

Crónica de una transfiguración. La evolución del sistema jurídico francés hacia el derecho internacional de los derechos humanos

*Laurence Burgorgue-Larsen**

INTRODUCCIÓN¹

He decidido presentar una crónica de las interacciones complejas (pero efectivas) entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad en Francia. Elegí este tema pues si hubiera hecho lo mismo para Andorra, nada extraño hubiera sido presentado al final. En efecto, la situación andorrana en la materia es muy parecida a la española, que es sumamente conocida por los constitucionalistas del continente americano.

* Jueza y expresidenta del Tribunal Constitucional de Andorra.

¹ Quiero expresar mi emoción por participar en este evento histórico que reúne en San José de Costa Rica a las tres Cortes regionales de protección de derechos humanos. Nací en Estrasburgo, sede de la Corte Europea de Derechos Humanos; pasé mi adolescencia en África, específicamente en Costa de Marfil, país del actual presidente de la Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, y mi vida profesional me llevó a descubrir las tierras y el derecho de las Américas, donde mi propia madre había vivido los primeros 18 años de su vida en Santiago de Chile más precisamente. En estas circunstancias, poder participar en la celebración de los 40 años de la creación de la Corte Interamericana es para mí tanto un honor como una muy profunda emoción en la medida en que estoy íntimamente relacionada con estos tres continentes.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

Así, me pareció más interesante (y quizás más novedoso en el panorama académico latinoamericano) presentar la situación de un país al que nada predisponía a tomar en serio el derecho internacional de los derechos humanos. Al final, se trata de presentar la crónica de una transfiguración: la del sistema jurídico constitucional francés hacia el derecho internacional de los derechos humanos, y más peculiarmente al Convenio Europeo, tal como lo interpreta la propia Corte Europea de Derechos Humanos.

LA INDIFERENCIA INICIAL HACIA EL DERECHO
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.
LA AUSENCIA DE DIÁLOGO

A fin de comprender la particularidad de la situación en Francia —que explica la indiferencia inicial del sistema constitucional francés hacia el derecho internacional de los derechos humanos— resulta necesario recordar brevemente las condiciones en que nace el control constitucional en Francia.² Cuando en 1958, con el advenimiento de la V República se crea el Consejo Constitucional, éste se constituye con el objetivo principal de controlar al parlamento y proteger al poder ejecutivo de sus eventuales abusos. Se concibe entonces, esencialmente, como una herramienta del «parlamentarismo racionalizado», retomando la famosa expresión de Boris Mirkine Guetzévitch. El General de Gaulle y su mentor Michel Debré, quien fue uno de los creadores conceptuales de la Constitución de 1958, deseaban poder controlar al parlamento. En efecto, Francia salía de la IV República cuyo régimen parlamentario había provocado una gran inestabilidad gubernamental.

En ese contexto y hasta 1971, el Consejo Constitucional solamente controlaba las leyes antes de su promulgación y podía ser consultado únicamente por las cuatro autoridades más altas del Estado. Su examen se limitaba a lo correspondiente a la constitución adoptada en 1958, esencialmente, en términos de la separación de poderes en el seno del Estado. No fue sino hasta una

² Gicquel, J. (dir.), *La Constitution du 4 octobre 1958. Textes et commentaires*, París, Lexis Nexis, 2013.

Crónica de una transfiguración. La evolución del sistema jurídico...

decisión tomada el 16 de julio de 1971³ sobre la libertad de asociación que el Consejo decidió ampliar el rango de su control.⁴ A partir de ese momento, ya no lo ejercería solamente con relación a la Constitución de 1958, sino también basándose en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, con relación a los derechos fundamentales, y en el preámbulo de la Constitución de 1946, con relación a los derechos económicos y sociales. Más tarde, la Carta del Medioambiente, adoptada en 2004, vino a agregarse a este «bloque de constitucionalidad»⁵ mediante la adopción, en 2005,⁶ de una ley orgánica.

³ Consejo Constitucional, 16 de julio de 1971, Liberté d'association, N. 71-44 DC.

⁴ Esta decisión histórica fue, lógicamente, objeto de numerosos comentarios. La lista a continuación no es exhaustiva, Beardsley, J. E., The Constitutional Council and Constitutional liberties in France, *The American journal of comparative law*, Summer 1972, N. vol. 20, N. 3, pp. 431-452; Pizzorusso, A., Note sous décision N. 71-44 DC, *La Semaine juridique, Édition générale*, 1971; Rivero, J., Note sous décision N 71-44 DC, *Actualité juridique. Droit administratif*, 1971, pp. 537-542; Robert, J., *Propos sur le sauvetage d'une liberté*, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1971, pp. 1171-1204.

