

# El Consejo Constitucional tras la revisión constitucional de 23 de julio de 2008<sup>1</sup>

Pierre Bon

Profesor de la Universidad de Pau et des Pays de l'Adour

Director del Instituto de Estudios Jurídicos ibérico-americanos - Derecho y Políticas comparadas  
(CNRS, UMR 6201)

(Traducción de la prfsra. María Lidia Suárez Espino)

**Sumario:** I. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD ANTE EL CONSEJO CONSTITUCIONAL. A) La interposición de la cuestión de constitucionalidad ante el juez ordinario. 1. Una disposición legislativa que suponga un atentado a los derechos y libertades garantizados por la Constitución. a) Disposición legislativa. b) Derechos y libertades garantizados por la Constitución. 2. Existencia de procedimiento pendiente. a) Procedimiento judicial en curso. b) Jurisdicción. 3. Una demanda de las partes formulada en un escrito separado y motivado. a) Demanda de las partes. b) Escrito separado y motivado. B) La transmisión de la cuestión de constitucionalidad al Consejo de Estado y a la Corte de Casación. 1. El filtro del Consejo de Estado o de la Corte de Casación. 2. Las condiciones de la transmisión al Consejo de Estado o a la Corte de Casación. 3. El procedimiento de transmisión al Consejo de Estado o a la Corte de Casación. 4. Los efectos de la transmisión al Consejo de Estado o a la Corte de Casación. 5. El carácter prioritario de la cuestión de constitucionalidad en relación al control de la convencionalidad. C) El reenvío de la cuestión de la constitucionalidad al Consejo Constitucional. 1. Las condiciones del reenvío al Consejo Constitucional. 2. El procedimiento de reenvío al Consejo Constitucional. D) La decisión del Consejo Constitucional sobre la cuestión de constitucionalidad. 1. El procedimiento de examen de la cuestión ante el Consejo Constitucional. 2. Los efectos de la decisión del Consejo Constitucional sobre la cuestión de constitucionalidad.—II. LAS OTRAS MODIFICACIONES QUE CONCIERNEN AL CONSEJO CONSTITUCIONAL. LAS RELATIVAS TANTO A SU COMPOSICIÓN COMO A SUS COMPETENCIAS. A) Composición. B) Competencias. 1. El control de las proposiciones que deben ser sometidas a referéndum. 2. El control sobre la duración de los poderes excepcionales. 3. El control de la presentación de los proyectos de ley.—III. ADDENDA.

<sup>1</sup> Véase también M. Fatin-Rouge Stéfanin; «Le Conseil Constitutionnel dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur la modernisation des institutions», *Revue française de droit constitutionnel* 2009, p. 269; A. Roux, «Le nouveau Conseil Constitutionnel: vers la fin de l'exception française?» *La semaine juridique, édition générale*, 2008.I.175; M. Verpeaux, «Question préjudicielle et renouveau constitutionnel», *Actualité juridique droit administratif* 2008, p. 1879.

La ley constitucional n.º 2008-724 de 23 de julio de 2008, nacida en parte de los trabajos del Comité Balladur<sup>2</sup>, otorga por fin al Consejo Constitucional una competencia clave de la que hasta ahora carecía: la posibilidad de controlar a posteriori la constitucionalidad de las leyes mediante las cuestiones prejudiciales de constitucionalidad planteadas por el Juez ordinario. Sin duda, es éste uno de los aspectos más importantes de la revisión constitucional del 2008. Por su propia naturaleza viene a reforzar tanto el Estado de Derecho (puesto que pone fin a una de las lagunas más graves del Derecho francés, la teoría de la pantalla legislativa)<sup>3</sup>, como los derechos de los ciudadanos (ya que éstos podrán a partir de ahora, estar en el origen del control de la constitucionalidad de las leyes). Sin embargo, sería deseable un mayor acercamiento del Consejo Constitucional al modelo que impera en la Cortes Constitucionales europeas<sup>4</sup>. Es en el mecanismo de esta novedosa cuestión prejudicial donde es necesario poner el acento (I), aun a riesgo de tratar rápida y brevemente las otras innovaciones que contiene la revisión constitucional de 2008 referentes al Consejo Constitucional y que están lejos de tener la misma importancia (II).

## I. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD ANTE EL CONSEJO CONSTITUCIONAL<sup>5</sup>

La instauración en Francia de un control concreto de las leyes en el sentido que este término tiene en la teoría de la justicia constitucional, ha sido durante mucho

2 Esta Comisión toma el nombre del antiguo Primer Ministro, quien ha presidido el Comité de reflexión y propuestas sobre la modernización y el reequilibrio de las instituciones de la Quinta República creado por el decreto n.º 2007-1108 de 18 de julio del 2007. El informe del Comité, titulado *Una Quinta República más democrática*, ha sido publicado en la Documentación francesa en 2008.

3 N. de la T. la teoría de la pantalla legislativa o ley pantalla es una técnica utilizada por el juez administrativo que consiste en rechazar el examen de la constitucionalidad de un acto administrativo cuando éste es impugnado por motivos surgidos de la violación de la Constitución. El juez administrativo no puede apreciar la constitucionalidad de una ley. Por tanto parece lógico que con el fin de evitar el examen de la constitucionalidad de un acto administrativo se busque un obstáculo en la ley. Este obstáculo se encuentra cuando el acto administrativo se apoya en una disposición legislativa que a su vez hace de pantalla entre dicho acto y la Constitución, impidiendo todo tipo de control constitucional. Como conclusión el juez sólo puede declarar la legalidad del acto impugnado; es decir el juez administrativo se somete a la ley y no a la Constitución.

4 P. Bon, «Le Conseil Constitutionnel et le modèle des cours constitutionnelles européennes», *Revista española de Derecho Constitucional* 1991, n.º 32, pp. 45-72; «A propósito del Consejo Constitucional francés», en *La democracia constitucional - Estudios en homenaje al Profesor Rubio Llorente*, Madrid, 2002, volumen 2, pp. 1435-1455.

5 Además de las referencias citadas en la nota 1, ver igualmente, V. Bernaud, V.º artículo 61-1, *La Constitution de la République française* (bajo la dirección de F. Luchaire, G. Conac y X. Prétot), Economica, 2009, 3.ª ed., p. 1438; V. Bernaud y M. Fatim-Rouge Stéfani, «La réforme du contrôle de constitutionnalité une nouvelle fois en question? Réflexions autour des articles 61-1 et 62 de la Constitution proposés par le comité Balladur», *Revue française de droit constitutionnel*, 2008, n.º fuera de serie, p. 169; L. Burgorgue-Larsen, «Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité», *Revue française de droit administratif* 2009, por aparecer; P. Cassia, «Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une question d'actualité», *Revue française de droit administratif* 2008, p. 877; C. Chaix, «La question préjudicielle de constitutionnalité: fin heureuse d'une exception française?», *Politeia*, 2009, n.º 15, p. 489; D. Chauvaux, «L'exception d'inconstitutionnalité, 1990-2009: réflexions sur un retard», *Revue du droit public*

tiempo un tema que ha suscitado bastantes debates. Como es sabido, el constituyente de 1958 se encontraba condicionado a instaurar un control a priori de la constitucionalidad de las leyes, lo que de por sí ya era un paso muy importante teniendo en cuenta el apego de la doctrina francesa y sobre todo de la clase política al mito rousseauniano de la soberanía de la ley. De ello resultaba que las leyes anteriores a la Constitución de 1958, así como aquéllas que, siendo posteriores, no habían sido remitidas al Consejo Constitucional en el marco de un control abstracto a priori así instituido, no podían ver cuestionada<sup>6</sup> su constitucionalidad aunque ésta de hecho fuera discutible. Esta imposibilidad del Consejo Constitucional para controlar a posteriori la constitucionalidad de las leyes resultaba aún más chocante, cuando, en contrapartida, cualquier Juez ordinario, ya fuera judicial<sup>7</sup> o administrativo<sup>8</sup>, podía controlar a posteriori la «convencionalidad» de las leyes, es decir, la conformidad de éstas con los Tratados Internacionales. Esta circunstancia, en la práctica, suponía una desvalorización de la Constitución en relación con los Convenios Internacionales, puesto que el texto constitucional no se podía oponer a una ley que ya estaba en vigor, mientras que sí era posible cuestionarlas en relación con los Tratados. Fueron varios los intentos para instaurar en Francia un control a posteriori de la constitucionalidad de las leyes, el primero de ellos fue en 1990<sup>9</sup>, y posteriormente en 1993<sup>10</sup>, pero siempre se encontraban con la oposición del Senado.

---

2009, p. 566; G. Drago, «Exception d'inconstitutionnalité - Prolégomènes d'une pratique contentieuse», *La semaine juridique, édition générale*, 2008.I.217; Y. Gaudement, «Brouillard dans les institutions: à propos de l'exception de inconstitutionnalité», *de droit public*, 2009, p. 582; B. de Lamy, «Brèves observations sur la question préjudicielle de constitutionnalité en attendant la loi organique», *Recueil Dalloz* 2009, p. 177; B. Mathieu, «Question préjudicielle de constitutionnalité - A propos du projet de loi organique», *La semaine juridique, édition générale*, 2009. Act. 214; O. Pfersmann, «Le renvoi préjudiciel sur exception d'inconstitutionnalité: la nouvelle procédure de contrôle concret a posteriori», *Les petites affiches* du 19 décembre 2008, p. 103; X. Prétot, V.º artículo 62, párrafo 2.º, *La Constitution de la République française, op. cit.* p. 1476; D. Rousseau, «La question préjudicielle de constitutionnalité: un big bang juridictionnel», *Revue du droit public* 2009, p. 631; F. Sudre, «Question préjudicielle de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme», *Revue du droit public* 2009, p. 671.

6 A esta observación cabe hacerse dos excepciones puntuales. La primera resulta del artículo 37, párrafo 2.º, de la Constitución que permite deslegalizar por decreto, los textos con forma de ley, que pertenecen a la competencia reglamentaria (después del informe del Consejo de Estado en el caso de los textos anteriores a la entrada en vigor de la Constitución, después de la decisión del Consejo Constitucional para los textos posteriores). La segunda excepción viene dada por la jurisprudencia del Consejo Constitucional (decisión n.º 85-187 DC de 25 de enero de 1985, Etat de urgence en Nouvelle-Calédonie), según la cual «la conformidad de una ley promulgada con la Constitución, puede ser cuestionada con ocasión del examen de una disposición legislativa que la modifique, la complete o afecte a la materia de una ley anterior ya promulgada». En otras palabras, cuando el Consejo examine a priori una ley que modifica, completa o afecta al ámbito material de una ley anterior ya promulgada, puede también excepcionalmente, examinar la constitucionalidad de la ley anterior aunque ésta haya ya entrado en vigor.

7 Corte de Casación, Cámara mixta, 24 de marzo 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*.

8 Consejo de Estado de 20 de octubre 1989, *Nicolo*.

9 Proyecto de ley constitucional n.º 1203 que contiene la revisión de los artículos 61, 62 y 63 de la Constitución y que pretendía instaurar un control de la constitucionalidad de las leyes por vía de excepción, presentada ante la Asamblea Nacional el 30 de marzo de 1990.

10 Proyecto de ley constitucional n.º 231 que contiene la revisión de la Constitución del 4 de octubre, modificando los Títulos VII, VIII, IX y X, presentado en el Senado el 11 de marzo de 1993.

Fue la tercera tentativa la que tuvo éxito, puesto que la anteriormente citada ley constitucional de 23 de julio de 2008, adoptada en una votación muy ajustada<sup>11</sup>, permite al Consejo Constitucional controlar a posteriori la constitucionalidad de las leyes en unas condiciones que, ciertamente, la alejan sensiblemente, como ya hemos subrayado<sup>12</sup>, del modelo de control concreto de la constitucionalidad que opera en la mayoría de los países europeos. Por una parte, en efecto, la cuestión prejudicial de constitucionalidad no puede plantearse más que en aquellos casos que se refieran a los derechos y libertades constitucionalmente protegidos. Por otro lado, hay dos altas instituciones judiciales que actúan de filtro respecto a aquellas cuestiones expuestas ante el juez constitucional por el juez ordinario, que son el Consejo de Estado (en la jurisdicción administrativa) y el Tribunal de Casación (en la vía judicial). De cualquier manera, se ha introducido en el texto constitucional una nueva redacción en el artículo 61-1, el cual deja el desarrollo de las condiciones de aplicación a la ley orgánica, aunque se ha añadido un párrafo nuevo (el párrafo 2.º) al artículo 62.

En el momento en que se escriben estas líneas, la ley orgánica prevista no ha sido todavía aprobada por el Parlamento, por lo que la reforma no ha entrado de hecho aún en vigor<sup>13</sup>. Sin embargo, el Consejo de Ministros del 8 de abril de 2009 ha aprobado el proyecto de ley particularmente detallado y respecto al cual se puede adivinar que ha sido preparado por el ejecutivo de acuerdo con el Presidente del Consejo Constitucional, el Vicepresidente del Consejo de Estado y el Primer Presidente de la Corte de Casación. Se depositó en las oficinas de la Asamblea Nacional el mismo día con el n.º de registro 1599<sup>14</sup>.

