

***EL MODELO FRANCÉS DE CONTROL POLÍTICO
DE LA CONSTITUCIONALIDAD
DE LAS LEYES: SU EVOLUCIÓN***

1. Introducción: control jurisdiccional versus control político.— 2. La evolución de los órganos de control político en el constitucionalismo francés.— 3. La concepción inicial del “Conseil constitutionnel” en la constitución de la Quinta República.— 4. La naturaleza del consejo constitucional: ¿Jurisdiccional o política?.— 5. La evolución del Consejo Constitucional.— 6. El perfil orgánico del consejo constitucional.

1. *Introducción: control jurisdiccional versus control político*

Uno de los más trascendentales problemas que suscita la organización de la función de control de la constitucionalidad de las leyes es, sin duda, el de encontrar un órgano o instancia idónea para su eficaz desempeño. La conveniencia de prevenir o reparar las violaciones del orden constitucional es una cuestión que, en sí misma, no suscita graves objeciones. Sin embargo, supuesta esta necesidad, surgen de inmediato las discrepancias a la hora de instrumentar métodos o procedimientos eficaces de control.

El constitucionalismo histórico alumbró dos tipos básicos de sistemas de control de la constitucionalidad: el control por los órganos judiciales ordinarios, característico del sistema constitucional norteamericano, y el control por un órgano político, de impronta francesa.

Como se ha advertido¹, la opción por uno u otro sistema obedeció a precisas circunstancias socio-políticas y ambientales; precisamente, la existencia de estos condicionamientos sugieren una ineliminable vertiente política inherente a todo control de constitucionalidad, lo que conduce a pensar en una cierta identidad de la función de control tanto si se practica por los jueces, como por determinados entes políticos.

En cualquier caso, lo que nos resulta claro es que la función de control, independientemente del órgano que la lleve a cabo, no puede basarse sino en criterios jurídicos; ello no obsta para reconocer la importancia del modo de organización de la misma. Y desde esta perspectiva, a nuestro modo de ver, resulta incuestionablemente ventajosa la atribución de esta función a órganos especializados de carácter jurisdiccional.

Los sistemas constitucionales contemporáneos han alumbrado nuevas soluciones que si bien pueden reconducirse en último término a la dicotomía clásica, control jurisdiccional - control político, no por ello dejan de presentar rasgos originales. En esta perspectiva, cabe destacar en el ámbito europeo-occidental, como representantes de la tradición judicial, los Tribunales Constitucionales, aportación del constitucionalismo democrático de la primera postguerra².

Desde una perspectiva histórica, posiblemente, lo que más llame la atención sea el hecho de que mientras en Estados Uni-

-
1. *Gumersindo Trujillo*: "La constitucionalidad de las leyes y sus métodos de control", en "Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes", Universidad de La Laguna, La Laguna, 1970, págs. 76-77.
 2. Cfr. al respecto, *Gumersindo Trujillo*: "La constitucionalidad de las leyes...", op. cit., págs. 58-74.

dos la "judicial review" admite ser considerada como algo consustancial a la propia constitución —recordemos las palabras, devenidas clásicas, de *Charles Evans Hughes*: "Vivimos bajo una Constitución; mas la Constitución es lo que los jueces dicen que es"³—, en Europa no ha sucedido otro tanto. Y no por desconocimiento o indiferencia, pues, como advirtiera *James Bryce* a fines del pasado siglo⁴, ningún otro rasgo del sistema americano de gobierno ha despertado tanta curiosidad en el pensamiento europeo, causado tantas discusiones, admirado en tan alto grado, y frecuentemente incomprendido, como el de la "judicial review".

En 1920, *Alvarado*⁵, tras poner de relieve que nunca había sido el de Europa ambiente propicio para el arraigo y desenvolvimiento del recurso de inconstitucionalidad, apuntará como clave de las opuestas orientaciones de Europa y América, a la diversidad de circunstancias en que surgieron sus respectivos códigos basales. Y más recientemente, en una dirección no excesivamente distante de la precedente, *Gottfried Dietze* sintetiza las razones para el establecimiento de la "judicial review" en América y su rechazo en Europa, especialmente en Francia —que marcará la pauta directriz del constitucionalismo continental durante un largo trecho histórico—, en la existencia de muy dispares condiciones sociales en el momento de su respectivos procesos revolucionarios⁶.

En América, el Parlamento inglés aparecía como "the great oppressor", siguiéndole en tal papel el Rey y su Gobierno. Por el contrario, a los Tribunales correspondía "the role of the libe-

3. Cit. por *Antonio Carrillo Flores*, en el Prólogo a la obra del propio *Charles Evans Hughes*: "La Suprema Corte de los Estados Unidos", FCE, 2ª ed., México, 1971, pág. 7.

4. *James Bryce*: "The American Commonwealth", 3ª ed., New York, 1906, pág. 241.

5. *A. Jorge Alvarado*: "El recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes", Editorial Reus, Madrid, 1920, págs. 79-81.

6. *Gottfried Dietze*: "America and Europe. Decline and emergence of judicial review", en *Virginia Law Review*, vol. 44, nº 8, december 1958, págs. 1233 y sigs.; en concreto, pág. 1241.

rator” En Europa, la situación era casi diametralmente opuesta. El Monarca era el tirano, asistido por sus jueces, y precisamente por ello, la liberación había de ser la tarea de la cámara legislativa en cuanto órgano de representación popular.

Por otra parte, mientras en América los individuos fueron protegidos por una ley, la Constitución, que era superior a las elaboradas por el Congreso, en Europa, absorbidos por la “volonté générale”, los ciudadanos serían protegidos por las leyes elaboradas por el Parlamento. La doctrina rousseauiana de la infalibilidad del Parlamento, que se conecta con la concepción de la ley como expresión de la voluntad general, incidirá, pues, sobremanera en el posicionamiento europeo en general y francés en particular.

El liberalismo y el constitucionalismo primitivo —argumentaría al efecto *Otto Bachof* en su celeberrimo discurso rectoral⁷— tenían una gran fe en la ley; no desconfiaban del legislador, sino, como ya dijo Montesquieu, del juez, consecuencia de su posición de servidor del príncipe en el Estado absoluto. Existía, pues, una preocupación no sólo ya por asegurar al juez frente a su anterior sujeción al soberano, sino también por vincularle como un esclavo a la letra de la ley, sólo en la cual se veía la garantía contra el arbitrio de la autoridad. La ley era la “Carta Magna de la libertad”; el juez, solamente su obediente servidor y ejecutor. De tales concepciones surgiría el vituperado positivismo jurídico con su equiparación entre ley y Derecho.

Pues bien, resulta evidente que el control de la constitucionalidad de las leyes, al crear un órgano capacitado para decidir acerca de la nulidad de las normas legislativas de procedencia parlamentaria, conculcaba frontalmente la referida doctrina rousseauiana. Como al efecto indica *Lyon*⁸, desde la Ley de 16-24 de agosto de 1790, “faisant défense aux tribunaux judi-

7. *Otto Bachof*: “Grundgesetz und Richtermacht”, Tübingen, 1959. Traducc. de Rodrigo Bercovitz, “Jueces y Constitución”, Civitas, Madrid, 1985, pág. 49.

8. *Jean Lyon*: “Le contrôle de la constitutionnalité des lois en France”, en “Informations Constitutionnelles et Parlementaires”, n° 105, 1er trimestre 1976, págs. 30 y sigs.; en concreto, pág. 30.

ciaires. . . de suspendre les décrets du Corps législatif”, el control de constitucionalidad parecía contrario a la concepción de la ley “expresión de la volonté générale”, emanando de un Parlamento “expression de la souveraineté nationale”.

Las instituciones de la Justicia Constitucional vinieron de esta forma a quebrantar el dogma ochocentista de la omnipotencia de la ley, y con él, el de la soberanía de la asamblea parlamentaria; al unísono, como señala *Vezió Crisafulli*⁹, vinieron a constituir un elemento perturbador del modelo de la “democracia pura”, de modo especial, si los órganos a los que iba a corresponder el control de constitucionalidad quedaban privados de legitimación democrática.

Los argumentos que preceden condujeron, en especial en Francia, a acuñar la fórmula del “gouvernement des juges” para calificar al sistema norteamericano de gobierno; buen ejemplo de ello nos lo ofrece la clásica obra de *Lambert*¹⁰. Con ello se quería subrayar el carácter no representativo de aquel sistema. Más aún, los juicios del Tribunal Supremo norteamericano acerca de la legislación de carácter social y económica fueron utilizados como una evidencia de que el instituto de la “judicial review”, como recordara *Deener*¹¹, “was a conservative and reactionary device operating to frustrate social welfare programs undertaken by the state”. Y aún hoy, la cuestión es planteada en términos muy semejantes por ciertos sectores doctrinales franceses. Valgan a modo ejemplificativo las siguientes reflexiones de *René Chiroux*¹²:

9. *Vezió Crisafulli*: “Giustizia Costituzionale e potere legislativo”, en el colectivo, “Scritti in onore di Costantino Mortati” (Aspetti e tendenze del Diritto Costituzionale), vol. 4^o (“La garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo”), Giuffrè Editore, Milano, 1977, págs. 129 y sigs.; en concreto, pág. 132.
10. *Eduard Lambert*: “Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats Unis”, Giard, París, 1921.
11. *David Deener*: “Judicial Review in modern constitutional systems”, en *The American Political Science Review*, vol. XLVI, n^o 4, december 1952, págs. 1079 y sigs.; en concreto, pág. 1090.
12. *René Chiroux*: “Faut-il réformer le Conseil?”, en “Pouvoirs”, n^o 13, 1980, págs. 101 y sigs.; en concreto, pág. 108. Asimismo, del propio autor, “Le spectre du gouvernement des juges”, en *Revue Politique et Parlementaire*, n^o 868, mai-juin 1977, págs. 15 y sigs.; en concreto, pág. 30.

“Le contrôle de la constitutionnalité des lois aboutit toujours au même dilemme: ce contrôle est exercé par un organe politique, mais quel organe peut être, en démocratie, supérieur au Parlement?. Il faut alors s'en remettre aux tribunaux, mais est-il concevable, en démocratie, que le dernier mot appartienne aux juges?. N'est-ce pas instaurer ce 'gouvernement des juges' tant redouté?”.

En todo caso, en nuestros días, la dialéctica control jurisdiccional versus control político ha perdido virulencia. Más aún, el elemento diferencial característico entre una y otra modalidad de control de la constitucionalidad ha dejado de ser el órgano legitimado para llevar a cabo el control —sin que ello implique presuponer que éste era el único elemento diferencial en un primer momento—, para pasar a ser el momento, la naturaleza y los efectos del control. Así, por ejemplo, hoy el carácter preventivo y preceptivo (en ciertos casos) del control que lleva a cabo el “Conseil Constitutionnel” francés supone una diferenciación mucho más acusada con el modelo de control jurisdiccional existente en otros países europeos (Italia, la R.F. Alemana o España, por sólo citar algunos supuestos), que la caracterización orgánica del propio “Conseil”, que sólo en aspectos muy puntuales se separa, radicalmente al menos, de otros órganos europeos titulares de la Jurisdicción Constitucional.