⁵ La noción de «bloque de constitucionalidad» es una construcción doctrinal en Francia, concebida por el constitucionalista Louis Favoreu a partir de la sentencia del 16 de julio de 1971. Una excelente síntesis sobre el tema es la de Denizeau, C., *¿Existe-t-il un bloc de Constitutionnalité?*, Paris, LGDJ, 1997, p. 152. Sabemos que el concepto migró a América Latina con un significado totalmente diferente, puesto que, en la mayoría de los casos, integra el derecho internacional de los derechos humanos.

⁶ A partir de la aprobación de la ley constitucional No. 2005-205 del 1 de marzo 2005, relativa a la Carta del Medioambiente, el primer párrafo del Preámbulo de la Constitución dice: «El pueblo francés proclama solemnemente su compromiso con los derechos humanos y con los principios de la soberanía nacional, tal y como han sido definidos en la Declaración de 1789, confirmada y completada por el preámbulo a la Constitución de 1946, así como con los derechos y deberes definidos en la Carta del ambiente de 2004». Dentro de una literatura abundante vale la pena referirse a: Jegouzo, Y., *La genèse de la Charte Constitutionnelle de l'environnement*, *Revue juridique de l'environnement*, No. spécial, 2003, 23 s.; Prieur, M., *La Constitutionnalisation du droit de l'environnement, 1958-2008, Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, B. Mathieu (dir.), Paris, Dalloz, 2008, pp. 489-503.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

Dos reformas importantes van a ampliar más adelante las posibilidades de acción del Consejo Constitucional: en 1974, el derecho de consultar al Consejo Constitucional antes de la promulgación de las leyes se habilita para los parlamentarios de la oposición (con al menos 60 parlamentarios); en 2008,⁷ ese derecho se abre a los ciudadanos o más exactamente a las partes en un proceso judicial: se trata aquí de la cuestión prioritaria de constitucionalidad (QPC: *question prioritaire de constitutionnalité*), que existía bajo diversas formas en todos los países europeos, salvo en Francia.

Esta reforma de 2008, que instaura la QPC, fue adoptada tras varios años de debate y tras varios informes.⁸ Su objetivo era, ciertamente, otorgar nuevos derechos a los ciudadanos y, sobre todo, garantizar la preeminencia de la Constitución en el orden jurídico.⁹ Pareciera paradójico, en efecto, que fuese más fácil para un justiciable acudir a las jurisdicciones europeas que al propio Consejo Constitucional nacional, con el fin de que se reconocieran sus derechos fundamentales. En la actualidad, las personas justiciables pueden acudir al Consejo Constitucional a través de las cortes supremas (Consejo de Estado y Tribunal de casación) cuyo papel es filtrar las demandas. Pero el control constitucional se ejerce solamente en relación con el bloque de constitucionalidad. A raíz de una sentencia del 15 de enero de 1975 sobre la ley de interrupción voluntaria del embarazo —defendida magis-

⁷ Reforma constitucional del 23 de julio del 2008 que entró en vigencia el 1 de marzo del 2010. La literatura en la materia es abundante. Me permito referirme aquí a nuestro estudio sobre las consecuencias de la introducción de la QPC sobre los procedimientos ante el Consejo Constitucional, Burgorgue-Larsen, L., «El tema de la sumisión del Consejo Constitucional a los principios convencionales europeos», *Annuaire de droit européen*, 2009, pp. 93-108.

⁸ Informe de la comisión presidida por el Decano Vedel en 1993; Informe de la comisión presidida por el exprimer Ministro E. Balladur en 2007.

⁹ Para conocer la evolución del proyecto de ley orgánica que instauró la QPC, ver nuestro estudio, «Asunto prejudicial de constitucionalidad y de control convencional. Estado de situación de sus vínculos (eventualmente peligrosos) en el proyecto de ley orgánica sobre la aplicación del artículo 61§1 de la Constitución», *Revue française de droit administratif*, julio-agosto 2009, pp. 787-799.