11 La mayoría de tres quintos de los votos emitidos del Congreso (reunión conjunta en el Palacio de Versalles de la Asamblea Nacional y el Senado), exigida por el artículo 89 de la Constitución en materia de revisión constitucional (cuando el Presidente de la República decide no someter el proyecto de revisión a referéndum, lo que es el caso), sólo fue superado por dos votos.

12 P. Bon, «La Constitución de la 5.ª República cumple 50 años», *Revista española de Derecho Constitucional*, n.º 85, enero-abril 2009, p. 45, especialmente pp. 78-79; «La cuestión prejudicial de constitucionalidad en Francia. ¿Solución o problema?», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 23, 2009, p. 313, especialmente pp. 316-321.

13 Consejo de Estado de 11 de diciembre de 2008, *Association de défense des droits militaires*, req. n.º 306962: el artículo 46 de la ley constitucional de 23 de julio del 2008 prevé que las disposiciones del artículo 61-1 de la Constitución entrarán en vigor en las condiciones fijadas por la ley orgánica necesarias para su aplicación. Hasta que dicha ley orgánica no sea aprobada las disposiciones del artículo 61.1 de la Constitución no serán aplicables. A la espera de esta ley orgánica, hoy por hoy no puede plantearse con éxito el examen de la conformidad de una ley con la Constitución ante el Consejo de Estado conocedor del litigio.

14 Reenviado a la Comisión de leyes constitucionales, ésta última ha designado el 9 de junio de 2009, a su Presidente, J.L. Warsmann como Ponente, y ha procedido, los días 23 y 30 de junio, a celebrar algunas audiencias. Es previsible que la ley orgánica no sea adoptada antes del otoño del 2009. Será además sometida al control (obligatorio) del Consejo Constitucional, quien tiene un plazo de un mes para tomar una decisión. Según las disposiciones del artículo 4 del proyecto de ley, debería entrar en vigor «el primer día del tercer mes siguiente a aquel de su publicación» con el fin de permitir al poder reglamentario adoptar las disposiciones necesarias (por ejemplo en materia de ayuda judicial) y a los Tribunales prepararse en las mejores condiciones para la puesta en marcha del nuevo procedimiento. Es asimismo probable que el Consejo Constitucional aproveche este breve aplazamiento en la aplicación para adaptar su reglamento interior al nuevo procedimiento que no debería entrar en vigor hasta principios del año 2010.

Todo este sistema se regula en las nuevas disposiciones constitucionales y en el proyecto de ley orgánica que definirá este novedoso procedimiento de la cuestión prejudicial de constitucionalidad, denominado con el sencillo término de «cuestión de constitucionalidad»<sup>15</sup> en el citado proyecto de ley orgánica. En este estudio se abordarán cuatro cuestiones: la interposición de la cuestión de constitucionalidad ante el juez ordinario; la transmisión de la cuestión de constitucionalidad al juez ordinario superior; la remisión de la cuestión de constitucionalidad por éste último al juez constitucional; la decisión tomada por el juez constitucional sobre la cuestión de constitucionalidad.

## A) La interposición de la cuestión de constitucionalidad ante el juez ordinario

La posibilidad de plantear una cuestión de constitucionalidad ante el juez ordinario está subordinada al cumplimiento de tres condiciones que se derivan tanto de la Constitución como del proyecto de ley orgánica; es necesario que esa norma legislativa contenga un posible atentado a los derechos y libertades garantizados por la Constitución; Asimismo, es exigible que exista un procedimiento abierto en una jurisdicción; Además una de las partes del litigio concreto lo tiene que plantear mediante un escrito separado y motivado.

### 1. Una disposición legislativa que suponga un atentado a los derechos y libertades garantizados por la Constitución

#### a) Disposición legislativa

Como precisa el nuevo artículo 61-1 de la Constitución, la cuestión de constitucionalidad sólo puede ser planteada contra «una disposición legislativa». Esta fórmula presenta algunos problemas de interpretación tanto desde un punto de vista *ratione temporis* como desde un punto de vista *ratione materiae*.

Desde un punto de vista *ratione temporis*, el proyecto de revisión constitucional sólo permitía plantear la cuestión de constitucionalidad frente a aquellas «disposiciones legislativas promulgadas posteriormente a la entrada en vigor de la Constitución». Esta restricción, que permitía a aquellas leyes anteriores a 1958, es decir aquellas para las que no había habido control de constitucionalidad puesto que el Consejo Constitucional no existía todavía, escapar del control de constitucionalidad, ha sido felizmente suprimido en los trabajos constituyentes. A partir de este momento, ya no hay ninguna limitación *ratione temporis* para la aplicación de la cuestión de constitu-

<sup>15</sup> En 1990 y 1993 este procedimiento se denominó excepción de constitucionalidad, sin embargo el actual cambio en la terminología parece acertado, pues como ha señalado la doctrina (T.S. Renoux, «L'exception, telle es la question», *Revue française de droit constitutionnel* 1990, p. 651), no se trata de una excepción en el sentido que este término tiene para los procesalistas, puesto que el Juez de la acción no es el Juez de la excepción, sino que más bien se trata de una cuestión prejudicial.

cionalidad, que ahora puede plantearse frente aquellas disposiciones legislativas anteriores a 1958.

Falta precisar sin embargo como esta posibilidad de formular una cuestión contra una ley anterior a la entrada en vigor de la Constitución se va a coordinar con la competencia que se le reconoció al Consejo de Estado<sup>16</sup> en 2005 para verificar si una disposición legislativa no habría quedado derogada implícitamente por la entrada en vigor de la nueva Constitución, considerando que no se trata sólo de un problema de jerarquía normativa –Constitución que en un sistema de justicia constitucional concentrado pertenece en exclusiva a la jurisdicción constitucional–, sino que también es un problema de la aplicación de la ley en el tiempo que forma parte de la competencia natural del juez ordinario. Es posible que, como sucede en Italia o en España<sup>17</sup>, las dos posibilidades coexistan y que el juez ordinario continúe conociendo sobre aquellos asuntos que se refieran a leyes anteriores a la Constitución desde la perspectiva de la derogación y el juez constitucional desde la perspectiva de la jerarquía, en el caso de que se plantee una cuestión de constitucionalidad por el juez ordinario, los dos controles no tendrán los mismos efectos (pues el examen de la derogación –por el Juez ordinario– sólo puede desembocar en una inaplicación de la disposición legislativa al litigio concreto, mientras que el control de constitucionalidad puede provocar su desaparición efectiva del Ordenamiento Jurídico). Por otro lado, cabe la posibilidad (más o menos probable) de que el Consejo de Estado considere que la nueva vía abierta por la revisión constitucional de 2008 haga que se pierda todo interés por el control de la derogación, y que se abandone su jurisprudencia producida desde el 2005<sup>18</sup>, reconociendo para ello la competencia exclusiva del Consejo Constitucional.

Desde un punto de vista *rationae materiae*, la Constitución hace referencia a las disposiciones legislativas. Esta fórmula difiere de la utilizada a propósito del control a priori que concierne a las leyes orgánicas en el marco del control automático y a las

16 Consejo de Estado de 21 de noviembre de 2005, Juez de los informes, *Boisvert, Rec. Cons. d'Et.*, p. 517; *Actualité juridique droit administratif* 2006, p. 357, chronique C. Landais y F. Lenica; *Bulletin juridique des collectivités locales* 11/05, p. 754, obs. J.-C. B.: El Consejo de Estado acepta examinar si la ley del 3 de abril de 1955 que instituye el estado de urgencia ha sido o no derogada de hecho por la entrada en vigor de la Constitución de 1958; El Consejo de Estado de 16 de diciembre de 2005, junto con el ministro de Asuntos Sociales, de trabajo y de solidaridad y el Sindicato de funcionarios de Justicia, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 570 con las conclusiones de J.-F. Stahl; *Revue juridique des entreprises publiques*, n.º 629, marzo 2006, p. 128, conclusiones J.-F. Stahl; *Actualité juridique droit administratif* 2006, p. 357, chronique C. Landais y F. Lenica: El Consejo de Estado acepta examinar si un decreto del 2 de noviembre de 1945 relativo al estatuto de los funcionarios ha sido o no derogado por el sexto párrafo del Preámbulo de la Constitución de 1946 que ha sido modificado por la Constitución de 1958.

17 Ver por ejemplo la resolución de la Corte Constitucional italiana de 14 de junio de 1956, decisión 1/1956, y resolución del Tribunal Constitucional español de 2 de febrero de 1981, decisión 4/1981, *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes* (P. Bon y D. Maus dir.), Dalloz, 2008, respectivamente p. 89 y p. 92.

18 Al menos aquella que se ha basado en que la disposición anterior a la Constitución de 1958 viola los derechos y libertades consagrados constitucionalmente. Si el motivo del examen de la constitucionalidad es otro no se podría plantear la cuestión prejudicial de constitucionalidad (ver infra) de tal manera que la jurisprudencia de 2005 conservaría todo su interés.

leyes ordinarias en el marco del control facultativo. Excluyéndose, según lo dispuesto por el Consejo Constitucional, las leyes refrendadas<sup>19</sup>, sólo pueden ser además leyes parlamentarias y con la condición de que no se trate de leyes constitucionales, es decir leyes que tengan por objeto la revisión de la Constitución<sup>20</sup>.

Es indudable que la fórmula «disposición legislativa» utilizada a propósito de la cuestión prejudicial engloba aquellas leyes susceptibles de ser sometidas a un control a priori, es decir que una cuestión de constitucionalidad a posteriori puede afectar a un texto susceptible de control a priori. El proyecto de ley orgánica, entre otras cosas, se encarga de precisar las relaciones entre los dos controles, indicando, punto éste que trataremos con más detalle más adelante, que una disposición legislativa que ha sido ya declarada conforme con la Constitución por el Consejo Constitucional no puede dar lugar a una cuestión prejudicial salvo que hayan variado las circunstancias. Es decir que las leyes orgánicas, que se someten de forma automática y sistemática a un control a priori, no podrán ser objeto de una cuestión prejudicial salvo que hayan variado las circunstancias (por ejemplo, modificación de la Constitución). Lo mismo pasará con aquellas leyes ordinarias remitidas al Consejo Constitucional en el marco de un control a priori facultativo, al menos para aquellas de sus disposiciones que han sido declaradas conformes a la Constitución por el Consejo. Por el contrario, las otras leyes ordinarias sí podrán, sin restricción, ser objeto de una cuestión prejudicial.

Más delicado es llegar a saber si la fórmula «disposición legislativa» permite someter a la cuestión de constitucionalidad actos que están excluidos del control a priori.

Estimamos que la respuesta ha de ser negativa en lo que concierne a las leyes que han sido objeto de referéndum. Su exclusión del control a priori se basa en dos argumentos<sup>21</sup>: Un argumento basado en la redacción del texto (la referencia a la letra del artículo 17 del reglamento de 7 de noviembre de 1958, que desarrolla la ley orgánica reguladora del Consejo Constitucional, en el que, con relación al control a priori, lo considera sólo aplicable a las leyes adoptadas por el Parlamento) y un argumento de fondo (la idea de que, en virtud del equilibrio de Poderes establecido por la Constitución, las leyes que se pueden someter al control del Consejo Constitucional son únicamente las leyes parlamentarias y de ninguna forma aquellas que han sido adoptadas por el Pueblo mediante un referéndum, ya que éstas constituyen la expresión de la soberanía nacional). Sin embargo, si bien es cierto que el argumento de texto no puede ser invocado para descartar la cuestión prejudicial contras las leyes refrendadas, puesto que éste sólo se refiere al control a priori, no se puede decir lo mismo del argumento de fondo.

19 Decisión n.º 62-20 DC del 6 de noviembre de 1962, *Rec.Cons. constit.*, p. 27; decisión n.º 92-313 DC del 23 de septiembre de 1992, *Rec. Cons. constit.*, p. 94.

20 Decisión n.º 2003 – 469 DC de 26 de marzo de 2003, *Rec. Cons. constit.*, p. 293.

21 Ver la Decisión precitada n.º 62-20 DC de 6 de noviembre de 1962 cuya redacción ha sido parcialmente modificada por la Decisión n.º 92-313 DC del 23 de septiembre de 1992, *Rec. Constit.*, p. 94.

De la misma manera, la respuesta nos parece que debe ser negativa en el caso de las leyes de revisión constitucional.

