

# LOS RETOS DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL: CONTROVERSIAS FRANCESAS SOBRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL<sup>1</sup>

JULIEN BONNET

*Catedrático de Derecho Constitucional*

*Universidad de Montpellier*

*Presidente de la Asociación Francesa de Derecho Constitucional*

TRC, n.º 53, 2024, pp. 157-178

ISSN 1139-5583

## SUMARIO

I. Superar los demonios del pasado. II. Dominar los vientos en contra del presente. III. Anticiparse a los retos futuros.

Paris, 14 de abril de 2023. Los nueve miembros del Consejo Constitucional deliberan en una Sala de la rue Montpensier. ¿El tema de debate? La ley sobre la reforma de las pensiones, cuyo procedimiento de adopción sin precedentes ha sido cuestionado por los parlamentarios y por una parte de la doctrina. Fuera, los manifestantes alzan la voz, pero un muro de gendarmes y policías les hacen retroceder, escudo en mano. *Quis custodiet ipsos custodes?* ¿Quién custodia al custodio? La expresión latina queda aquí ilustrada de una forma particularmente original.

La imagen permanecerá en la historia de la justicia constitucional francesa y muestra la ambivalencia de la situación. Por un lado, la de un clima de miedo y máxima tensión a la espera de una sentencia que ha decepcionado a los manifestantes pues la ley ha sido en líneas generales declarada conforme a la Constitución ¡Qué ambigüedad la de esta imagen, con el poder de la policía protegiendo al Consejo Constitucional encargado de juzgar la ley que protege ese mismo poder! Por otro lado, la del muro de las fuerzas de orden público protegiendo al juez

<sup>1</sup> Traducción de M. Fraile Ortiz, Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid.

constitucional de las presiones de la calle, al menos simbólicamente, y preservando así la apariencia de justicia. El episodio de la reforma de las pensiones ha desatado, en cualquier caso, todos los demonios, centrando todos los argumentos en la justicia constitucional francesa.

Hay que decir que Francia ocupa un lugar especial en materia de justicia constitucional. Y no en sentido “modélico”. Francia se distingue por su historia, por sus ideas sobre el papel de los jueces y por las carencias en la organización y funcionamiento del Consejo Constitucional. Evocar los retos a los que se enfrenta el Consejo Constitucional es, por tanto, una misión difícil, casi imposible. Pero es un honor y un placer poder participar en el debate en la distinguida revista *Teoría y Realidad Constitucional*, aunque el punto de vista expresado no pretenda, por supuesto, resumir las opiniones de la totalidad de la doctrina francesa, ni comprometer a la Asociación francesa de Derecho constitucional. El trabajo tratará deliberadamente de adoptar una posición intermedia, en un intento de ilustrar lo mejor posible las tensiones que animan el debate sobre el Consejo Constitucional.

Desde un punto de vista metodológico ¿cómo hablar de los retos a los que se enfrenta el Consejo Constitucional? Conviene hacer una serie de aclaraciones y mostrar cautela.

En primer lugar, el análisis supondrá inevitablemente cierto riesgo y subjetividad. Señalar los retos más importantes de una institución implica de partida identificar las carencias, las zonas grises y, de forma prospectiva, las perspectivas de desarrollo futuro. El objetivo de este trabajo es, por tanto, ser imparcial intentando mostrar todos los puntos de vista<sup>2</sup>, pero no ser completamente objetivo, algo, por otro lado, imposible de conseguir.

En segundo lugar, el análisis propuesto se sitúa necesariamente en un plano teórico y es importante presentar las líneas generales con las que se analizarán los retos del Consejo Constitucional. Efectivamente, para comprender la acción institucional de una jurisdicción no basta con analizar las normas. El observador debe ampliar su campo de observación teniendo en cuenta el hecho de que las instituciones, como el Consejo Constitucional, no son únicamente órganos habilitados por el Derecho para producir normas: son también grupos humanos que adoptan decisiones de alcance general, pronuncian discursos y toman decisiones de política jurisprudencial e institucional. En la intersección entre lo normativo y la sociología institucional<sup>3</sup> semejante análisis implica, más allá de los elementos de decisión, dar crédito al discurso de los actores, tener en cuenta los intereses estratégicos en juego y, sobre todo, poner en tensión la acción de las instituciones con los elementos que las rodean. De lo contrario, el nivel de comprensión del Derecho se queda a medio camino y tropieza con los límites académicos<sup>4</sup>.