Crónica de una transfiguración. La evolución del sistema jurídico...

tralmente por una gran dama de la historia de Francia, Simone Weil¹⁰— el Consejo juzga, en efecto, que no le corresponde examinar la conformidad de la ley con lo estipulado por un tratado o por un convenio internacional. Esta jurisprudencia no ha sido cuestionada y, de tal manera, el Consejo Constitucional no se ocupa, en principio, de verificar que una disposición que le es sometida sea conforme con la Convención Europea de Derechos Humanos o con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La situación actual es entonces la siguiente: el Consejo Constitucional tiene el monopolio del control constitucional, pero no realiza control convencional, es decir que, en principio, el Consejo es indiferente a la conformidad de nuestro derecho con el derecho internacional y, en particular, con el derecho internacional relativo a los derechos humanos, donde la Convención Europea brilla con luz propia. El juez constitucional francés tampoco se refiere explícitamente a las decisiones tomadas por otras cortes en otros países. Esto no forma parte ni de sus tradiciones ni de sus obligaciones. Las jurisdicciones judiciales y administrativas de derecho común pueden, en cambio, desestimar una disposición que sea contraria al derecho internacional de los derechos humanos (y principalmente a la Convención Europea, tal y como la interpreta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), mas no pueden revocarla. Tampoco pueden hacer control constitucional. Al menos en principio, pues, al rehusar transmitir al Consejo Constitucional una cuestión prioritaria de constitucionalidad, están ejerciendo un tipo de control constitucional.¹¹

¹⁰ Simone Weil fue deportada a los campos de concentración con su madre y una de sus hermanas. Su madre no sobrevivió. Su padre y su hermano, que habían sido deportados a otros campos, tampoco regresaron vivos. Luego de la liberación, estudió derecho, se dedicó a la judicatura, antes de involucrarse en política. Europea convencida, fue la primera mujer electa al Parlamento europeo. Su recorrido excepcional le valió ser enterrada en el Panthéon (N.T. monumento donde yacen grandes personalidades de la historia francesa) en julio del 2018, por decisión del Presidente Emmanuel Macron.

¹¹ Rousseau, D., La QPC: un big bang juridictionnel?, *Revue de droit public*, 2009, pp. 631 y ss.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

LA TOMA EN CONSIDERACIÓN SILENCIOSA
DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS
HUMANOS. EL “DIÁLOGO SIN PALABRAS”

Las instituciones poseen una vida propia que escapa de las manos de quienes las concibieron y la aplicación de tal distribución, en apariencia clara y racional, ha resultado ser menos sencilla de lo esperado. Como lo recuerda Guy Canivet, «la compartimentación ha resultado impracticable».¹²

En primer lugar, gran parte de las normas europeas relativas a los derechos fundamentales son indisociables de las normas constitucionales francesas: en particular, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y una parte del preámbulo a la Constitución de 1946. Encontramos normas similares en la mayoría de los países europeos. Decir entonces que hacemos referencia al principio de igualdad, de no discriminación, de dignidad, de libertad de expresión, o del respeto a los derechos a la defensa, tal y como los reconoce nuestro bloque de constitucionalidad, a la vez que los ignoramos cuando figuran en los convenios europeos, resulta ser un ejercicio delicado y a menudo incomprendido. Guy Carcassonne hablaba de principios «clonados» al referirse a la manera en que los textos que se refieren a los derechos fundamentales en los diferentes países se inspiran unos de otros. No obstante, si los textos de referencia son los mismos, la armonización de las jurisprudencias se convierte en un imperativo ineludible.

En segundo lugar y de manera concreta, la articulación entre el control convencional y el control constitucional es delicada, y puede acarrear contradicciones en términos de decisión o, al menos, en términos de calendario.¹³

¹² Canivet, G., *L'incontournable question de l'application du droit européen par le juge Constitutionnel français. De l'impracticable séparation à l'inévitable coordination*, Conférence organisée par l'Académie de droit européen sur la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, Treves 18 y 19 de junio 2015.

¹³ Veremos más adelante este elemento en el marco de las sentencias del 2010 sobre la detención preventiva.

Crónica de una transfiguración. La evolución del sistema jurídico...

En fin, el hecho de que el Consejo Constitucional haya mantenido su jurisprudencia de 1975 lo llevó a establecer estrategias alternativas con razonamientos particularmente complejos, a fin de verificar que los textos examinados no entraran en contradicción con los convenios. Resulta aquí necesario una especie de control implícito, que el Consejo realiza sin decirlo ni escribirlo, lo que conlleva numerosas incomprensiones.