Por el contrario, la solución es más incierta en lo concerniente a los actos con fuerza de ley que emanan del ejecutivo. El término «disposición legislativa» puede, en efecto, ser interpretado como aplicable no sólo a los textos que tienen forma legislativa (las leyes parlamentarias) sino también a los textos normativos con fuerza de ley como, por ejemplo, los decretos del artículo 38 (asimilables a los decretos legislativos del Derecho italiano o español), las decisiones tomadas en aplicación del artículo 16 de la Constitución y que recaen sobre materias pertenecientes a la ley (cerca de los decretos leyes del Derecho italiano o español) o incluso los decretos necesarios para desarrollar las instituciones creadas en aplicación del antiguo artículo 92 de la Constitución. Si éste fuera el caso desaparecería una de las restricciones más criticables a la competencia del Consejo Constitucional si la comparamos con aquéllas que tienen otras jurisdicciones constitucionales. Así, mientras que por ejemplo en Italia o en España las Cortes Constitucionales tienen competencias para examinar aquellos actos con fuerza de ley, sea cual sea la Autoridad de la cual emanen, el Parlamento o el ejecutivo, no ocurría lo mismo en Francia, donde tradicionalmente el Consejo Constitucional sólo podía controlar leyes parlamentarias. Si la expresión «disposición legislativa» fuera interpretada de tal forma que incluyera todas las disposiciones con fuerza de ley, actos que hasta ahora estaban sustraídos a todo control, podrían ser examinados (decisiones tomadas en aplicación del artículo 16 cuando tratan de materias legislativas, decretos necesarios para poner en marcha las instituciones) y los actos que no son controlados más que por medio de un subterfugio intelectual podrían ahora serlo sin rodeos (los decretos del artículo 38 que, al no ser ratificados, son actualmente controlados por el juez administrativo, basándose, aquí está el subterfugio intelectual, en que se trata de actos administrativos que afectan al ámbito de la ley y pueden modificar leyes anteriores, de tal manera que sería posible considerar que éstos entran dentro de la competencia natural del juez constitucional, a la manera de lo que pasa en Italia o en España). Sin embargo, se puede afirmar que la tradición juega un papel relevante en este sentido y cabe la posibilidad de que el término «disposición legislativa» sea considerado como sinónimo de ley, es decir, que se interprete en un sentido formal y no en un sentido material.

### ***b) Derechos y libertades garantizados por la Constitución***

Como ya se ha subrayado, una de las particularidades de la cuestión prejudicial de constitucionalidad francesa es que no puede ser planteada por cualquier causa de inconstitucionalidad, como sucede en la casi totalidad de los países europeos que cuentan con esta vía jurídica<sup>22</sup>, sino sólo cuando una «disposición legislativa suponga

<sup>22</sup> Exceptuando Bélgica donde la cuestión prejudicial no puede ser planteada sino en aquellos supuestos de violación de los artículos comprendidos entre el 8 y el 32 («de los belgas y sus derechos») 107 y 172 («sobre la economía») y 191 («derechos de los extranjeros»), lo mismo ocurre con las normas constitu-



un atentado a los derechos y libertades que la Constitución garantiza» (fórmula de la Constitución), o en otros términos, la cuestión de constitucionalidad no es, como en otros países, una técnica de garantía de la supremacía de la Constitución en su conjunto, sino solamente (lo que en sí mismo no es negativo) una técnica de protección de los derechos y libertades. No se pueden invocar otros vicios de competencia o de procedimiento. En cuanto a los defectos de fondo, sólo sería admisible cuando éstos supongan un desconocimiento de un derecho o una libertad constitucional. Ya en las frustradas revisiones de 1990 y de 1993, la cuestión sólo podía referirse a «los derechos fundamentales reconocidos a toda persona por la Constitución», fórmula que el Informe Balladur ha sustituido oportunamente por la expresión más amplia de «libertades y derechos fundamentales reconocidos por la Constitución».

La revisión constitucional de 23 de julio de 2008 tiene el mérito de haber reemplazado la fórmula «derechos y libertades fundamentales» por «derechos y libertades que la Constitución garantiza». Lo que evita en efecto el problema de aclarar si, dentro de los derechos y libertades proclamados por la Constitución, hay algunos que son fundamentales y otros que no lo son, cuestión que puede ser ociosa si se define los derechos y libertades fundamentales como aquéllos que son reconocidos por un texto de rango supra legal<sup>23</sup>.

Como se ha dicho, la fórmula que contiene el artículo 61-1 de la Constitución no se encuentra en perfecta armonía con las otras disposiciones que se encuentran en la Ley fundamental, como por ejemplo aquéllas que se refieren a las «las garantías fundamentales acordadas por los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas» utilizadas para definir el ámbito de la ley (artículo 34), aquélla que trata sobre «el respeto a los derechos y libertades» (sin más precisión) empleada para definir las misiones encomendadas al Defensor de los derechos (artículo 71-1) o aquellas otras relativas a «las condiciones esenciales de ejercicio de una libertad pública o de un derecho constitucionalmente garantizado» mencionado para concretar aquellos casos en los que no resulta posible por ley o reglamento permitir a las entidades territoriales derogar sus disposiciones (artículo 72). El principio de interpretación de las normas jurídicas establece, para aumentar su eficacia, la posibilidad de que estas fórmulas sean parcialmente diferentes, pues se pretende regular realidades también diferentes. No obstante, esta actitud no contribuye ciertamente a la claridad y la comprensión de la norma jurídica.

Por otro lado, la fórmula prevista supone que, a partir de ahora, se plantee la necesidad de saber lo que en el texto constitucional corresponde a un derecho o a una libertad y lo que es ajeno al ámbito de los derechos y libertades, cuestión que carecía de importancia en el marco del control a priori en la medida en que bastaba

cionales que conciernen al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades o regiones que la forman.

<sup>23</sup> Ver a modo de ejemplo L. Favoreu y otros, *Droits des libertés fondamentales*, Dalloz, 2005, 3.<sup>a</sup> ed., p. 2.

generalmente con saber si se trataba o no de un asunto en el que estaba implicado un principio o una regla de valor constitucional. Esta cuestión es aún más delicada si tenemos en cuenta que no existe en la Constitución de 1958 un equivalente al Título I de la Ley Fundamental alemana denominado «Los derechos fundamentales» o al Título I de la Constitución española que trata «de los derechos y deberes fundamentales». Podría afirmarse que los derechos y libertades fundamentales están diseminados a lo largo de todo el texto constitucional. Algunos se encuentran al inicio (pero enunciados de manera indirecta) en el Preámbulo, que hace referencia a tres textos: La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789; el Preámbulo de la Constitución de 1946 que reafirma solemnemente los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República (que no enumera) y proclama en otros lugares, como particularmente necesarios en nuestro tiempo, un determinado número de principios políticos, económicos y sociales (que enumera); la Carta del medioambiente (en la que, especialmente, el artículo primero dispone que «todos tienen el derecho a vivir en un entorno equilibrado y respetuoso con la salud»). No obstante, todas las disposiciones de estos textos no se corresponden forzosamente con derechos y libertades, los cuales sí es posible ver en otros artículos, es decir a lo largo del articulado de la Constitución (igualdad en el artículo primero, derecho de sufragio en el artículo 3 y libertad individual en el artículo 66, por poner sólo estos tres ejemplos). Esto hará que necesariamente se planteen problemas de identificación. Por ejemplo, el desconocimiento de los objetivos de valor constitucional deducidos de la Constitución por el Consejo Constitucional puede dar lugar a la declaración de inconstitucionalidad de una ley en el marco de un control a priori<sup>24</sup>, pero resulta bastante discutible que estos objetivos correspondan a derechos y libertades<sup>25</sup> y que su violación pueda dar lugar a una cuestión prejudicial. Así por ejemplo, el principio de libre administración de las Entidades proclamado en el artículo 72 de la Constitución ha fundamentado numerosas declaraciones de inconstitucionalidad planteadas en el procedimiento de control abstracto, pero a nuestro juicio, ésta es más una garantía constitucional<sup>26</sup> que un derecho o una libertad<sup>27</sup>, de tal manera que no es cierto que su vulneración pueda ser el origen de una cuestión prejudicial.

24 Así, por ejemplo el objetivo constitucional de accesibilidad y de comprensión del Derecho ha sido deducido por el Consejo Constitucional de los artículos 6, 16, 4 y 5 de la Declaración de los derechos del hombre y ciudadano y su desconocimiento por la ley puede ser origen de una decisión de no conformidad con la Constitución (ver a modo de ejemplo, las decisiones n.º 2003-475 DC del 24 de julio de 2003, *Rec. Cons. constit.*, p. 400 y n.º 2005-530 DC de 29 de diciembre de 2005 *Rec. Constit.*, p. 168).

25 P de Montalivet, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, 2006.

26 En el sentido que este término tiene en la doctrina alemana de principios del S. XX. Ver a modo de ejemplo C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, 1928 y *Droits de libertés et garanties institutionnelles de la Constitution du Reich*, 1931.

27 Aunque el Consejo de Estado lo haya apreciado en una célebre decisión (Consejo de Estado de 18 de enero de 2001, *Commune de Venelles et Morbeli*, *Rec.Cons. d'Et.*, p. 18, conclusiones L. Touvet; *Revue française de droit administratif* 2001, p. 378, conclusiones L. Touvet; *Cahiers juridiques d'électricité et du gaz* 2001, p. 161, conclusiones L. Touvet; *Actualité juridique droit administratif* 2001, p. 153, chronique M. Guyomar y P. Collin; *Revue française de droit administratif* 2001, p. 681, nota M. Verpeaux; *Revue du droit public* 2002, p. 753, observaciones C. Guettier; *Droit administratif*, junio 2001, p. 31, nota L. T.; *Les petites affiches* 2001, n.º 30, nota N. Chahid-Nourai), «une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative». No obstante es cierto que la alta jurisdicción ha desarrollado una interpretación parcialmente

## 2. Existencia de procedimiento pendiente

### a) Procedimiento judicial en curso

La cuestión de constitucionalidad sólo puede plantearse con ocasión de un procedimiento judicial pendiente. Esta es una cuestión que suscita poco comentario puesto que se desprende de la lógica misma del control concreto. Mientras que la propia naturaleza del denominado control abstracto presupone que ésta sea planteada con independencia de todo litigio preexistente ante un Juez (es por esta característica por la que es calificado de abstracto), el denominado control concreto ejercido a través de la cuestión prejudicial encuentra su origen en un procedimiento pendiente (es por ello por lo que se le denomina concreto), en el curso del cual se invoca una contradicción entre los derechos y libertades constitucionalmente garantizados y una disposición legislativa cuya constitucionalidad exige la apertura del proceso. En otros términos, dependiendo de que esta disposición sea constitucional o no, la resolución del litigio será diferente. En otras palabras, la cuestión de constitucionalidad sólo podrá ser planteada si hace referencia a una disposición legislativa cuya validez condiciona el resultado del litigio pendiente ante el juez *a quo*, retomando la terminología italiana. Según esta misma terminología, dicha ley deberá ser relevante para la resolución del caso concreto.

No obstante, se hace necesario precisar ante qué jurisdicción podrá ser planteada.

### b) Jurisdicción

Aunque la Constitución se refiere a «una jurisdicción» sin precisar más, el proyecto de ley orgánica es más restrictivo puesto que determina que debe ser una jurisdicción que esté bajo la dependencia jerárquica del Consejo de Estado o de la Corte de Casación, o bien procedimientos planteados directamente ante el Consejo de Estado o la Corte de Casación (entendiendo así que la cuestión de constitucionalidad puede ser planteada la primera vez tanto en primera instancia como en apelación o casación). La solución es lógica: en la medida en que la cuestión es sometida al filtro, ya sea del Consejo de Estado, ya sea de la Corte de Casación, no es anormal que éstas sólo puedan plantearse ante dichas instancias judiciales o bien ante jurisdicciones sometidas a su control.

Por otro lado, esta limitación no descarta prácticamente a ninguna jurisdicción en la medida en que todas o casi todas están sometidas al control de cualquiera de

---

autónoma de la noción de libertad fundamental que no coincide siempre con la noción de derechos y libertades constitucionales. Por ejemplo, la igualdad no ha sido considerada como una libertad fundamental (Consejo de Estado, procedimiento de urgencia del 26 de junio de 2003, *Conseil départemental de parents d'élèves de Meurthe-et-Moselle*, req. n.º 257938), puesto que se trata sin duda, de un derecho garantizado por la Constitución (décision n.º 73-51 DC del 27 de diciembre de 1973, *Rec. Cons. constit.*, p. 25).

estas dos Cortes Supremas. Cuestión aparte es el caso del Tribunal de Conflictos que, compuesto a partes iguales por consejeros del Consejo de Estado y consejeros de la Corte de Casación, no pertenece ni a la jurisdicción administrativa ni a la jurisdicción judicial. En la inmensa mayoría de los casos, esto no supondrá ningún problema ya que el Tribunal de Conflictos no entra en el fondo del asunto sino que simplemente decide sobre la competencia, es decir resolviendo si el litigio pertenece al ámbito del juez administrativo o al del juez judicial. Es sabido sin embargo que en aplicación de la ley de 20 de abril de 1932 (la cual se ha aplicado en muy contadas ocasiones) está igualmente habilitado para volver a decidir por sí mismo sobre el fondo de los litigios que habían dado lugar a decisiones de la jurisdicción administrativa o judicial (ambas competentes) que recayendo sobre el mismo objeto, presentan una contradicción que conlleva una denegación de justicia. Una cuestión de constitucionalidad no podrá plantearse ante este Tribunal de Conflictos en un caso como el planteado, no obstante se puede presumir que si hay motivos para plantearla, lo habrá sido ya ante el juez administrativo, el juez judicial o ante los dos a la vez.