A este respecto, *Cappelletti* se pronuncia del siguiente modo¹³:

“In certi Paesi, in luogo di un controllo giurisdizionale, esiste un controllo esercitato da organi che possano chiamare ‘politici’ ma non però ‘giudiziari’. Usualmente in questi sistemi il controllo, anziché essere successivo alla emanazione e promulgazione della legge, è *preventivo* ossia interviene prima che la legge entri in vigore; e talvolta si tratta altresì di un controllo avente funzione meramente consultiva; la funzione, cioè, di un mero parere, non dotato di forza definitivamente vincolante per gli organi legislativi e governativi”.

13. *Mauro Capelletti*: “Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato”, Giuffrè Editore, Milano, settima ristampa, 1978, págs. 4-5.

En definitiva, son aspectos funcionales más que orgánicos los que en la actualidad marcan la diferenciación entre ambos tipos de control.

2. *La evolución de los órganos de control político en el constitucionalismo francés*

La historia constitucional francesa muestra una arraigada tradición antijudicialista que llega hasta nuestros días, pese a las simpatías con que ha contado en este siglo en un caracterizado sector doctrinal la "judicial review", y no obstante también el generalizado influjo de la versión racionalizada de este control, significada por los modernos Tribunales Constitucionales del constitucionalismo democrático del período de entreguerras.

Mauro Cappelletti ha aducido razones de muy dispar naturaleza para justificar la solución tradicional adoptada en Francia¹⁴. Aunque algunas de ellas ya han sido puestas de relieve con anterioridad, nos referiremos de modo sumario al tríptico de argumentos esbozados por *Cappelletti*.

En primer término, *razones históricas*. Estas podrían resumirse en la confianza sin límites en la voluntad general y el extremado recelo frente a los jueces, fruto del recuerdo permanente de las graves interferencias que antes de la Revolución los jueces perpetraban frente a los restantes poderes de un modo en verdad arbitrario.

En segundo lugar, *razones ideológicas*. Basta con pensar en Montesquieu y en su doctrina de la división de poderes, que en su más rígida formulación se consideró de todo punto inconciliable con la posibilidad de interferencia de los jueces en la esfera del poder legislativo, que, por lo demás, se contempla como la manifestación directa de la soberanía popular. De otro lado, el carácter democrático-radical y asambleario impreso en las instituciones del período revolucionario casa mal con el control judicial. 'France being the country of government by assembly

14. *Mauro Cappelletti*: "Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel Diritto Comparato", op. cit., págs. 83-86.

par excellence —significa *Dietze* al respeto¹⁵— the idea of legislative supremacy and the resultant glorification of written norms was here more firmly entrenched than in the other countries”.

Por último, *razones prácticas*. Es un hecho que las instituciones jurídicas tienden a adecuarse a las exigencias mutables de la vida práctica, tal vez con un cierto desfase temporal, de excesivo anticipo o de excesivo retraso respecto al desenvolvimiento de las circunstancias. Y la exigencia práctica que prevalece, sentida en la historia francesa de más de un siglo y medio a esta parte, ha sido la de asegurar, en especial a través del Consejo de Estado, una tutela contra la ilegalidad y los abusos del Poder Ejecutivo más que contra los excesos del Legislativo.

Desde otra perspectiva, el otorgamiento de una primacía jurídica especial a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, pudo conducir al establecimiento de la revisión judicial. Sin embargo, no fue así. La Declaración no es un primacía jurídica en sentido técnico, sino, como apunta *Esposito*¹⁶, la transposición en una fórmula general paranormativa de los principios en los que se decantaban siglos de cultura.

En cualquier caso, el tema iba a suscitar durante la época revolucionaria una cierta controversia. Recordaremos a este respecto a *Sieyès*¹⁷, quien propondría en 1795 (en un primer proyecto) la creación de un ‘*jurie constitutionnaire*’, cuya competencia esencial sería “juger les réclamations contre toute atteinte qui sérail portée à la constitution”. En un segundo proyecto, *Sieyès*, tras considerar que la constitución o es “un corps de lois obligatoires, ou ce n’est rien”, se inclinará por la creación de un

15. *Gottfried Dietze*: “America and Europe. Decline and emergence of judicial review”, op. cit., pág. 1257.

16. *Enrico Esposito*: “Il Consiglio Costituzionale in Francia”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, anno XXII, 1972, págs. 351 y sigs.; en concreto, pág. 352.

17. Cfr. a este respecto, *Mario Battaglini*: “Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi”, Giuffrè Editore, Milano, 1957, capítulo V, págs. 47-67.

nuevo organismo (la "jurie") al que se atribuirá esta función de velar por la vigencia de la constitución. En concreto, *Sieyès* propondrá tres funciones específicas a cumplir por la "jurie":

- 1) Qu'elle veille avec fidélité à la garde du dépôt constitutionnel.
- 2) Qu'il s'occupe, à l'abri de passions funestes, de toutes les vues qui peuvent servir à perfectionner la constitution.
- 3) Enfin, qu'il offre à la liberté civile une ressource d'équité naturelle dans des occasions graves où la loi tutélaire aura oublié sa juste garantie.

Al margen ya de esas funciones, en el proyecto de *Sieyès* existía un artículo clave: el VIII. A tenor del mismo: "Les actes déclarés inconstitutionnels par arrêt du jury constitutionnaire, sont nuls et comme non avenues". La importancia de un precepto de esta naturaleza es verdaderamente notoria, pues es la primera vez que con claridad se establece como sanción de la declaración de inconstitucionalidad, la nulidad del acto inconstitucional.

Quizá por ello mismo, *Battaglini* ha considerado que, al margen de la influencia protestante que había dado vida a la experiencia norteamericana, sea la tentativa francesa el primer intento serio de crear un control constitucional en Europa¹⁸.

En línea con la inquietud que las propuestas de *Sieyès* traslucen, la Constitución del Directorio, de 22 de agosto de 1795, introducirá por vez primera un control de conformidad con la inderogabilidad del modelo constitucional que se refiere al procedimiento de formación de la norma. El control es muy relativo, pues se ejerce por el único legislador deliberante (Consejo de los Ancianos) respecto del legislador proponente (Consejo de los Quinientos).

Con la llegada de Napoleón cambiará el clima político, encontrando una mejor acogida el primitivo proyecto de *Sieyès*. Un *Senado conservador* integrado por 80 miembros vitalicios e

18. *Mario Battaglini*: "Contributi alla storia. . .", op. cit., pág. 67.

inamovibles será instituido a modo de órgano titular de la función de control de constitucionalidad. A este órgano —según prescribe la Constitución de frimario del año VIII (13 de diciembre de 1799), en su art. 21— se le confiere mantener o anular “tous les actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels par le Tribunat ou par le Gouvernement”. *Laroque* ha considerado¹⁹ que la creación de este Senado resultó de la imposibilidad histórica y jurídica en que se encontraban los jueces de ejercer tal control de constitucionalidad.

Sin embargo, desde la perspectiva funcional y en cuanto órgano de control de constitucionalidad de las leyes, los resultados del Senado conservador fueron decepcionantes; más que instrumento de conservación del orden constitucional, lo fue de transformación del mismo en un sentido cesarista. Este fracaso se explica, a juicio de *Trujillo*²⁰, tanto por su falta de independencia, como por el criterio restrictivo con que se regulaba la legitimación para instar su actuación.

La Restauración y la Monarquía de julio (con las Cartas constitucionales de 1814 y 1830) implican un radical cambio de perspectiva. Aunque algunos autores llegan a la conclusión con *Tocqueville* que la Carta es inmutable, lo cierto es que, a la par y de modo un tanto contradictorio, se admitirá que la Carta puede ser modificada a través del mutuo acuerdo entre el Rey y las dos Cámaras, esto es, por una ley ordinaria; de esta forma, carece ya de sentido el control de constitucionalidad.

Ello no obstante, en 1833 y 1838, el Tribunal de Casación dictará algunas sentencias en las que algunos han pretendido ver un ejercicio del control jurisdiccional de las leyes. Sin embargo, puede afirmarse con *Laroque*²¹ que. “Il est donc vrai de dire qu'à aucun moment sous la Restauration et la Monarchie de

19. *Pierre Laroque*: “Les juges français et le contrôle de la loi”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, trente-troisième année, 1926, págs. 722 y sigs.; en concreto, pág. 724.

20. *Gumersindo Trujillo*: “La constitucionalidad de las leyes. . .”, op. cit.; pág. 52.

21. *Pierre Laroque*: “Les juges français et le contrôle de la loi”, op. cit., pág. 728.

'Juillet les juges ne se sont reconnus le droit d'apprécier la validité des lois. Ils se le sont même formellement refusé en 1833. L'histoire et la tradition empêchaient qu'il en fût autrement''.

Durante la Segunda República y la vigencia —muy corta por lo demás— de la Constitución de 1848, nos encontramos con el único momento histórico en que el Tribunal de Casación francés ejercitará un control de constitucionalidad de las leyes. Ahora bien, el hecho de que ni tan siquiera la mera posibilidad de este control sea discutida ante el Tribunal, ni tampoco se justifique en los motivos de la sentencia tan brusco cambio jurisprudencial, hace dudar acerca de si las sentencias en que el Tribunal lleva a cabo un control de constitucionalidad no fueron meramente accidentales.

El Segundo Imperio va a propiciar a través de la Constitución de 14 de enero de 1852, a imitación del código constitucional del año VIII, el restablecimiento de un Senado al que se le va a encargar de velar por el control de la constitucionalidad de las leyes. El Senado, que el art. 25 de la Constitución define como "le gardien du pacte fondamental et des libertés publiques", asume la competencia (art. 26) de oponerse a la promulgación de aquellas leyes que considere contrarias o atentatorias contra la Constitución, la religión, la moral, la libertad de cultos, la libertad individual, la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la inviolabilidad de la propiedad o el principio de inamovilidad de la magistratura.

Comentando esta modalidad de control, *Waline* subrayaría²² que dicho control de constitucionalidad no era un control contencioso; el Senado no entendía por un recurso contra el acto, o, por lo menos, no necesariamente; por contra, verificaba la constitucionalidad de todas las leyes sin excepción. La razón de que esta función jurisdiccional no se dejase a un tribunal ordinario era, según el propio *Waline*, de naturaleza política; derivaba de la importancia de las cuestiones en juego.

22. *Marcel Waline*: "Eléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en Droit positif français", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*", 1928, págs. 441 y sigs.; en concreto, págs. 450-451.

En todo caso, parece evidente que la circunstancia del carácter preceptivo con que había de conocer el Senado hacía verdaderamente discutible la tesis de *Waline*, de la naturaleza jurisdiccional de la función que asumía el Senado.

Con la Tercera República, y de modo específico con motivo del debate parlamentario de las que habrían de ser sus Leyes constitucionales, se suscitaría, una vez más, la posibilidad de establecer la “judicial review”²³; ello no obstante, lo cierto será que el referido instituto desaparecerá, bien que no falten autores, como *Waline*²⁴, que entiendan que tal circunstancia no significa que Francia carezca de un control, por lo menos parcial, de la constitucionalidad de las leyes, “car ce contrôle est encore réalisé, incomplètement, il est vrai, par la promulgation des lois”²⁵.