Ante esa situación, el juez constitucional no pudo evolucionar ni en la jurisprudencia, ni en su forma de redactar. Nunca cita sentencias extranjeras ni europeas en sus razonamientos ni en sus motivaciones. En cambio, en su trabajo preparatorio, es decir, en su motivación implícita, sí toma en cuenta cada vez más la jurisprudencia europea e incluso las sentencias de las cortes de otros países europeos. Además, en numerosos discursos y declaraciones extrajudiciales, el presidente o los miembros del Consejo Constitucional han recordado, regularmente, su decisión de velar por que las decisiones del Consejo sean al menos compatibles con las sentencias emitidas por las jurisdicciones europeas.

Esto nos lleva a una situación que puede parecer paradójica: el control constitucional está reservado, en principio, al Consejo Constitucional, pero las jurisdicciones francesas de derecho común participan en él cada vez más activamente. Ciertamente, éstas no pueden derogar una ley, pero al decidir no transmitir un asunto al Consejo Constitucional y al decidir sobre la seriedad del tema, ejercen de hecho un control constitucional. Paralelamente, el Consejo Constitucional no ha abandonado su jurisprudencia de 1975.¹⁴ No examina las leyes a la luz de los textos de los convenios europeos, pero sin decirlo, en realidad, sí les confiere una gran importancia.¹⁵ He aquí lo que un exmiembro del Consejo

¹⁴ En tanto que se han desarrollado numerosos debates sobre la doctrina sobre el posible abandono de esa jurisprudencia, ver Carcassonne, G., ¿Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision N. 74-54 DC du 15 janvier 1975?, *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2009, 7, pp. 93-100.

¹⁵ Burgorgue-Larsen, L., France. The impact of European fundamental rights on the French Constitutionnal Court, en Popelier, P., Van de Heyning, C., Van Nuffel, P. (eds.), *Human rights protection in the European legal order: the interaction between the European and national courts*, Cambridge, Intersentia, pp. 211-236.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

Constitucional llamó el «diálogo sin palabras» entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Consejo Constitucional.¹⁶

El problema de los diálogos sin palabras es que permiten identificar las convergencias, pero no necesariamente explicar y resolver las divergencias. Las omisiones que perduran son peligrosas. Constituyen una fuente de malentendidos tanto para las familias en la esfera privada como para las instituciones en el sector público. Si la jurisprudencia tiene por objeto ser comprendida por un público más amplio que los especialistas y los profesores de derecho, resulta imperativo encontrar las vías para salir del silencio.

LAS MANIFESTACIONES Y LAS CONSECUENCIAS
DEL “DIÁLOGO SIN PALABRAS”. LA BÚSQUEDA
DE LA CONCORDANCIA NORMATIVA

Incluso si hoy en día resulta imposible decir cuáles son las vías que tomará el Consejo Constitucional para salir de su silencio sobre sus fuentes externas y en particular sobre las relativas al derecho internacional de los derechos humanos, la evolución resulta ineludible en un mundo abierto, donde los problemas económicos y sociales ya no volverán a estar limitados a un solo país y surgen en diferentes sociedades y puntos del planeta. Lo mismo sucede con los temas relativos a las regulaciones de la vida económica y financiera, a la conciliación entre seguridad y libertad, a la lucha contra el terrorismo y, especialmente, a los temas relativos a la evolución de la familia (matrimonio, filiación).

En cuanto a este último punto, resulta interesante constatar que Francia reguló el tema del matrimonio entre personas del mismo sexo mediante la ley, en medio del dolor y el conflicto, en tanto que en otros países la evolución provino de los jueces de manera más progresiva y apacible.¹⁷ No obstante, es otro tema

¹⁶ Dutheillet de la Motte, O., *Contrôle de Constitutionnalité et contrôle de conventionalité*, Mélanges en l'honneur du Président Labetoulle, Paris, Dalloz, 2007, pp. 315-327.

¹⁷ Burgorgue-Larsen, L., *La jurisprudencia de las cortes constitucionales europeas en el marco del derecho de las personas y de familia*, Les nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, Paris, Dalloz, 2013, N. 39, pp. 229-250.

Crónica de una transfiguración. La evolución del sistema jurídico...

que pone en evidencia la dificultad de un estudio comparado que mire los sistemas jurídicos sin tener en cuenta la historia, la cultura y las particularidades sociológicas de cada uno de los países concernidos.