Por otro lado, las disposiciones especiales están previstas para aquellas materias que se refieran a la Instrucción Penal y a las del llamado Tribunal de Assises<sup>28</sup>.

Tratándose de la instrucción penal, la cuestión puede ser planteada en el desarrollo de la instrucción, pero en ese momento ésta se elevará a la jurisdicción de Instrucción de segundo grado. La Exposición de Motivos del proyecto de ley orgánica justifica esta solución de la siguiente manera: «ni el juez de Instrucción ni el juez de libertades y detenciones tienen la facultad de anular un acto o una parte del procedimiento de Instrucción. Esta facultad se devuelve a la Sala de Instrucción (artículos 170 y 173 del Código de Procedimiento Penal); Así sería lógico confiar a la jurisdicción competente para decidir sobre la validez del procedimiento, la responsabilidad de apreciar si la cuestión de constitucionalidad planteada afecta o no a la regularidad del procedimiento. Cualquiera de las partes o un testigo asistido puede plantear este conflicto ante la Sala de Instrucción, por lo que esta norma no conlleva una restricción del derecho de los justiciables a plantear una cuestión de constitucionalidad».

Tratándose del Tribunal de Assises, no podrá plantearse ante éste una cuestión de constitucionalidad en el primer recurso. Como señala la Exposición de Motivos del proyecto de ley orgánica, «esta limitación está justificada por la composición particular<sup>29</sup> de este Tribunal y al interés que conlleva que las cuestiones de Derecho y procesales estén fijadas antes de la apertura del procedimiento penal. Todas las posibilidades están abiertas, en la fase de instrucción y antes del procedimiento criminal, para permitir que se planteen cuestiones de constitucionalidad». Por el contrario, cuando se apele una decisión adoptada en Primera Instancia por un Tribunal Penal, se podrá plantear una cuestión de constitucionalidad, aunque en este supuesto, ésta será in-

28 N. de la T. Tribunal Penal francés que se encarga de conocer aquellos crímenes más graves.

29 Compuesto de tres jueces profesionales y de un jurado popular de nueve ciudadanos elegidos por sorteo.

mediatamente transmitida a la Corte de Casación. En efecto, su Sala de lo Penal es la encargada de designar al Tribunal Penal que conocerá en apelación y, como se explica en la Exposición de Motivos, lo más adecuado es que «la cuestión de constitucionalidad pueda ser examinada antes de la apertura de los debates que tendrán lugar en el Tribunal Penal que se constituya en apelación».

### **3. Una demanda de las partes formulada en un escrito separado y motivado**

#### **a) Demanda de las partes**

Ya el artículo 61-I de la Constitución parecía reservar a las partes el derecho de plantear una cuestión de constitucionalidad. En efecto, este artículo comenzaba con la expresión siguiente: «Cuando, con ocasión de un procedimiento en curso ante una jurisdicción se sospeche que una ley conlleva un atentado a los derechos y libertades que la Constitución garantiza...» «en el proceso, sólo las partes plantearán las pretensiones y el Juez decidirá»<sup>30</sup>. Esta interpretación se confirma por el proyecto de ley orgánica que declara expresamente que el procedimiento establecido para conocer si una disposición legislativa conlleva un atentado a los derechos y libertades garantizados por la Constitución «no puede ser planteado de oficio».

Se trata de una singularidad en relación con lo que ocurre en el Derecho comparado, donde cualquier violación de la Constitución es generalmente considerada como una cuestión de orden público y que por tanto puede ser planteada de oficio por el juez.

Esta especificidad, se explica seguramente por la preocupación que existe de dejar el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad en las manos de los justiciables y no en las de los jueces (aunque estos últimos desempeñarán un papel muy relevante en el posterior desarrollo del procedimiento). Además, en el informe del Comité Balladur, la cuestión de constitucionalidad se desarrollaba bajo el título «Reconocer a los justiciables un derecho nuevo». Lo que puede parecer discutible es que el juez, como garante del Estado de Derecho, no pueda de oficio plantear la contradicción entre una disposición legislativa y la Constitución. Sin embargo, se sabe que al menos el Consejo de Estado ha rehusado hasta ahora plantear de oficio la posible violación por una ley de una norma de Derecho Internacional y especialmente de Derecho Europeo<sup>31</sup>, al considerar, retomando la terminología del contencioso administrativo, que era ajeno al desconocimiento del campo de aplicación de la ley, una de las categorías de los medios de orden público. En estas condiciones, la solución adoptada por el proyecto de ley orgánica resulta más lógica de lo que pudiera pensarse a primera vista, aunque se haga pasar por una especificidad en relación con el Derecho Comparado.

<sup>30</sup> D. Chavaux, «L'exception d'inconstitutionnalité, 1990-2009: réflexions sur un retard» art. cit., p. 572, nota 10.

<sup>31</sup> R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 2008, 13.ª ed., p.825.

**b) Escrito separado y motivado**

Otra precisión no exenta de importancia que se desprende del proyecto de ley orgánica es que el planteamiento de un posible atentado por parte de una disposición legislativa a los derechos y libertades garantizados por la Constitución debe presentarse en un escrito separado y motivado. Esta exigencia, que si no es respetada conllevará la inadmisibilidad de la cuestión, impondrá oportunamente a las partes o a sus abogados no contentarse con plantear la inconstitucionalidad de una disposición legislativa en una línea (o en una frase en la hipótesis de que el procedimiento fuera oral), sino que por el contrario deberán elaborar una memoria específica y argumentada, concentrando así la atención en el problema de la constitucionalidad.

**B) La transmisión de la cuestión de constitucionalidad al Consejo de Estado y a la Corte de Casación**

En el caso de que se plantee una cuestión de constitucionalidad, esta no se presentará directamente al Consejo de Estado o a la Corte de Casación, sino ante una jurisdicción que esté bajo el control de aquéllos y que sea competente para conocer del caso concreto, quien a su vez deberá transmitirla al juez ordinario superior, haciendo este último de filtro. Es importante sin embargo estudiar las condiciones en las que se ha de hacer esta transmisión, su procedimiento y sus efectos antes de analizar el carácter prioritario de la cuestión de constitucionalidad en relación al control de adecuación a los Tratados.

**1. El filtro del Consejo de Estado o de la Corte de Casación**

Una de las originalidades de la cuestión de constitucionalidad francesa en relación a los restantes países europeos que cuentan con este instrumento jurídico<sup>32</sup> es el hecho de que juez ordinario ante el que se plantea no pueda transmitirlo directamente al juez constitucional si lo estima conveniente, sino sólo ante el juez ordinario superior del cual depende jerárquicamente, ya sea el Consejo de Estado o la Corte de Casación.

Se ha señalado ya anteriormente<sup>33</sup> las razones de esta decisión. En un principio razones técnicas: Se trata de evitar el atasco del Consejo Constitucional confiando,

<sup>32</sup> Con la excepción de Austria donde la Corte Constitucional Federal sólo conoce de las cuestiones elevadas por la Corte administrativa, la Corte Suprema de Justicia y, desde 1975, por todo Tribunal llamado a decidir en Segunda Instancia. Hay que señalar que, en el texto inicial de la ley que regula la Corte Constitucional Federal alemana, se indicaba que la cuestión de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional Federal sólo podía formularse por los Tribunales federales superiores, pero esta restricción se suprimió en 1956.

<sup>33</sup> P. Bon, «La cuestión prejudicial de constitucionalidad en Francia ¿Solución o problema?» art. cit., pp. 318-319.

de alguna manera, un papel de filtro al Consejo de Estado o a la Corte de Casación. El Consejo Constitucional debe resolver un número nada desdeñable de recursos abstractos a priori. Como demuestra la experiencia española de los años 1980-1985, tal control sólo sería aceptable políticamente si se resolviera en unos plazos muy breves, para no bloquear demasiado tiempo la entrada en vigor de la ley remitida al juez constitucional. Para ello es conveniente que este último, con el fin de que pueda decidir con celeridad, no se vea saturado de recursos. Asimismo también hay razones sociopolíticas: El peso del Consejo de Estado y de la Corte de Casación, que teniendo en cuenta la importancia que tienen en el sistema judicial, sin ninguna duda habrían encajado mal que cualquier «juez ordinario» pudiera elevar el recurso directamente al Consejo Constitucional sin que ellos pudieran emitir una palabra, independizándose así, de alguna manera, de su tutor para entrar en un diálogo directo con el juez constitucional.

Se ha indicado igualmente los riesgos de este filtro<sup>34</sup>: que el Consejo de Estado y la Corte de Casación, los cuales tienen que decidir si es necesario o no transmitir una cuestión de constitucionalidad al Consejo Constitucional, desarrollen una interpretación autónoma de los derechos y libertades constitucionalmente garantizados, y se erijan de hecho, en jueces constitucionales junto con el Consejo Constitucional. Sin embargo se puede esperar que «el diálogo entre jueces» permitirá evitar este riesgo.

## **2. Las condiciones de las transmisiones al Consejo de Estado o a la Corte de Casación**

El juez ordinario ante el que se plantea la cuestión de constitucionalidad tiene la obligación de transmitirla al juez ordinario superior del que dependen jerárquicamente si las tres condiciones siguientes enumeradas en el proyecto de ley orgánica se cumplen, condiciones que con pocas diferencias de redacción se encuentran a menudo en otros textos.

Primera condición, la disposición cuestionada debe ser decisiva para la resolución del litigio, la validez del procedimiento o constituir el fundamento de la demanda. Esta condición de *rilevanza* se encuentra en la lógica misma del control concreto de la cuestión prejudicial.

Segunda condición, la disposición cuestionada no debe haber sido declarada ya conforme a la Constitución ni en los fundamentos jurídicos ni en el fallo de una decisión del Consejo Constitucional salvo que hayan cambiado las circunstancias. La referencia conjunta a los fundamentos jurídicos y al fallo, previsiblemente se explica por la loable preocupación de no dejar fuera del ámbito de aplicación de la cuestión de constitucionalidad a aquellas disposiciones que sólo eran evocadas por la vía de los «*considerant balai*» que hace un tiempo figuraban al final de las decisiones del Conse-

34 El mismo artículo., pp. 319-321.

jo Constitucional justo antes del fallo y según el cual «no había lugar para que el Consejo Constitucional conociera de oficio sobre la conformidad con la Constitución de otras disposiciones de la ley sometida a examen». Esta fórmula del «*considérant balaï*», que podía ser interpretada de forma que supusiera un reconocimiento implícito de la conformidad con la Constitución de aquellas otras disposiciones de la ley no cuestionadas expresamente por los demandantes, ha desaparecido hoy en día y el Consejo Constitucional debe pronunciarse únicamente sobre las disposiciones de la ley que están siendo sometidas a examen y a las que se refiere tanto en los Fundamentos de Derecho como en el fallo de sus decisiones (salvo para las leyes orgánicas –o los reglamentos de las Asambleas Parlamentarias– que le son transmitidas de oficio y de los cuales debe examinar la constitucionalidad de cada uno de sus artículos aunque no aparezca siempre en los argumentos de sus decisiones, lo que plantea un problema si tenemos en cuenta la redacción de la ley orgánica). En cuanto a la excepción de variación de las circunstancias, se refiere tanto a un cambio de Derecho (por ejemplo la modificación de disposiciones de la Constitución, respecto a las que la disposición legislativa había sido inicialmente declarada conforme) como de hecho.

La tercera condición, es que la cuestión de constitucionalidad debe plantearse con rigurosidad. Lo que se asemeja a la fórmula del Derecho italiano según la cual, la cuestión de constitucionalidad no debe estar manifiestamente infundada. Por otro lado, también es semejante a la que habitualmente es usada por el juez administrativo, y según la cual «para que se pueda acordar la suspensión de la decisión administrativa atacada se deberá crear durante la instrucción una duda seria sobre la legalidad de la decisión»<sup>35</sup>.

Evidentemente, cuando el juez ordinario verifica que la cuestión de constitucionalidad se ha planteado seriamente, analiza también que una disposición legislativa está siendo debatida fundadamente. Verifica igualmente que los derechos y libertades garantizados por la Constitución estén en juego. Finalmente analiza que el medio por el que se plantea que esta ley puede suponer un atentado a estos derechos y libertades constitucionalmente garantizados no está desprovisto de rigurosidad, lo que le conduce necesariamente a realizar un juicio de constitucionalidad sobre esta disposición legislativa, un juicio preliminar, es cierto, pero un juicio de constitucionalidad.