2 Para una visión de conjunto de las obras generales recientes que tratan del Consejo Constitucional, véanse, por ejemplo, Benzina (2021), Drago (2020), Esplugas-Labatut (2020) o Rousseau, Gahdoun y Bonnet (2023).

3 Véase, por ejemplo, Crozier y Friedberg (1977), Bernoux (2009) y García Villegas (2015).

4 Bonnet (2020: 315).

A la luz de este marco y con las precauciones observadas, los retos a los que se enfrenta el Consejo Constitucional se sitúan a tres niveles. La institución debe lograr superar la tradición de hostilidad hacia los jueces y vencer así los demonios del pasado (I). Debe, a continuación, encarar los vientos en contra del presente en relación con los retos actuales y complejos a los que se enfrenta (II). Por último, el Consejo Constitucional debe anticiparse a los desafíos del futuro, pues pronto se le plantearán nuevos retos (III).

## I. SUPERAR LOS DEMONIOS DEL PASADO

No es posible comprender el estado de la justicia constitucional francesa sin ahondar en la historia de las ideas políticas que estructuran el pensamiento y la conducta de los actores jurídicos. En conjunto, estas imágenes conforman una cultura constitucional que desconfía del Consejo Constitucional. En efecto, debido a una larga tradición de hostilidad hacia el control judicial de la ley, la legitimidad del Consejo Constitucional se ha ido construyendo de forma lenta, gradual y —todavía— imperfecta. Así, el peso de la historia (1) ha generado una desconfianza hacia el Consejo Constitucional cuyos efectos se dejan sentir aún hoy día (2). El reto permanente del Consejo es, pues, liberarse de estos demonios del pasado pero sin olvidarlos, pues la institución no puede borrar demasiado rápido o sin cautela una tradición que se remonta a más de dos siglos.

### 1. El peso de la historia

En virtud de una particular concepción de la separación de poderes, Francia ha permanecido durante mucho tiempo al margen de la lógica del Estado de Derecho al negarse a reconocer a los jueces el poder de controlar la ley (1.1). Esta tradición explica la naturaleza híbrida del Consejo Constitucional que ha suscitado críticas sobre su legitimidad (1.2).

#### 1.1. *La difícil incorporación del control de constitucionalidad de las leyes*

La separación de poderes es un mero principio negativo que prohíbe la concentración de funciones en un mismo órgano, principio que cada Estado modula según distintos parámetros, el más importante de los cuales es el proyecto de sociedad que pretende liderar a la luz de su historia. Así, en Francia, la separación de poderes se introdujo en 1789 frente a los jueces<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Badinter (1995).

Sin embargo, los revolucionarios de 1789 y los sucesivos gobernantes eran conscientes del riesgo de que el legislador violara la Constitución y cometiera errores. La necesidad de encontrar un mecanismo jurídico que garantizase que el legislador se sometería a un referente superior ha estado, por ello, presente desde 1789. Es decir, para ciertos miembros de la Asamblea Constituyente de 1790, “una Asamblea Nacional puede equivocarse”<sup>6</sup>. El Derecho positivo revolucionario conserva las huellas de una desconfianza hacia el legislador y, con ella, un interés por controlarlo. A través del derecho de veto, la separación de poderes, la virtud de los representantes y el llamamiento al pueblo, los revolucionarios limitaron jurídicamente el poder del legislador, sin judicializar aún la garantía de la Constitución. La redacción de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789 contribuyó evidentemente a este movimiento al poner límites a la ley para que, como indica su Preámbulo, “los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse en todo momento con la finalidad de cualquier institución política, sean más respetados”. Igualmente, “la ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad”, dispone el art. 5, y “la ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias”, proclama el art. 8 de la Declaración de 1789.

No obstante, a falta de acuerdo sobre el procedimiento o el órgano más adecuado para lograrlo, el objetivo no fue nunca verdaderamente alcanzado. Había demasiada desconfianza hacia los jueces. Entre 1789 y 1946, los intentos de introducir un control de constitucionalidad sobre la ley fracasaron. Debido a su arraigada tradición legicentrista, Francia quedó rezagada respecto al movimiento de posguerra de las democracias europeas para introducir un control de la constitucionalidad de las leyes. La conciencia de los extravíos del legislador y la promoción de los derechos del hombre, sólo consiguieron de los fundadores de la IV República la adopción de una cierta supervisión del Parlamento y de la ley. El texto de la Constitución de 27 de octubre de 1946 no fue lo suficientemente coercitivo, y los actores políticos no tuvieron ninguna dificultad en socavar el intento de racionalizar el Parlamento y someter la ley a la Constitución. Por ejemplo, la Comisión Constitucional de la IV República era de tan difícil acceso que sus limitados poderes sólo pudieron ejercerse una vez, en 1948, único caso de recurso ante la misma.