Ciertamente, las reticencias a la utilización explícita de fuentes externas se explican, sin duda, por la naturaleza particular del juez constitucional en general y en Francia en particular, de cara a la historia de la creación del control constitucional. El juez constitucional no se considera un juez como los demás, puesto que su oficio está ligado a la preservación de los valores que fundamentan los textos constitucionales. Su referencia es, por lo tanto, eminentemente nacional.¹⁸ Pero hay cada vez más conciencia de la necesidad de recurrir al derecho comparado y al derecho internacional de los derechos humanos tanto para fertilizar el derecho nacional como para analizarlo de manera crítica. Cuales quiera que sean las dificultades y las reticencias, la evolución es ineludible y ya podemos notar numerosas manifestaciones de ello tanto en los métodos de trabajo del Consejo Constitucional como en su jurisprudencia.

LA EVOLUCIÓN DE LOS MÉTODOS DE TRABAJO

Tanto en el caso del control *a priori* como *a posteriori*, el Consejo examina en la actualidad exhaustivamente la jurisprudencia de las cortes europeas y la integra en su reflexión y en su razonamiento, cuidándose de evitar la redacción de sentencias que puedan resultar incompatibles. Pero si bien en sus sentencias nunca las cita, salvo en casos específicos de los que hablaremos más adelante, en términos generales podemos encontrar señales de investigaciones realizadas en la documentación que aparece en línea en el sitio *web* del Consejo.¹⁹

¹⁸ Jacquélet, F., *L'ambivalence du droit comparé par le juge Constitutionnel*, Bruselas, Bruylant, 2014.

¹⁹ En cada una de sus sentencias, el Consejo Constitucional pone en línea un «expediente documental» que permite apreciar el contexto en que se pronuncia la sentencia y evaluar las normas de referencia utilizadas (www.conseil-constitutionnel.fr).

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

Los recursos con precedentes extranjeros no corresponden ni a la tradición jurídica ni a la práctica jurisdiccional francesas. Contrariamente a otras constituciones europeas, que contienen cláusulas de referencia al derecho internacional de los derechos humanos —como es el caso de España, de Portugal e incluso de Rumanía, por ejemplo,²⁰ que facilitan el recurso a diversas fuentes externas y especialmente a sentencias pronunciadas por cortes extranjeras— la Constitución francesa es muda en este sentido. Sin embargo, si bien el Consejo no lo hace sistemáticamente, cada vez más estudia las sentencias pronunciadas por otras cortes sobre un mismo tema, en todo caso, las de aquellas que le resultan más accesibles. Sabe efectivamente que todas las cortes se ven confrontadas a problemas comunes difíciles de resolver. Esta práctica se está reforzando considerablemente, puesto que se decidió nombrar en el servicio jurídico del Consejo Constitucional a un jurista especializado en derecho comparado. De esta manera, el Consejo tendrá en adelante la posibilidad de confrontar sus decisiones, de manera más sistemática, con la jurisprudencia extranjera que corresponda.

Más allá de la jurisprudencia, el Consejo recopila cada vez más elementos relativos al derecho positivo y a las políticas públicas vigentes en los países vecinos sobre los temas que trata.

²⁰ El artículo 10§2 de la Constitución española se lee así: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que reconoce la Constitución se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias, ratificados por España”.

El artículo 20§1 de la Constitución rumana que se titula “Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos” dice: «Las disposiciones constitucionales relativas a los derechos y libertades de los ciudadanos serán interpretadas y aplicadas en concordancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos, con los pactos y con otros tratados de los cuales Rumanía es parte».

El artículo 16 de la Constitución portuguesa que se titula “La determinación de los derechos fundamentales y su significado” expresa: «1. Los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no excluyen a los demás derechos que resultan de las leyes y de las reglas aplicables al derecho internacional. 2. Las normas constitucionales y legales relativas a los derechos fundamentales, se interpretan y se aplican en armonía con la Declaración Universal de Derechos Humanos».

Crónica de una transfiguración. La evolución del sistema jurídico...

