

¿Un nuevo Consejo Constitucional?*

Esperada desde hace mucho tiempo, la cuestión prioritaria de constitucionalidad por fin fue integrada, de manera destacada, al espacio jurídico francés. Desde hace mucho tiempo, porque una versión similar fue propuesta por Robert Badinter, entonces presidente del Consejo Constitucional en 1988, y retomada por François Mitterrand en su discurso del 14 de julio de 1989. A pesar de su aprobación por la Asamblea Nacional, se abandonó la reforma constitucional como consecuencia de la oposición del Senado. Fue propuesta de nuevo en 1993 y en 2007, antes de su aprobación en la reforma constitucional del 23 de julio de 2008, ya sin oposición particular del Senado.

Este proceso es un éxito, tal como lo muestran las cifras: el Consejo Constitucional desahogó la primera QPC (cuestión prioritaria de constitucionalidad) el 28 de mayo de 2010 y, hasta el 28 de enero de 2011, resolvió 75 asuntos relativos a 94 de las 118 cuestiones turnadas por el Consejo de Estado (57) y la Corte de Casación (61), mientras estas jurisdicciones decidieron no turnar 340 casos (o sea, 74% de la totalidad). Como resultado, quedan 24 asuntos en instrucción. De estas 75 QPC, 41 se consideraron infundadas, 25 se consideraron fundadas de manera total o parcial, 9 se sobreseyeron.

* Publicado en *Pouvoirs*, núm. 137, 2011, pp. 153-165.

¿Un nuevo Consejo Constitucional?

Desde un punto de vista estadístico, su efecto no parece esencial, con solo 25 casos de inconstitucionalidad por detalles en el conjunto de leyes existentes. No se trata de una revolución jurídica, sino del cambio de la visión del Consejo Constitucional en la prensa y, por lo tanto, en la opinión pública. Hasta la implementación de la cuestión prioritaria de constitucionalidad, se hace una lectura política de sus decisiones (a favor o en contra de la mayoría), ya que siguen inmediatamente el debate parlamentario o político, lo que cuestiona su legitimidad. Basta con citar el caso de la decisión tomada acerca del estatus penal del presidente de la República (CC 22 de enero de 1999, Corte Penal Internacional). Al contrario, hoy en día la prensa lo alaba, especialmente por su decisión CC del 30 de julio de 2010 (Daniel W. y otros) contra los excesos de la detención por averiguación previa, sin recordar que aprobó unos años antes medidas contrarias.

El periódico *Le Monde* habla de un “tercer nacimiento del Consejo Constitucional” (el 2 de agosto de 2010), después de su creación en 1958 y de la ampliación del número de categorías de personas habilitadas para solicitarlo en 1974; incluso podría ser el cuarto, al tomar en cuenta la decisión fundadora del 16 de julio de 1971, que establece al Consejo como defensor de los derechos y de la libertad.

¿Entonces, un nuevo Consejo? Son 75 decisiones en 10 meses, o sea, 8 por mes y aunque se agrupan las sesiones, 22 fueron dedicadas a las QPC a fecha del 10 de diciembre de 2010, es decir, en seis meses tanto como en un año completo normal, fuera del contencioso electoral. En resumen, mucho más trabajo, aunque no es una carga imposible. Más allá de esta realidad, se plantean interrogantes que provocan mi melancolía, ya que me gustó su funcionamiento respecto de los cambios posibles en el Consejo, en razón de la profesionalización necesaria de la QPC, de la evolución del procedimiento vigente y de su ubicación en el conjunto de los jueces.

I. La profesionalización necesaria

El primer efecto de la QPC es confirmar el papel jurisdiccional del Consejo, además de establecer con base en qué autoridad puede decir, a jurisdicciones reconocidas en el orden judicial o administrativo, que

deben aplicar o no la ley. Claro, puede sostenerse que es una jurisdicción cuando resuelve en materia electoral o de QPC, y no cuando lleva a cabo un control *a priori* de la ley, pero al final debe pertenecer a una categoría y, ello, supone mejor apariencia y realidad. De ahí se derivan dos cuestiones respecto de sus miembros y sus asesores jurídicos.