Gaston Jèze, en 1924, con toda razón, argumentaba del modo siguiente²⁶:

“A la différence de la Constitution fédérale américaine ou des constitutions rigides de la période révolutionnaire française, les lois constitutionnelles de 1875 ne contiennent aucun article formulant quelque principe fondamental dont le respect s'impose au Parlement en vertu de la hiérarchie des *lois constitutionnelles* et des *lois ordinaires*. Dès lors, il est très rare, en France, que l'on puisse arguer une loi d'inconstitutionnalité”.

23. *David Deener*: “Judicial Review in modern constitutional systems”, op. cit., pág. 1084.

24. *Marcel Waline*: “Eléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en Droit positif français”, op. cit., pág. 452.

25. La promulgación de las leyes por el Presidente de la República presenta —a juicio de *Waline*— un doble alcance: de una parte, el Presidente renuncia a su derecho a pedir una segunda deliberación; de otra, examina la regularidad de la votación de la ley, juicio éste estrictamente jurídico y de naturaleza jurisdiccional (*Marcel Waline*: “Eléments d'une théorie de la juridiction. . .”, op. cit., págs. 452-453).

26. *Gaston Jèze*: “Le contrôle juridictionnel des lois”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, trente et unième année, 1924, págs. 399 y sigs.; en concreto, pág. 414.

Jèze venía de esta forma a refutar la tesis de *Waline* antes expuesta²⁷. La controversia se enmarca en una polémica doctrinal muy acentuada que se suscita en Francia en los años inmediatamente posteriores al término de la Primera Gran Guerra. La cuestión del control judicial de la constitucionalidad de las leyes atraerá a los más destacados tratadistas galos, en buena medida, como consecuencia del enfrentamiento producido en Norteamérica entre el Tribunal Supremo y el Congreso²⁸.

Tras la Segunda Guerra Mundial, la Constitución de la Cuarta República Francesa, de 27 de octubre de 1946, institucionalizaba (art. 91) un llamado "*Comité constitutionnel*", que quedaba integrado por el Presidente de la República, que lo presidía de oficio, los Presidentes de la Asamblea Nacional y del Consejo de la República, siete miembros elegidos por la Asamblea Nacional y tres por el Consejo de la República (cámara alta). La función del Comité venía definida por el párrafo último del citado art. 91 en términos un tanto curiosos: "Le Comité constitutionnel examine si les lois votées par l'Assemblée Nationale supposent une révision de la Constitution".

Waline pondría de relieve cómo aunque la citada fórmula parecía derivar del paradójico principio de que, enfrentándose al deseo de la Legislatura, la Constitución debería plegarse, siendo en consecuencia reformada, una sumaria reflexión al respecto nos mostraría la imposibilidad de este argumento. El sentido real del precepto en cuestión debía ser que si una proyectada reforma legislativa fuera declarada contraria a la Constitución por el Comité constitucional, sólo podría ser aprobada del modo previsto por la propia norma constitucional para sus modifi-

27. El propio *Marcel Waline* (en "The Constitutional Council of the French Republic", en *The American Journal of Comparative Law*, vol XII, otoño 1963, n° 4, págs. 483 y sigs.; en concreto, pág. 483) reconocería la inexistencia de este control en los siguientes términos: "It is noteworthy that, during the entire period when the Constitution of the Third Republic was in effect, namely, from 1875 to 1940, no agency was provided by this Constitution to ensure control over the conformity of the laws with the Constitution".

28. Cfr. al efecto, *Gumersindo Trujillo*: "La constitucionalidad de las leyes. . .", op. cit., pág. 54-56.

caciones, con lo que la superioridad formal del código constitucional era salvaguardada²⁹.

En cualquier caso, parece fuera de toda duda —y constituye opinión doctrinal generalizada— que el control establecido por el constituyente francés de la Cuarta República no era sino un control de naturaleza política, en ningún caso jurisdiccional. La composición del Comité constitucional y los perfiles con que se diseñaba tal control conducían inequívocamente a esa conclusión.

El Comité constitucional venía integrado por políticos o por personas nombradas por órganos de ese carácter; además, no se les exigía ninguna cualificación técnico-jurídica. De otra parte, el control que se llevaba a cabo era preventivo, esto es, había de verificarse antes de la promulgación de la ley, viniendo además recortado por la circunstancia de que se excluía del mismo el Preámbulo de la Constitución, de extraordinaria importancia, pues en él se garantizaban los derechos individuales.

Goguel llegará a afirmar³⁰ que el Comité constitucional no tenía otra función que la de proteger la segunda cámara contra las eventuales invasiones de la Asamblea Nacional, juicio que encuentra su razón de ser en el hecho de que sólo podían recurrir al Comité, mediante una demanda conjunta, el Presidente de la República y el de la Alta Cámara, previo acuerdo adoptado al efecto por la mayoría absoluta de esta última (Consejo de la República). Y *Esposito*, desde una perspectiva empírica, advierte³¹ que los hechos ratifican la condena a este órgano: "I fatti hanno decretato la sua condanna: è stato infatti convocato a una sola volta il 18 giugno 1948 ed il suo apporto è stato nullo".

29. *Marcel Waline*: "The Constitutional Council of the French Republic", op. cit., pág. 484.

30. *François Goguel*: "Le Conseil Constitutionnel", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1979, n.º 1, págs. 5 y sigs.; en concreto, pág. 6.

31. *Enrico Esposito*: "Il Consiglio Costituzionale in Francia", op. cit., pág. 370.

Por nuestra parte, creemos con *Martín-Retortillo*³² que el Comité constitucional francés no respondía, ni tan siquiera mínimamente, a las fórmulas habituales del control de la constitucionalidad, control que, de otro lado, no nos parece que estuviera presente entre las preocupaciones de los constituyentes franceses de 1946.

3. *La concepción inicial del "Conseil constitutionnel" en la Constitución de la Quinta República*

La Constitución de 4 de octubre de 1958, con la que instaura la Quinta República Francesa, inicia un nuevo sesgo en el orden del control de la constitucionalidad de las leyes con la creación del llamado "*Conseil constitutionnel*", que es regulado por el título VIII (artículos 56 a 63)³³.

Una preocupación generalizada por parte de la doctrina se ha orientado a encajar el nuevo órgano francés en el movimiento desarrollado en Europa tras la Segunda Guerra Mundial en favor de los Tribunales Constitucionales. ¿Puede enmarcarse en esa dirección el citado "*Conseil*"?

Favoreu ha tratado de dar una respuesta concreta a tal interrogante. A su juicio, si en tanto que institución especial, independiente de la organización jurisdiccional ordinaria, el Consejo constitucional se aproxima mucho más a los Tribunales Constitucionales que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, difiere de ellos, sin embargo, muy profundamente, en la medida en que su creación no responde a los mismos objetivos. El Consejo constitucional responde a una misión original que va más allá de la noción clásica del control de constitucionalidad; y en

32. *Sebastián Martín-Retortillo*: "Consideraciones sobre los Tribunales Constitucionales" (El supuesto del Consejo Constitucional francés), en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 15, octubre-diciembre 1977, págs. 551 y sigs.; en concreto, pág. 560.

33. En esta dirección se manifiesta, entre otros, *Gottfried Dietze* (en "America and Europe. Decline. . .", op. cit., pág. 1258), quien significa al respecto: "The new Constitution of the Fifth Republic reveals a further trend toward judicial review".

consideración a las particularidades de esta misión —añade *Favoreu*³⁴— se explican las características de este instrumento.

También *Luchaire* se ha cuestionado acerca del objetivo perseguido por los constituyentes de 1958 con la creación del órgano que nos ocupa: “L’objectif des constituants de 1958 —manifiesta *Luchaire*³⁵— n’était nullement d’établir un contrôle général de la constitutionnalité des actes des pouvoirs publics; il n’était pas non plus de garantir les droits et libertés des citoyens; la création du Conseil s’explique par l’esprit général de la Constitution de 1958; celle-ci se proposait de renforcer l’Exécutif au détriment du Parlement et plus particulièrement de l’Assemblée Nationale. . . Il fallait donc instituer un mécanisme particulièrement efficace pour obliger le Parlement à rester dans le cadre de ses attributions”³⁶.

Como en efecto manifiesta *Luchaire*, es dentro del plano general de creación de mecanismos orientados a frenar el excesivo poder que la Asamblea Nacional tuviera en el período 1946-1958, donde debe insertarse la creación del “Conseil constitutionnel”. La atribución al mismo por el controvertido art. 61 de la Constitución de un control preventivo y preceptivo sobre las leyes orgánicas y los reglamentos de las asambleas parlamentarias es lo suficientemente elocuente en orden a la consideración anterior.

No debe extrañarnos, pues, que desde la óptica precedente se haya intentado conectar la creación del “Conseil” con el

34. *Louis Favoreu*: “Le Conseil Constitutionnel régulateur de l’activité normative des pouvoirs publics”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1967, págs. 5 y sigs.; en concreto, pág. 13.

35. *François Luchaire*: “Le Conseil Constitutionnel”, *Economica*, París, 1980, pág. 19.

36. “En 1958 —significa el mismo *François Luchaire* en otro lugar (“Le Conseil Constitutionnel”, en *François Luchaire* y *Gérard Conac*, dirs., “La Constitution de la République Française. Analyses et commentaires”, *Economica*, París, 1980, págs. 732 y sigs.; en concreto, pág. 735)— la création du Conseil Constitutionnel est la conséquence des limites apportées au pouvoir du Parlement afin d’obliger ce dernier à respecter ces limites”.

mantenimiento del principio de la división de poderes. Tal es la posición de *Knaub*³⁷, quien, partiendo de la premisa de que el Ejecutivo y el Legislativo deben estar efectivamente separados de modo que el Gobierno y el Parlamento asuman cada uno por su parte y bajo su responsabilidad la plenitud de sus atribuciones, considera que mientras al Presidente de la República el constituyente de 1958 le otorga una función de arbitraje desde una visión política, al “Conseil constitutionnel” se le atribuye la misión de garantizar desde una perspectiva técnico-jurídica las reglas constitucionales que rigen el funcionamiento de los poderes públicos. “Le Conseil constitutionnel —concluye *Knaub*— a été créé pour renforcer leur ancrage dans les règles constitutionnelles. A cet égard, il se présentait comme l’allié ou plutôt le complément du Président de la République”.

Análogamente, *Renoux* entenderá³⁸ que es la institución de un juez de la constitucionalidad de las leyes la que ha permitido revelar la verdadera fisonomía de la separación de poderes en el derecho constitucional francés.

En definitiva, pues, la función del “Conseil constitutionnel” no parece deba ser circunscrita al único ámbito de la normatividad. Desde su constitucionalización, ha sido investido de competencias más amplias que conectan directamente con las relaciones entre los poderes públicos. El mismo Consejo, en su decisión de 6 de noviembre de 1962, se autodefinió como “un organe régulateur de l’activité des pouvoirs publics”, fórmula que, a juicio de *Favoreu*³⁹, caracteriza bien la misión de esta Alta Instancia, significando a la par de modo específico el rechazo de las nociones clásicas.

37. *Gilbert Knaub*: “le Conseil Constitutionnel et la régulation des rapports entre les organes de l’Etat”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1983, nº 5, págs. 1149 y sigs.; en concreto, pág. 1152.

38. *Thierry Renoux*: “Le Conseil Constitutionnel et l’autorité judiciaire” (*L’élaboration d’un droit constitutionnel juridictionnel*), Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Economica, París, 1984, pág. 32.

