorporación de prescripciones relativas a la protección del medio ambiente.

Pero –como es sabido– habría que esperar a la Decisión del Consejo Constitucional de 16 de julio de 1971, núm 71-44, en un caso referido al ejercicio del derecho de asociación, para que los derechos invocados en el Preámbulo del Constitución de 1958 se incorporasen al bloque de la constitucionalidad y, por tanto, quedasen dotados de fuerza normativa efectiva. Y después, en 1974, a la reforma promovida por el entonces Presidente Giscard d’Estaing, para que se ampliase la legitimación activa de personas habilitadas para someter a control previo de constitucionalidad un proyecto legislativo. Ahora, tras la ley constitucional de 2008, con la inclusión de la cuestión de inconstitucionalidad en relación a leyes vigentes que son aplicadas en instancia judicial por la jurisdicción ordinaria, los derechos y libertades adquieren un grado superior de garantía jurisdiccional del que no disponían. De esta forma, la Constitución francesa acrecienta su condición de norma jurídica y, por tanto, su supremacía sobre la ley de la que hasta ahora carecía (Bon, 2009, p. 77). Sin duda, ésta es la novedad más relevante que en materia de derechos y libertades proporciona la reforma constitucional del 2008.

Porque es preciso señalar que en el Derecho francés la constitucionalización de los derechos y libertades no ha seguido el mismo itinerario que el desarrollado en Alemania por la Ley Fundamental de Bonn de 1949 o en España por la Constitución de 1978. En efecto, los derechos del hombre, después denominados derechos fundamentales por la doctrina francesa, no han penetrado en el ordenamiento jurídico galo de la forma que lo han hecho en los casos citados, en los que la jurisdicción constitucional, por medio de la vía del control abstracto, del control incidental de la ley a través de la cuestión de inconstitucionalidad y de la garantía extraordinaria que supone la existencia del amparo, ha puesto de manifiesto la incuestionable supremacía de la norma constitucional.

Un punto de inflexión en este proceso es el cambio que la reforma constitucional introduce en la jurisdicción constitucional con la incorporación de la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 61.1 promovida bien por el Consejo de Estado o por la Corte de Casación. Se trata de un reto que el Consejo Constitucional debe afrontar en un futuro inmediato, a fin de invertir una situación en la que la recepción de la doctrina de los derechos fundamentales en el Derecho Constitucional francés, como derechos exigibles ante los tribunales ha sido incompleta, de hecho es un proceso inacabado (Fromont, 2008, p. 546). En efecto, la Constitución como norma jurídica que reconoce a través del Preámbulo un conjunto de derechos fundamentales de la persona no siempre ha tenido ante el juez ordinario la autoridad suficiente con respecto a otras normas del Estado, especialmente en relación a la ley. Si bien se reconoce que es innegable la progresiva influencia de los derechos fundamentales sobre el conjunto del ordenamiento, el carácter restringido del control de constitucionalidad existente hasta ahora en Francia (el control previo), ha hecho que aquella influencia haya sido limitada. Porque hasta la reforma de 2008 el Consejo Constitucional solo ha podido ejercer su jurisdicción sobre la ley sólo con carácter previo, pero no sobre las normas reglamentarias que la desarrollan y los actos de los poderes públicos que las aplican, con lo cual un amplio espectro de la actividad de de los poderes públicos que afectan al *statuts* jurídico de la persona, así como también todas las relaciones jurídicas *interprivatos*, han quedado al margen del control de constitucionalidad.

Porque en la recepción jurídica del Derecho francés de la tradición liberal, construida en torno a la idea de la preeminencia de los Derechos del Hombre, éstos no han sido concebidos como derechos públicos subjetivos, incluso ante el propio Consejo Constitucional. Por el contrario, en derecho francés, lo que los juristas denominan «derecho fundamental» no confiere a su beneficiario ningún derecho de acción frente al juez. El titular del derecho no está en presencia de un derecho subjetivo sino de una regla objetiva de derecho concebida como una garantía no de un interés subjetivo sino del interés general. Lo que no deja de ser sorprendente porque los derechos reconocidos en el Preámbulo de la Constitución fueron concebidos primitivamente como derechos exigibles ante el Estado y con voluntad de ser invocados ante el juez administrativo (Fromont 2008, pp. 547-548).

Es verdad, sin embargo, que a pesar de esta contradicción lógica, desde 1946 los tribunales franceses han asumido que las disposiciones constitucionales relativas a

los derechos del hombre pueden ser aplicadas a los asuntos sometidos a su competencia; y aún más, de hecho se consideran como jueces de la constitucionalidad de los actos administrativos y de los actos judiciales. No obstante, el problema en cuanto a la efectiva exigibilidad de la Constitución ha residido en que ésta ha carecido de la fuerza suficiente para imponerse a la ley. La explicación de esta singular paradoja jurídica se encuentra en lo que el derecho francés se conoce por los efectos de la teoría de la *loi écran* (ley pantalla) que en lo esencial significa lo siguiente: en lo que se refiere a leyes aprobadas con posterioridad a la Constitución de 1958, en ocasiones, cuando un acto administrativo es sometido al enjuiciamiento de un juez o tribunal administrativo, adoptado en aplicación de una ley contraria a la Constitución, el órgano judicial no ha podido ejercer control alguno de constitucionalidad sobre dicho acto, habida cuenta de la existencia en Francia, si bien de forma muy limitada, de un sistema de justicia constitucional concentrado; pero, asimismo, tampoco ha podido acceder al Consejo Constitucional porque –hasta la reforma reciente– éste únicamente podía ser requerido a pronunciarse y sólo con carácter previo a la promulgación de la ley, por los órganos representativos legitimados para ello (Presidente de la República, Primer Ministro, 60 Diputados y 60 Senadores). Razón por la cual la jurisdicción ordinaria había de concluir que el acto administrativo era legal, a pesar de que la ley habilitante vulnerase la Constitución (Bon, 2009, p. 77).

Esta imposibilidad de atacar la ley viciada de inconstitucionalidad ha sido la pantalla que ha varado la supremacía jurídica de la Constitución y, por tanto, la tutela constitucional de los derechos fundamentales. Sin embargo, ello no ha supuesto un obstáculo para que la garantía de los derechos en Francia pueda asegurarse por la jurisdicción ordinaria a través del llamado control de *convencionalidad* cuando la ley vulnera el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 1950) y la jurisprudencia del Estrasburgo. Sobre esta flagrante paradoja, que hasta ahora ha dejado en un mal lugar a la Constitución de 1958, se volverá más adelante en apartado 3, si bien es preciso subrayar desde este momento que se trata de una contradicción que con la aparición de la cuestión prejudicial o de inconstitucionalidad del art. 61-1 sobre leyes en materia de derechos y libertades, habría de tener los días contados. Por lo que con la reforma constitucional de 2008, el tránsito en el derecho francés de las libertades públicas a la lógica de los derechos fundamentales parece fundamentarse a partir de 2008 sobre bases más sólidas.

2. NUEVOS DERECHOS Y NUEVAS GARANTÍAS

La reforma constitucional ha tenido impacto en el sistema de derechos y libertades pero no con el alcance que pretendía el Informe Balladur, elaborado por el antiguo Primer Ministro y presidente del *Comité de reflexión y de proposición sobre la modernización y el reequilibrio de las instituciones de la V República*, tras el encargo hecho por el Presidente Sarkozy el 18 de julio de 2007, y también del encargo de 12 de noviembre de 2007, en este caso al Primer Ministro François Fillon. En la encomienda de informe constitucional, el Jefe del Estado relativa a la necesaria revisión de siste-

ma de derechos y libertades, hacía referencia a la aspiración de los ciudadanos «a una democracia ejemplar, a una República irreprochable en la que los derechos deberían ser reforzados».