### **3. El procedimiento de transmisión al Consejo de Estado o a la Corte de Casación**

El proyecto de ley orgánica avanza tres reglas.

En primer lugar, el juez ordinario debe transmitir la cuestión al Consejo de Estado o la Corte de Casación dentro de los ocho días siguientes a su decisión, con las memorias o las conclusiones de las partes.

<sup>35</sup> Artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa.



En segundo lugar, con el fin de evitar cualquier medida dilatoria, la decisión de transmisión no será recurrible. Aunque evidentemente si una de las partes pretende cuestionar esta transmisión, podrá alegar ante el Consejo de Estado o la Corte de Casación que las condiciones ya expuestas anteriormente no se han cumplido.

En tercer lugar, si el juez ordinario decide no transmitir la cuestión, su negativa sólo podrá ser recurrida en el marco de un recurso contra la decisión que resuelve todo o parte del litigio.

Sin embargo, el proyecto de ley nada dice sobre una circunstancia que es relevante en la medida en que condiciona el atractivo de la cuestión de constitucionalidad, sobre todo en relación al control de la convencionalidad, tema sobre el que tendremos ocasión de volver más adelante. No se indica, en efecto, en qué plazo el juez ordinario, planteada una cuestión de constitucionalidad, deberá examinarla, es decir decidir si la transmite al juez ordinario superior del cual depende. Sin duda, lo más conveniente sería un plazo corto compatible con el respeto al sistema contradictorio y con las exigencias de la instrucción.

#### ***4. Los efectos de la transmisión al Consejo de Estado o a la Corte de Casación***

La decisión del juez ordinario de transmitir la cuestión de constitucionalidad al Consejo de Estado o a la Corte de Casación tiene por efecto el deber del juez ordinario de suspender su decisión hasta que el juez superior del cual depende, haya decidido no transmitir la cuestión de constitucionalidad al Consejo Constitucional, o hasta la decisión de éste último en el supuesto de que la cuestión le haya sido transmitida. Como se verá más adelante, en la medida en que el Consejo de Estado o la Corte de Casación tienen tres meses para tomar una decisión sobre la cuestión y el Consejo Constitucional tres meses para resolverla, el aplazamiento para dictar sentencia por el juez ordinario tendrá una duración máxima de tres (en la primera hipótesis) o de seis meses (en la segunda hipótesis).

Ahora bien, teniendo en cuenta los problemas que puede plantear un aplazamiento en la decisión de varios meses, el proyecto de ley orgánica ha previsto matizaciones y excepciones.

Como matizaciones, se precisa que el desarrollo de la instrucción no se suspende, que la jurisdicción, podrá en todo momento acordar las medidas provisionales y cautelares necesarias, y que en el supuesto de que el aplazamiento suponga un riesgo grave de consecuencias irreparables o excesivas para los derechos de una de las partes, se podrá tomar una decisión sobre aquellos asuntos que deban ser inmediatamente resueltos.

En las excepciones, conviene distinguir entre las que están impuestas por el Derecho y aquellas otras que dependen de la decisión del Juez. Son excepciones de

Derecho, las que impiden el aplazamiento de la decisión cuando se trata de decidir sobre la privación de libertad de una persona o cuando el procedimiento tiene por objeto poner fin a una medida privativa de libertad. Lo que se pretende, en efecto, es que el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad no tenga como consecuencia aplazar la decisión sobre la puesta en libertad de una persona. Son excepciones sometidas a la discrecionalidad del juez y éste podrá decidir sin esperar la decisión del Consejo de Estado, de la Corte de Casación o del Consejo Constitucional cuando la ley o el reglamento prevea que éste debe decidir dentro de un plazo determinado o con urgencia. Si la ley o el reglamento contienen tal previsión, es porque se ha considerado que los intereses en causa imponen al juez decidir con celeridad. Sin embargo, el procedimiento de la cuestión de constitucionalidad va en contra de esta celeridad. Esta es la razón por la cual el proyecto de ley orgánica permite al juez decidir sin esperar la decisión que resolverá la cuestión de constitucionalidad, si estima que la importancia de los intereses en juego justifica tal actitud. Si su decisión es objeto de apelación, la jurisdicción de apelación aplazará su decisión a menos que ella misma tenga un plazo determinado para pronunciarse o deba decidir con urgencia.

##### **5. *El carácter prioritario de la cuestión de constitucionalidad en relación al control de la convencionalidad***

Desde hace varios años, las partes, sus consejeros legales y el juez ordinario están habituados al control de la convencionalidad de las leyes, control del cual han podido medir ya todas sus potencialidades. ¿Quiere ello decir que éstos se dirigirán decididamente hacia el control de constitucionalidad multiplicando las cuestiones prejudiciales de constitucionalidad?, o preferirán al contrario, seguir situándose en el terreno del control de la convencionalidad, el cual les puede parece más familiar (en el estado actual de las cosas, la mayor parte de los operadores jurídicos conocen sin duda mejor la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos del Hombre que la del Consejo Constitucional en materia de derechos y libertades) y más práctico (ya que el juez ordinario puede inaplicar por sí mismo al caso concreto una ley que él estima que es contraria a un Tratado Internacional regularmente ratificado por Francia). En otras palabras, ¿la implantación de la cuestión de constitucionalidad no tendrá el riesgo de hacer surgir un problema de competitividad con el control de convencionalidad<sup>36</sup>?

Para evitar este riesgo, para hacer de alguna manera que la Norma Suprema Nacional se aplique y que no sea de menor importancia que la norma internacional, lo que supondría en el menor de los casos desvalorizar en exceso la importancia de la Constitución, el proyecto de ley orgánica (además del hecho de imponer unos plazos de tiempo para el examen que, como se verá más adelante, hacen especialmente atractiva a la cuestión de constitucionalidad) plantea un principio y una reserva.

<sup>36</sup> P. Bon «la cuestión prejudicial de constitucionalidad en Francia «¿solución o problema?» art. cit., pp. 321-324.

El principio es que, si a la jurisdicción ordinaria se le plantean estos dos medios de control análogos para analizar, la conformidad de una disposición legislativa con la Constitución y con los compromisos internacionales de Francia, se debe pronunciar en primer lugar sobre la cuestión de constitucionalidad. La fórmula adoptada no es muy satisfactoria y sin duda será mejorada en los debates parlamentarios. Sería más conveniente invocar la hipótesis de que la jurisdicción ordinaria pueda debatir la conformidad de una disposición legislativa con los derechos y libertades constitucionalmente garantizados y con los derechos y libertades garantizados de manera análoga (o substancialmente análoga) por una convención internacional. Por el contrario, su finalidad está desprovista de toda ambigüedad. Cuando las partes han planteado un problema de constitucionalidad y un problema de convencionalidad, la cuestión de constitucionalidad prima sobre la cuestión de convencionalidad con el propósito de devolver a la Constitución su lugar. A partir de este momento puede pasar una de estas dos situaciones. O bien que el juez ordinario considere que se reúnen las condiciones necesarias para transmitir la cuestión de constitucionalidad al juez superior del cual depende y le transmite la cuestión planteada, suspendiendo su decisión a la espera de su respuesta, lo que descarta por el momento todo control de convencionalidad, o bien que estime que no se cumplen las condiciones (por ejemplo porque la disposición legislativa debatida ha sido ya declarada conforme a la Constitución en los fundamentos jurídicos o en el fallo de una decisión del Consejo Constitucional, sin haberse producido un cambio en las circunstancias) y puede entonces pasar a ejercer el control de convencionalidad. Este sistema está probablemente inspirado en el mecanismo que está en procedimiento de adopción por el Parlamento belga<sup>37</sup> y que supondría añadir al artículo 26 de la ley especial que regula la Corte Constitucional belga un párrafo 4.º, según el cual «cuando se invoca ante una jurisdicción que una ley viola un derecho fundamental garantizado de manera total o parcial por una disposición del Título II de la Constitución<sup>38</sup>, así como por una disposición de Derecho europeo o de Derecho Internacional, la jurisdicción debe plantear primero a la Corte Constitucional la cuestión prejudicial sobre la compatibilidad de la disposición con el Título II de la Constitución».

La reserva se refiere, si la ocasión se da, a las exigencias que resultan del artículo 88-1 de la Constitución. Este artículo dispone especialmente que «la República participa en las Comunidades Europeas y en la Unión Europea, constituidas de Estados que han elegido libremente, en virtud de los Tratados que se han instituido, ejercer en común ciertas competencias». Sin embargo, esta disposición ha sido interpretada por el Consejo Constitucional de forma que ve la transposición de las directivas comunitarias, no solamente como una obligación de Derecho Europeo sino también que es una exigencia constitucional<sup>39</sup> salvo en el caso de que fuera en contra de una regla o principio inherente a la identidad constitucional de Francia<sup>40</sup>. Lo que quiere decir que si lo

37 Cámara de representantes, documento n.º 52 1283/ 005.

38 «De los belgas y sus derechos»

39 Decisión n.º 2004-496 DC del 10 de junio de 2004, *Rec. Cons. constit.*, p. 101.

40 Decisión n.º 2006-540 DC del 27 de julio de 2006, *Rec. Cons. constit.*, p. 88.

que se cuestiona es una ley que traspone una directiva comunitaria porque se sospecha que es a la vez contraria a la Constitución y al Derecho Comunitario, el juez deberá, excepcionalmente decidir primero sobre el terreno de la convencionalidad salvo si estuviera en juego una regla o principio inherente a la identidad constitucional del país. En otras palabras, habría entonces una prioridad del control de la convencionalidad sobre el control de la constitucionalidad.

### C) El reenvío de la cuestión de constitucionalidad al Consejo Constitucional

En el supuesto de que la cuestión de constitucionalidad se haya transmitido por el juez que debe conocer sobre el fondo del asunto al Consejo de Estado o a la Corte de Casación, o que haya sido planteada por primera vez ante cualquiera de estos dos jueces ordinarios superiores<sup>41</sup>, le corresponderá a éstos reenviarla al Consejo Constitucional, pues se trata de un sistema de control de la constitucionalidad concentrado y obligatorio. Falta saber cuales son las condiciones para ello y el procedimiento que habrá de seguirse<sup>42</sup>.

#### 1. *Las condiciones del reenvío al Consejo Constitucional*

El Consejo de Estado o la Corte de Casación tienen la obligación de reenviar la cuestión de constitucionalidad al Consejo Constitucional si se cumplen estas tres condiciones.

En primer lugar, es necesario que la disposición legislativa objeto de control sea relevante para la resolución del litigio, la validez del procedimiento o constituya el fundamento de la demanda. Como hemos visto, ésta es una condición que se aplica igualmente en la fase anterior cuando se transmite la cuestión al Consejo de Estado o a la Corte de Casación.

En segundo lugar, es necesario que la citada disposición no haya sido declarada ya conforme con la Constitución en los fundamentos jurídicos o en el fallo de una

41 Este hecho es sin duda producto de un olvido del proyecto de ley orgánica, que no ha previsto que la cuestión de constitucionalidad tenga en principio prioridad sobre la cuestión de convencionalidad cuando los dos se hayan planteado.

42 Teóricamente serán necesario abordar asimismo los efectos del reenvío por el Consejo de Estado o la Corte de Casación de la cuestión de constitucionalidad al Consejo Constitucional en el caso particular de que la cuestión se haya planteado ante aquellos por primera vez. Pero como es imaginable, estos efectos son igualmente idénticos a aquellos que entraña la transmisión por el juez que resolverá el fondo del litigio ante el Consejo de Estado o la Corte de Casación y que ya han sido estudiados (ver supra B, 41). En principio, la decisión del reenvío del Consejo de Estado o de la Corte de Casación implica que se suspende la decisión a la espera de la respuesta del Consejo Constitucional. Excepto en aquellos casos en los que el interesado esté privado de libertad o que la ley prevea que la Corte de Casación decida en un plazo determinado. Tampoco cabrá el aplazamiento de la decisión cuando el Consejo de Estado o la Corte de Casación tenga que pronunciarse en urgencia.

decisión del Consejo Constitucional, salvo que hayan variado las circunstancias. Ésta también es una condición que ya se ha aplicado anteriormente.