Con la Constitución de 4 de octubre de 1958 se produjo la primera ruptura con el pasado. En particular, la ley ya no podía intervenir en cualquier materia, pues la Constitución establecía la competencia de partida de la autoridad reglamentaria, limitándose a otorgar al legislador una lista limitada de ámbitos en los que podía actuar. Además, la creación del Consejo Constitucional en 1958 sometía, desde ese momento, la ley a la Constitución y en caso de inconstitucionalidad la anulaba y no podía ser promulgada. Sin embargo, la razón de ser inicial del

<sup>6</sup> *Archivos parlamentarios franceses.*

Consejo Constitucional era únicamente garantizar que el Parlamento no invadiera las competencias del Poder Ejecutivo. No estaba a priori previsto ningún control sobre los derechos y libertades constitucionales, estando la competencia del Consejo limitada únicamente a controlar la constitucionalidad de las leyes antes de su promulgación, y reservada la posibilidad de impugnación al Presidente de la República, al Primer Ministro, al Presidente de la Asamblea Nacional y al Presidente del Senado. El proceso de sumisión de la ley al Consejo Constitucional no había hecho más que empezar, y no se intensificaría hasta pasados unos años.

Como suele ocurrir, es el uso el que pone de manifiesto el verdadero rostro de la Constitución. Así, el Consejo Constitucional se fue progresivamente emancipando de la idea que había justificado su creación. Aprovechando la permisividad del texto constitucional que formalmente nada prohibía al respecto, el Consejo Constitucional consideró que el Preámbulo de la Constitución de 1958 tenía valor constitucional en una importante sentencia de 6 de julio de 1971<sup>7</sup> sobre una ley que limitaba la libertad de asociación. Ahora bien, el Preámbulo menciona también la Declaración de Derechos del Hombre de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946 que proclama toda una serie de derechos y libertades. En consecuencia, todos estos derechos y libertades tienen desde ese momento valor constitucional, son vinculantes para el legislador y pueden justificar el rechazo de la ley por el Consejo Constitucional en caso de violación. Este golpe de mano del Consejo Constitucional cambia de inmediato la naturaleza de su competencia: de ser el “perro guardián del Ejecutivo” contra posibles ataques del Parlamento, pasa a ser el defensor de los derechos y libertades individuales.

El constituyente da a continuación al Consejo Constitucional instrumentos para desarrollar su jurisprudencia. En 1974, la Constitución fue modificada para permitir a 60 diputados o 60 senadores someter asuntos al Consejo Constitucional. Desde entonces, la mayor parte de los asuntos sometidos al Consejo han sido presentados por la oposición parlamentaria, considerándose el recurso ante el Consejo el mecanismo para cuestionar cualquier desacierto de la mayoría que pueda atentar contra los derechos y libertades constitucionales.

La actuación del Consejo Constitucional adquirió desde entonces una cierta legitimidad y la reformulación del art. 6 de la Declaración de 1789, en una sentencia del Consejo de 23 de agosto de 1985<sup>8</sup>, resume por sí misma la ruptura con la tradición del legicentrismo: “considerando que la ley aprobada... sólo expresa la voluntad general si respeta la Constitución”.

La reforma de la cuestión prioritaria de constitucionalidad (QPC)<sup>9</sup> que permite a cualquier justiciable cuestionar en un caso concreto la constitucionalidad de la ley y hacer que el asunto se remita al Consejo Constitucional tras haber sido filtrada por

7 Conseil constitutionnel, n°71-44DC, 16 de julio de 1971.

8 Conseil constitutionnel, n°85-197 DC, 23 de agosto de 1985.

9 NT: se mantiene la abreviatura del original *QPC* (*question prioritaire de constitutionalité*)

los tribunales del orden judicial y administrativo, ha permitido evidentemente al Consejo romper más aún con la concepción francesa de la separación de poderes. Sin embargo, más allá del acceso a la justicia constitucional, subsisten numerosas huellas de esta tradición que provocan la crítica política al Consejo Constitucional.