Además en la carta dirigida a su Primer Ministro, precisaba en materia de garantías que Francia «como en todas las grandes democracias, pienso que debe estar abierta a los ciudadanos, en los litigios planteados ante las jurisdicciones la posibilidad de recurrir ante el Consejo Constitucional...»¹. El Informe dio respuesta a este genérico encargo presidencial haciendo las siguientes propuestas: asegurar la representación de las corrientes de opinión en la Asamblea Nacional, introduciendo el sistema proporcional de elección para unos 20 o 30 escaños, a fin de asegurar la representación de las formaciones políticas minoritarias; actualizar el colegio electoral para la elección de senadores; el establecimiento de la igualdad del sufragio, para lo cual se proponía instaurar un procedimiento imparcial de redistribución periódica de las circunscripciones electorales; reconocimiento a favor del Consejo Económico y Social de una función consultiva en materia medioambiental; establecimiento del derecho de iniciativa popular a solicitud conjunta de la quinta parte de los miembros del Parlamento y de una decena parte de los electores inscritos; reforma del procedimiento de reforma constitucional de tal forma que en caso de discrepancia entre las dos cámaras, en el sentido que una la rechace y la otra la acepte por mayoría de los 3/5, el pueblo se pronuncie en referéndum para resolver la discrepancia; permitir al justiciable recurrir ante el Consejo Superior de la Magistratura en materia disciplinaria de los jueces; reconocimiento con carácter general del principio de irretroactividad de las leyes salvo en los supuestos de interés general; establecimiento de la cuestión prejudicial sobre leyes que lesionen libertades y derechos fundamentales reconocidos por la Constitución; creación de un Defensor de los derechos fundamentales al que pueda acudir directamente cualquier persona, para lo cual debería asumir las competencias en todo o en parte de autoridades administrativas como el Médiateur, el Defensor de los Niños, etc.; y a fin de garantizar el pluralismo, proponía la constitución del Consejo del pluralismo que asumiese en este ámbito las competencias del Consejo Superior del Audiovisual y las de la Comisión de Sondeos, etc.

Pero el alcance de las reformas propuestas en el informe Balladur ha sido mucho más limitado. Porque en general, la revisión constitucional lo que ha hecho es actualizar viejos derechos con nuevas formulaciones (por ej., la paridad relacionada con la igualdad) y ha reconocido otros de nuevo tipo aunque de forma muy genérica (por ej., la protección de las lenguas regionales) en la medida que su régimen jurídico se remite a una futura ley, sin que el texto constitucional predetermine gran cosa la dirección que habrá de tomar la función legislativa del Parlamento. No obstante, cabe destacar que en algunos casos, la modificación de ciertas disposiciones constitucionales aunque no afectan directamente a los derechos y libertades de la persona, sí tendrá un incidencia

1 El texto de las encomiendas de misión al antiguo Primer Ministro E. Balladour y al actual F. Fillon, pueden encontrarse en la *Revue Française de Droit Constitutionnel* número especial, París 2008, pp. 252-254 y 255-260 respectivamente.

indirecta sobre los mismos; por ej., a través del procedimiento de nombramiento de cargos públicos para determinados empleos y funciones o también de la obligación del Presidente de la República de consultar la opinión de la Comisión Permanente de cada Cámara del Parlamento para realizar ciertos nombramientos (art. 13, último párrafo) o el control atribuido al Consejo Constitucional sobre la aplicación por el Presidente de la República de las medidas excepcionales del artículo 16, último párrafo. Aunque, sin duda, la reforma con mayor alcance potencial se centra en la introducción de nuevos instrumentos de garantías jurisdiccionales de los derechos, sobre todo la cuestión prejudicial promovida por algunos órganos de la jurisdicción ordinaria cuando una ley en vigor aplicada por una instancia judicial atente a los derechos y libertades (art. 61-1). Además de la incorporación en el ámbito de las garantías no jurisdiccionales, del Defensor de los derechos (art. 71-1) y la reforma del Consejo de la Magistratura tendente a garantizar de forma más efectiva la independencia de la Justicia (art. 65).

2.1. Viejos derechos reafirmados

Como ha puesto de manifiesto la doctrina francesa (Roblot-Troizier, 2008 p. 1867, Mathieu, 2008, p. 1864) la evaluación que merece la reforma constitucional en este ámbito revela la voluntad del poder constituyente de enfatizar una serie de derechos que, no obstante, ya estaban garantizados por la Constitución. Dos ejemplos ilustran este planteamiento: la garantía de paridad en el marco del derecho a la igualdad (art.1. último apartado) y la libertad de expresión política (art. 4, último párrafo).

A) *La garantía de paridad en el marco del derecho a la igualdad.* Con la Ley constitucional de 2008, en el artículo primero de la Constitución se completa con una disposición preexistente. El texto dice así: «*La ley favorecerá el igual acceso de las mujeres y los hombres a los mandatos electorales y cargos electivos, así como a las responsabilidades profesionales y sociales*». Se trata de un precepto que tiene su origen en la Ley constitucional n.º 99-569 de 8 de julio de 1999, que establecía que «*La ley favorecerá el igual acceso de las mujeres y los hombres a los mandatos electorales y cargos electivos*» y que ahora con la nueva reforma de 2008 se completa con el añadido «*así como a las responsabilidades profesionales y sociales*».

Ello responde a la necesidad de incorporar la jurisprudencia del Consejo Constitucional establecida en su Decisión de 16 de marzo de 2006, concerniente a la Ley relativa a la igualdad salarial entre los hombres y las mujeres. De acuerdo con esta jurisprudencia, el Consejo considera que el legislador ordinario puede favorecer la paridad entre el hombre y la mujer para el acceso a las funciones representativas pero tampoco ha de desconocer las exigencias constitucionales que también favorecen la paridad al margen del ámbito político. En este sentido, interpretó que «*la Constitución no permite que la composición de los órganos dirigentes o consultivos de las personas jurídicas de derecho público o privado sea regulada por reglas preceptivas fundadas en el sexo de las personas*». Pero en todo caso, la voluntad del constituyente remite al legislador ordinario la concreción del alcance que deba tener esa acción positiva del Estado, con-

sistente en favorecer la igualdad de género tanto en el ámbito político como en la actividad profesional y social. La utilización del verbo «favorecer» sin concreción más precisa, es evidente que atribuye al legislador un amplio margen de maniobra para delimitar el contenido efectivo de la igualdad, ya sea en las relaciones de carácter jurídico público como en las que conciernen al ámbito jurídico privado, si bien la doctrina del Consejo Constitucional ha supuesto un considerable impulso igualitario.

B) *La libertad, el pluralismo y la independencia de los medios de comunicación.* La reforma constitucional de 2008 ha introducido una concreción relativa al contenido de la libertad de expresión y del derecho a la información consistente en un añadido en el apartado primero del artículo 34 relativo al ámbito del dominio de la reserva de ley («La ley fija las reglas concernientes a:», las «libertades públicas»), que se ha concretado en la inserción de las palabras: «la libertad, el pluralismo y la independencia de los medios de comunicación». Por supuesto, la reforma no significa en este caso una innovación en el elenco de los derechos fundamentales de libertad, sino que a la sumo comporta un mandato a los poderes públicos, especialmente al Parlamento, para que la regulación de los medios de comunicación en sus nuevas manifestaciones tecnológicas enfatice el respeto al valor constitucional del pluralismo y al principio constitucional que prescribe la independencia de los medios de comunicación. Sin embargo, la reforma no ha recogido la propuesta de contenido orgánico que en este sentido había propuesto el informe Balladur, consistente en la creación de un *Consejo del Pluralismo*, encargado de velar por el respeto a la libertad de expresión y del pluralismo de las corrientes de pensamiento y de opinión en el ámbito de la comunicación audiovisual, además de velar también por la calidad de los sondeos de opinión pública relacionados con las elecciones políticas que fuesen publicados y difundidos. Es una opción la del legislador constituyente que parece más razonable que crear una nueva autoridad, puesto que hasta ahora estas funciones ya las viene cumpliendo el Consejo Superior del Audiovisual (CSA). En todo caso, las deficiencias normativas que pudiesen existir en este terreno pueden resolverse con la reforma de la ley del CSA, ya que el legislador dispone de competencias para ello sin necesidad de reforma alguna al respecto.