Los miembros

Empezamos con lo más sencillo, los miembros de pleno derecho, o sea, la presencia automática en el Consejo de los antiguos presidentes de la República, que se justifica por la voluntad de asegurar al expresidente un estatus moral y material. En torno al estatus moral, ser expresidente equivale, en mi opinión, a ser miembro del Consejo Constitucional, y en lo que hace al estatus material, existe una dotación anual para los expresidentes desde 1953, a la cual se añaden, entre otros, un departamento o una oficina, un coche y colaboradores. Además, varios de ellos tienen pensiones de funcionario de alto nivel y de parlamentario.

Solo queda la justificación relativa a la experiencia, pero ¿qué pasa si la mayoría de los miembros vota de manera diferente a él? Dejamos pensar que quien aplicó la Constitución durante 7 o 5 años no la domina completamente. En conclusión, la ventaja es muy reducida, además el Consejo está integrado por varios hombres políticos experimentados. ¿Qué pensar también de la actitud de un expresidente que no participa en las sesiones de resolución de las QPC, porque está en contra de este recurso, y tampoco en las sesiones de resolución del contencioso electoral, lo que entiende mejor? ¿Curiosa jurisdicción en la cual los jueces eligen sus causas!

El Comité Balladur propuso una evolución acerca del tema, pero el actual presidente de la República se rehusó, por lo cual se tiene que abrir de nuevo el debate.

En torno a los miembros nombrados, no veo evoluciones necesarias, excepto respecto del régimen de los impedimentos judiciales por cuestiones de tiempo libre y también de principios. ¿Cómo un miembro del Consejo puede seguir ejerciendo su profesión de abogado, cuando el juez frente a él puede pensar, dado sus funciones, que está en posición de poder cancelar una ley que le pide aplicar o no? En el

¿Un nuevo Consejo Constitucional?

caso de los profesores de derecho, antes bastaba con no dar el curso relativo a la Quinta República, pero ahora, ¿cómo formular cualquier apreciación crítica acerca de una disposición legislativa que pueda cuestionarse en una QPC? De la cuestión de su método de designación, no creo que haya una solución consensual, se trata de un tema político y jurídico. Conviene que el Consejo sea integrado con personas que tienen experiencia como miembros del gobierno, del Parlamento o conocimiento en derecho desde una perspectiva teórica; sin embargo, Dominique Schnapper nos enseñó que una socióloga podía cumplir estas funciones jurídicas. No tendría confianza en un Consejo con puros profesionales del derecho, no obstante, sería útil que sea representada la corporación de los profesores de derecho, a la cual pertenezco, lo que no es el caso hoy en día, ya que soy el último.

Fuera de ello, existen dificultades coyunturales, como el hecho de que desde 2002 las tres autoridades de nominación (presidente de la República, del Senado y de la Asamblea Nacional) pertenecen al mismo partido. No veo solución, sino una doble nominación por los presidentes de las dos asambleas y la oposición política, ya que desde 2008 la Constitución reconoce esta noción (artículo 48, apartado 5), pero dudo que permita salir del debate político y, ello, llevaría a nombrar 15 integrantes.

Dicho eso, puedo atestiguar que aunque existe a veces una discrepancia política, no es siempre el caso, en otras tiene un papel más importante como la afirmación de la institución versus el *self restraint* máxima, o la apertura a Europa versus actitudes más soberanistas.

Además, el nuevo proceso de selección de los candidatos por las comisiones parlamentarias ofrece garantías por el examen en sí (artículo 13 y 56 de la Constitución), menos por el voto, ya que basta con tener el voto favorable de dos quintas partes de los legisladores.

Sus asesores jurídicos

Si importa la diversidad en las nominaciones, se requiere también que la persona que no sea especialista en derecho constitucional pueda tener el apoyo necesario para realizar sus investigaciones y puntualizar su reflexión.

Que no se considere lo que digo como una crítica contra el secretario general y el servicio jurídico y su trabajo excepcional, el cual aproveché durante nueve años —día y noche, día laboral y feriado, o en periodos vacacionales reducidos a su mínima expresión, lo que condenaría la ley laboral—, pero vi que puede solicitarse apoyos jurídicos, aun cuando uno no está de acuerdo con la opinión mayoritaria, lo que puede llevar a estos asesores a una cierta esquizofrenia (hacer una nota a favor para un consejero y otra en contra para otro consejero), y en el caso volverse crítico, esto suele pasar cuando el presidente o el secretario general en su nombre defienden una solución.