En tercer lugar, es necesario que la disposición cuestionada plantee una cuestión novedosa o presente una dificultad seria. La redacción no es de lo más acertada y es muy probable que sea corregida durante los trabajos parlamentarios. Por ejemplo, sería más lógico sin duda, decir que es necesario que la cuestión sea nueva o presente una dificultad seria. Si éste fuera el caso, la fórmula no sería totalmente idéntica a la utilizada a propósito de la transmisión de la cuestión al Consejo de Estado o a la Corte de Casación, ya que con ocasión de esta última, se hace simplemente referencia al hecho de que la cuestión no debe quedar desprovista de seriedad. El hecho de que, a propósito del reenvío al Consejo Constitucional, se prevea una alternativa –que la cuestión presente una dificultad seria (fórmula que puede resultar equivalente a aquella según la cual no debe ser desprovista de seriedad) o que sea novedosa– lo que previsiblemente tiene la finalidad de evitar que el Consejo de Estado o la Corte de Casación no compitan en exceso con el Consejo Constitucional descartando argumentos de inconstitucionalidad como no serios cuando sin embargo la cuestión sea novedosa<sup>43</sup> impidiendo de esta forma que la cuestión sea abordada por el Consejo Constitucional. Falta saber qué harán estas dos Instancias Judiciales Supremas en relación con estas sutiles diferencias semánticas.

## **2. El procedimiento de reenvío al Consejo Constitucional**

Como menciona la Exposición de Motivos del proyecto de ley, los miembros del Consejo de Estado que decidirán el contencioso podrán reenviar la cuestión al Consejo Constitucional siguiendo las normas de organización y del procedimiento del Derecho Común aplicables ante el Consejo de Estado. Sin embargo, es probable, que al menos en un principio, sean los Magistrados de mayor rango (Sección de lo contencioso, Asamblea de lo contencioso) quienes lo plantearán ante el Consejo Constitucional. Por el contrario, cuando se trata de la Corte de Casación, parece necesario instituir una estructura nueva que decida sobre el reenvío o no de la cuestión de constitucionalidad: esta estará compuesta por el Primer Presidente de la Corte de Casación, por los Presidentes de las Salas y por dos consejeros que pertenezcan a la Cámara especialmente concernida (por ejemplo dos consejeros de la Sala de lo Penal si se trata de un problema de Derecho Penal). Sin embargo, en este momento, la solución que parece imponerse, es que el Primer Presidente pueda reenviar la cuestión ante una Sala presidida por él mismo y compuesta por el Presidente de la Cámara especialmente concernida y de un consejero de esta Cámara. El Primer Presidente y los Presidentes de Cámara podrán ser reemplazados.

En el supuesto de que la cuestión se haya transmitido al Consejo de Estado o a la Corte de Casación por el juez ordinario que debe conocer el asunto, aquéllos tendrán

43 B. Mathieu, art. cit.

un plazo de tres meses a partir de su recepción para decidir el reenvío de la cuestión al Consejo Constitucional. Por el contrario, no se determina ningún plazo para el reenvío cuando la cuestión se ha planteado directamente ante el Consejo de Estado o la Corte de Casación (de la misma manera que, como ya se ha visto, no hay plazo para que el juez ordinario que decide sobre el fondo del asunto transmita la cuestión al Consejo de Estado o a la Corte de Casación), lo que es un inconveniente. Pues lo aconsejable sería un plazo breve compatible con el respeto al sistema contradictorio y con las exigencias de la instrucción.

La decisión del Consejo de Estado o de la Corte de Casación de llevarlo ante el Consejo Constitucional le es transmitida junto con las memorias o las conclusiones de las partes.

Igualmente se prevé que el Consejo Constitucional reciba una copia de la decisión por la que el Consejo de Estado o la Corte de Casación decide no transmitirle una cuestión de constitucionalidad.

La decisión del Consejo de Estado o de la Corte de Casación será comunicada a la jurisdicción que ha transmitido la cuestión de constitucionalidad y notificada a las partes.

#### ***D) La decisión del Consejo Constitucional sobre la cuestión de constitucionalidad***

Una vez que se ha elevado al Consejo Constitucional la cuestión por el Consejo de Estado o la Corte de Casación, es importante precisar el procedimiento que aquél va a seguir para examinarla y los efectos de la decisión que va a tomar. El primer punto se trata en el proyecto de ley orgánica mientras que el segundo se desprende de un párrafo nuevo introducido al final del artículo 62 de la Constitución en la revisión constitucional del 23 de julio de 2008.

##### ***1. El procedimiento de examen de la cuestión ante el Consejo Constitucional***

Desde el momento en que la cuestión de constitucionalidad llega al Consejo Constitucional, se informa inmediatamente al Presidente de la República, al Primer Ministro y a los Presidentes de la Asamblea Nacional y del Senado. Quiénes podrán dirigir al Consejo Constitucional las observaciones que estimen oportunas. Esta matización es importante. En efecto, tratándose del control abstracto a priori de los artículos 54 (compromisos internacionales) y 61 (leyes) de la Constitución, se ha precisado simplemente que las Autoridades mencionadas serán informadas del planteamiento de la cuestión de constitucionalidad, sin que esté expresamente previsto que puedan formular observaciones. Lo que ha tenido como consecuencia, que en la práctica, la ley sea siempre defendida por el Gobierno y más exactamente por el Secretario General del Gobierno, sea cual sea su origen, una iniciativa gubernamental

o parlamentaria, cuando lo más lógico sería que, como sucede en otros lugares, fuera defendida prioritariamente por las Cámaras de las que ha emanado. A partir de este momento, esto deberá ser lo que ocurra cuando la ley sea diferida al Consejo Constitucional en el marco de una cuestión de constitucionalidad.

Por otro lado, las partes también podrán presentar sus observaciones. Por partes necesariamente se entenderá las que comparecen ante el juez ordinario que esté en el origen del planteamiento de la cuestión ante el Consejo Constitucional (juez *a quo*). Esta previsión permite que Francia esté en sintonía con la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual, en su decisión *Ruiz Mateos c/ España* de 23 de junio de 1993, había condenado a España por violación del derecho a un juicio justo, por el hecho de que las partes que habían comparecido ante el juez *a quo* no habían podido intervenir ante el juez constitucional (también es cierto que se trataba de un asunto muy específico en el que la ley objeto de la cuestión de constitucionalidad era, no una ley con un destinatario general e impersonal, sino una ley particular).

La audiencia es pública salvo en los casos excepcionales definidos por el reglamento interior del Consejo Constitucional. Esta circunstancia deberá cambiar las costumbres del Consejo el cual, hasta ahora, no celebraba audiencias públicas<sup>44</sup>. Por otro lado, será necesario dotarlo de una Sala de Audiencias digna de este nombre pues la actual Sala de Sesiones (que es el antiguo salón de trabajo de la princesa Clotilde de Saboya) no está en condiciones de recibir público.

El Consejo Constitucional debe decidir en un plazo de tres meses a partir del momento en que le fue elevada la cuestión de constitucionalidad. Un plazo breve, del cual se puede augurar que será cumplido. Ya que el Consejo Constitucional ha respetado siempre los plazos aún más breves, que se le han fijado en el ámbito del control *a priori*. Este hecho resulta decisivo pues va a condicionar en gran medida el atractivo de la cuestión de constitucionalidad frente al control de la convencionalidad. En efecto, se puede partir de la base de que si los operadores jurídicos cuentan con varios instrumentos de Derecho, siempre se verán tentados de utilizar aquéllos que le permitan ganar el litigio lo más rápidamente posible. El control de constitucionalidad es, en términos de celeridad, competitivo en relación con el control de convencionalidad. Es cierto que en el marco del control de la convencionalidad, el juez ordinario puede por sí mismo inaplicar al caso concreto, la ley contraria a los Tratados, pero su decisión es modificable en apelación o casación, sin que en la mayoría de los casos haya unos plazos fijados para que el juez de apelación o el juez de casación tome su decisión, lo que a la postre puede terminar por convertirse en una especie de espada de Damocles sobre el proceso pendiente de resolución, pues puede transcurrir un lapso de tiempo relevante antes de tomar la decisión. En el marco del

44 Incluyendo la materia contenciosa, la elección de diputados y senadores, aunque después de la reforma de su reglamento el 28 de junio de 1995, las partes pueden solicitar ser escuchadas por el Consejo.

control de constitucionalidad, el juez ordinario no puede inaplicar por sí mismo la ley inconstitucional al caso concreto, ya que se trata de un sistema obligatoriamente concentrado, pero si éste plantea la cuestión de constitucionalidad, tendrá como consecuencia que en principio está en la obligación de aplazar su decisión a la espera de la respuesta a la cuestión, de tal manera que en la práctica el resultado no es muy diferente. Por el contrario, la respuesta a la cuestión de constitucionalidad se le remitirá en un plazo máximo de seis meses (los tres meses de los que dispone el Consejo de Estado o la Corte de Casación para plantear el problema al Consejo Constitucional, y si finalmente deciden plantearlo, los tres meses con los que cuenta el Consejo Constitucional para tomar la decisión). Pueden asimismo, ser sólo tres meses si el Consejo de Estado o la Corte de Casación deciden no reenviar la cuestión al Consejo Constitucional o si la cuestión de constitucionalidad es planteada desde el principio ante aquéllos. Finalmente, en el supuesto de que el Consejo concluya declarando la inconstitucionalidad de la ley, se producirá la derogación de la norma cuestionada y no simplemente su inaplicación al caso concreto como sucede en el marco del control de la convencionalidad. Por todo ello se puede afirmar que el mecanismo de la cuestión de constitucionalidad presenta ventajas relevantes en relación con el control de la convencionalidad.

La decisión del Consejo Constitucional deberá ser motivada. Se notificará a las partes y será comunicada al Consejo de Estado o a la Corte de Casación, así como, si la ocasión se presenta, a la jurisdicción ante la cual se ha planteado la cuestión de constitucionalidad. El Consejo Constitucional notificará igualmente su decisión al Presidente de la República, al Primer Ministro y a los Presidentes de la Asamblea Nacional y del Senado. La decisión del Consejo Constitucional se publicará en el Diario Oficial.

## **2. Los efectos de la decisión del Consejo Constitucional sobre la cuestión de constitucionalidad**

El Derecho comparado nos demuestra que existen dos grandes sistemas en relación con los efectos que tienen las decisiones de las Cortes Constitucionales en el marco del control de constitucionalidad a posteriori y especialmente en el control ejercido a través de la cuestión prejudicial. En algunos Ordenamientos Jurídicos, la declaración de inconstitucionalidad tiene simplemente efectos *ex nunc*. Los efectos anteriores de la norma declarada inconstitucional permanecen; sólo son anulables los efectos futuros. En otras palabras, la declaración de inconstitucionalidad sólo tiene efectos pro futuro. Éste es el caso de Austria, que ha hecho suyas las ideas de Kelsen según las cuáles la declaración de inconstitucionalidad sólo tendría consecuencias para el futuro. En otros Ordenamientos Jurídicos la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos *ex tunc* y en este sentido se considera que la norma declarada inconstitucional no ha existido jamás: está viciada de nulidad desde el principio de tal manera que también los efectos anteriores son considerados anulables. Esto es lo que sucede en Alemania o en España como regla general.



También se debe aclarar que estos dos sistemas no se dan jamás en estado puro. Por ejemplo, en Austria, se ha admitido siempre como excepción al sistema de la simple derogación que la decisión de la Corte se aplique retroactivamente al litigio que está en el origen del planteamiento. Es lo que se denomina «el regalo del planteante» o efecto *d'anlaßfall*: Pues ¿de qué serviría, en efecto, que las partes suscitaran una cuestión de constitucionalidad si la respuesta de la Corte Constitucional a esta cuestión no se pudiera aplicar al caso concreto que está en el origen de la cuestión?. Además, otro ejemplo pero en sentido contrario, en España, la nulidad «*ab initio*» se descartaría en aquellos supuestos en los que se pudiera ocasionar una excesiva alteración de la seguridad jurídica. En otras palabras, aunque en apariencia sean opuestos, los dos sistemas lo son menos de lo que pudiera pensarse en un principio, ya que las excepciones a la regla de la derogación o, al contrario, de la nulidad «*ab initio*», permitiendo ya sea una excepción de los efectos de la decisión al pasado, o la inversa, una restricción de estos efectos, posibilitan un acercamiento a situaciones intermedias que no son muy diferentes.

De cualquier manera, el constituyente francés del 2008 ha optado claramente por un sistema de simple derogación. En efecto, el último párrafo del artículo 62 de la Constitución dispone que cuando «una disposición sea declarada inconstitucional sobre la base del artículo 61-1 (es decir por medio de una cuestión de constitucionalidad) será derogada a partir de la publicación de la decisión del Consejo Constitucional». Precisa asimismo, que la derogación puede tener lugar a partir de «una fecha ulterior fijada por esta decisión» (sistema de derogación aplazada), lo que permite al Consejo Constitucional aplazar los efectos de su decisión en el tiempo si estimara que está justificado por el interés general, por ejemplo para permitir al Parlamento intervenir para suplir las lagunas que previsiblemente resultarán de una derogación inmediata<sup>45</sup>.