C) *El ejercicio del derecho de sufragio pasivo de los miembros de las asambleas deliberantes de las colectividades territoriales.* Tampoco en este caso, la reforma crea un nuevo derecho sino que habilita al legislador para que en el ámbito de las reglas que debe aprobar para regular el régimen electoral, determine las condiciones de ejercicio del mandato electoral («*ius in officium*») y las funciones electivas de las asambleas deliberantes de las colectividades territoriales (art. 34, segundo apartado). Las colectividades territoriales de la República son los municipios, los departamentos, las regiones, las colectividades con estatuto particular y las colectividades de ultramar reguladas por el art. 74 de la Constitución.

D) *La garantía de los derechos de la oposición: la libertad de expresión y de participación de los partidos políticos.* La ley constitucional de 2008 ha introducido un nuevo párrafo en la parte final del artículo 4 que constitucionalizó los partidos políticos como instrumentos de participación. El tenor literal del añadido es el siguiente: «La ley garan-

tizará las expresiones pluralistas de las opiniones y la participación equitativa de los partidos y las agrupaciones a la vida democrática de la Nación». Con esta adición, cuyo contenido queda también a expensas de lo que legislador ordinario determine en el futuro, el constituyente pretende establecer unas bases constitucionales acerca de la libertad de expresión y de participación de los partidos políticos, pero con la mirada puesta en garantizar el *statuts* constitucional de las minorías parlamentarias que integran la oposición al Gobierno, a fin de impedir el establecimiento de obstáculos a la libre expresión de las diversas opciones así como asegurar su presencia en las diversas formas de participación política. Tampoco en este caso puede afirmarse que el constituyente haya introducido una novedad sustancial en el texto constitucional. El añadido es otro mandato al legislador que responde a la necesidad de asegurar o de hacer más tangible el valor constitucional del pluralismo en el ejercicio de derechos de libertad y de participación política, a fin de institucionalizar la papel institucional de la oposición como alternativa política a la mayoría de gobierno. Todo ello –no se olvide– en un marco constitucional presidido por un sistema de parlamentarismo racionalizado que mantiene la hegemonía del Gobierno sobre el Parlamento y, por tanto, de la mayoría que sostiene al primero sobre la oposición que opera en el segundo.

Que esta adición normativa no es una gran novedad sino una forma de reafirmar el contenido constitucional de derechos antiguos, lo refleja el hecho de que, por ejemplo, en el ámbito de la libertad de expresión política de los diversos partidos, el Consejo Superior de la Audiovisual, en su condición de autoridad reguladora de los medios de comunicación de este sector tiene establecida una regulación de la presencia de los mismos en los medios. Y lo ha hecho a través de un sistema que responde a la regla de los tres tercios, que divide o distribuye la información a emitir entre la que procede de la actividad del Gobierno, la que proviene de la mayoría parlamentaria y finalmente la que genera la oposición. Ahora, con la reforma cuyo contenido y alcance referido *a las expresiones pluralistas y la participación equitativa* que deberá concretar el legislador ordinario, la Constitución francesa da un paso más en la línea de sentar las bases de un sistema democrático de mayor calidad.

En este ámbito de reafirmación a través de la Constitución de nuevos principios y derechos constitucionales, cabe destacar la permanencia de la tutela judicial de la libertad frente a las detenciones arbitrarias, que reconoce de forma singular el artículo 66, más allá de los derechos a los que de forma general se refiere el Preámbulo de la Constitución de 1958. La única novedad a la que aquí cabe referirse es la que ofrece la continua jurisprudencia de los jueces judiciales (los jueces no administrativos, en la terminología y organización judicial en Francia), que se han configurado como los guardianes habituales de la libertad individual (Wachsmann, 2008, p. 564). No han prosperado, sin embargo, otras modificaciones del artículo 34 (Plessix, 2008, p. 60), que habían sido formuladas, tales como la introducción de los principios de seguridad jurídica², de irre-

² Aunque no hay que olvidar que la seguridad ha sido reconocida por el Consejo de Estado como un principio general del derecho en su *Arrêt* KPAMG de 24 de marzo de 2006.

troactividad de las normas y, en aras también de la seguridad jurídica, la desaparición del reparto de los contenciosos entre el juez administrativo y el llamado juez judicial o juez ordinario (civil y penal)³.

2.2. Nuevos derechos de alcance constitucional limitado

A) *La protección de las lenguas regionales.* La ley constitucional de 2008 incorpora en el artículo 75-1 un nuevo y etéreo precepto, que es formulado en los siguientes términos: «Las lenguas regionales pertenecen al patrimonio de Francia». Sistemáticamente, este artículo se encuentra en el Título XII que regula las Colectividades Territoriales, al margen, por tanto del Preámbulo, que es frontispicio en el que la Constitución francesa se refiere a los derechos y libertades. Formalmente, este precepto se formula como un principio general abstracto, sin que el constituyente pretenda vincularlo expresamente a ningún poder público. No garantiza la existencia de un cierto pluralismo lingüístico en la República francesa. Es decir, en sí mismo, y a reserva de eventuales y futuros desarrollos legislativos, no pasa de ser a lo sumo un principio general de fomento a la actuación de los poderes públicos a fin de proteger las llamadas lenguas regionales y nada más. Su grado de eficacia jurídica es modesto porque ni tan solo se formula como un mandato al legislador al objeto de que este concrete un determinado régimen lingüístico (derechos y deberes de su conocimiento, régimen de uso, vinculación a los poderes públicos y a los particulares, etc.)

Actualmente, el alcance que pueda tener esta reforma constitucional queda en la más absoluta indeterminación. Porque los antecedentes en la materia no han sido precisamente halagüeños: en su Decisión n.º 99-412, de 15 de junio de 1999, el Consejo Constitucional se opuso a que Francia ratificase la Carta Europea de las lenguas regionales y minoritarias establecida en el Acuerdo firmado en Estrasburgo el 15 de noviembre de 1992, si antes no mediaba una reforma de la Constitución. El argumento constitucional fue el siguiente: la indivisibilidad de la República y el artículo 2 de la Constitución según el cual la lengua de la República es el francés, impiden dicho reconocimiento si antes la Constitución no se modifica. Más concretamente, el Consejo Constitucional razonaba que «el uso del francés se impone a las personas jurídicas de derecho público y las personas de derecho privado en el ejercicio de una misión de servicio público», y concluye que «los particulares no pueden hacer prevalecer en sus relaciones con las administraciones y los servicios públicos, un derecho de uso sobre una lengua que no sea el francés, ni ser obligado a su uso». Con estos mimbres jurisprudenciales y tras la reforma constitucional que atribuye a las lenguas regionales la condición de patrimonio nacional, cabe preguntarse si, por ejemplo, las lenguas regionales podrán ser usadas en las relaciones del ciudadano con las diversas administraciones y los servicios públicos locales; o si la enseñanza de dichas lenguas podrá devenir obligatoria (Roblot-Troizier, 2008, p. 1869); o, en fin, si la reforma supondrá

³ La jurisprudencia del Consejo Constitucional ha avalado este reparto de competencias entre ambas jurisdicciones, desde su Decisión de 23 de enero de 1987.

el impulso necesario para que el Estado francés ratifique la Carta Europea de las lenguas regionales y minoritarias.