Tales elementos permiten apreciar no solamente el derecho positivo vigente, sino también las dificultades que encuentra su aplicación. La información puede provenir de estudios sometidos por el gobierno al parlamento en el caso de leyes recientes, informes parlamentarios específicos o investigaciones propias del Consejo. De esta manera, a título de ejemplo, en el expediente documental de la sentencia del 20 de noviembre del 2003 relativa a la ley sobre la inmigración²¹ encontramos —además de numerosas referencias a la jurisprudencia del Tribunal Europeo— una comparación europea sobre los plazos de retención.²² Incluso si la sentencia no indica nada al respecto, entendemos que esa comparación permitió apreciar la proporcionalidad de la ley francesa. De la misma manera, en su decisión del 24 de junio del 2016 sobre una disposición del Código de Trabajo que deroga el descanso dominical permitiendo así la apertura de los comercios los domingos en París,²³ el estudio comparativo permitió poner en evidencia la extrema diversidad de las situaciones en países comparables y relativizar el impacto de la decisión (en un contexto francés relativamente polémico) de derogar la prohibición de trabajar el domingo.²⁴ No obstante, todo esto se mantiene dentro de lo que no se dice.

Finalmente, las prácticas jurisdiccionales de las cortes extranjeras han tenido una influencia sobre el Consejo Constitucional francés. Entre muchos ejemplos, podemos citar dos: la práctica de la reserva de interpretación por parte de la Corte Constitucional italiana, cuyo consejo es ahora abundantemente utilizado, y el método de control de proporcionalidad de la Corte alemana de Karlsruhe, que ha sido importado a Francia. Pero esta influencia

²¹ Sentencia del 20 de noviembre del 2003, Ley relativa al control de la inmigración, a la permanencia de extranjeros en Francia y a la nacionalidad, N. 2003-404 DC.

²² Ver <http://www.conseil-Constitutionnel.fr/conseil-Constitutionnel/root/bank/download/2003484DCdoc.pdf>

²³ Sentencia del 24 de junio del 2016, N. 2016-547 QPC, Ciudad de París [Derogación temporal del reposo dominical de los asalariados del comercio detallista en París].

²⁴ Ver http://www.conseil-Constitutionnel.fr/conseil-Constitutionnel/root/bank/download/2016547QPC2016547qpc_doc.pdf

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

de las fuentes externas no solamente se encuentra en el trabajo preparatorio, sino que se pueden notar los efectos, aunque a veces sea de manera subliminal, en la lectura de las sentencias.

LA EVOLUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL CONSEJO

En primer término y a pesar de que el Consejo se rehúsa a inscribir los convenios internacionales dentro de su perímetro de control, la Constitución ahora obliga a vigilar que se respeten los compromisos internacionales de Francia y el derecho de la Unión Europea (artículo 88§1 y siguientes). El Consejo verifica la compatibilidad de los tratados o acuerdos internacionales con la Constitución y, en caso de incompatibilidad, esos tratados solo podrán ser ratificados después de un examen de la Constitución (artículo 53). En principio, el Consejo no controla la constitucionalidad de las directrices europeas, pero vigila que esas directrices sean incorporadas efectivamente y que la ley que las incorpore no sea manifiestamente incompatible con la directriz que debe incorporar. Por ejemplo, censuró mediante una sentencia del 27 de julio del 2006 una ley que incorporaba una directriz relativa al sector de la energía, al estimar que la ley «desconocía evidentemente el objetivo de apertura de los mercados competitivos».²⁵

Particularmente, en una decisión del 4 de abril del 2013, por primera vez, el Consejo planteó una consulta prejudicial a la Corte de Justicia de la Unión Europea. El asunto se refería a la verificación de si la decisión marco del Consejo de la Unión, de fecha 13 de junio del 2002, relativa a la orden de detención europea, permitiría a los Estados miembros recurrir las decisiones de la Sala de instrucción.²⁶ Mediante una sentencia del 30 de mayo del 2013, la CJUE respondió que la directriz no se oponía a la organi-

²⁵ DC 2006-540 del 27 de julio del 2006. Ley relativa al sector de la energía.

²⁶ QPC 2013-314 P de 4 de abril del 2013 Jeremy F. La disposición criticada en el marco de la QPC concernía al artículo 695-46 que establecía que la Sala de la instrucción decidiría en un plazo de 30 días «sin recurso» en lo referente a una demanda, con el fin de extender los efectos de la orden de detención a otras infracciones, o de autorizar la entrega de la persona arrestada a otro Estado.