39. *Louis Favoreu*: “Le Conseil Constitutionnel régulateur de l’activité normative des pouvoirs publics”, op. cit., pág. 14.

Ahora bien, buena parte de las precedentes apreciaciones no parecen acomodarse a la filosofía expuesta por quien ha sido considerado como el arquitecto de la Constitución de 1958, *Michel Debré*. Este, en su discurso del 27 de agosto de 1958, pronunciado ante el Consejo de Estado, que a su vez debía pronunciarse acerca del Proyecto de Constitución, al referirse al "Conseil constitutionnel", afirmaba: "La creación del Consejo Constitucional indica la voluntad de subordinar la ley, o lo que es igual, la decisión del Parlamento, a la regla superior de la Constitución". Así concebido, el Consejo se revelaba en la voluntad de sus creadores como un típico órgano de control de constitucionalidad.

Aunque no nos parece que el planteamiento de *Michel Debré* deba tomarse al pie de la letra, es lo cierto que nos pone de manifiesto en último término la polémica que subyace en torno a la naturaleza de la función que desempeña el Consejo. Dos son las tesis, verdaderamente contrapuestas, que se esgrimen a este respecto⁴⁰: la jurisdiccional y la política. Y a ellas vamos a pasar a referirnos.

40. No obstante, *François Luchaire* (en "Le Conseil Constitutionnel est-il une juridiction?", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1979, n° 1, págs. 27 y sigs.; en concreto, pág. 29) añade a las tesis jurisdiccional y política una tercera tesis, la institucional. Esta tesis institucional ha sido defendida por *Patrick Juilliard* (en "L'aménagement de l'article 61 de la Constitution", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1974, págs. 1703 y sigs.). Piensa este autor que el Consejo asegura lo que él denomina un "control institucional", que distingue del control jurisdiccional por los rasgos siguientes: a/ se orienta hacia la creación de la ley; b/ es un control apriorístico o preventivo, esto es, tiene lugar antes de la promulgación de la ley, y c/ es un control exhaustivo, pues puede tener lugar incluso si la medida controlada no agravia a ningún individuo. *Juilliard*, como advierte *Luchaire* (en "Le Conseil Constitutionnel est-il une juridiction?", op. cit., pág. 33), no expresa su tesis más que a propósito del control de la constitucionalidad de las leyes operado en aplicación del art. 61 de la Constitución (cuyo primer párrafo prescribe que las leyes orgánicas antes de su promulgación y los reglamentos de las asambleas parlamentarias, antes de ser puestos en vigor, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución), pero es difícil disociar el control asegurado por la aplicación de este artículo del asegurado en aplicación de los arts. 41 y 37 de la Constitución.

4. *La naturaleza del Consejo constitucional: ¿jurisdiccional o política?*

Los autores que se han alineado tras cada una de las posiciones en litigio han recurrido a argumentos de muy dispar naturaleza para la defensa de sus tesis respectivas⁴¹; entre esos argumentos, desempeñan un papel fundamental, tanto la composición del Consejo constitucional como las funciones que le corresponde cumplir, a la par que el procedimiento a cuyo través ha de encauzarse su intervención.

La tesis jurisdiccional tiene a su más eximio defensor en *Marcel Waline*⁴². Caracteriza este autor la función jurisdiccional por dos elementos complementarios: material uno (la jurisdicción interpreta el derecho o, como en su literalidad expresa *Waline*, "la jurisdiction statue en droit, et non en équité, par exemple, sauf si la loi lui en laisse expressément la faculté), formal el otro (su decisión tiene el valor de cosa juzgada). Aunque este último es el elemento esencial⁴³, ambos se entrelazan dando su perfil propio a la función jurisdiccional.

-
41. Así, mientras *Henry J. Abraham* (en "The Judicial Process. An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France", Oxford University Press, 1962, pág. 263), atendiendo a las funciones del Consejo, advierte que podría inducir a error caracterizar esas funciones como "judicial review", *Sebastián Martín-Retortillo* (en "Consideraciones sobre los Tribunales Constitucionales. El supuesto del Consejo Constitucional francés", op. cit., pág. 562), entre la doctrina española, atiende a la propia jurisprudencia del Consejo para inclinarse por el carácter jurisdiccional de su función, subrayado por una de sus primeras decisiones.
 42. La defensa de esta tesis puede verse en el "Préface" a la primera edición de la obra de *Louis Favoreu y Loïc Philip*, "Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel", 2ª ed., Sirey, París, 1979, págs. V a XIV.
 43. "L'élément essentiel qui me paraît caractériser la juridiction — sostiene *Marcel Waline*, en el "Préface" de la obra precedentemente citada, págs. V-VI—, c'est l'autorité de chose jugée qui s'attache à ses décisions, c'est-à-dire le fait que ce qui a été jugé, sous réserve des voies de recours, ne peut plus être remis en question, et s'impose de façon définitive à toutes les parties en cause. C'est ce que *Gaston Jèze* exprimait en parlant de la force de vérité légale qui s'attache à ce qui a été jugé".

Pues bien, el Consejo constitucional no sólo interpreta el Derecho, sino que sus decisiones poseen el valor de cosa juzgada a tenor de lo prescrito por el art. 62.2 de la Constitución: “Les décisions du Conseil Constitutionnel ne sont susceptibles d’aucun recours. Elles s’imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administrative et juridictionnelles”.

De otro lado, el hecho de que los miembros del Consejo sean escogidos por el Jefe del Estado y los Presidentes de las Asambleas legislativas tiende, sin duda, a imprimirle el carácter de una jurisdicción política, pero lo que importa es que desde su nombramiento los miembros del Consejo gozan de las mayores garantías de independencia, pues son inamovibles e irreelegibles.

Y en cuanto a la circunstancia de que no existan partes con pretensiones opuestas, no modifica la naturaleza jurisdiccional al de la función; por contra, conduce tan sólo a distinguir entre jurisdicción contenciosa (especialmente en materia electoral) y jurisdicción no contenciosa (control obligatorio de las leyes orgánicas y de los reglamentos parlamentarios). La conclusión de *Waline* es por todo ello inequívoca: “Le Conseil constitutionnel, redant des décisions auxquelles la Constitution attribue l’autorité de la chose jugée, et statuant d’ailleurs en droit, est donc une juridiction”⁴⁴.

Frente a la posición precedente, un nutrido grupo de autores se ha decantado por la naturaleza política del Consejo constitucional.

La tesis política ha sido expresada con particular vigor por quien fuera vicepresidente del Consejo de Estado y antiguo miembro del Consejo constitucional, *Chenot*, quien en 1977 manifestaba en el Coloquio de Aix-Marseille: “El Consejo Constitucional es un cuerpo político por su reclutamiento y por las funciones que cumple”⁴⁵.

44. *Marcel Waline*, en el “Préface” de “Les grandes décisions. . .”, op. cit., pág. VIII.

45. Cit. por *François Luchaire*: “Le Conseil Constitutionnel est-il une juridiction?”, op. cit., pág. 31.

También *Roger Pinto* se ha inclinado por esta tesis⁴⁶ al significar que la composición del Consejo confirma su carácter político, pues la Constitución no exige ninguna condición de competencia, ni tan siquiera que los miembros del Consejo reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las altas funciones judiciales.

Las consecuencias de esta tesis son evidentemente graves: el Consejo podría decidir situándose en el plano de la oportunidad política, lo que le llevaría a convertirse en una especie de tercera cámara. *Chiroux* ha puesto de manifiesto a ese respecto cómo el “Conseil” ha rehusado de modo sistemático incurrir en ese proceso: “Le Conseil constitutionnel a systématiquement refusé de participer au *law-making-power*, d’être le ‘troisième cheval de l’attelage’. Il n’a pas souhaité devenir une ‘sorte de troisième chambre’ disposant du véritable pouvoir législatif puisque c’est lui qui, en définitive, fixera le contenu de la loi”⁴⁷. Independientemente de que se esté o no de acuerdo con esta constatación de *Chiroux*, lo cierto es que el peligro de que el Consejo actúe como si de una tercera cámara legislativa se tratara es evidente si se admite la naturaleza política del órgano en cuestión. Por ello mismo, no debe extrañarnos que un sector de la doctrina haya tratado de mostrar lo erróneo de tal hipótesis.

En tal sentido, *Luchaire* ha razonado como sigue⁴⁸. Se podría estar tentado —manifiesta— de decir que el Consejo constitucional es un “organe politique exerçant une fonction juridictionnelle”; pero la cualificación de un órgano no presenta interés jurídico, pues un mismo órgano puede ejercer tanto una función jurisdiccional cuanto otra especialmente administrativa; lo que importa es, pues, la función; cualquiera que sea su composición, un órgano se convierte en jurisdiccional cuando ejerce una

46. *Roger Pinto*: “Le contrôle de la constitutionnalité des lois”, en *Etudes Juridiques et Economiques*, novembre 1959, n° 23, pág. 30.

47. *René Choroux*: “Faut-il réformer le Conseil?”, en “Pouvoirs”, n° 13 (monográfico sobre “Le Conseil Constitutionnel”), 1980, págs. 101 y sigs.; en concreto, pág. 109.

48. *François Luchaire*: “Le Conseil Constitutionnel est-il une juridiction?”, op. cit., pág. 35.

función jurisdiccional; expresar la idea de que el Consejo Constitucional es un órgano político es simplemente afirmar que su reclutamiento es político, pero ésto no comporta ninguna consecuencia jurídica sobre el modo como debe ejercer su función jurisdiccional.

Muy similares son los argumentos que esgrime *Balat*⁴⁹, quien, de entrada, rechaza la consideración de que el "Conseil" sea un órgano político. Cuestionándose el procedimiento de designación de sus miembros, *Balat* entiende conveniente interrogarse acerca de si tal reclutamiento político no es inherente a todas las instancias constitucionales. Procediendo al examen de los modos de designación de estas diferentes instancias, se toma constancia de que el nombramiento por órganos políticos no es susceptible de influir sobre la naturaleza de un órgano. Todo ello sin ignorar que la designación de los miembros de una instancia constitucional, cualquiera que fuere el procedimiento elegido, no es independiente de consideraciones políticas. La conclusión de *Balat*⁵⁰ es clara. Pensar que el procedimiento de designación de los miembros del "Conseil" confiere a éste un carácter político, conduce a no vislumbrar el verdadero problema, a desconocer que la jurisprudencia no hace de la composición de un órgano un criterio de su cualificación, sino sólo, en ciertos casos, un índice de la naturaleza de la actividad de este órgano.

Aun admitiendo los razonamientos de *Balat*, nos encontramos —al abordar la naturaleza del Consejo— con un hecho irrefutable: la originalidad de su misión, que implica que también desde una perspectiva funcional el órgano que nos ocupa ofrezca matices inequívocamente políticos, por supuesto, en mayor medida que podamos encontrar esos matices en cualquier Tribunal Constitucional.

Recordemos al respecto, además de las consideraciones que hicimos en un momento anterior en torno a la función que se

49. *Jean-Cristophe Balat*: "La nature juridique du contrôle de constitutionnalité des lois dans le cadre de l'article 61 de la Constitution de 1958", P.U.F., París, 1983, pág. 50.