Lo que resulta evidente es que la incorporación del artículo 75-1 a la Constitución no ha supuesto modificación alguna en el primer párrafo del artículo 2 («La lengua de la república es el francés») en el sentido de introducir en el Título I, dedicado a la soberanía, alguna previsión que lo matice en un sentido más próximo a la diversidad lingüística que tímidamente se apunta en la reforma. Asimismo, no hay que olvidar que la doctrina del Consejo Constitucional no ha permitido la enseñanza de las lenguas regionales en las escuelas (Decisión n.º 96-373, de 9 de abril de 1996, relativa a la Ley orgánica del Estatuto de Autonomía de la Polinesia francesa). El futuro más inmediato habrá de permitir la comprobación de si este reconocimiento con la boca pequeña de la diversidad lingüística en los territorios de la República (no sólo los de ultramar, sino también en el continente), alcanza eficacia jurídica para poderes públicos y particulares.

B) El referéndum de iniciativa compartida. La reforma de la Constitución sigue apostando por el mantenimiento moderado de instrumentos de democracia directa como es el caso del referéndum, cuyo uso forma parte del panorama político institucional de la V República. Con anterioridad a la revisión actual, la Constitución ya establecía en el artículo 11 que el Presidente de la República, a propuesta del Gobierno, puede someter a referéndum todo un proyecto de ley sobre la organización de los poderes públicos, las reformas relativas a la política económica, social o de medio ambiente y los servicios públicos de la nación, o la propuesta de ratificación de un tratado que, sin ser contrario a la Constitución, pudiera tener incidencias en el funcionamiento de las instituciones.

Pues bien, con este mismo objeto, la Ley Constitucional de 2008 ha incorporado una nueva modalidad de referéndum en la que en el contexto del proceso de iniciativa para proponerlo, el pueblo dispone de una cierta capacidad para participar. Los términos de la reforma son los siguientes:

— La iniciativa de someter a referéndum una disposición legislativa tiene por objeto el mismo que el reconocido para el Presidente de la República.

— La iniciativa adopta la forma de proposición de ley y corresponde de forma conjunta a la 1/5 parte de los miembros del Parlamento (Asamblea Nacional y Senado, respectivamente) apoyada a su vez, como mínimo, por la 1/10 parte de los electores inscritos en las listas electorales.

— La iniciativa legislativa no puede tener por objeto la derogación de una disposición legislativa que haya sido promulgada en menos de un año.

— Las condiciones para la presentación de la iniciativa y las que fije la ley orgánica reguladora, corresponden al Consejo Constitucional.

— En el supuesto de que la proposición de ley no haya sido aprobada por las dos Cámaras en el plazo que fije la ley orgánica, el Presidente de la República la someterá a referéndum.

— No está previsto un porcentaje mínimo de participación popular en el referéndum.

Se trata, por tanto, de permitir a los ciudadanos participar en la elaboración de proposiciones de ley, de reconocerles la capacidad de asociarse a sus representantes políticos (pero, no de actuar al margen de ellos) para proponer reformas legislativas que posteriormente serán adoptadas por la vía de referéndum. En consecuencia se trata de una iniciativa a parlamentaria compartida con la ciudadanía, pero no es una iniciativa popular. Se trata de adicionar al sistema de democracia representativa, algún elemento de democracia directa.

Pero es preciso subrayar el amplio espectro de temas sobre los que esta iniciativa compartida se puede proyectar, incluidos entre ellos el contenido de un tratado internacional, por lo que no son menospreciables las posibilidades que puede ofrecer esta forma de participación política directa, aunque sea atemperada por la iniciativa que siempre ha de ser promovida a iniciativa de los parlamentarios. En este contexto, una iniciativa legislativa con este objeto tan amplio puede ser un campo abonado a la actuación de los *lobbys*, tanto sobre los parlamentarios como sobre propio el electorado.

Ahora bien, parece obvio que teniendo en cuenta las características de la forma de gobierno en Francia, en las que la mayoría presidencial dispone de una amplia capacidad de control de la actividad de la institución parlamentaria (a pesar del reforzamiento que la reforma le ha proporcionado), resulta improbable que pueda triunfar ninguna iniciativa de referéndum que no cuente con el apoyo de la mayoría que apoya al Presidente.

C) *La iniciativa ciudadana ante el Consejo Económico y Social.* El legislador constituyente ha aprobado también la incorporación de un nuevo apartado al artículo 69 sobre el ahora denominado Consejo Económico, Social y del medio Ambiente, por el que los ciudadanos podrán dirigirse a este órgano por la vía del ejercicio del derecho de petición. Las condiciones de esta iniciativa que pueden tomar los ciudadanos, instando a este poder público a tomar decisiones, desarrollar una actividad u otra acción similar, deberán ser determinadas por una futura ley orgánica. De momento, el legislador constituyente ha sentado unas mínimas bases de participación ciudadana en un sector sensible del Estado social y democrático de derecho. Como sin duda es la regulación de la economía, así como la legislación social y la medioambiental, en la lógica de una democracia de superior calidad a la que se refería el Presidente de la República en la encomienda dirigida al Comité Balladur. El inmediato futuro permitirá comprobar cual es el grado de realidad o de retórica constitucional que ofrece esta parte de la reforma de 2008.

3. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 61.1: UNA VÍA INDIRECTA DE GARANTÍA JURISDICCIONAL

3.1. La garantía de los derechos por la jurisdicción ordinaria

Hasta la reforma de 2008, la garantía de los derechos y libertades en el ordenamiento jurídico francés ha sido dispensada por la jurisdicción ordinaria. Con la introducción del control *a posteriori* de la ley cuyo contenido pueda resultar eventualmente atentatorio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, al justiciable se le abre una vía indirecta de control abstracto de la ley para la protección de los derechos a través de una verdadera jurisdicción constitucional.

Las causas de la reforma son diversas: las frustradas reformas de la jurisdicción constitucional intentadas en la década de los años noventa; la constante marginación de la Constitución en la garantía de los derechos y libertades a favor del control ejercido por la jurisdicción ordinaria a través del parámetro que ha ofrecido el CEDH de 1950 y la jurisprudencia del TEDH (el llamado control de *convencionalidad*); y también, por la imposibilidad de los ciudadanos de impugnar una ley inconstitucional (a causa de la jurisprudencia de la «ley pantalla» ya citada) que ha blindado la disposición legislativa de cualquier control de constitucionalidad (Fatin-Rouge Stefanini, 2009, pp. 280-282).

Los términos de la reforma han cristalizado en la adición del artículo 61.1: « *Cuando, con ocasión de un procedimiento judicial en curso, se alegue que una disposición legislativa vulnera los derechos y libertades garantizados por la Constitución, la cuestión podrá ser planteada por el Consejo de Estado o por la Corte de Casación ante el Consejo Constitucional, que se pronunciará en un plazo determinado. Una ley orgánica determinará las condiciones de aplicación del presente artículo*». Se adopta, pues, el procedimiento constitucional de la cuestión de inconstitucionalidad creada bajo la matriz del reenvío prejudicial europeo del artículo 234 TCE:

A la tercera, por tanto, ha sido la vencida. Pues antes de la reforma de 2008 ya habían habido dos intentos en 1989-90 y en 1993 de introducir la cuestión bajo la denominación, entonces, de excepción de inconstitucionalidad. Pero no hay que olvidar que el Consejo Constitucional en su Decisión n.º 99-410 DC de 15 de marzo de 1999 (*Ley orgánica relativa a Nueva Caledonia, Ley n.º 85-98 de 25 de enero de 1985*) ya declaró no conformes con la Constitución determinadas disposiciones de una ley ya promulgada.