Crónica de una transfiguración. La evolución del sistema jurídico...

zación de un recurso que suspendiera la sentencia de ejecución de la orden de detención, a condición de respetar el plazo previsto. Por lo tanto, el Consejo pronunció, el 14 de junio del 2013, una sentencia que constata que la ausencia de recurso previsto por la disposición criticada no provenía necesariamente de la directriz 2002, y la censuró considerando que atentaba contra el derecho al recurso efectivo.²⁷

Esta consulta prejudicial presentada ante la CJUE se ha mantenido aislada hasta la fecha, en tanto que otras cortes constitucionales, especialmente la Corte Constitucional belga, no dudan en plantearlas regularmente. Pero el ejemplo de este único planteamiento muestra que un diálogo con la Corte de Justicia de la Unión Europea es posible, dentro de los plazos compatibles con aquellos muy breves de que dispone el juez constitucional francés.

En muchos otros asuntos, el Consejo Constitucional ha incorporado el razonamiento e incluso los términos y fórmulas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin decirlo claramente, pero diciéndolo de tal manera que su jurisprudencia esté de acuerdo con los estándares materiales establecidos por el Tribunal de Estrasburgo. Los ejemplos son muchos, pero decidimos mencionar tres.

LA PRESENCIA DEL ABOGADO DURANTE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

En el 2010, el Consejo Constitucional tomó una serie de decisiones que censuraban las disposiciones de la detención preventiva, que no preveían la presencia de un abogado y atentaban contra la presunción de inocencia y contra los derechos a la defensa.²⁸ El expediente documental preparatorio da un amplio espacio a las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, desde hacía varios años, se mostraba más exigente que los jueces franceses en lo referente a las garantías que debían darse a las

²⁷ QPC 2013-314 de 14 de junio del 2013. Jeremy F.

²⁸ Sentencia del 30 de julio del 2010, Daniel W, QPC n° 2010 14/22.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

personas en detención preventiva (basándose en el artículo 6 de la Convención).²⁹ Si bien las sentencias del Consejo nunca citaron los fallos del Tribunal Europeo, éstos han tenido un impacto determinante sobre esas sentencias. A pesar de su impacto, la aplicación de tales fallos ha encontrado dificultades que ilustran claramente los conflictos provenientes de un diálogo no resuelto entre jueces.

El Consejo Constitucional había organizado el efecto de su decisión a través del tiempo, a fin de otorgar al legislador un plazo para modificar la ley (hasta el 1º de julio del 2011). Sin embargo, mediante cuatro fallos del 15 de abril del 2011, la Corte de Casación sacó conclusiones de las decisiones del Tribunal Europeo y juzgó esas disposiciones contrarias al artículo 6 del Convenio Europeo, con efecto inmediato. Esa situación provocó cierto desorden puesto que ni los servicios de policía, ni las jurisdicciones, ni los abogados estaban listos para la implementación inmediata de una reforma tan importante.

En este sentido, la influencia de la jurisprudencia convencional europea ha sido determinante. El Consejo Constitucional tenía claro que no podía correr el riesgo de tomar una decisión contraria, puesto que tarde o temprano las jurisdicciones de derecho común habrían asumido las decisiones del Tribunal Europeo, aplicándolas y poniendo con ello a todo el sistema de control jurisdiccional francés en contradicción consigo mismo.

LA VALIDACIÓN RETROACTIVA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Hasta el año 2014, el Consejo Constitucional consideraba que «el legislador podía modificar retroactivamente una regla de derecho o validar un acto administrativo o de derecho privado, siempre y cuando persiguiese un objetivo de interés general suficiente».³⁰ El Tribunal Europeo había estimado en una sentencia del 28 de

²⁹ TEDH, 8 de febrero de 1996, *Murray vs. El Reino Unido*; 27 de noviembre de 2008, *Salduz vs. Turquía* y *Danayan vs. Turquía* (13 de octubre de 2009).

³⁰ Sentencia del 23 de setiembre de 2011, QPC N. 2011-166.

Crónica de una transfiguración. La evolución del sistema jurídico...

octubre de 1999³¹ que una validación podía vulnerar el derecho a un juicio justo, reforzando además las exigencias respecto de los motivos que podían justificar la validación legislativa.

El Consejo consideró que el interés general protegido debía ser «imperativo» y no solamente «suficiente». El Consejo Constitucional integró tal exigencia en una sentencia del 24 de julio del 2014 relativa a la garantía de los contratos de préstamo.³² En adelante, será necesario «un motivo imperioso de interés general». Utiliza así los mismos términos que la Corte Europea, pero sin decirlo y sin hacer referencia a ésta, ni en la sentencia ni en el expediente documental.