### 1.2. *La crítica política al Consejo Constitucional*

Debido al peso de la historia, el poder constituyente ha diseñado un sistema de control de constitucionalidad cuyos orígenes políticos no han desaparecido. Las normas que rigen su nombramiento y composición, así como el control *a priori* ejercido antes de la promulgación de la ley, sitúan al Consejo Constitucional en una confrontación política directa con la ley de la mayoría. Pese a la “judicialización” del procedimiento, en particular en el marco de la cuestión prioritaria de constitucionalidad, el Consejo Constitucional sigue siendo a menudo percibido como un órgano predominantemente político que intenta trabajar lo mejor que puede como un tribunal, pero un tribunal imperfecto. Romper con esta imagen e invertir el peso de la historia es, probablemente, el reto más difícil y decisivo al que se enfrenta el Consejo Constitucional. Pues no depende sino de él y supone un cambio de cultura jurídica... Para no extenderme demasiado, basta con ver algunos ejemplos de este desajuste entre el funcionamiento jurisdiccional y la percepción política de la institución.

El primer ejemplo lo constituye la presencia de miembros natos en el Consejo. Según el art. 56 de la Constitución, “los ex-presidentes de la República serán miembros vitalicios de pleno derecho del Consejo Constitucional”. Esta disposición tiene su origen en el reconocimiento de la actuación de los antiguos presidentes de la IV República, René Coty y Vincent Auriol, para facilitar la llegada legal al poder del General De Gaulle. Señal de que el Consejo Constitucional no era considerado como una verdadera jurisdicción... En el pasado, los presidentes Valéry Giscard d’Estaing, Jacques Chirac y Nicolas Sarkozy formaron parte del Consejo Constitucional. Hoy por hoy ningún miembro nato forma parte del Consejo, ya sea por fallecimiento o por decisión personal. La inmensa mayoría de la doctrina y del poder político está de acuerdo en suprimir este anacronismo cuyas consecuencias a medio plazo podrían ser enormemente problemáticas debido al efecto acumulativo del mandato de cinco años, la mayor juventud de los candidatos elegidos en las últimas elecciones presidenciales y las sucesivas alternancias en el ejercicio de esta función. Por ejemplo, no es del todo descartable que en 2027 formen parte del Consejo Constitucional tres miembros natos: Nicolas Sarkozy, François Hollande y Emmanuel Macron que no se podrá presentar a las próximas elecciones presidenciales<sup>10</sup>. A la vista de las transformaciones

<sup>10</sup> Artículo 6 de la Constitución: “El Presidente de la República será elegido por un período de cinco años (...). Nadie podrá ejercer más de dos mandatos consecutivos (...)”

del Consejo Constitucional, especialmente en el marco del procedimiento de la QPC, es más deseable que nunca que se produzca una reforma lo antes posible.

El segundo ejemplo es el cuestionamiento del poder de interpretación. Francia se considera un país de Derecho escrito. La jurisprudencia no se considera una fuente natural de Derecho ni en el discurso de la mayoría de los juristas ni en la mente de los actores políticos. Esta concepción de las fuentes del derecho nace de la hostilidad institucional hacia los jueces en general. Un planteamiento así no ha desaparecido si se piensa en los numerosos cursos de primero en la Facultad de Derecho en los que la jurisprudencia se sitúa de manera generalizada por debajo de la ley en una representación piramidal de las normas (!) Se trata, evidentemente, de un contrasentido, dado que, por ejemplo, los jueces del orden judicial y administrativo pueden controlar las leyes a la luz de las normas internacionales y europeas, y su jurisprudencia es necesariamente en tales casos si no superior al menos igual a la ley. Esto es aún más evidente en la jurisprudencia del Consejo Constitucional, que utiliza los términos de la Constitución para crear normas constitucionales que vinculan al legislador. Estos recordatorios parecen obvios y, sin embargo, se critica al Consejo Constitucional por interpretar la Constitución y la ley. Tales críticas responden a la forma de concebir el acto interpretativo.

El Consejo ¿aplica o crea el Derecho? Responder que lo aplica implicaría automáticamente que el Consejo es un órgano jurisdiccional; responder que lo crea debería conducir necesariamente a admitir que el Consejo es un órgano político.