La incorporación del control *a posteriori* de la ley en Francia supone un paso más en favor de la homologación de la jurisdicción constitucional francesa conforme al modelo continental europeo y un evidente reforzamiento del carácter normativo de la Constitución. Especialmente, en una cuestión tan sensible para el sistema democrático como son los derechos y libertades. Ciertamente, la Decisión del Consejo Constitucional de 16 de julio de 1971 por la que los derechos reconoci-

dos en el Preámbulo forman parte del bloque de constitucionalidad, fue un modesto paso adelante en este sentido pero faltaba la garantía de un órgano constitucional superior con capacidad para declarar nula una ley, cosa que el juez francés no podía hacer. Lo cual –como se ha visto antes– producía la paradoja de impedir el control de constitucionalidad mientras que el justiciable podía encontrar satisfacción a sus pretensiones en materia de derechos y libertades, a través del control de *convencionalidad* aplicando al caso la jurisprudencia de Estrasburgo. Así, mientras que el Consejo Constitucional permanecía en gran medida al margen de la protección de los derechos (solo podía actuar a través del control previo sobre la ley), los jueces y tribunales han sido a través de esta vía –de hecho– la única sede de garantía jurisdiccional de los derechos y libertades. Con la reforma, la situación puede cambiar.

Como ha puesto de relieve el profesor Fromont (2008, pp. 550 y ss.) la jurisdicciones competentes en Francia en derecho privado, penal y administrativo se han caracterizado por su rechazo a controlar por la vía incidental la conformidad con la Constitución de una disposición legislativa y así impedir la aplicación de una ley opuesta a la Constitución. La jurisprudencia de la *loi écran* (ley pantalla) antes evocada ilustra bien esta circunstancia. Pero ello no ha sido obstáculo para que, por supuesto, la jurisdicción ordinaria haya desarrollado una jurisprudencia sobre los derechos y libertades garantizados en el preámbulo de la Constitución de 1958 (Renoux, 2008, p. 302). El análisis de esta jurisprudencia permite describir tres situaciones con las que estas jurisdicciones se encuentran a la hora de afrontar la aplicación al caso concreto la relación entre la Constitución y la ley.

Una primera es la que se produce cuando el precepto constitucional es el único a aplicar puesto que no ha sido desarrollado por una ley, o de haberlo sido, la ley no lo contradice. En este caso, lógicamente el juez no tiene dificultad alguna en aplicar la Constitución, que es lo que ha ocurrido en Francia con el derecho de huelga. La segunda es aquella en la que la disposición constitucional y la legislativa no se contradicen sino que se complementan. Los ejemplos más ilustrativos al respecto se han producido en el ámbito de las relaciones de trabajo y en la función pública. Por tanto el juez tampoco tiene que afrontar dificultad alguna al respecto; aunque, en los casos excepcionales en los que no exista un precepto legal explícitamente aplicable al caso, deberá aplicar directamente la regla constitucional que reconoce el derecho o libertad. La tercera es la más habitual y es la que se produce cuando entre la Constitución y la ley aplicable al litigio no existe una contradicción total que las haga incompatibles, pero la ley sólo será aplicable al caso en la medida que pueda ser interpretada conforme a la Constitución (*sous réserve d'interprétation*), y a menudo ello significa que la decisión judicial irá acompañada de una especie de directiva de aplicación de carácter interpretativo. Ahora bien estos tres supuestos no pueden esconder el que resulta especialmente lacerante: el caso de la *ley pantalla*, esto es aquella ley que siendo contraria a la Constitución el juez, no obstante, la aplica al caso concreto porque nunca ha sido declarada inconstitucional y, hasta ahora, tampoco podía cuestionarla ante el Consejo Constitucional.

De todo ello cabe concluir que los derechos y libertades en Francia han formado parte de manera preeminente de la actividad jurisdiccional, pero en un grado inferior que en la República Federal de Alemania o en España. Acorde con lo expuesto, las causas parecen evidentes y que a juicio de Fromont (2008, p. 552) se resumen en: la ausencia de recursos individuales por violación de los derechos ante el Consejo Constitucional; los efectos de la jurisprudencia de la «ley pantalla» y el número reducido de los derechos que operan en las relaciones *interprivatos*. De ahí que la reforma de 2008, que ha permitido introducir a través de la cuestión de inconstitucionalidad el control *a posteriori* de la ley, pueda significar un punto de inflexión en este terreno.

3.2. El control abstracto de la ley aplicable al caso en la jurisdicción ordinaria

A) *El objeto de control*. La cuestión de inconstitucionalidad no está prevista para cualquier control abstracto de cualquier ley sino que está concebida específicamente para aquellas disposiciones legislativas –dice el art. 61-1– que puedan resultar lesivas sobre los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, se trata de una cuestión de inconstitucionalidad de objeto limitado, como limitada es la aproximación que la reforma provoca al modelo europeo de justicia constitucional.

Pero objetivamente es una garantía jurisdiccional de los derechos frente a los excesos del legislador. Unos excesos que pueden producirse materialmente por infracción del precepto constitucional que reconoce un derecho o libertad específico; pero también formalmente, cuando la reserva de ley del art. 34 de la Constitución, que obliga a que la ley fije las reglas que conciernen a los derechos y libertades, no sea respetada por el Parlamento y habilite al Gobierno para regular una materia que no es de su competencia. A este respecto, la tarea de delimitación funcional entre estos poderes del Estado que sin duda le aguarda al Consejo Constitucional será de decisiva importancia. Puesto que en el sistema normativo establecido por la Constitución (art. 34) la regulación general de un derecho o libertad resulta esencial para determinar su contenido, y ello es patrimonio de la ley. Por ello, el control por razones formales no puede ni debe quedar excluido de la función jurisdiccional del Consejo Constitucional como, por el contrario, así lo sostiene algún sector de la doctrina francesa (Fatin-Rouge Stéfani, 2009, p. 282)

En otro orden de temas relevantes sobre el objeto de control, cabe subrayar que además de las leyes promulgadas con posterioridad a la Constitución, el constituyente de 2008 no ha querido cerrar las puertas al control de constitucionalidad también de las leyes anteriores a 1958. Al referirse el art. 61-1 a una disposición legislativa cuyo contenido resulte atentatorio a los derechos y libertades, no está excluyendo temporalmente a ninguna ley. No hay obstáculo constitucional a que las leyes viejas y las leyes nuevas respecto al momento constituyente que dio lugar a la V República sean objeto de la cuestión de inconstitucionalidad. Lo que, por otra parte, resulta coherente con el origen histórico del parámetro de constitucionalidad en materia de dere-

chos y libertades que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional sentada desde la Decisión de 1971, data del momento revolucionario de 1789.

Otra cuestión relevante que concierne al objeto del control es la relativa a los valores y principios constitucionales. No se trata de derechos y libertades pero es obvio que los derechos quedan vinculados al contenido material de aquéllos. Resultan inseparables unos de otros. Así, por ejemplo, cuando el art. 34 se refiere a que la ley debe fijar las reglas concernientes a la libertad, el pluralismo, y la independencia de los medios de comunicación, es evidente que el control de constitucionalidad sobre una ley que se refiera a algunos de los múltiples aspectos del derecho a la información o de la libertad de expresión, deberá tener en cuenta si dichos valores son respetados por el legislador ordinario. La razón de ello no es otra que el valor normativo que atesoran tanto los valores como los principios constitucionales, como elementos que coadyuvan a la interpretación de las disposiciones legislativas. En este contexto, además de la decisiva aportación que pueda hacer el Consejo Constitucional para establecer unas reglas coherentes y armonizadas de interpretación, el papel a jugar por los jueces y tribunales deberá ser también de una gran importancia (Verpaux, 2008, p. 1883)

B) *La legitimación para plantear la cuestión de inconstitucionalidad.* No es universal para todos los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria, como en el caso español, sino restringida sólo para dos altos órganos jurisdiccionales. En efecto, el art. 61-1 establece que el incidente procesal de la cuestión de inconstitucionalidad puede ser planteado únicamente por el Consejo de Estado o la Corte de Casación. Las dos instancias paradigmáticas de la jurisdicción administrativa y de la llamada jurisdicción judicial en Francia, que forman parte de la historia de su Derecho Público. De esta forma, la reforma de 2008 se aleja del modelo que representan, por ejemplo, Alemania, Italia y España para el acceso por esta vía procesal a los tribunales constitucionales, asimilándose mucho más al de Austria, donde la cuestión es promovida sólo por los tribunales de apelación y, eventualmente, también por el Tribunal Constitucional a través de la autocuestión.