Sin embargo, este sistema de derogación (o de derogación aplazada) no es más que el principio, pues en efecto, es necesaria una cierta retroactividad aunque sea para permitir a las partes que están en el origen del planteamiento judicial de la cuestión de constitucionalidad beneficiarse de la respuesta aportada por el juez. Para concretar estos supuestos de retroactividad el constituyente dispone de dos soluciones: o bien que la Corte Constitucional los defina en abstracto o que remita a la ley orgánica la tarea de hacerlo, o bien que lo decida el Consejo Constitucional caso por caso. Sería más idónea la adopción de esta segunda posibilidad, puesto que no hay persona más idónea que el juez, para modular en el tiempo los efectos de sus decisiones, teniendo en cuenta las peculiaridades y intereses presentes en el litigio. Así, el artículo 62 de la Constitución declara atinadamente que «El Consejo Constitucional determinará las condiciones y los límites en los que se aplicarán los efectos de sus disposiciones».

45 Conviene poner de relieve que en el marco del control a priori, el Consejo Constitucional tiene asimismo reconocido el derecho de aplazar en el tiempo los efectos de una declaración de inconstitucionalidad: decisión n.º 2008 – 564 DC de 19 de junio de 2008, J.O. de 26 de junio de 2008, p. 10228.

## II. LAS OTRAS MODIFICACIONES QUE CONCIERNEN AL CONSEJO CONSTITUCIONAL. LAS RELATIVAS TANTO A SU COMPOSICIÓN COMO A SUS COMPETENCIAS

### A) Composición

Como es sabido, el Consejo está compuesto tanto de miembros que lo son por derecho como miembros designados.

Tratándose de los miembros de derecho, que son los antiguos Presidentes de la República<sup>46</sup>, el Comité Balladur propuso llana y simplemente su supresión. Consideraba en efecto que el reforzamiento del carácter judicial de la misión asignada al Consejo Constitucional causado por la introducción de la cuestión de constitucionalidad, debería influir en la composición del Consejo, y especialmente que en el futuro aquéllos no formen ya parte del Consejo. Los antiguos Jefes de Estado tienden en general a continuar siendo parte de la vida pública, lo cual encaja mal con los deberes de discreción y de reserva que se imponen a los miembros del Consejo. Es lamentable que el constituyente no se haya hecho eco de esta proposición y que haya mantenido el status quo. Sin duda es deseable que la República no se prive de la experiencia de sus antiguos Presidentes, pero estos últimos no tienen cabida en una instancia judicial. La solución italiana que permite nombrarlos senadores vitalicios sería claramente una solución bastante más oportuna.

Tratándose de los miembros designados (tres por el Presidente de la República, tres por el Presidente de la Asamblea Nacional, tres por el Presidente del Senado), el Comité Balladur propuso definir el procedimiento de designación. Lo que esta vez sí ha sido acogido por el constituyente, quien ha modificado en consecuencia el artículo 56 de la Constitución. Los tres miembros designados por el Presidente de la República lo serán a partir de ahora, después de que se haya emitido el informe público de la Comisión legislativa de la Asamblea Nacional y de la Comisión legislativa del Senado<sup>47</sup>, que podrán oponerse a la designación si se alcanza las tres quintas partes de los votos emitidos por el conjunto de sus miembros. Por lo que se refiere a los tres miembros designados por el Presidente de la Asamblea Nacional y los otros tres propuestos por el Presidente del Senado, se ha considerado que no resulta conveniente aplicar este sistema en su totalidad, en la medida en que ello obligaría a los diputados a pronunciarse sobre las designaciones hechas por el Presidente del Senado y viceversa. Así, se precisa que los tres miembros designados por el Presidente de la Asamblea Nacional lo sean únicamente tras el dictamen público de la Comisión legislativa de la Asamblea Nacional y que los tres miembros designados por el Presidente del Senado lo sean sólo después del informe de la Comisión legislativa del Senado.

46 Actualmente V. Giscard d'Estaing y J. Chirac.

47 A decir verdad, el artículo 56 de la Constitución se refiere simplemente al informe público de las Comisiones permanentes competentes. Es la ley orgánica en proceso de adopción la que precisa que se trata de Comisiones legislativas.

Evidentemente este sistema puede parecer un tanto atrasado en comparación con lo que sucede habitualmente en otras Cortes Constitucionales, en las que la designación de los jueces constitucionales incumbe a las Cámaras legislativas, y no a sus Presidentes, es decir se eligen por mayoría, en sesiones plenarias y por mayoría calificada, lo que fuerza al grupo parlamentario mayoritario y a la oposición a dialogar, teniendo como resultado que la composición de las Cortes Constitucionales sea un reflejo de esa pluralidad política. Por el contrario, el sistema francés puede parecer sobre el papel rechazable, en la medida en que no garantiza una composición plural del Consejo Constitucional. Así, en la próxima renovación del Consejo Constitucional que tendrá lugar en febrero de 2010, éste estará compuesto únicamente por miembros designados por Autoridades Públicas. Dicho esto, tampoco es cierto que en la práctica, el sistema dominante en otros países de nuestro entorno haya dado tan buenos resultados, como se puede apreciar por la politización que parece caracterizar la composición de algunos Tribunales y que repercute en ocasiones, en el ejercicio de sus funciones judiciales. Por otro lado, de hecho el sistema francés no ha dado tan malos resultados, pues evita de una manera apreciable estas politizaciones. Es cierto que ha podido haber en el pasado designaciones discutibles como, por ejemplo, el de un eminente profesor de la facultad de Medicina de París que tenía muchos más méritos para ser miembro de la Academia de Ciencias que del Consejo Constitucional. No obstante, es justo augurar que el procedimiento de designaciones resultante de la revisión constitucional de 2008 excluya desviaciones de este tipo gracias a la previsión de que debe existir un informe previo y público de las Comisiones legislativas, a la audiencia ante estas últimas de las personas propuestas o a la amenaza de veto.

## B) Competencias

A partir de la introducción de la cuestión prejudicial de constitucionalidad, a la que se ha dedicado la primera parte de este estudio, la revisión constitucional de 2008 no contiene más que referencias menores relativas a la competencia del Consejo Constitucional: éste podrá a partir de ahora controlar las proposiciones de ley que deban ser sometidas a referéndum; podrá examinar asimismo la duración de los poderes excepcionales recogidos en el artículo 16, y finalmente controlar la presentación de los proyectos de ley.

### 1. *El control de las proposiciones que deben ser sometidas a referéndum*

Antes de la revisión de la Constitución del 23 de julio de 2008 y sobre la base del art. 11, sólo podrán ser sometidos a referéndum determinados proyectos de ley (los que se refieran a una de estas tres materias: organización de los Poderes Públicos, reformas relativas a la política económica, social o medioambiental de la Nación o los servicios públicos con competencias en estos ámbitos; o los que otorgan autorización para ratificar un Tratado que, sin ser contrario a la Constitución, incidiría sobre el funcionamiento de las instituciones). La decisión de someter un proyecto de ley a

referéndum pertenecía al Presidente de la República (lo que entraba dentro del ámbito de sus propios poderes, es decir dispensados de refrendo o contrafirma) pero debía plantearse por medio de una proposición de ley, proveniente ya sea del Gobierno o de cualquiera de las dos Cámaras del Parlamento de acuerdo con este mismo texto. En la práctica ninguna de las dos Cámaras lo planteó, de tal manera que todos los referéndums convocados por el Presidente de la República lo habían sido sobre la base de una proposición del Gobierno. Es decir, que el referéndum era organizado sobre un tema y en un momento elegido por el ejecutivo. En otras palabras, que ante todo constituía un instrumento en manos de este último.

Es por ello por lo que el constituyente del 2008 ha querido instituir lo que se podría denominar referéndums de iniciativa minoritaria. A partir de ahora, un referéndum (relativo a una de las tres materias ya citadas) puede ser organizado por la iniciativa de un quinto de los miembros del Parlamento y apoyados por una décima parte de los electores inscritos en las listas electorales. Esta iniciativa toma la forma de una proposición de ley y no puede tener por objeto la derogación de una disposición legislativa hasta que no haya transcurrido al menos un año desde su promulgación. Esta proposición de ley deberá ser examinada por las dos Asambleas en un plazo que será fijado por la ley orgánica (todavía no adoptada ni depositada en el momento de escribir este texto). Cumplidos estos requisitos, el Presidente de la República deberá someterla a referéndum. De todas maneras, esta proposición de ley deberá someterse antes al control del Consejo Constitucional conforme a las modalidades que deberán ser precisadas por la mencionada ley orgánica. Previsiblemente este control recaerá tanto sobre el respeto a las reglas de procedimiento (que la proposición de ley emane de un quinto de los miembros del Parlamento; y que haya sido asimismo apoyada por una décima parte de los electores inscritos) como sobre el respeto a las reglas de fondo (que se refiera a una de las tres materias ya citadas; que no tenga por objeto la derogación de una disposición legislativa que no haya sido promulgada al menos un año antes; y especialmente que no sea contraria a ninguna regla o principio constitucional). Así se lograría que sólo fueran sometidas a referéndum aquellas proposiciones de ley que han sido declaradas previamente conforme con la Constitución por el Consejo Constitucional. Éste es efectivamente el mejor sistema. Como ya se ha indicado anteriormente<sup>48</sup>, el Consejo Constitucional rechaza controlar aquellas leyes que ya han sido adoptadas por el pueblo francés porque éstas son la expresión directa de la voluntad de la soberanía nacional. Además, para evitar que se produzcan lagunas en el Estado de Derecho, sería conveniente que este control se planteara con anterioridad a la organización del referéndum. Por lo tanto es un acierto que el constituyente de 2008 haya previsto tal intervención para las proposiciones de ley que serán sometidas a referéndum.

Sin embargo, es una lástima que no se haya incluido en este sistema a los proyectos de ley que deberán ser sometidos a referéndum. No obstante, el control que ejer-

ce el Consejo Constitucional desde el año 2000 sobre los actos preparatorios del referéndum<sup>49</sup> y especialmente sobre el decreto del Presidente de la República en el que decide someter un proyecto de ley a referéndum debería evitar que sean sometidos a consulta popular (y adoptados por el Pueblo) proyectos de ley cuya conformidad con la Constitución es cuanto menos dudosa (como ocurrió en 1962 a propósito de la elección del Presidente de la República por sufragio universal).

## 2. *El control sobre la duración de los poderes excepcionales*

Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o la ejecución de sus compromisos internacionales se vean amenazados de manera grave e inmediata y de tal manera que interrumpen el funcionamiento regular de los Poderes Públicos, el Presidente de la República podrá, sobre la base del artículo 16 de la Constitución, tomar las medidas que exijan las circunstancias. Este artículo no goza de buena prensa ni en Francia ni en otros países. Es cierto que otorga al Jefe del Estado poderes exorbitantes que encajan mal con la lógica del Estado de Derecho: la decisión del Presidente de la República de poner en práctica los poderes del artículo 16 es un acto de gobierno no sometido al control judicial; las decisiones tomadas por el Presidente de la República en aplicación del citado artículo tampoco pueden ser controladas judicialmente cuando se refieran a materias reservadas a la ley; sólo las decisiones que traten sobre materias que deban ser reguladas por reglamento pueden ser examinadas por el Consejo de Estado<sup>50</sup>. En definitiva, el único control que cabe ejercer sobre la puesta en práctica de los poderes del artículo 16 no es judicial sino político: La posibilidad que tiene el Parlamento de llevar al Presidente de la República ante la Alta Corte de Justicia por «faltar al cumplimiento de sus deberes de una forma manifiestamente incompatible con el ejercicio de su mandato»<sup>51</sup>. Por otro lado, para permitir la puesta en funcionamiento de este instrumento, se prevé en el mismo artículo 16 que durante el ejercicio de los poderes excepcionales, «el Parlamento se reunirá de Derecho y la Asamblea Nacional no podrá ser disuelta».

Paradójicamente, sin duda porque el artículo 16 es difícilmente conciliable con la lógica de un auténtico Estado de Derecho, esta posibilidad sólo ha sido utilizada una vez, el 23 de abril de 1961 como consecuencia del denominado asunto «sublevación de los generales» ligado a los sucesos de Argelia. El contraste es sorprendente en relación con lo que ocurre en otros países, en los cuales el ejecutivo cuenta con bastantes más posibilidades de recurrir a estas medidas excepcionales en casos de extraordinaria y urgente necesidad. Pensamos por ejemplo en los decretos leyes del Derecho italiano y español. No obstante, esta posibilidad se inserta dentro de la lógica del Estado de Derecho ya que los decretos leyes pueden específicamente ser controlados

49 Decisión del 25 de julio del 2000, *Hauchemaille*, *Rec. Const. Constit.*, p. 117; decisión del 25 de mayo del 2005, *Hauchemaille et Le Mailloux*, *Rec. Cons. constit.*, p. 93.