Además, la carga de trabajo importante va a volverse aplastante con la nueva función del Consejo, aunque se generalizó la ayuda de colaboradores temporales, lo que es una buena razón para nuestros doctores y doctorandos jóvenes.

Por lo tanto, pienso que es tiempo de diversificar esta función de asesor. Se podrían constituir dos equipos, uno para investigar a favor y el otro en contra, alternando los papeles entre ellos, así como asignar a cada miembro un jurista asesor, cambiándolo cada año o dos años para impedir el fenómeno de apropiación: en efecto, un integrante de la Suprema Corte estadounidense dispone de varios *clerks*. Puede objetarse que los debates del Consejo corren el peligro de volverse debates entre los *clerks*, como parece ser el caso en el Parlamento con los asesores de los legisladores, sin embargo, no creo que el peligro sea insuperable.

Muchas otras fórmulas son posibles, no obstante, el nuevo proceso necesita nuevos recursos dada la carga de trabajo.

II. La evolución del proceso

Quiero mencionar aquí las consecuencias del nuevo proceso QPC acerca de las otras misiones del Consejo Constitucional. En primer lugar, puede destacarse que adoptó un reglamento interno preciso (4 de febrero y 24 de junio de 2010), paralelo a los reglamentos vigentes en materia de contencioso, electoral y de los referéndum (al contrario del contencioso *a priori*, como lo dejaba esperar el artículo 56 de la ordenanza del 7 de noviembre de 1958, aunque existen elementos en lo

¿Un nuevo Consejo Constitucional?

que hace al régimen del archivo). Dicho eso, puede preguntarse si las soluciones adoptadas por la QPC no van a tener un impacto en el contencioso electoral, así como en el contencioso tradicional.

El contencioso electoral

Es muy parecido a la QPC, con sus partes interesadas y la exigencia de una contradicción, pero más fuerte. Hasta 2007, el proceso fue solo escrito, sin alegatos orales de las partes (después de una experiencia considerada no concluyente). De ahí, seguramente, la sensación de una cierta opacidad, las protestas de los parlamentarios no ratificados y sus amenazas de acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, muy prudente en el momento de abordar estas cuestiones.

Es el presidente Debré quien tomó la decisión para hacer que los alegatos sean orales, experiencia que parece ahora concluyente. Sin duda, la misma exigencia de publicidad máxima de las QPC deberá aplicarse al contencioso electoral, excepto para las deliberaciones, lo que llevará a hacer públicas unas prácticas irregulares que ya aparecen en las decisiones. Además, cabría escuchar a la Comisión Nacional de las Cuentas de Campañas y Financiamientos Políticos, en caso de desacuerdo entre el Consejo y ella misma, lo que a veces habría podido ser útil, pero no se hacía ello, cuando era miembro.

Señalamos también, en cuanto al contencioso electoral, una laguna de la ley. En efecto, sabemos que el Consejo considera que, en materia electoral, su papel es el de una jurisdicción ordinaria como el del Consejo de Estado, por lo tanto, acepta ejercer un control de convencionalidad (CC 21 de octubre de 1988, AN Val-d'Oise, Quinta Circunscripción, Asensi), lo que rehúsa en materia de contencioso de las normas. Asimismo, como lo establece la jurisprudencia, rehúsa ejercer un control de constitucionalidad de las reglas aplicables en la elección (por ejemplo, desechó 461 demandas idénticas del partido Frente Nacional relativa a la redistribución).

Sin embargo, este paralelismo deseable, establecido con la misión de juez electoral desempeñada por el Consejo de Estado, corre el riesgo de ser afectado por la QPC, ya que sí es posible presentar una QPC ante un Tribunal Administrativo o el Consejo de Estado durante una elección local o regional, porque el respeto del sufragio es parte de “los

derechos y de las libertades que garantiza la Constitución”, según la fórmula del artículo 61-1 de la Constitución, no lo es ante el Consejo Constitucional en una elección nacional, dado que le pueden someter una QPC solo al Consejo de Estado o a la Corte de Casación, que no intervienen de cualquier manera en las elecciones nacionales.