50. *Ibidem*, pág. 55.

atribuyó a este órgano en su diseño original, cómo *Waline*, en 1963, sintetizaba las funciones del Consejo del modo siguiente:

“The Constitutional Council has been entrusted with different tasks which tend to make it not merely an arbitrator of conflicts of competence between Parliament and the executive, but also a kind of guarantor of the regularity of the functioning of these institutions”⁵¹.

Y si atendemos a la autocalificación llevada a cabo por el Consejo, recordaremos una vez más que éste (decisión de 6 de noviembre de 1962) se definió como un “órgano regulador de la actividad de los poderes públicos”, definición de sabor más político que jurisdiccional.

Bien es verdad que en un razonado trabajo, *Favoreu* ha mostrado cómo debe considerarse extraño a la misión del Consejo “la régulation de l’activité ‘politique’ des pouvoirs publics”, pues el Consejo “n’a pas été conçu pour pouvoir intervenir dans le jeu politique et en régulariser le déroulement; il contribue seulement à en codifier les règles”⁵². Su verdadera misión es la regulación de la actividad *normativa* de los poderes públicos. A juicio de *Favoreu*, los constituyentes de 1958 tuvieron el cuidado de preservar su obra y sus orientaciones generales. La mejor solución al respecto les pareció crear una instancia encargada de impedir en su origen cualquier infracción de la ley fundamental, a cuyo efecto se la iba a investir de la facultad de “surveiller la formation des actes fondamentaux de l’ordre politique et de l’ordre juridique”. En definitiva, pues, la actividad normativa de los órganos del Estado es regularizada por el hecho de la intervención, o aún de la mera existencia, del Consejo constitucional⁵³.

51. *Marcel Waline*: “The Constitutional Council of the French Republic”, op. cit., pág. 485.

52. *Louis Favoreu*: “Le Conseil Constitutionnel régulateur de l’activité normative des pouvoirs publics”, op. cit., pág. 15.

53. *Ibídem*, págs. 30-31. Cfr. asimismo, págs. 30-65.

Pero incluso, aun admitiendo la reflexión de *Favoreu*, es lo cierto que en la regulación del “Conseil” nos encontramos con un elemento de gran importancia que no puede ser soslayado a la hora de proceder a la calificación de la naturaleza de la función llevada a cabo por el Consejo. Nos referimos al procedimiento seguido para el control de constitucionalidad. El carácter preventivo o apriorístico de ese control, unido a la imperatividad del control respecto a ciertas normas (leyes orgánicas y reglamentos parlamentarios), hacen surgir muy serias dudas respecto a la naturaleza del mismo. Es precisamente en base a similares argumentos, en lo que se apoya *Cappelletti* para rechazar la tesis de que el Consejo realiza una función jurisdiccional. He aquí sus razonamientos⁵⁴:

“E abbastanza chiara la natura non propriamente giurisdizionale della funzione esercitata dal “Conseil Constitutionnel”: e ciò non soltanto, come scrive un autore⁵⁵, per la natura piuttosto politica che giudiziaria dell’organo, natura che si rivela vuoi nella scelta e nello status dei membri che ne fanno parte e vuoi, soprattutto, nelle varie competenze dell’organo stesso e nelle modalità del suo operare; ma anche e specialmente per il carattere necessario, almeno rispetto alle leggi organiche, del controllo, il quale si svolge pertanto senza un vero e proprio ricorso o impugnazione di parte (‘ubi non est actio, ibi non est jurisdictio!’), nonché per il carattere preventivo della funzione di controllo da quell’organo esercitata”.

En una postura intermedia entre las apuntadas, *Trujillo* ha advertido que si bien la creación del Consejo responde a un “leit motiv” político, ello no implica que deban desconocerse las enormes diferencias que median entre el “Conseil constitutionnel” y los órganos a que se encomienda la función de control en los sistemas políticos socialistas, o aún en la propia historia constitucional francesa. El Consejo puede considerarse como un órgano “ad hoc”, creado con la específica finalidad de

54. *Mauro Cappelletti*: “Il controllo giudiziario...”, op. cit., págs. 7-8.

controlar la regularidad de vitales aspectos del proceso político. No es, en este sentido, un órgano político, un tenedor formal del poder. Y si por razón del nombramiento de sus miembros hay una estrecha vinculación a órganos políticos, es imposible derivar de este hecho que el Consejo participe de la naturaleza política de aquéllos, pues ello equivaldría a sostener que el Tribunal Supremo norteamericano o los Tribunales Constitucionales europeos son órganos políticos, dada la intervención de órganos de esta naturaleza en su designación.

Pero si su asimilación pura y simple a los sistemas de control político de la constitucionalidad resulta imposible, no hay que desconocer las distancias que median con los sistemas de control jurisdiccional. Saltan a la vista a estos efectos un conjunto de divergencias básicas: a) reducción de los actos normativos objeto de control; b) limitación de la legitimación, y c) carácter preventivo del control.

En definitiva, a juicio de *Trujillo*⁵⁶ —que en parte compartimos—, el “Conseil constitutionnel” se sitúa en una posición intermedia entre aquellos modelos de control de la constitucionalidad de las leyes estrictamente jurisdiccionales, y aquellos otros de naturaleza política; quizás, con una mayor proximidad a estos últimos que a aquellos.

5. *La evolución del Consejo constitucional*

Una circunstancia especialmente trascendente, y de la que no se puede prescindir al analizar el “Conseil” es la de su evolu-

55. Se refiere aquí *Cappelletti* a *Wilhelm Buerstedde*: “Kontrolle der rechtsetzenden Gewalt durch Conseil Constitutionnel und Conseil d’Etat nach der französischen Verfassung vom 4 Oktober 1958”, en “Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart”, 12, 1963, págs. 149-150. Asimismo, a *Charles Eisenmann* y *Léo Hamon*: “La juridiction constitutionnelle en droit français (1875-1961)”, en *Hermann Mosler*, dir., “Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Länderberichte und Rechtsvergleiche”, Köln-Barlín, Heymanns, 1962, pág. 286.

56. *Gumersindo Trujillo*: “La constitucionalidad de las leyes y sus métodos de control”, op. cit., págs. 70-71.

ción en los últimos tres lustros, que ha marcado un notorio cambio de orientación en el rol constitucional de este órgano.

Refiriéndose al devenir del Consejo, *Rivero* ha significado⁵⁷ cómo las instituciones, con frecuencia, escapan de la voluntad de quien les ha dado vida: “Les institutions —afirma *Rivero*—, à la différence des satellites, demeurent sur l’orbite où leur créateur avait entendu les placer. Elles échappent à la volonté du Constituant ou du Législateur qui leur a donné vie. L’événement, le milieu, la personnalité des hommes qui les incarnent déterminent leur trajectoire”.

Y algo de esto puede haber acontecido con el Consejo constitucional. En todo caso, parece claro que en nuestros días una aproximación al Consejo no puede desconocer esta evolución, muy acentuada en el plano funcional.

Mauro Volpi ha sintetizado tal evolución⁵⁸ poniendo de relieve cómo a partir del fin de la década de los sesenta, el Consejo ha pasado a garantizar una cierta protección de los derechos y libertades y un mayor equilibrio entre mayoría y minoría⁵⁹. Y en su jurisprudencia se advierte con nitidez el desarrollo del control sobre la constitucionalidad de las leyes orientado hacia una mayor protección y tutela de los derechos y libertades.

En esta evolución, ha de considerarse como un momento clave la decisión del Consejo de 16 de julio de 1971, pues se

57. *Jean Rivero*: “Fin d’un absolutisme”, en “Pouvoirs”, nº 13 (monográfico sobre “Le Conseil Constitutionnel”), 1980, págs. 5 y sigs.; en concreto, pág. 5.

58. *Mauro Volpi*: “Il ruolo del ‘Conseil Constitutionnel’ nella forma di governo francese”, en el colectivo, “L’influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei”, tomo II, Giuffrè Editore, Milano, 1985, págs. 1349 y sigs.; en concreto, pág. 1362.

59. Se une este mayor protagonismo del Consejo Constitucional a un crecimiento de la “judicial review” sobre los poderes discrecionales de la Administración. Cfr. al respecto, *John Bell*: “The expansion of judicial review over discretionary powers in France”, en “Public Law”, spring 1986, págs. 99 y sigs.

produce en el instante en que, posiblemente, más ímpetu cobraban las críticas hacia las limitaciones funcionales del Consejo⁶⁰.

La citada decisión venía motivada por una reclamación efectuada por el Presidente del Senado, acogiéndose a los términos del art. 61⁶¹, contra el art. 3º de la Ley —ya aprobada por ambas Cámaras— por la que se modificaba un texto legal del año 1901, en el sentido de limitar el régimen de las asociaciones.

En su resolución, el Consejo entenderá que el referido precepto infringía uno de los derechos fundamentales de la persona consagrados por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 e incorporados a la Constitución a través de su Preámbulo⁶².

La resolución de 16 de julio de 1971⁶³ marca, como ha escrito *Rivero*, el fin de una etapa. El Consejo se erige a partir de este momento, no en defensor de las prerrogativas del Ejecutivo contra el Parlamento, sino en guardián de las libertades constitucionales frente a la coalición gubernamental y su mayoría parlamentaria.

60. Puede citarse como ejemplo de estas críticas lo escrito por *Maurice Duverger* (en "De vrais juges constitutionnels", en "Sélection hebdomadaire du journal Le Monde", París, 8-14 julio 1971) en marzo de 1971. Señalará el profesor francés la limitación que significaba la ausencia de una impugnación que pudiera ser entablada por los particulares para la defensa de sus derechos fundamentales, como ocurría en la R.F. Alemana a través del llamado "recurso constitucional" ("Verfassungsbeschwerde"). Cit. por *Héctor Fix-Zamudio*: "Los Tribunales Constitucionales y los derechos humanos", Editorial Porrúa, México, 1985, pág. 36.
61. A tenor del párrafo segundo del art. 61: "Con la misma finalidad (pronunciarse sobre su conformidad con la Constitución), las leyes podrán ser remitidas al Consejo Constitucional antes de su promulgación por el Presidente de la República, el Primer Ministro o el Presidente de una u otra Asamblea".
62. "El pueblo francés —reza el párrafo primero del Preámbulo— proclama solemnemente su adhesión a los derechos del hombre y a los principios de la soberanía nacional tal como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946".
63. Cfr. al efecto, *Jacques Robert*: "Propos sur le sauvetage d'une liberté", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, septiembre-octubre 1971, págs. 1171 y sigs.

Dos son los aspectos considerados como “revolucionarios”⁶⁴ de la referida resolución. En primer término, el Consejo afirma por vez primera una voluntad de tutela de las libertades fundamentales en su relación con el Parlamento y el Gobierno. En segundo lugar, el juez constitucional va a atribuir precisamente ese mismo valor —en abierto contraste con lo afirmado durante los trabajos constituyentes— al Preámbulo de la Constitución de 1958 y a los textos a los que éste se refiere, esto es, la Declaración de Derechos de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946, e incluso, a “los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”⁶⁵.

Así las cosas, la reforma constitucional operada por la Ley Orgánica N° 74-1101, de 26 de diciembre de 1974, que posibilitaba que sesenta diputados o sesenta senadores pudieran recurrir una ley ante el Consejo Constitucional con anterioridad a su promulgación por el Presidente de la República, incidirá muy significativamente en el desarrollo de la función de protección de los derechos que asumirá el Consejo a partir del año 1971.