50 Consejo de Estado del 2 de marzo de 1962, *Rubin de Servens*, *Rec. Cons. d'Etat.*, p. 143.

51 Art. 68 de la Constitución.

por el Tribunal Constitucional. Además, quizás porque este último ha dado muestras de tener bastante buena predisposición, los diferentes Gobiernos han multiplicado la utilización de esta técnica, reiterando así (en Italia y hasta que la Corte Constitucional se opone), en muchas ocasiones la promulgación de decretos leyes cuando en realidad se trata de medidas legislativas provisionales. El resultado ha sido una cierta banalización de los decretos leyes, lo cual es de lamentar. No sucede lo mismo en Francia, en donde se considera al artículo 16 como un instrumento más que excepcional y del cual se desea que no se tenga que utilizar más.

De todas maneras, cuando el General De Gaulle puso en práctica las facultades del artículo 16 en 1961, se daban las condiciones para ello, puesto que, empleando sus propios términos «un pequeño grupo de generales retirados» había tomado el poder en Argelia. A esto se une el hecho de que el 23 de abril de 1961, el Consejo Constitucional había emitido un informe favorable para la puesta en marcha de este instrumento jurídico. En efecto, en aplicación del artículo 53 de su ley orgánica, el Consejo Constitucional deberá emitir un dictamen sobre el cumplimiento de las condiciones exigidas por el artículo 16, informe que deberá ser motivado y público (en sentido contrario, el informe que emite el Consejo Constitucional sobre las decisiones tomadas en aplicación del artículo 16 no son publicadas).

Sin embargo, más problemática resulta la duración de la aplicación de esos poderes. Aún cuando los generales rebeldes fueron derrotados el 25 de abril de 1961, no se puso fin a los poderes excepcionales hasta el 29 de septiembre. Sin duda puede ser lógico que éstos se hubieran mantenido algunas semanas más después de la rendición de los insurgentes puesto que la situación seguía siendo explosiva, pero que se mantengan más de cinco meses es sin duda excesivo. No obstante, esta duración no ha podido ser cuestionada contenciosamente puesto que se le considera como un acto gubernamental que no es susceptible de ser controlado<sup>52</sup>.

Es en este contexto donde se sitúa la revisión constitucional del 23 de julio del 2008, la cual pretende poner remedio al defecto principal que se había puesto de relieve durante la aplicación de los poderes excepcionales en 1961: la ausencia de control sobre su duración.

Transcurridos 30 días de ejercicio de los poderes excepcionales, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o 60 diputados o senadores (la mayoría de la vez de la oposición) pueden plantear esta circunstancia ante el Consejo Constitucional para que éste examine si se han reunido en todo momento las condiciones necesarias para la aplicación del artículo 16. Éste se pronunciará sobre dicha cuestión en el plazo más breve posible mediante un informe público.

Pasados 60 días de ejercicio de estos poderes excepcionales y en cualquier momento a partir de este plazo, el Consejo Constitucional procederá de pleno derecho

52 Consejo de Estado del 2 de marzo de 1962, *Rubin de Servens*, ya citado.

(es decir sin necesidad de que le sea planteada esta circunstancia) a realizar este examen, pronunciándose en las mismas condiciones.

Aunque se trata de un informe consultivo, si éste fuera negativo, en la medida de que se trata de un informe público, debería motivar al Presidente de la República a levantar los poderes excepcionales del artículo 16, puesto que si no lo hace, se arriesgará a ser llevado ante la Alta Corte de Justicia por faltar a sus deberes de una forma manifiestamente incompatible con el ejercicio de su mandato.

### **3. El control de la presentación de los proyectos de ley**

Otra novedad introducida en el artículo 39 de la Constitución con ocasión de la revisión del 23 de julio de 2008 es que la presentación de los proyectos de ley depositados en la Asamblea Nacional o el Senado deben cumplir a partir de ahora con los requisitos fijados por la ley orgánica. Con este objetivo se ha adoptado la ley orgánica n.º 2009-403 de 15 de abril de 2009 que prevé que la mayor parte de los proyectos de ley<sup>53</sup> sea objeto de un estudio de impacto. Los documentos que contiene este estudio se unirán a los proyectos de ley en el momento de la transmisión de estos últimos al Consejo de Estado y serán depositados en el Registro de la primera Asamblea que tenga lugar al mismo tiempo que los proyectos de ley a los que se refieren. Éstos definen los objetivos perseguidos por el proyecto de ley, enumeran las posibles alternativas a las previstas en las nuevas normas jurídicas y exponen los motivos que han llevado a recurrir a una nueva legislación. Definen con precisión la articulación del proyecto de ley con el Derecho europeo vigente o en proceso de elaboración y su impacto sobre el Ordenamiento Jurídico interno, el estado de aplicación del Derecho sobre el territorio nacional en el ámbito al que se refiere el proyecto de ley, la evaluación de las consecuencias económicas, financieras, sociales y medioambientales, así como los costes y beneficios financieros esperados de las disposiciones referidas...<sup>54</sup>

Si la conferencia de Presidentes de la primera Asamblea convocada constata un desconocimiento de estas normas, este proyecto de ley no podrá ser inscrito en el orden del día de la Asamblea. Si existiera un desacuerdo entre la conferencia de Presidentes y el Gobierno, corresponderá pronunciarse al Consejo Constitucional. Para este fin, el Presidente de la Asamblea concernida o el Primer Ministro podrán plantear dicha solicitud al Consejo Constitucional, que deberá emitir una decisión motivada en el plazo de ocho días.

Esta nueva competencia del Consejo Constitucional, que le permite decidir sobre los desacuerdos existentes entre la conferencia de Presidentes y el Gobierno en ma-

<sup>53</sup> Para ver las excepciones a esta obligación o los supuestos que están sometidos a disposiciones especiales, ver los artículos 11 y 12 de la ley orgánica.

<sup>54</sup> Para ver el contenido preciso de estos estudios de impacto, ver el artículo 8 de la ley orgánica.

teria de presentación de proyectos de ley, es, desde un punto de vista técnico, de la misma naturaleza que aquél que preveía ya el artículo 41 de la Constitución a propósito de otro tipo de desacuerdo: los habidos entre el Presidente de la Asamblea concernida y el Gobierno durante el curso del proceso legislativo sobre si una proposición de ley o una enmienda pertenece al ámbito de la ley, o si por el contrario se ha delegado esta materia al Gobierno en virtud del artículo 38<sup>55</sup>. También en este caso de desacuerdo, tanto el Presidente de la Asamblea interesada como el Gobierno, podrán plantear el conflicto ante el Consejo Constitucional, quien deberá también decidir en el plazo de ocho días.

Como conclusión, y además de la institución de la cuestión prejudicial de constitucionalidad, se puede afirmar que la revisión constitucional de 23 de julio de 2008 ha sido bastante tímida en lo concerniente al Consejo Constitucional. Como ya se ha señalado, no ha suprimido los miembros de Derecho del Consejo. Ni siquiera impone que deberán tener una formación jurídica, aunque también es cierto que en el momento actual, sin casi ninguna excepción, todos los miembros del Consejo han realizado estudios de Derecho. Sin embargo, éstos son designados para pertenecer al Consejo, en la mayoría de los casos, no por sus conocimientos jurídicos, sino por los lazos (a menudo políticos) que les unen con alguna de las tres Autoridades encargadas de proponerlos. De la misma manera, la revisión constitucional tampoco ha incidido en el estatuto de los miembros del Consejo Constitucional y especialmente en el régimen de sus incompatibilidades<sup>56</sup> que sigue siendo particularmente permisivo, sobre todo en lo que se refiere al ejercicio de actividades privadas, lo que tiene como consecuencia que en Francia, las actividades del juez constitucional no lo sean a tiempo completo. Previsiblemente, estas particularidades del Consejo Constitucional francés no tardarán mucho tiempo en desaparecer si la cuestión prejudicial se implanta con éxito, como sería lo deseable. De cualquier manera, con su establecimiento, se ha llevado a cabo lo principal, lo cual debe ser celebrado. Cincuenta años después de su creación ya ninguna persona podrá poner en duda que el Consejo Constitucional es una verdadera Corte Constitucional.

### III. ADDENDA

Con posterioridad a la redacción de este artículo, el Parlamento francés ha adoptado (sin ningún voto en contra, lo que es infrecuente) la ley orgánica que precisa las modalidades de aplicación de la cuestión de constitucionalidad, la cual era sólo un proyecto cuando se redactó el citado artículo. Sometida al control obligatorio del

<sup>55</sup> En el texto inicial del artículo 41, sólo el Gobierno podía oponerse a la admisión de una proposición de ley o de una enmienda, que estimaba que no pertenecía al dominio de la ley o era contraria a una delegación acordada en virtud del artículo 38. La revisión constitucional del 23 de julio del 2008 con toda lógica, ha dado también esta posibilidad de oponerse a la admisión, al Presidente de la Asamblea interesada.

<sup>56</sup> Es cierto que esta cuestión es de la competencia del legislador orgánico, pero este último no ha intervenido sobre este punto.



Consejo Constitucional al tratarse de una ley orgánica, la ley sólo ha dado lugar a una decisión de constitucionalidad bajo reserva (Decisión n.º 2009-595 DC del 3 de diciembre de 2009; B. Genovis, «Le contrôle *a priori* de constitutionnalité au service du contrôle *a posteriori*» *Revue française de droit administratif* 2010, pendiente de publicación), de tal manera que ha sido promulgada el 10 de diciembre de 2009 (ley orgánica n.º 2009-1523; B. Mathieu, «La question prioritaire de constitutionnalité: une nouvelle voie de droit», *La semaine juridique, Edition générale*, 2009, n.º 602; J. Bneti, A. Roblot-Troizier, M. Verpeaux y D. Le Prado, Dossier sobre «La question prioritaire de constitutionnalité», *Actualité juridique droit administratif* 2010, p. 74; P. Bon «La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009» *Revue française de droit administratif* 2009, p. 1107). Esta ley presenta algunas diferencias en relación al proyecto de ley, las cuales se mencionarán brevemente.

La primera diferencia es patente, pues concierne a la denominación de la cuestión de constitucionalidad. Mientras que el proyecto de ley diseñaba la nueva competencia del Consejo constitucional bajo el nombre de «cuestión prejudicial de la constitucionalidad», el legislador finalmente lo ha denominado «cuestión prioritaria de constitucionalidad»: lo que es muy relevante, porque debe examinarse con preferencia a cualquier cuestión de convencionalidad, es decir, aquella que se refiere al control de la conformidad de la ley con los Tratados internacionales.

La cuestión de los plazos, ha sido en efecto, uno de los temas que más ha preocupado a los parlamentarios, convencidos con razón, de que el éxito de la cuestión de constitucionalidad dependía en gran medida, de asegurar que ésta sea resuelta en un periodo de tiempo breve. Así se ha precisado que el juez inferior ante el cual se ha planteado la cuestión por primera vez debe decidir «sin dilación», asunto sobre el que el proyecto de ley había guardado silencio, lo que era de lamentar. Se confirma el plazo de tres meses impuesto al Consejo de Estado o a la Corte de Casación para decidir sobre una cuestión reenviada por el Juez inferior (lo mismo ocurre con el plazo de tres meses que se le fija al Consejo Constitucional para emitir su decisión). Constituye una novedad el plazo de tres meses que tienen los dos jueces ordinarios superiores para decidir sobre la cuestión, en el caso de que ésta se haya planteado directamente ante cualquiera de aquéllos. Igualmente resulta novedosa la previsión de que en el supuesto de que no se haya emitido una decisión en ese plazo, la cuestión será automáticamente transmitida al Consejo Constitucional.

La prevalencia de la cuestión de constitucionalidad sobre el control de la convencionalidad ha constituido también uno de los centros de los debates parlamentarios. Ya figuraba en el proyecto, y se ha mantenido, no sin discusión, por la ley, aunque se han modificado parcialmente los términos que habían definido esta prioridad, además se ha suprimido la excepción que resultaba de las exigencias del artículo 88-1 de la Constitución. Por otro lado, llenando una laguna del proyecto de ley, se ha precisado que ésta se impone igualmente al Consejo de Estado o a la Corte de Casación cuando la cuestión de constitucionalidad se plantee por primera vez ante ellos.

Se podrían mencionar algunas otras modificaciones o matizaciones menores. Por ejemplo, para que una cuestión de onstitucionalidad pueda ser planteada ante el Juez, la condición según la cual la disposición cuestionada debe ser esencial para resolver el litigio o para la validez del procedimiento es reemplazada por la fórmula más amplia según la cual aquella debe ser (únicamente) aplicable al litigio o al procedimiento. Otro ejemplo, la decisión del Consejo de Estado o de la Corte de Casación de remitirla al Consejo Constitucional debe estar obligatoriamente motivada.

El último artículo de la ley orgánica precisa que sus disposiciones entrará en vigor el primer día del tercer mes siguiente al de su publicación, por lo que la reforma entrará en vigor el prmer día de marzo del 2010, abriendo sin duda una nueva etapa –y no de las menores– en la historia del Consejo Constitucional quien, incontestablemente, forma ahora parte plenamente del modelo de las cortes constitucionales europeas.