La paradoja sería que el Consejo conociera los casos relativos a la constitucionalidad de las reglas aplicables en las elecciones locales y no en las elecciones parlamentarias (no son siempre las mismas). Debe complementarse el artículo 61-1 o basta con una decisión pretoriana por analogía, no lo sé, lo cierto es que sin cambio esta incoherencia solo podría corregirse mediante el contencioso de convencionalidad, lo que no es satisfactorio.

El contencioso *a priori*

De nuevo, nos preguntamos si la QPC va o no va a desembocar en modificaciones en la materia.

El primer punto es poco importante, tiene que ver con la intervención de un tercero interesado autorizada en tres QPC (CC 7 de octubre de 2010, CGT-FO y otros; CC 18 de octubre de 2010, Rachid M. y otros, y misma fecha PROCOS y otros). ¿Si se acepta esta intervención de un tercero con interés legítimo en la revisión constitucional *a posteriori*, cómo rehusarla en la revisión *a priori*? Bastaría para eso dar más reconocimiento a las “puertas estrechas”, las opiniones enviadas al Consejo Constitucional por personas físicas o morales, respecto del control de constitucionalidad de una ley, que pueden influir en su decisión final.

El otro punto es más relevante y trata del tema de la toma de decisión inmediatamente después de la deliberación. En materia de QPC, la decisión se toma unos días después de la audiencia, lo que constituye un método preferible, para mejorar la redacción y evitar errores, como por ejemplo en el caso de la decisión CC del 21 de febrero de 2008, ley relativa a la detención de seguridad. Esta decisión final es perfecta en lo relativo a su contenido, pero puede criticarse el razonamiento formulado por la ausencia de coherencia interna:

¿Un nuevo Consejo Constitucional?

si el artículo 8 de la Declaración de los derechos humanos no es aplicable, ya que no se trata de una pena, la detención por razones de seguridad, que quita su libertad a alguien sin la intervención de un juez, no es conforme al principio constitucional que deriva del artículo 8,

Pues con unos días más se habría podido mejorar el proyecto de sentencia y como el Consejo se reúne de manera más seguida, hay muchas ventajas a separarse con un proyecto y tomar la decisión definitiva en una sesión posterior.

III. El concierto de los jueces

La expresión usual utilizada por Bruno Genevois es la de diálogo entre los jueces, lo que no limita a dos el número de interlocutores. No obstante, con cinco candidatos para el título de Suprema Corte crece el riesgo de contradicciones. De ahí la voluntad de un concierto lo más armonioso posible, tanto nacional (¿quién será el verdadero juez constitucional?) como internacionalmente (¿y Europa en eso?).

¿Quién será el verdadero juez constitucional?

Existe en Francia la idea antigua de un control de constitucionalidad difuso por el juez ordinario, con base en la leyenda creada alrededor de la sentencia Heyriès (CE 28 de junio de 1918) por la nota de Maurice Hauriou.¹ Lo que tienden a confirmar los primeros elementos estadísticos mencionados, o sea, 74% de las QPC no se turnaron por el Consejo de Estado y la Corte de Casación al Consejo Constitucional. Eso es exactamente el papel que les otorga la Constitución, pero significa, por lo tanto, que el certificado de constitucionalidad de la ley lo expiden estas instituciones y no el Consejo Constitucional, como lo vimos hace unos meses con el rechazo de la QPC de la Corte de Casación respecto de la ley nombrada Gaysot, argumentando que no existían

¹ Véase Renaud Baumert, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, LGDJ, 2009.

problemas de constitucionalidad. Estoy de acuerdo con el fondo de la sentencia que considera constitucional poder presentar una demanda contra cualquier cuestionamiento de un crimen reconocido por un tribunal internacional, ya que existe este derecho cuando se trata de resoluciones pronunciadas por jurisdicciones nacionales. Es diferente, según yo, con las “leyes memoriales”, que definen al mismo tiempo un crimen y su autor, lo que no es el papel de la ley. Dicho eso, puede lamentarse que el Consejo Constitucional no haya atribuido este certificado de constitucionalidad de la ley, ya que creíamos que la QPC se había inventado para eso.