La incorporación en el sistema constitucional francés de la cuestión de inconstitucionalidad (Bon, 2009, p. 77) o también prejudicial (Verpaux, 2008, p. 1884), según las diversas expresiones empleadas por la doctrina francesa, ha sido vista con moderada esperanza, como un camino para asegurar la jerarquía normativa de la Constitución (Drago, 2008, p. 324). Sin bien se constata una cierta coincidencia en que el filtro que pueden llegar a realizar el Consejo de Estado y la Corte de Casación como únicos órganos jurisdiccionales legitimados para plantearla, puede resultar un freno excesivo para la finalidad perseguida, esto es, que se extiendan las posibilidades del control incidental y a posteriori de la leyes en vigor. Y que, asimismo, la cuestión sea una vía a la que el justiciable pueda indirectamente acogerse para la garantía de sus derechos ante las infracciones constitucionales cometidas por el legislador ordinario.

Seguramente, habrá que esperar a la definición del régimen jurídico que establezca la ley orgánica del Consejo Constitucional. Por ejemplo, los criterios de admi-

sión, acerca del juicio de relevancia y de validez que justifiquen su planteamiento ante la jurisdicción constitucional. En este sentido, cabrá determinar si la función del Consejo de Estado y de la Corte de Casación es la de ser meros receptores de recursos, una especie de buzón de correos de las cuestiones de inconstitucionalidad; o bien, si la función ha de ser de control acerca de la adecuación de su planteamiento (Philippe, 2008, p. 213). Es evidente que la primera sería un absurdo total y es la segunda la que ha de forzosamente prosperar, como una forma que incentive un diálogo jurídico controlado entre las dos jurisdicciones.

Pero sentado ello, la ley orgánica deberá determinar el régimen de relación entre los dos órganos jurisdiccionales legitimados para promoverla y el resto de los jueces civiles, administrativos y penales que la han de impulsar, que son quienes conocen bien la causa en la que se aplica la ley presuntamente viciada de inconstitucionalidad. Y no sólo eso, sino también, será preciso determinar la posición procesal que deben adoptar las partes (las personas físicas o jurídicas) en el proceso *ad quo*, en relación con el proceso *ad quem* ante el Consejo Constitucional. Porque no hay que olvidar que la cuestión de inconstitucionalidad está concebida como una vía de garantía de los derechos y libertades.

Otra cuestión especialmente importante serán los plazos que establezca la ley orgánica para plantear la cuestión y para resolverla por el Consejo Constitucional. Existe una lógica y comprensible coincidencia en la doctrina francesa en el sentido de que sean cortos. Los ejemplos en sentido contrario y sus efectos devastadores sobre la utilidad de la cuestión como garantía de derechos y libertades (por ej., en España) son un buen punto de referencia de carácter disuasorio. Otro argumento en el mismo sentido, es que de no ser así, el control de *convencionalidad* al que ya se ha hecho referencia anteriormente y que habitualmente aplica la jurisdicción ordinaria francesa, tendría de entrada ganada la partida frente al control de constitucionalidad (Bon 2009, p. 79; Philippe, p. 215; Gaïa, 2008, p. 201). Porque de lo que se trata es de reforzar la jurisdicción constitucional como unificadora de la jurisprudencia, de acuerdo con un criterio basado en la interpretación armónica de la Constitución y del CEDH, vinculado a la jurisprudencia de Estrasburgo. Para lo cual, y en otro orden de temas de relevancia, la ley orgánica deberá atender también a las necesidades en orden a la dotación de personal y apoyo material que el ejercicio de esta nueva competencia ha de comportar para el Consejo Constitucional.

C) *¿Es posible la autocuestión del Consejo Constitucional en materia de derecho electoral?* El Consejo Constitucional es juez en primera y única instancia de la validez de las elecciones a la Presidencia de la República, de las elecciones a diputados y senadores y de los referéndums previstos en los artículos 11 y 89. En todos estos supuestos, el contenido de la legislación electoral supone, entre aspectos la regulación del derecho fundamental de sufragio, un derecho de participación política. En consecuencia, una vez instaurada la cuestión de inconstitucionalidad por el artículo 61-1 en los términos ya descritos, nada habría de impedir para que al igual que, por ejemplo, en los casos español y austriaco, el Consejo Constitucional pueda llegar a plantearse

la constitucionalidad de una ley electoral que está impelido aplicar en las convocatorias electorales citadas.

D) *Los efectos de las decisiones del Consejo Constitucional en los supuestos de cuestiones de inconstitucionalidad.* El artículo 62 de la Constitución ha sido modificado para prever los efectos de una decisión de control *a posteriori* de la ley vigente. Dice así: «Una disposición declarada inconstitucional en base al artículo 61-1 será derogada a partir de la publicación de la decisión del Tribunal Constitucional o de una fecha posterior fijada en dicha decisión. El Consejo Constitucional determinará las condiciones y los límites en que los efectos producidos por la disposición puedan ser susceptibles de ser cuestionados».

Por tanto, los efectos de la decisión del Consejo son, en principio, la derogación de la ley declarada contraria a la Constitución con carácter *erga omnes*, motivo por el cual es palpable el reforzamiento de la jerarquía normativa de la Constitución frente a la ley y, a su vez, el carácter más propio de jurisdicción constitucional que adopta el Consejo Constitucional. El alcance de dichos efectos es *ex nunx*, pero en principio el art. 62 atribuye margen de maniobra a la decisión del Consejo para modular los efectos y, en este sentido, no parece que excluya la posibilidad de los efectos *ex tunc*. Por ejemplo, tratándose de leyes sobre derechos y libertades parece razonable que el Consejo pueda admitir esta consecuencia cuando del resultado de su decisión se derive una situación más favorable para el justiciable en materia penal o sancionadora. Ello sin perjuicio de reconocer que como criterio general, lo lógico es que el Consejo Constitucional evite la variación o transformación de situaciones de derecho ya adquiridas (Verpaux, 2008, p. 1886).

4. LAS GARANTÍAS NO JURISDICCIONALES: LA RESERVA DE LEY Y EL DEFENSOR DE LOS DERECHOS COMO NUEVA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA

4.1. La reserva de ley y otras garantías

Las garantías no jurisdiccionales son garantías de relieve jurídico o institucional que en un plano distinto del derecho de acceso al juez, establecen una serie de condiciones generales para la salvaguarda de los derechos y libertades, habituales en un Estado de derecho. Atendiendo al contenido de la reforma constitucional de 2008, procede retener la atención sobre la incidencia que el principio general de reserva de ley puede tener sobre los derechos y las garantías jurisdiccionales previstas por la Constitución francesa.

A) *La reserva de ley como garantía general.* Anteriormente ya se ha señalado que el art. 34 determina que ha de ser la ley la que fije las reglas que conciernen a «los derechos cívicos y las garantías fundamentales atribuidas a los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas...». En consecuencia el ámbito material reservado a la

ley es una garantía formal de que la regulación del régimen general de los derechos y libertades corresponde al Parlamento y no al Gobierno. El Parlamento es la representación del pluralismo representativo de la soberanía popular, mientras que el Gobierno lo es sólo de una parte –aunque la más decisiva– de ese pluralismo, que goza de mayoría parlamentaria suficiente para gobernar.