EL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM*

La jurisprudencia del Consejo Constitucional sobre la doble sanción, penal y administrativa, ha sido constante. Proveniente del artículo 8 de la Declaración de 1789, la doble sanción resultaba posible cuando el cúmulo del monto global de las sanciones eventualmente pronunciadas no sobrepasase el monto de la sanción más elevada.³³ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a partir de un fallo del 10 de febrero del 2009,³⁴ interpretaba

³¹ TEDH, Cámara Alta, 28 de octubre 1999, *Zielinski y Pradal y González y otros vs. Francia*.

³² DC del 24 de julio 2014 2014-695, «si el legislador puede modificar retroactivamente una regla de derecho o validar un acto administrativo o de derecho privado, siempre y cuando esta modificación o validación respete tanto las resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada, como el principio de no retroactividad de las penas y de las sanciones, y que la conculcación a los derechos de las personas, que resulte de tal modificación o validación, se justifique por un motivo imperioso de interés general».

³³ Sentencia del 17 de enero 2013, N. 2012-289 QPC, M. Laurent D. [Disciplina de los médicos].

³⁴ TEDH, Gran Cámara, 10 de febrero de 2009, *Zolotoukhine vs. Rusia*. Para lograr el cambio en la jurisprudencia, el Tribunal Europeo aprovecha el derecho internacional y el derecho comparado: el artículo 14.7 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 20 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el artículo 54 del Convenio para la Aplica-

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

de manera más estricta ese principio, pero el Consejo no había modificado su jurisprudencia. Mediante una sentencia del 4 de marzo del 2014,³⁵ el Tribunal Europeo condenó a Italia por no haber respetado ese principio, al permitir un cúmulo de acciones judiciales y de sanciones en materia de delito bursátil, según un procedimiento y una organización similares a la francesa. Es en este contexto que se interpusieron ante el Consejo Constitucional francés varias consultas relativas al principio de *ne bis in idem*, altamente mediatizadas en razón de la notoriedad de los demandantes.

La lectura de esas sentencias explica claramente la dificultad de articular. El Consejo modificó su jurisprudencia para tomar en cuenta la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, manteniendo su distancia con una concordancia absoluta, lo que puede querer manifestar cierta reticencia o, al menos, mucha prudencia en un campo que, ciertamente, se encuentra en evolución. No quiso constitucionalizar el «principio *ne bis in idem*» fundamentando su razonamiento en el artículo 8 de la declaración de 1789, que no estipula otra cosa más que el principio «*ne bis in idem*».

La lectura del conjunto no resulta fácil. Vemos que el Consejo quiso a la vez no contradecir las jurisdicciones europeas, pero preservando un sistema de doble sanción que ha probado su pertinencia en muchos casos. Desde este punto de vista, las comparaciones con otros países muestran que el sistema de doble sanción administrativa y penal existe casi en todas partes. Este enfoque comparativo no dejó de tener influencia sobre la decisión tomada.

A raíz de esta reflexión, resulta necesario volver al tema fundamental del oficio del juez constitucional. Si bien es juez de naturaleza particular, sigue siendo un juez que, como los demás, busca soluciones aceptables para situaciones complejas. Se inspi-

ción de los Acuerdos de Schengen y la jurisprudencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el artículo 8.4 de la Convención Americana, tal y como lo ha interpretado la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, *last but not least*, la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense.

³⁵ TEDH, Gran Cámara, 4 de marzo de 2014, *Grande Stevens vs. Italia*.

Crónica de una transfiguración. La evolución del sistema jurídico...

ra en sus referencias técnicas y jurídicas, pero sabemos que éstas no bastan.

También juzga a través de su conocimiento del mundo, de su comprensión de los comportamientos humanos y de la sociedad en la que vive. Pronuncia sus sentencias, como todos los jueces, a la luz de los textos, de los precedentes, de los compromisos europeos e internacionales contraídos por Francia, pero también, y cada vez más, sobre la base de soluciones de otros orígenes. ¿Y por qué no decirlo con toda claridad? A mi parecer, con la posibilidad de expresar opiniones disidentes, este esfuerzo de explicación podría reforzar la legitimidad de las jurisdicciones, en vez de debilitarla.