Sin embargo, ambas tesis, por opuestas que parezcan tienen en común que se basan en un malentendido, el de la disociación entre lo jurídico y lo político: el Derecho sería el universo de la neutralidad, la imparcialidad y el conocimiento puro excluyente de toda subjetividad y libre albedrío por parte de quienes lo aplican; la política, en cambio, sería el mundo de las opciones partidistas, de la libre voluntad por la que un grupo expresa sus propios valores. Esta imagen, que forma parte de la ideología particular de los juristas, es en gran medida ilusoria. La actividad jurídica es siempre una tarea política en la medida en que tiene por objeto, en el caso del Consejo Constitucional, determinar el comportamiento del legislador estableciendo normas constitucionales que se le imponen. En efecto, las disposiciones y artículos de la Declaración de 1789 o de la Constitución de 1958 no son por sí mismas vinculantes ni tienen un contenido en sí mismo significativo que se imponga a un juez constitucional cuyo papel quedaría, entonces, reducido al de un mero portavoz. Lo que preexiste a la intervención del Consejo es un texto portador de varios significados, y administrar justicia es atribuirle un sentido mediante un ejercicio de interpretación del mismo cuya lógica está en poner al juez, por una parte, ante varios posibles significados y, por otra, ante la obligación profesional de elegir uno. Esta actividad de interpretación es inherente a toda función jurisdiccional, judicial, administrativa, constitucional, nacional o europea. En consecuencia, no puede utilizarse para no considerar a un órgano como jurisdiccional... a no ser que se haga lo mismo con el Tribunal de Casación, el Consejo de Estado, el Tribunal de Luxemburgo, el Tribunal de Estrasburgo...

El tercer ejemplo de la percepción política de las decisiones del Consejo Constitucional es el debate sobre la reforma de las pensiones en abril de 2023, que resume perfectamente la situación, aunque se trate de un control *a priori* de la ley, ejercido entre la votación y la promulgación de la misma y promovido por autoridades políticas. Así, en vísperas de la sentencia, algunos participantes en el debate reclamaron un compromiso político al Consejo constitucional, haciendo un llamamiento a los antiguos Presidentes que son miembros —Aláin Juppé y Laurent Fabius— para que hicieran un esfuerzo de diplomacia institucional, como si la sentencia dependiera de una mera elección política<sup>11</sup>. Después de la decisión, la mayor parte de los medios de comunicación interpretó el fallo (conformidad con la Constitución) como una señal de sumisión política o incluso de lealtad política a las autoridades responsables de su nombramiento. La lectura jurídica de la sentencia, su motivación, su coherencia pasaron a un segundo plano frente a la lectura política.

El Consejo Constitucional se sitúa, así, en una historia particular, la de la relación de Francia con la función de juzgar. Considerado en su origen como un órgano político, el Consejo Constitucional sigue siendo percibido de este modo, aunque su funcionamiento efectivo sea en gran medida jurisdiccional, como resultado de una desconfianza tradicional cuyas consecuencias siguen estando presentes hoy día.

## 2. Consecuencias jurídicas de la desconfianza

La tradicional desconfianza en los jueces y en el control de la ley explica en gran medida la imperfecta organización del Consejo Constitucional, el difícil acceso desde el principio a una actividad jurisdiccional restringida, y los límites de su función.

En primer lugar y a pesar de los progresos realizados, la organización del Consejo Constitucional presenta lagunas e imperfecciones. Como muestra de la desconfianza del poder político, durante la revisión constitucional de 2008 que dio lugar a la creación de la QPC, la Asamblea nacional se negó a apoyar al Senado para sustituir la denominación de Consejo Constitucional por “Tribunal Constitucional”. En cuanto a la composición y sin volver a la cuestión de los antiguos Presidentes de la República como miembros de pleno derecho, el procedimiento de nombramiento de los miembros no impone ningún requisito en términos de capacidades, títulos o experiencia profesional. Es igualmente posible nombrar a una persona que ejerza una actividad política como representante elegido o miembro de un partido, mientras que muchas Constituciones prevén una

11 Offerlé M. (2023), Réforme des retraites : « Le Conseil constitutionnel a les moyens de proposer une sortie de la crise politique », Le Monde, 23 mars 2023.