Cuando la Constitución fija que ha de ser la ley la que regule los derechos cívicos, las garantías fundamentales para el ejercicio de las libertades públicas, está fijando un criterio normativo que pretende atribuir a los derechos y libertades, en tanto que pilar fundamental del sistema democrático, la máxima cobertura jurídica. Y esta cobertura solo puede proceder de la ley porque es el resultado del debate más plural que ofrece la representación política que ostenta el Parlamento. Por esta razón la regulación por ley formal aporta una mayor garantía general a los derechos y libertades que la que pudiera proporcionar el reglamento administrativo del Gobierno. Esta garantía general que establece la Constitución se puede sintetizar en el hecho de que es la ley es la que protege al derecho fundamental mientras que el decreto la oprime (Verpaux, 2008, p. 1884). Más allá de la simplicidad de la frase, en ella se esconde el fondo del problema: la delimitación de los ámbitos materiales entre ley y reglamento.

El constituyente de la Constitución de 1958 limitó el ámbito reservado a la ley, en clara oposición a la tradición monista francesa sobre la posición hegemónica de la ley en el ordenamiento, cuyo ascendente se encuentra en el régimen de la III República y que la IV en gran parte asumió. Así, el artículo 34 definió un ámbito material reservado a la ley; en segundo lugar introdujo una definición dualista, por la que en algunos casos la ley puede «fijar las normas» y fijar detalles relativos a determinadas materias, y en otras materias «determina unos principios fundamentales», de carácter más general, por lo que el margen de acción del reglamento es más amplio; y en tercer lugar, el dualismo normativo, al modo curiosamente germánico, que introduce la Constitución de la V República, determinó que el legislador no puede desbordar el ámbito que le corresponde e invadir el ámbito del poder reglamentario, puesto que como recuerda el art. 37 «tendrán carácter reglamentario todas las materias distintas de las pertenecientes al ámbito de la ley».

El problema que en materia de garantía de los derechos y libertades que ahora se plantea es la adecuada limitación entre los ámbitos que corresponden a la ley y al reglamento. Porque toda deslegalización puede resultar lesiva para la preservación del contenido esencial del derecho. Y es en este terreno, ahora que el Consejo Constitucional podrá ejercer un control *a posteriori* de la ley promulgada, donde le espera una intensa labor de control formal de la que no podrá eximirse. Porque, como pone de relieve, P. Bon (2009, pp. 61-62), el fracaso de la limitación del ámbito reservado a la ley avalado por la jurisprudencia del Consejo Constitucional no resulta, precisamente, un buen precedente. En efecto, además de lo previsto en el art. 34, esta doctrina extensiva se ha referido también a otros preceptos para definir el ámbito de la ley (art. 66 de la Constitución y los arts. 7 y 8 de la Declaración de 1789); además el Con-

sejo Constitucional ha optado por difuminar toda diferencia entre las leyes que establecen reglas y aquellas otras que fijan principios generales; y, finalmente ha admitido que la ley puede intervenir en el ámbito reglamentario. Con lo cual, la inseguridad jurídica que conlleva ha de ser afrontada por el Consejo ante la nueva coyuntura jurídica que nace del control de aquella ley que resulte lesiva de derechos y libertades, de tal forma que le habría de hacer reconsiderar la doctrina hasta ahora establecida respecto a la delimitación del ámbito de la ley respecto del ámbito reglamentario.

B) *El control de los poderes excepcionales por el Consejo Constitucional.* En este ámbito de garantías de carácter general cabe anotar también la relevancia de la redacción adicional que se ha incorporado al polémico artículo 16 que regula el Derecho de excepción, que en su primer apartado otorga poderes especiales al Presidente de la República «*cuando las instituciones de la República la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave e inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionalmente interrumpido, el Presidente tomará las medidas exigidas por estas circunstancias...*».

Como es bien conocido, el carácter genérico de este precepto originario de la Constitución de 1958 y la ausencia de controles explícitos sobre las medidas que podía tomar el Jefe del Estado, además de la evidente incidencia que podían tener sobre los derechos y libertades, permitió valorar en su momento esta previsión constitucional como una puerta abierta a una especie de golpe de Estado permanente, que fue la expresión utilizada en un célebre libro de François Mitterrand (*Le coup d'État permanent*)⁴ en los años sesenta del siglo pasado, y que después sería Presidente de la República entre 1981 y 1995, sin que dicho precepto experimentase reforma alguna en dicho período.

Pues bien la reforma, ha introducido un importante control que corre a cargo del Consejo Constitucional sobre la aplicación de las medidas excepcionales que inevitablemente han de afectar al ejercicio de los derechos, en la medida en que nada excluye que algunos de ellos puedan ser suspendidos durante el período excepcional. Concretamente, la reforma establece que «*Tras los treinta días de ejercicio de los poderes excepcionales, el Consejo Constitucional podrá ser requerido por el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, sesenta diputados o sesenta senadores, a fin de examinar si se siguen cumpliendo las condiciones enunciadas...* en el primer apartado. *El Consejo Constitucional 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 dicho plazo*».

En el tercer apartado del art. 16 también se establece que durante los primeros treinta días el «*Consejo Constitucional será consultado*» sobre la adecuación de las

4 F. Mitterrand, *Le coup d'état permanent*. Plon. París 1964.

medidas tomadas para restaurar el orden alterado, si bien nada se dice sobre los efectos de la opinión o decisión que el órgano jurisdiccional tome. De la lógica del precepto se deduce que serán consultivos y no vinculantes. Si bien en estos primeros treinta días de excepción quedan fuera de control, en una especie de limbo constitucional, no deja de ser un progreso el establecimiento de un cierto control posterior a los primeros treinta días, el incorporado por la reforma de 2008, que parece presentar un grado más intenso, dado que la petición para que el Consejo Constitucional emita su parecer es a instancia del Parlamento (Asamblea Nacional y Senado). En todo caso, si bien la Constitución no precisa sus efectos jurídicos, resulta difícil que institucional y, por tanto, políticamente, el Presidente de la República pueda hacer abstracción de un parecer del Consejo Constitucional que sea contrario a las medidas que haya adoptado.

C) *Acceso del justiciable al Consejo Superior de la Magistratura.* En la extensa reforma del órgano representativo del gobierno de la magistratura, dirigida a asegurar una mayor independencia de lo que la Constitución sigue denominando Autoridad Judicial (que no Poder Judicial), cabe destacar la previsión contemplada en el penúltimo apartado de la nueva redacción del artículo 65: «*El Consejo Superior de la Magistratura podrá entender de un asunto presentado por un justiciable en las condiciones fijadas por una ley orgánica*».

La indeterminación material de este precepto es notoria. Sin embargo, su previsión constitucional, por genérica que pueda resultar, constituye un paso adelante a fin de asegurar que el Consejo pueda actuar garantizando, en el ámbito de sus competencias administrativas (en especial, en el régimen disciplinario aplicable a los jueces) el derecho del justiciable a la tutela judicial, garantía que es de esperar alcance auténtica operatividad con el desarrollo legislativo que allí se anuncia. Esto es, el derecho de acceso a la jurisdicción, de acuerdo con un procedimiento contradictorio que concluya con una resolución fundamentada conforme a Derecho.