Mayor aún hubiera sido la incidencia de ser aprobada la propuesta gubernamental, que permitía al Consejo constitucio-

64. *Mauro Volpi*: “Il ruolo del ‘Conseil Constitutionnel’ nella forma di governo francese”, op. cit., pág. 1364.

65. La doctrina se muestra bastante unánime en estas apreciaciones. A título ejemplificativo, podemos referirnos al juicio conclusivo de *James E. Beardsley* (en “The Constitutional Council and Constitutional Liberties in France”, en *The American Journal of Comparative Law*, volume XX, summer 1972, n° 3, págs. 431 y sigs.; en concreto, pág. 452), para quien: “The Council’s decision of July 16, 1971, rests on two propositions of fundamental importance to French constitutional law. The first is that the Constitution incorporates what amounts to a bill of rights which Parliament is obliged to respect. The second is that it is part of the task of the Constitutional Council to assure that those rights are respected by Parliament, at least within the narrow limits of the Council’s jurisdiction”. Sin embargo, *Burt Neuborne* (en “Judicial review and separation of powers in France and the United States”, en *New York University Law Review*, vol. LVII, n° 3, june 1982, págs. 363 y sigs.) ha venido a mantener la tesis de que la protección de los derechos y libertades por el Consejo es fruto más de un control de la separación de poderes que de un control verdaderamente sustancial del respeto de las normas legales a esas disposiciones fundamentales.

nal conocer por sí mismo “des lois qui lui paraîtraient porter atteinte aux libertés publiques garanties par la Constitution”. Es lo que recibió la denominación de “*l'auto-saisine*”, que no podía ejercerse más que dentro del plazo de promulgación de la ley. Sin embargo, esta previsión del Proyecto encontró la oposición de la Asamblea Nacional, por lo que el Gobierno ya no la defendió ante el Senado. Como significara *Luchaire*⁶⁶, el espectro del “gobierno de los jueces” se hallaba ciertamente en el origen de ese rechazo.

Al ampliar la reforma constitucional de 1974, desde el punto de vista formal, las posibilidades de control del Consejo, era fácilmente previsible que, en relación con el pasado inmediato, se multiplicaran las ocasiones de intervención de este órgano con el fin de verificar la constitucionalidad de las leyes.

Volpi ha llevado a cabo una verificación empírica de la actuación del “Conseil” hasta mayo de 1981 (en poco más de seis años); en ella se confirman las previsiones anteriores. En efecto, en ese período el Consejo se pronunció en 48 ocasiones a iniciativa de los diputados y senadores, decidiendo en 12 de ellas en el sentido de estimar la inconstitucionalidad de alguna de las normas impugnadas⁶⁷.

Una nueva circunstancia vino a incidir sobre el ámbito funcional del Consejo constitucional. Nos referimos a las elecciones de la primavera de 1981, que llevaron a la Presidencia de la República a François Mitterrand y a la Asamblea Nacional a una nueva mayoría. La doctrina, ya al poco tiempo, subrayaba el trascendental papel del órgano que nos ocupa en el marco de este cambio político. Y así, *Favoreu*, a fines de 1982, ponía de relieve⁶⁸ que el Consejo estaba desempeñando un importantísimo

66. *François Luchaire*: “Le Conseil Constitutionnel”, op. cit., pág. 30.

67. *Mauro Volpi*: “Il ruolo del ‘Conseil Constitutionnel’ nella forma di governo francese”, op. cit., pág. 1363.

68. *Louis Favoreu*: “Il Conseil Constitutionnel e l’alternanza”, en *Quaderni Costituzionali*, anno II, n° 3, dicembre 1982, págs. 593 y sigs.; en concreto, pág. 593.

papel aún no perfilado de modo definitivo. *Volpi*, tres años más tarde, en idéntica dirección, significaba⁶⁹ que la alternancia política ha implicado una profundización en la evolución que venimos describiendo.

Más en detalle, podemos destacar que *Favoreu* —tras el análisis de las decisiones del Consejo en el período que media entre mayo de 1981 y octubre de 1982— ha llegado a la conclusión⁷⁰ de que el “Conseil” ha asumido el papel de garante de la alternancia política: de un lado, permitiendo la alternancia al canalizar el flujo del cambio; de otro, asegurando un certificado de autenticidad y de regularidad a las medidas tomadas por la nueva mayoría. En suma, la legislación de la nueva mayoría parlamentaria ha pasado a través de una especie de filtro, pero una vez que la mayor parte de las disposiciones han sido filtradas de este modo, la promulgación les ha dado fuerza jurídica definitiva. El Consejo ha actuado de esta forma como “regulador del cambio”, ratificando a la par ese mismo cambio. Al mostrar cómo la nueva mayoría de la Asamblea Nacional se circunscribía a los límites previstos por la Constitución, ha propiciado la aceptación de la alternancia política.

Si a cuanto acabamos de indicar añadimos algo ya subrayado: el carácter del Consejo de instancia suprema de protección de los derechos y libertades del ciudadano⁷¹, tendremos perfilada una evolución funcional que, como dice *Volpi*⁷², en su origen, nadie habría podido imaginar y que muy probablemente es-

69. *Mauro Volpi*: “Il ruolo del ‘Conseil Constitutionnel’ . . .”, op. cit., pág. 1368.

70. *Louis Favoreu*: “Il Conseil Constitutionnel e l’alternanza”, op. cit. págs. 610-620.

71. En análogo sentido se pronuncia *José Luis Cascajo Castro*: “El Consejo Constitucional Francés”, en el colectivo, “El Tribunal Constitucional”, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, vol. I, págs. 643 y sigs.; en concreto, pág. 657.

En una posición semejante se sitúa *Danièle Loschak* (en “Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés?”, en “Pouvoirs”, nº 13, 1980, págs. 35 y sigs.; en concreto, pág. 47), quien se interroga acerca de si el verdadero papel —y a la vez, su mérito principal— del Consejo no será simplemente certificar que también la ley puede ser opresiva.

72. *Mauro Volpi*: “Il ruolo del ‘Conseil Constitutionnel’ . . .”, op. cit., pág. 1375.

tá destinada a experimentar nuevos desarrollos⁷³. Una evolución, añadiríamos nosotros, que inevitablemente aproxima el Consejo constitucional francés a los órganos de la jurisdicción constitucional del resto de las democracias pluralistas europeocontinentales.

6. *El perfil orgánico del Consejo constitucional*

Los constituyentes de la Quinta República, llegado el momento de abordar el perfil orgánico del Consejo constitucional, iban a tratar de buscar un equilibrio a fin de conseguir crear un instrumento que pudiera adaptarse a la función que en un primer momento estaba llamado a realizar. Ese equilibrio, sin embargo, no se iba a buscar en la intervención paritaria de Legislativo y Ejecutivo a efectos del nombramiento de vocales del Consejo. Favoreu subrayaría al respecto⁷⁴ que los constituyentes se preocuparon menos de asegurar un perfecto equilibrio entre Ejecutivo y Legislativo, que de garantizar “la sérénité des choix et le prestige du Conseil”. Ello no obstante, el origen tripartito de los miembros del Consejo revela la búsqueda de un cierto tipo de equilibrio armónico entre las más destacadas instancias políticas.

A tenor del art. 56 de la Constitución:

“El Consejo Constitucional se compone de nueve miembros, cuyo mandato dura nueve años y no es renovable. El Consejo Constitucional se renueva por tercios cada tres años. Tres de sus miembros los

73. El propio Mauro Volpi (Ibídem, pág. 1375) resume de este modo la evolución funcional del “Conseil”: “Da strumento di contenimento del Parlamento esso ha avviato la sua trasformazione in organo di garanzia dell'equilibrio tra maggioranza e minoranza, il quale esercita un'influenza abbastanza penetrante sull'attività di tutti i poteri fondamentali (quindi anche sull'Esecutivo e sull'autorità giudiziaria). In tal modo l'esperienza francese, che partiva da premesse abbastanza lontane rispetto a quelle di altri paesi europei, ha finito per costituire un'ulteriore conferma dell'incidenza che l'organo di giustizia costituzionale esercitata sul funzionamento della forma di governo nell'attuale Stato sociale”.

74. Louis Favoreu: “Le Conseil Constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics”, op. cit., pág. 69.

nombra el Presidente de la República, otros tres el Presidente de la Asamblea Nacional y otros tres el Presidente del Senado.

Además de los nueve miembros previstos en el párrafo anterior, los antiguos Presidentes de la República forman parte de derecho y de por vida del Consejo Constitucional.

El Presidente lo designa el Presidente de la República. Tiene voto de calidad en caso de empate”.

A la vista del tenor literal del precepto anterior, parece claro que en la elección de los vocales del “Conseil” los tres Presidentes intervinientes gozan de un poder discrecional; su decisión no se halla sometida a ninguna condición formal o de fondo. Y la Ordenanza N° 58-1067, de 7 de noviembre de 1958, “portant loi organique sur le Conseil constitutionnel”, no altera en este punto la previsión constitucional, dado que no la desarrolla, limitándose a reproducirla.

La libertad decisoria de las instancias políticas a las que corresponde la designación de los vocales ni tan siquiera se halla limitada por la exigencia de condiciones particulares para los futuros miembros del Consejo, circunstancia que inspira la aprehensión de *Waline*⁷⁵ por el hecho de que el órgano que analizamos estará compuesto antes por personalidades políticas que por juristas. Aunque se ha venido estimando que, no obstante esa libertad sin fronteras, la elección debe recaer sobre personas que satisfagan las condiciones generales de acceso a los empleos públicos, la laxitud de esta exigencia la convierte en nimia e irrelevante.

Favoreu ha tratado de dar una explicación racional acerca de la inexigencia de una cualificación técnica⁷⁶: se explica tal circunstancia, a juicio del citado autor, por el hecho de que no habiéndose dejado la elección a las asambleas políticas, las consideraciones extra-jurídicas tenían un peso específico menor.

75. *Marcel Waline*: “The Constitutional Council of the French Republic”, op. cit., pág. 487.

76. *Louis Favoreu*: “Le Conseil Constitutionnel régulateur. . .”, op. cit., pág. 70.

Es preciso tener presente que la designación se ha confiado a personalidades que ejercen una especie de magistratura moral, y no directamente a las asambleas políticas, con lo que la independencia de los miembros del Consejo se halla mejor garantizada. Evidentemente, esta presuposición no deja de ser un razonamiento que admite contraargumentos de muy diversa naturaleza. La misma situación política francesa, caracterizada a lo largo de la Quinta República por una marcada bipolarización, fruto en buena medida del sistema electoral, permite presuponer una marcada politización por parte de las tres altas magistraturas intervinientes en el proceso de designación de los vocales del Consejo.

Por su parte, *Luchaire*⁷⁷, con toda razón, detecta un inequívoco carácter político en los nombramientos de miembros del Consejo: "*Quel que soit le régime, quels que soient les hommes, une nomination au Conseil Constitutionnel a nécessairement un caractère politique dans la mesure où le Conseil intervient dans des domaines qui intéressent au plus haut point les organes politiques de l'Etat*".