incompatibilidad temporal prohibiendo, por ejemplo, nombrar a una persona que haya ejercido un cargo político activo durante 5 o 10 años. Las autoridades encargadas de los nombramientos (el Presidente de la República, el Presidente de la Asamblea nacional y el Presidente del Senado) disponen, por tanto, de un amplio margen de apreciación y a menudo nombran a personalidades por motivos políticos. Desde 2008, la Constitución permite a las comisiones parlamentarias oponerse por mayoría de 3/5 a una propuesta de nombramiento. Se trata de un avance, pero no es suficiente pues la disciplina de voto hace que las comparencias sean consensuadas y el sentido del voto decidido de antemano. Otro problema de la organización del Consejo Constitucional es que los equipos jurídicos que asisten a los miembros del Consejo son insuficientes y están centralizados: no existe un sistema de asesores adscritos a un miembro, sino que la totalidad del servicio jurídico trabaja para todos ellos. Por último, el procedimiento seguido ante el Consejo Constitucional ha experimentado avances significativos en términos de “judicialización”, si bien la doctrina considera en general que los principios de transparencia, contradicción e igualdad de armas no se respetan plenamente. Por ejemplo, en el marco del control *a priori* ejercido antes de la promulgación de la ley, la audiencia a los parlamentarios que recurren ante el Consejo Constitucional no resulta preceptiva, sino que se deja a la discreción del Consejo. Asimismo, la presentación de “pruebas” durante la instrucción, como informes administrativos, estadísticas, memorandos internos es esencial para permitir que el Consejo pueda emitir un juicio fundado sobre la conformidad de la ley con la Constitución. Sin embargo, estas pruebas son en su mayoría aportadas por el Gobierno, que se encuentra, así, a su pesar y debido a las características específicas de funcionamiento de la justicia constitucional francesa, defendiendo la ley y al mismo tiempo proporcionando al Consejo Constitucional información fáctica o jurídica. Otro ejemplo: en el marco del procedimiento de la QPC, el Consejo Constitucional es un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 6.1 del CEDH, pero la presencia de miembros que han participado en la elaboración de la ley como ministros o parlamentarios sigue siendo posible en algunos casos, las autoridades políticas pueden participar de pleno derecho en el procedimiento, y la posición del Gobierno, que defiende la ley pero proporciona elementos de prueba al Consejo Constitucional, es ambigua. Uno de los retos del Consejo Constitucional será, por tanto, conseguir del poder político reformas en su organización, y regular por sí mismo en los reglamentos de procedimiento los asuntos que resulten de su competencia.

En segundo lugar, la cuestión del acceso al Consejo Constitucional es un problema importante. En Francia no existe un equivalente al recurso de amparo, y el acceso al juez constitucional sigue siendo difícil al depender de la existencia de una ley. En el marco del control *a priori*, ciertas leyes no son impugnadas ante el Consejo Constitucional cuando los parlamentarios no tienen interés en ejercer su derecho a recurrir. En el marco de la QPC, todo ciudadano puede recurrir una ley que viole los derechos y libertades constitucionales siempre que logre pasar el

filtro. Deben cumplirse tres requisitos: la disposición legislativa debe ser aplicable al caso, no debe haber sido ya cuestionada ante el Consejo Constitucional, salvo que se haya producido un cambio de circunstancias, y debe tener un carácter grave o novedoso. Los tribunales de primera instancia sólo examinan la gravedad de la cuestión abordada. Todas las QPC deben pasar por el Consejo de Estado o por el Tribunal de Casación y los ciudadanos no tienen acceso directo al Consejo Constitucional. Sin embargo, la apreciación de la gravedad del asunto hace que el Consejo de Estado y el Tribunal de Casación no remitan muchas cuestiones. Como resultado, los abogados son reacios a proponer a sus clientes el planteamiento de una QPC debido a la incertidumbre que la rodea. Por ejemplo, en 2022, el Consejo Constitucional dictó únicamente 67 resoluciones en el marco de una QPC. Y la mayor parte de las QPC resueltas desde 2010 concernían a derecho fiscal y a derecho penal. Por tanto, la cuestión del acceso al Consejo Constitucional es fundamental y cabría imaginar, como ocurre en Bélgica, que todos los tribunales pudieran recurrir ante el Consejo Constitucional y que una comisión de selección pudiera rápidamente descartar las cuestiones manifiestamente infundadas o que no cumplieren los requisitos procesales. Otra dificultad en lo que respecta al acceso al Consejo Constitucional es que las lagunas normativas son difíciles de impugnar como violaciones (por omisión) de la Constitución. En efecto, el mecanismo de la QPC fue diseñado y organizado como si sólo la acción positiva del legislador pudiera vulnerar los derechos y libertades constitucionales. Si desde un plano jurídico resulta ingenua, desde la perspectiva del Estado de Derecho tal concepción de los derechos humanos es peligrosa y preocupante. El Consejo Constitucional podría clarificar los requisitos para que los jueces pudieran realizar el primer filtro, o esperar una reforma del legislador en la línea de Alemania o España<sup>12</sup> que le permita adoptar medidas de ejecución de sus sentencias o medidas cautelares, para remediar así las violaciones de los derechos y libertades constitucionales cometidas por omisión.

En tercer lugar, mejorar el trabajo que realiza el Consejo Constitucional es un reto importante.