Esto puede llevarnos a temer que la inscripción de la QPC sea solo una victoria pírrica para el Consejo Constitucional, ¿si el juez constitucional cotidiano era el otro? Para luchar contra ello, había propuesto a las comisiones parlamentarias, sin resultado, durante la redacción de la ley que el Consejo pudiera desahogar de oficio una QPC no turnada, como el *writ of certiorari* de la Suprema Corte estadounidense. No se aceptó, no obstante, por lo menos es un hecho que la lista de todas las QPC rechazadas le sea transmitida, de tal manera que el Consejo puede, por ejemplo, por medio de su informe anual acerca de la práctica de la QPC, lamentarse de no haber sido solicitado. No es muy confraternal para las decisiones tomadas por otra Corte, pero es la única manera para volverse o seguir siendo el juez constitucional supremo, así como para no estar vinculado por los criterios demasiado precisos que fundan la resolución de remisión ante el Consejo de cualquier QPC presentada. No obstante, todavía existe la competencia con las Cortes europeas.

¿Y Europa en eso?

En primer lugar, tengo que hacer acto de arrepentimiento, pensaba que el mecanismo de remisión de la QPC generaría una oposición más fuerte por parte del Consejo de Estado que de la Corte de Casación, acostumbrado a su autoridad en materia de derecho público. Ocurrió exactamente lo contrario. En efecto, la Corte de Casación planteó el problema, no ilegítimo pero inoportuno de saber si la prioridad de la QPC era compatible con la supremacía del derecho europeo (Cass. 16 de abril de 2010 M. Melki). La respuesta de la Corte de Luxemburgo

¿Un nuevo Consejo Constitucional?

permitió evitar el choque frontal, pero ello nos acuerda que después del certificado de constitucionalidad queda obtener el certificado de convencionalidad.

Nada peor para una Suprema Corte que ser mirada por encima del hombro por otra, y nada sería peor que ver que una ley declarada conforme a la Constitución, rechazada por ser contraria a la Convención Europea de Derechos Humanos, en razón de un corpus de referencia diferente o de un grado de exigencia más alto, como lo vimos en materia de validación con el asunto Zielinski-Pradal (CEDH 28 de octubre de 1999).

Por lo tanto, me parece evidente que el Consejo Constitucional deberá, durante su examen de constitucionalidad, realizar un examen de convencionalidad por lo menos implícito, y ¿por qué no explícito?, aunque sea contrario a la jurisprudencia Interrupción Voluntaria del Embarazo del 15 de enero de 1975. No obstante, se añadió el 25 de enero de 1992 a la Constitución el artículo 88-1, en el cual el Consejo empezó a fundar sus decisiones relativas a Europa y no más en el artículo 55, que podría seguir aplicable a los casos de derecho internacional general con exclusión del derecho europeo, reconocido como un orden jurídico distinto (Decisión sobre los tratados europeos, CC 19 de noviembre de 2004 y 20 de diciembre de 2007).

En este contexto, el Consejo anuló una disposición legislativa por ser contraria a una directiva europea, la decisión CC del 30 de noviembre de 2006, ley relativa al sector energético que dio lugar a una curiosa acrobacia jurídica, entre reglamentación de la tarifa del gas y privatización de GDF (Gaz de France).

Desde luego, no ignoro el argumento crítico relativo al tamaño enorme que representa el derecho europeo (comunitario y CEDH); además, para mí, es difícil aceptar que un párrafo de una directiva prevalega por encima de la Constitución. Sin embargo, podría empezarse a aplicar el derecho original, el de los tratados, lo que permitiría defender más fácilmente, ante la Corte de Luxemburgo, la idea de que una directiva no puede oponerse a la identidad constitucional de un Estado miembro, pues existen todavía límites a una concepción jurídica completamente europea, lo que también podría constituir una respuesta a la Corte de Casación y su afán comunitario.

Jean-Claude Colliard: profesor, constitucionalista, juez electoral y hombre honesto

Para terminar, el éxito de la QPC y, por lo mismo, del Consejo depende de la tutela superior de los otros recursos existentes que provea al ciudadano, o sea, que en el concierto de los jueces, la voz del Consejo se escuche.

Terminamos con un sueño: todo lo que se esbozó aquí supone más recursos y más espacio, pues en lugar de vender el Hotel de la Marine se cree una casa de las libertades, con el Consejo y el defensor de los derechos en frente de la Asamblea como símbolo fuerte.