4.2. El Defensor de los Derechos

La nueva fase de la constitucionalización de los derechos que se deriva de la reforma de 2008 se ha traducido también en la adopción de una nueva autoridad para la defensa de los derechos y libertades (art. 71-1, Título XI bis), denominada el Defensor de los Derechos. La configuración constitucional de esta modalidad francesa de *ombusman* responde a las siguientes características:

— *Nombramiento, mandato e incompatibilidades.* Es nombrado por el Presidente de la República por un mandato de seis años no renovable de acuerdo con un procedimiento previsto en la ley orgánica, la cual deberá establecer que su nombramiento se llevará a cabo previo anuncio público de la comisión permanente de cada Cámara del Parlamento y siempre que la suma de los votos negativos en cada comisión no represente al menos los 3/5 de los votos emitidos en el seno de ambas comi-

siones (art. 13 de la Constitución, un precepto que también ha sido adicionado con la reforma de 2008). Sus funciones son incompatibles con las de miembro del Gobierno y del Parlamento, sin perjuicio de aquellas otras que pueda fijar la ley orgánica.

— El *objeto* de sus funciones constitucionales es velar por el respeto de los derechos y las libertades, ante todas las administraciones públicas, así como cualquier organismo que desarrolle un servicio público o respecto del cual la ley orgánica le atribuya competencias.

— El *acceso* al Defensor puede ser a instancia de cualquier persona que se considere perjudicada por el funcionamiento de un organismo o servicio público. Y también puede serlo de oficio.

— Sus *competencias y las modalidades de ejercicio* serán definidas por la ley orgánica.

— *Relación con otras instituciones de la República.* El Defensor debe dar cuenta de su actividad ante el Presidente de la República y el Parlamento.

De la configuración de este nuevo órgano constitucional se derivan algunas consecuencias sobre su naturaleza jurídica. Pero habrá que esperar a la futura ley orgánica para disponer de datos más completos para su definitivo encuadramiento institucional y su relación con otras instituciones de defensa de los derechos. Sobre todo porque, si bien es un órgano de nueva creación, su aparición en el panorama institucional francés se añade a toda una pléyade de autoridades administrativas de carácter regulador ya existentes, que fueron concebidas también para aportar una garantía no jurisdiccional sobre los derechos y libertades. Es el caso del *Médiateur* (Mediador), del *Défenseur des enfants* (Defensor de la infancia), de la HALDE, *l'Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité* (la Alta Autoridad para la lucha contra las discriminaciones y por la igualdad); la CNIL, la *Commission Nationale de l'Informatique et des libertés* (Comisión Nacional de la Informática y de las libertades); le *Contrôleur General des Lieux de privation des libertés* (el Controlador General de los centros de privación de libertad) creado por la Ley n.º 2007-1545 de 30 de octubre de 2007, etc.

En cuanto a la naturaleza de este nuevo órgano, y a reserva de lo que precise la futura ley orgánica, la configuración constitucional del Defensor para decantarse claramente por una institución de defensa de los derechos y libertades entendida como magistratura de persuasión, siguiendo parcialmente en este sentido la estela dejada por la mayoría de los *ombudsman* existentes en Europa. Sobre todo, en la medida que el art. 71.1 se refiere a sus funciones, definiéndolas como una acción de *velar* por el respeto a los derechos en el ámbito de las diversas administraciones públicas. Por lo que no parece que vaya a tener poder decisorio sino más bien persuasivo sobre las administraciones y empresas públicas objeto de control no jurisdiccional. Incluso cuando la lesión efectiva no se haya producido, como apuntaba el informe Balladur (Philippe, 2008, p. 217). Especialmente, en los supuestos de mala administración

(Plessix, 2008, p. 62), es decir en aquéllos de gestión deficiente o, incluso, de abuso de poder que puedan resultar lesivos para los intereses del ciudadano. Así cabe deducirlo cuando la Constitución se refiere a la queja de cualquier persona que «se considere perjudicada por el funcionamiento de un servicio público o de un organismo...» administrativo sujeto al control del Defensor.

Anteriormente se ha apuntado que el Defensor francés sigue parcialmente el ejemplo de otras instituciones similares europeas creadas al albur de la llamada *ombudsmania* generada en Europa en las últimas décadas del siglo pasado. Lo que ciertamente obliga a precisar que, a diferencia del caso sueco en el que se han inspirado tantos otros como es el caso del Defensor del Pueblo en España, el Defensor galo no es elegido por el Parlamento sino que es nombrado por el Presidente de la República ante el que, además, ha de rendir cuentas de su actuación, razón por la cual su autonomía orgánica y funcional será, objetivamente, menor de la que, e principio, disponen otras instituciones similares.

En cuanto al objeto de su actividad, o si se quiere el ámbito de su actuación persuasiva, cabe entender que son todas las administraciones públicas, tanto las de carácter territorial como las de carácter corporativo o institucional. Parece claro, sin embargo, que queda excluida su actuación en las relaciones *interprivatos*.

Finalmente, cabe subrayar que un reto importante de la futura ley orgánica, será el de precisar las formas de relación y de coordinación de funciones con las otras Autoridades de regulación antes citadas, a fin de evitar posibles solapamientos.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Bon. Pierre, «La Constitución de la V República cumple cincuenta años». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 85, Madrid 2009, pp. 45-81.
- Drago, Guillaume, «Le Conseil Consitutionnel à la croisée des chemins».. *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*. Dalloz. Paris 2008, pp. 315-328.
- Favoreu y otros, *Droit des libertés fondamentales*. Dalloz, 2ème ed. Paris 2002, pp. 57-69.
- Fatin-Rouge Stéfani, Marthe, «Le Conseil Constitutionnel dans la revision constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur la modernisation des institutions». *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º 78, Paris, avril 2009, pp. 269-298.
- Fromont, Michel, «Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale allemande», *Mélanges Eisenmann*. Paris 1975.
- Fromont, Michel, «La découverte des droits fondamentaux, une oeuvre inachavée. En: *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*. Dalloz. Paris 2008, pp. 545-550.
- Gaïa, Patrick, «Le contrôle de conventionnalité». *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º extraordinario (Après le Comité Balladur. Réviser la Constitution en 2008?.), Paris 2008. pp. 201-207.

- Mathieu, Bertrand, «Transformer la Vème République sans la trahir». *Actualité Juridique. Droit Administratif (AJDA)*, 13/X/2008, Paris, pp. 1858-1865.
- Mathieu, Bertrand, «Les logiques de la révision de la Constitution française par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 (texto mecanografiado de la conferencia impartida en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; diciembre 2008: www.cepc.es).
- Milacic, Slobodan, «De la rédecouverte» des droits fondamentaux sous la Vème République. A chaque époque ses droits fondamentaux. En: *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*. Dalloz. Paris 2008, pp. 553-561.
- Philippe, Xavier, «Les propositions d'améliorations de la protection des droits fondamentaux». *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º extraordinario (Après le Comité Balladur. Réviser la Constitution en 2008?). Paris 2008, pp. 209-222.
- Plessix, Benoît, «Des droits nouveaux pour les citoyens», JCP n.º 31-35, 30/7/2008, *Juris-Classeur-Pro (JCP)*, Paris, pp. 59-63.
- Roblot-Troizier, Agnès, «L'impact de la révision constitutionnelle sur les droits et libertés». *Actualité Juridique. Droit Administratif (AJDA)* de 13/X/2008, Paris, pp. 1866-1871.
- Renoux, Thierry, «De l'article 64 de la Constitution et l'indépendance de l'autorité judiciaire à l'article 16 de la Déclaration des Droits et l'indépendance de la justice». 1958-2008. En: *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*. Dalloz. Paris 2008, pp. 293-306.
- Rivero, Jean, *Les libertés publiques. 1.- Les droits de l'homme*. PUF. 3ème ed. Paris 1981, pp. 43-132.
- Verpaux, Michel, «Question préjudicielle et renouveau constitutionnelle». *Actualité Juridique. Droit Administratif (AJDA)* de 13/X/2008, Paris, pp. 1879-1886.
- Wachsmann, Patrick, «Les droits fondamentaux, sans le valoir ni le vouloir». 1958-2008. En: *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*. Dalloz. Paris 2008, pp. 563-569.