Por un lado, la motivación de las sentencias del Consejo Constitucional es insuficiente, a pesar de una reforma en su modo de redacción iniciada en 2016. El juez constitucional afirma a menudo, sin mayor argumento, que la elección del legislador no es “manifiestamente desproporcionada”. Los precedentes jurisprudenciales no suelen ser mencionados en la sentencia, ni tampoco las posibles alternativas o las consecuencias de la sentencia. El volumen y la riqueza de la fundamentación jurídica siguen siendo escasos, y dan lugar a numerosas críticas y malentendidos, pues muchos elementos explicativos de la sentencia son recogidos

12 Cf. la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional español; § 35 de la Ley del Tribunal Constitucional federal alemán. Sobre esta cuestión en su conjunto, véase Barque y Nicot (2020).

en los elementos de comunicación, por ejemplo, el comentario oficial de las sentencias redactado por el servicio jurídico del Consejo Constitucional.

Por otra parte, la efectividad de las decisiones del Consejo Constitucional sigue siendo incompleta en el contexto de los procedimientos de QPC<sup>13</sup>. En general no existe ningún mecanismo para forzar la ejecución de las sentencias del Consejo Constitucional, que no dispone de un poder coercitivo<sup>14</sup>. Además, cuando una disposición legislativa es declarada no conforme a la Constitución se anula de inmediato o en una fecha fijada por el Consejo Constitucional, que también puede realizar los ajustes necesarios para evitar las consecuencias perjudiciales del vacío creado por la anulación. Al mismo tiempo, el Consejo Constitucional puede, en caso de anulación diferida, dictar una norma transitoria destinada a ser aplicada de inmediato sin esperar a la nueva ley. Estas mejoras en la tarea desarrollada por el Consejo Constitucional son positivas, pero sigue habiendo un reto en términos de efectividad de los derechos y libertades constitucionales: el ciudadano o ciudadanos que plantearon la QPC no se benefician necesariamente de la anulación obtenida ante el Consejo Constitucional. Esta potencial falta de efectividad puede disuadir a ciertos abogados de proponer a sus clientes que presenten una QPC. Estamos, así, ante el carácter objetivo del procedimiento de QPC, un procedimiento global y abstracto contra la ley y no un procedimiento dirigido a defender únicamente intereses subjetivos.

Más allá de los retos que su historia le obliga a superar, el Consejo Constitucional debe hacer frente a los desafíos del presente.

## II. DOMINAR LOS VIENTOS EN CONTRA DEL PRESENTE

En la actualidad, el Consejo Constitucional se enfrenta a numerosos retos, algunos de los cuales son comunes a las demás jurisdicciones constitucionales de los Estados europeos y no europeos. En el plano institucional, el Consejo Constitucional debe cumplir con su función de contrapoder (1) y abordar la concurrencia de jurisdicciones (2). Desde el punto de vista de la garantía de los derechos y las libertades, el Consejo Constitucional se ha enfrentado a las sacudidas del terrorismo y de la crisis sanitaria (3) y debe mejorar las soluciones para preservar el medio ambiente (4).

13 Todas las resoluciones de no conformidad de las QPC terminan con: "En principio, la declaración de inconstitucionalidad debe beneficiar al autor de la cuestión prioritaria de constitucionalidad, y la disposición declarada contraria a la Constitución no puede aplicarse en los procedimientos pendientes en la fecha de publicación de la sentencia del Consejo Constitucional. Sin embargo, las disposiciones del art. 62 de la Constitución reservan a éste último la facultad tanto de fijar la fecha de la anulación, como de diferir en el tiempo sus efectos y prever el replanteamiento de los efectos que la disposición producía antes de la intervención de esta declaración. Las mismas disposiciones reservan igualmente al Consejo Constitucional la facultad de impedir que el Estado incurra en responsabilidad como consecuencia de disposiciones declaradas inconstitucionales, o de determinar las condiciones o límites particulares de la misma".