El propio *Luchaire* propugnar⁷⁸á la conveniencia del establecimiento de una serie de cualificaciones para la elección. Arbitro entre el ciudadano y el Poder, el Consejo debería comprender al menos a algunos representantes cuyo oficio sea precisamente la protección de los derechos individuales, esto es, algunos magistrados. Arbitro entre la mayoría y la oposición, el Consejo debería ser nombrado, al menos en parte, por una y otra. *Luchaire* termina mostrándose proclive a una composición mixta que atienda a estos elementos: a) una mayoría de juristas; b) unas personalidades indiscutibles, esto es, admisibles moralmente tanto por la oposición como por la mayoría, y c) una cierta mezcla generacional. Por último, entiende *Luchaire* que la función jurisdiccional del Consejo exigiría hoy, bien completarlo con profesionales del Derecho, bien considerar una modificación de las reglas de designación⁷⁹.

77. *François Luchaire*: "Le Conseil Constitutionnel", op. cit., pág. 61.

78. *Ibidem*, pág. 62.

79. *Ibidem*, pág. 65.

Desde luego, es claro que las más vivas críticas al Consejo se han orientado a poner en duda su imparcialidad, en buena medida, como consecuencia del sistema de designación de sus miembros. Se ha reprochado asimismo a este órgano el estar integrado habitualmente por personas de excesiva edad —bien que ello, obviamente, no sea achacable al mecanismo de elección de quienes lo han de integrar—, a la par (y este dato sí es importante) que carentes de una competencia técnico-jurídica⁸⁰. Por todo ello quizá, *Chiroux* ha expresado⁸¹ que es preciso abandonar la hipocresía que en la actualidad caracteriza el status de los integrantes del “Conseil”. Y *Volpi* propugna⁸² la adopción de un modelo de elección análogo al italiano.

Dejando de lado ya estas críticas, nos centraremos en algunos aspectos concretos relativos a la composición del “Conseil”.

La primera de las cuestiones a aclarar se refiere al nombramiento de los vocales por el Presidente de la República. ¿Estamos en presencia de una decisión estrictamente presidencial o, por contra, tiene en ella algún tipo de intervención el Gobierno?. La problemática, suscitada en Italia en relación con los cinco magistrados constitucionales que corresponde proponer al Jefe del Estado, no tiene aquí razón de ser, dado que la Constitución ha zanjado de entrada esta cuestión al exonerar del refrendo, entre otros actos presidenciales, el nombramiento de los tres vocales del “Conseil” que le atribuye el art. 56 de la norma suprema.

De otro lado, *François Luchaire* se ha suscitado la duda de si los nombramientos de los miembros del Consejo pueden ser

80. Coinciden en esta constatación, de un lado, *Louis Favoreu* (en “Le Conseil Constitutionnel et l’alternance”, en *Revue Française de Science Politique*, vol. 34, n.ºs. 4-5, agosto-octubre 1984, págs. 1002 y sigs.; en concreto, pág. 1009), y de otro, *Roger Cedie* y *Jean Leonnet* (en “El Consejo Constitucional Francés”, en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 146, marzo-abril 1966, págs. 65 y sigs.; en concreto, págs. 78-79).

81. *René Chiroux*: “Faut-il réformer le Conseil?”, op. cit., pág. 111.

82. *Mauro Volpi*: “Il ruolo del ‘Conseil Constitutionnel’ . . .”, op. cit., pág. 1374.

objeto de recurso contencioso⁸³. La temática no es irrelevante, pues determinadas personas no pueden acceder al Consejo⁸⁴; ello sin ignorar la existencia de una serie de incompatibilidades a las que nos referiremos más adelante. Ningún texto prohíbe el recurso por exceso de poder; bien es verdad que el Consejo de Estado podría considerar estos nombramientos como “actos de gobierno”, y por tanto, no susceptibles de recurso contencioso; sin embargo, creemos con el propio *Luchaire* que el anterior recurso es inaceptable por una razón bien diferente: la propia previsión de la ya citada Ordenanza de 7 de noviembre de 1958, a tenor de cuyo art. 10:

“El Consejo Constitucional declarará, en su caso, la dimisión de oficio del miembro que hubiera ejercido una actividad o aceptado una función o mandato colectivo incompatible con su cualidad de miembro del Consejo o que no se hallara en el goce de sus derechos civiles o políticos”.

Es inequívoco, pues, que el Consejo constitucional es el único juez del, llamémosle, mandato de sus miembros, y esta competencia, como regla normal, debe extenderse a la investidura de este mandato.

Los vocales del “Conseil” son elegidos por un período de nueve años, renovándose por terceras partes cada tres. Con ello, los constituyentes quisieron dar al mandato una duración suficiente a fin de que pudiera consolidarse una línea jurisprudencial.

Las previsiones constitucionales planteaban al menos dos interrogantes de interés: ¿Cómo se produciría la renovación del

83. *François Luchaire*: “Le Conseil Constitutionnel”, op. cit., pág. 60.

84. Si se atiende a la norma constitucional y la Ordenanza nº 58-1067, de 7 de noviembre de 1958, puede concluirse que dos categorías de personas están excluidas de la posibilidad de acceso al Consejo como miembros del mismo: 1) Quienes no se hallen en el goce de sus derechos civiles y políticos, pues, respecto de éstas, el Consejo declarará en su caso la dimisión de oficio, a tenor del art. 10 de Ordenanza. 2) Los antiguos miembros del Consejo, ya que el mandato no es renovable; se prevé una irreelegibilidad absoluta.

Consejo elegido en primer término?. ¿Cuál habría de ser la duración del mandato de aquellos vocales que accediesen al Consejo en sustitución de otro?.

La primera cuestión sería abordada por el art. 2º de la Ordenanza de 7 de noviembre de 1958, a cuyo tenor:

“El primer Consejo Constitucional estará formado por tres miembros designados por un período de tres años, tres por un período de seis años y otros tres designados por un período de nueve años. El Presidente de la República, el Presidente de la Asamblea Nacional y el Presidente del Senado designarán, respectivamente, un miembro de cada turno”.

Con ello, la renovación trienal quedaba formalmente articulada ya desde la misma constitución inicial del Consejo.

El segundo problema sería resuelto por el art. 12 de la misma Ordenanza, según el cual:

“Los miembros del Consejo Constitucional designados para reemplazar a aquellos que hubieren cesado en sus funciones antes de expirar el término, acabarán el mandato de aquellos a quienes reemplacen. A la terminación de este mandato, podrán ser nombrados miembros del Consejo Constitucional cuando hubieran ejercido esas funciones de sustitución menos de tres años”.

Precisamente, en base a la salvedad final del principio de irreelegibilidad absoluta, que efectúa el precepto anterior, René Cassin, designado en 1960 por el Presidente del Senado miembro del Consejo, en sustitución de Maurice Delépine, que había fallecido, pudo ser nuevamente nombrado en 1962, permaneciendo en el “Conseil” durante cerca de once años.

Como hemos referido con anterioridad, en lo que a la posibilidad de reelección se refiere, la normativa francesa opta por la fórmula de la irreelegibilidad absoluta. La Constitución, en su art. 56, tan sólo determina que el mandato de los miembros del

“Conseil” “dure neuf ans et n’est pas renouvelable”. Consiguientemente, el código político fundamental no se inclina por la irreelegibilidad absoluta de un modo inequívoco. Con ello, no excluye la interpretación de que lo rechazado por el constituyente pueda ser tan sólo la reelección inmediata. Y la Ordenanza de 1958 nada establece al efecto.

Luchaire nos recuerda⁸⁵ que la cuestión jamás ha sido zanjada, al menos con carácter oficial, permaneciendo como posibles ambas interpretaciones, por lo demás, en cierto grado contrapuestas. De una parte, puede considerarse que si la interdicción fuera sólo temporal, el adverbio “inmediatamente” debería haberse recogido por el texto constitucional. De otra, puede esgrimirse que una restricción implica siempre una interpretación estricta. Según *Luchaire*⁸⁶, esta última interpretación parece corresponder mejor al espíritu de los constituyentes, que sólo quisieron subrayar (con la interdicción de la reelección) la independencia de los miembros del Consejo, que en modo alguno deben incurrir en la sospecha de querer mantenerse en el Consejo obrando conforme al deseo de las autoridades que los han nombrado.

Ahora bien, es obvio que una regla de esta naturaleza no basta para garantizar la independencia de un miembro del Consejo. “Un juge —aduce con irrefutable razón *Luchaire*⁸⁷, en perfecta armonía de criterio con *La Pergola*— n’est indépendant que s’il en a la volonté; l’indépendance est une question de conscience; les textes n’ y peuvent rien”.

La Constitución garantiza, pues, a los justiciables que un miembro del Consejo no será renovado en sus funciones, eso es todo. Ningún precepto le prohíbe ser nombrado para otra función por el Gobierno cuando abandone el Consejo, o creer en la

85. *François Luchaire*: “Comentario al artículo 56”, en *François Luchaire y Gérard Conac* (dirs.), “La Constitución de la République Française”, (Analyses et commentaires), Economica, París, 1980, págs. 737-738.

86. *François Luchaire*: “Le Conseil Constitutionnel”, op. cit., pág. 67.

87. *Ibidem*, pág. 67.

promesa de que será designado para esta otra función. En contrapartida, la previsión constitucional de la no renovación de los miembros del Consejo presenta un incontestable interés, pues suprime toda discusión sobre el carácter de sanción que pudiera entrañar la no renovación.

Digamos tan sólo para finalizar con esta cuestión, que entre las varias interpretaciones posibles, nosotros nos inclinamos por aquella que entiende la irreelegibilidad como absoluta. Creemos que la fórmula legal del párrafo primero del art. 56 parece orientarse de modo taxativo hacia la no renovación, esto es, hacia la irreelegibilidad absoluta. Caso contrario, debiera haberse hecho constar de modo preciso la limitación de la no reelección al período inmediato.

Además del agotamiento del plazo por el que se ha sido designado, el ejercicio de la función de vocal del Consejo finaliza por dimisión, fallecimiento o incapacidad física de los titulares del cargo. A su vez, la dimisión puede ser voluntaria o de oficio.

La dimisión voluntaria se formaliza a través de carta dirigida al Consejo, que debe asegurar su autenticidad. En todo caso, la dimisión se hace efectiva con el nombramiento del sustituto, lo que ha de acontecer dentro del mes siguiente a la fecha de la dimisión, de conformidad con el art. 9º de la Ordenanza citada.

En cuanto a la dimisión de oficio, es el propio Consejo constitucional quien debe declararla respecto de aquel miembro que hubiera ejercido una actividad o aceptado una función o mandato incompatible con su cualidad de miembro del "Conseil", o que no se hallara en el goce de sus derechos civiles o políticos.

La Ordenanza de 7 de noviembre de 1958 extiende la aplicación de las normas relativas a la dimisión de oficio al supuesto de la incapacidad física permanente que impida definitivamente a un miembro del Consejo el ejercicio de sus funciones. Y aunque este texto legal no contempla el supuesto de muerte de un

vocal del Consejo, ésta es una situación que, obviamente, entraña idénticas consecuencias que la dimisión de oficio.

Toda vacante que se produzca en el Consejo como consecuencia de la dimisión de oficio será cubierta dentro de los ocho días siguientes a la declaración de dimisión. Si es como resultado de la dimisión voluntaria, la vacante se cubrirá, en todo caso, dentro del mes siguiente a la fecha de la dimisión. Y si la vacante se produce por expiración del término para el ejercicio del cargo, entonces, será provista antes de los ocho días que precedan a la expiración de ese plazo.

Uno de los rasgos generales que se pueden apuntar respecto de los jueces constitucionales es el de que gozan de un status constitucional, esto es, de un estatuto que les ampara frente a los poderes públicos que ellos, precisamente, están encargados de controlar. Es preciso modificar la Constitución para alterar ese estatuto.

Pues bien, la Constitución de la Quinta República es bastante parca en sus referencias al estatuto de los vocales del "Conseil constitutionnel"; ello no obstante, su art. 57 prescribe que: "Las funciones de miembro del Consejo constitucional son incompatibles con las de ministro o las de miembros del Parlamento. Las demás incompatibilidades se establecen por Ley Orgánica". Este precepto debe ser completado en todo caso por las previsiones de los art. 3º al 7º de la Ordenanza de 7 de noviembre de 1958.

Así, el art. 4º de la referida norma añade a las incompatibilidades constitucionalmente establecidas la de ser miembro del Consejo Económico y Social. Determina este precepto que los miembros del Gobierno, del Parlamento o del Consejo Económico y Social que hubieren sido nombrados para el Consejo constitucional, se presumirá que han optado por esta última función si no hubieran expresado su voluntad contraria en los ocho días siguientes a la publicación de su nombramiento. Inversamente, los miembros del Consejo que hubieren sido nombrados para funciones gubernamentales o elegidos para una de las Asambleas del Parlamento o designados como miembros del

Consejo Económico y Social, serán relevados del cargo. En este supuesto, la Ordenanza no impone expresamente un plazo, pero, de hecho, o bien se produce la dimisión del interesado —situación más normal—, y entonces debe ser reemplazado dentro del mes siguiente a la fecha de la dimisión, o bien el Consejo le declara dimisionario de oficio, en cuyo caso habrá de cubrir la vacante dentro de los ochos días siguientes a la declaración.

Por lo demás, como apunta *Luchaire*⁸⁸, caso de ser impugnada la elección al Parlamento de un miembro del Consejo constitucional, la dimisión podría no tener operatividad (por analogía con la solución establecida por el Código Electoral, cuando un diputado es elegido senador, o a la inversa) mas que tras la decisión del propio Consejo Constitucional (que, de conformidad con el art. 59 de la Constitución, resuelve en caso de conflicto acerca de la regularidad de la elección de diputados y senadores) confirmando la elección, no participando el interesado, como es evidente, en las decisiones del Consejo ulteriores a su elección como parlamentario.

Como parece lógico, las incompatibilidades reseñadas se explican por el papel de arbitraje que el “Conseil” está llamado a desempeñar entre el Ejecutivo y las Cámaras. Quizá sea por ello, por lo que las restantes actividades resultan compatibles con el cargo de vocal del Consejo. Bien es verdad que toda actividad deberá tener en cuenta las obligaciones impuestas a los miembros del Consejo (que, según el art. 7° de la Ordenanza de 1958, serán determinadas mediante Decreto adoptado por el Consejo de Ministros a propuestas del Consejo constitucional), “con el fin de garantizar la independencia y la dignidad de su cargo”.

Tales obligaciones comprenderán, especialmente, la prohibición —que rige mientras se hallen en el ejercicio de su cargo— de adoptar actitudes públicas sobre cuestiones que son o puedan ser objeto de decisión por el Consejo, o de opinar sobre las mis-

88. *François Luchaire*: “Le Conseil Constitutionnel”, op. cit., pág. 69.

mas cuestiones. “Dans ces limites —advierte *Luchaire*⁸⁹— les membres du Conseil peuvent exercer concurremment n'importe quelle activité professionnelle”.

Además de cuanto hemos reseñado, una serie de limitaciones pesan sobre los miembros del Consejo. Caso de ser funcionarios públicos, no podrán ser ascendidos por mera designación. Caso de no serlo, durante el ejercicio de sus funciones no podrán ser nombrados para ningún cargo público. *Luchaire* ha subrayado al respecto⁹⁰ que contrariamente al principio general de interpretación restrictiva de las reglas referentes a las incompatibilidades, éstas disposiciones a que acabamos de aludir deben ser interpretadas ampliamente y aplicarse a todo nombramiento o ascenso resultante del favor de una autoridad pública.

Por otro lado, el art. 6º de la Ordenanza tantas veces referida, en su párrafo primero, prescribe que:

“El Presidente y los miembros del Consejo Constitucional recibirán en concepto de indemnización una cantidad igual a los ingresos correspondientes a las dos categorías superiores de los empleos del Estado clasificados fuera de escala”.

Esta determinación, respecto de la cual se afirma⁹¹ que coloca a los miembros del Consejo en la cima de la jerarquía administrativa, presenta una salvedad en relación a aquellos integrantes del Consejo que continúen ejerciendo una actividad compatible con sus funciones, para los cuales la indemnización se reducirá a la mitad.

Cuestión de enorme trascendencia es la posibilidad de ejercicio de una actividad política por parte de los vocales del “Con-

89. *François Luchaire*: “Comentario al artículo 57”, en *François Luchaire y Gérard Conac* (dirs.), “La Constitution de la République Française”, op. cit., pág. 740.

90. *François Luchaire*: “Le Conseil Constitutionnel”, op. cit., pág. 70.

91. *Roger Cédie y Jean Leonnet*: “El Consejo Constitucional Francés”, op. cit., pág. 79.

seil". *Luchaire* es tajante al efecto⁹²: "Rien n'interdit à un membre du Conseil d'avoir une activité politique, ni même de se présenter aux élections".

Un Decreto de 13 de noviembre de 1959 ha venido a proyectar, sin embargo, ciertas limitaciones sobre el ejercicio de la actividad en cuestión. Su art. 1º, con carácter general, prescribe que: "Les membres du Conseil Constitutionnel ont pour obligation générale de s'abstenir de tout ce qui pourrait compromettre l'indépendance et la dignité de leurs fonctions". Y el art. 2º, sobre la base de esta premisa, aun cuando posibilita a los miembros del Consejo la militancia en formaciones políticas, les prohíbe "occuper au sein d'un parti ou groupement politique tout poste de responsabilité ou de direction", así como, de modo más general, ejercer cualquier actividad inconciliable con la genérica previsión del citado art. 1º. El propio *Luchaire* entiende⁹³ que el art. 2º del Decreto de 1959, si bien prohíbe a un miembro del Consejo participar en la dirección de una formación política, no le impide por contra tomar allí la palabra, ni incluso, aconsejar a los dirigentes políticos. Puede asimismo ser candidato en unos comicios cualesquiera; sin embargo, en este caso, debe cesar en su puesto del Consejo mientras dure la campaña electoral, lo que implica que de no ser elegido en los comicios, podrá reincorporarse en plenitud a su cargo de miembro del Consejo, circunstancias todas ellas que, a nuestro entender, casan muy mal con la genérica previsión del Decreto de 1959, de que los miembros del Consejo deben abstenerse de cuanto pueda comprometer su independencia.

El mismo Decreto de 13 de noviembre de 1959, en su art. 5º, contemplará la imposición de sanciones a aquellos miembros del Consejo que conculquen sus obligaciones. Ya hemos resalta-
do precedentemente que sólo al propio Consejo compete el velar para que sus miembros respeten sus obligaciones. A este respecto, si un miembro las vulnerase, el Consejo habrá de consta-

92. *François Luchaire*: "Comentario al artículo 57", en *François Luchaire y Gérard Conac*, "La Constitution de la République Française", op. cit., pág. 741.

93. *François Luchaire*: "Le Conseil Constitutionnel", op. cit., pág. 71.

tarlo mediante una votación por escrutinio secreto y por la mayoría simple de quienes lo integren; esta fórmula viene a excluir el voto de calidad del Presidente caso de empate; se necesita una mayoría de miembros del Consejo para decidir la condena de uno de sus integrantes.

En cuanto a la sanción a imponer, el art. 10 de la Ordenanza de 1958, como ya vimos, prevé la dimisión de oficio. El Decreto de 1959 efectúa una distinción entre el ejercicio de una actividad incompatible y la vulneración de las restantes obligaciones que afectan a los miembros del Consejo. En el primer supuesto, caso de continuar con esa actividad, la dimisión de oficio se convierte en obligatoria. En el segundo, el Decreto dispone que el Consejo “puede recurrir, si hay lugar para ello, al procedimiento previsto en el art. 10 de la Ordenanza”, pero no está obligado a ello.

Como fácilmente puede colegirse por lo que acabamos de indicar, son algunos de los aspectos atinentes al estatuto jurídico de los vocales del Consejo, los que mayores críticas han suscitado y los que más hacen dudar acerca de la imparcialidad de este órgano.

Volpi se ha referido a ello⁹⁴ en estos términos: “*è stato giustamente notato che non esiste un criterio di composizione ottimale in grado di garantire senz'altro l'imparzialità del giudice costituzionale*”. Y en términos más rotundos, *Chiroux*, tras poner de manifiesto —como ya indicamos⁹⁵— la necesidad de salir de la hipocresía que caracteriza en la actualidad el status de los miembros del Consejo, se muestra partidario de que la reforma se oriente a asegurar la independencia de aquéllos frente a los restantes Poderes públicos y los intereses privados. “*Le régime est boiteaux*”, afirma *Chiroux*. Los miembros del Consejo pueden pertenecer a un partido político, bien que sin detentar puestos de responsabilidad; están obligados a la reserva, pero pueden presentarse a las elecciones. Caso de éxito en una elec-

94. *Mauro Volpi*: “Il ruolo del ‘Conseil Constitutionnel’ nella forma di governo francese”, op. cit., pág. 1374.

95. *René Chiroux*: “Faut-il réformer le Conseil”, op. cit., pág. 111.

ción legislativa, el nuevo parlamentario será declarado, si es que previamente no presenta la dimisión voluntaria, dimisionario de oficio por el Consejo. Pero, caso de fracaso electoral, el referido consejero retornará al Palais-Royal. ¿No puede pensarse —se interroga *Chiroux*⁹⁶— que el candidato se habrá visto obligado a tomar posición durante la campaña sobre cuestiones que hayan sido o sean susceptibles de ser objeto de decisiones ulteriores por parte del Consejo?

Tras tan incontrastables argumentos, *Chiroux* concluye manifestando que, a su juicio, una reforma debe resolver esta cuestión de una de estas dos formas: a) estableciendo una inelegibilidad relativa y reforzando las incompatibilidades previstas por el art. 57 de la Constitución; b) a la inversa, esto es, permitiendo a los miembros del Consejo participar abiertamente en la vida política. Esta solución, cuyos inconvenientes son evidentes, tendría, sin embargo, la virtud de la franqueza y permitiría reclutar personalidades jóvenes y dinámicas.

A la vista de cuanto se ha expuesto, a nuestro juicio, es claro que se impone una reforma del Consejo, en especial, en algunos de sus más discutibles aspectos de carácter orgánico, sin soslayar, desde luego, alguna de sus vertientes funcionales, cual es el caso del carácter preceptivo y apriorístico de su intervención. Sólo suprimiendo el carácter previo con que interviene el Consejo, podrá lograrse una aproximación perceptible a los Tribunales Constitucionales de otros países.

Madrid, Mayo de 1988

96. *Ibíd.*, pág. 112.