14 Para ejemplos en Derecho comparado, véase Tusseau (2021: 1205).

## 1. Actuar como contrapeso

En las democracias mayoritarias en las que el Ejecutivo domina la Cámara Baja, el equilibrio de la separación de poderes depende de la capacidad de los frenos y contrapesos para impedir que los gobernantes incurran en arbitrariedad. Entre estos frenos y contrapesos los jueces constitucionales desempeñan, evidentemente, un papel fundamental en el control de la constitucionalidad de la ley y en la garantía de los derechos y libertades constitucionales. Este discurso clásico sobre la legitimidad de la justicia constitucional dio un giro particular en Francia bajo la V República, fuertemente dominada por la institución del Presidente de la República y caracterizada por una racionalización del Parlamento. La Constitución otorga al Gobierno una serie de instrumentos que le permiten dominar al Parlamento durante el procedimiento legislativo. Por ejemplo, para aprobar la reforma de las pensiones en la primavera de 2023 el Gobierno utilizó por primera vez un “proyecto de ley de financiación correctiva de la Seguridad Social”, recurrió a la técnica del “voto bloqueado” que le permite aceptar sólo enmiendas del Gobierno, puso en práctica el famoso art. 49.3 de la Constitución que le permite aprobar un texto sin votación a menos que se adopte una moción de censura. El uso acumulativo de estos recursos constitucionales ha sido criticado desde un punto de vista democrático y constitucional, pero el Consejo Constitucional señaló en su sentencia de 14 de abril de 2023<sup>15</sup> que se trataba de la simple aplicación de la Constitución. Desde un plano puramente jurídico es cierto, pero en términos de equilibrio de poderes la aplicación pasiva y formal de la Constitución por el Consejo Constitucional confirma el control del Ejecutivo sobre el Parlamento. El episodio de la reforma de las pensiones corrobora a juicio de la doctrina y de la opinión pública que el Consejo Constitucional no está preparado para contrarrestar los desequilibrios estructurales de la V República.

Conviene señalar que en Francia se alzan cada vez más voces en la opinión pública y la doctrina que cuestionan el control de constitucionalidad de la ley, el modo en el que éste es ejercido por el Consejo Constitucional e incluso, a veces, el mero hecho de que dicho control se produzca. Entre las propuestas pensadas para reducir el ejercicio del control de constitucionalidad, la más extendida es la de reformar la Constitución para añadir un nuevo apartado al artículo 61 en el que se indique que el Parlamento puede ignorar una declaración de inconstitucionalidad, que puede forzar el mantenimiento de una disposición legislativa declarada contraria a la Constitución por el Consejo Constitucional, volviendo a votar la norma en cuestión por mayoría cualificada<sup>16</sup>. De ahí la importancia de volver a leer a... Montesquieu que hacía depender la libertad política de un

15 Conseil constitutionnel, n°2023-849 DC, 14 de abril de 2023.

16 En este sentido, véase, por ejemplo, Schoetl (2020).

adecuado equilibrio entre la *faculté de statuer et la faculté d'empêcher*<sup>17</sup>. No impedir gobernar, sino el abuso en la función de gobernar, lo que hoy para el juez constitucional implica la posibilidad de impedir gobernar más allá de o incluso contra el marco de derechos y libertades establecido por la Constitución. De ahí la importancia de releer... la Declaración de 1789 que señala que la proclamación de los derechos y las libertades tiene por finalidad la de permitir que los ciudadanos “confronten” la acción de los poderes ejecutivo y legislativo con los derechos proclamados, y “exijan” de dichos poderes su respeto.

## 2. Abordar la concurrencia de jurisdicciones

El Consejo Constitucional no tiene el monopolio de la interpretación y garantía de la Constitución. De hecho, los tribunales del orden judicial y administrativo ejercen de forma permanente y constante funciones constitucionales, y la reforma de la QPC les ha transformado en jueces constitucionales desacomplejados hasta el punto de que estos jueces ordinarios se han convertido en jueces con competencia en asuntos constitucionales. Esta última expresión se ha consolidado en la doctrina y refleja que los asuntos constitucionales se han incorporado plenamente a su tarea y que los límites de sus funciones constitucionales son los de su cargo. Aunque la doctrina mayoritaria ha defendido durante mucho tiempo la configuración del Consejo Constitucional como juez “natural” de la Constitución, es posible que como consecuencia de la incorporación de la cuestión prioritaria de constitucionalidad esté a punto de producirse un cambio radical de perspectiva en favor de los tribunales del orden judicial y administrativo. Por no citar más que un ejemplo: en su papel de filtro de las QPC, el Tribunal de Casación y el Consejo de Estado deben valorar el carácter “grave” del asunto, lo que les lleva a analizar la conformidad de la ley con la Constitución. En el seno de la doctrina, algunos autores consideran que el Tribunal de Casación ha cambiado hasta tal punto su cultura constitucional que estaría tentado de realizar por sí mismo un control de constitucionalidad sobre las leyes.

Asimismo, el Consejo Constitucional no tiene el monopolio del control de constitucionalidad de la ley: el Tribunal de Casación y el Consejo de Estado realizan un control de convencionalidad de las leyes sobre la base de los tratados internacionales y europeos. Así es, en Francia, el Consejo Constitucional se inspira en la jurisprudencia europea del TEDH y del TJUE, pero se considera incompetente para controlar la ley a la luz de las normas internacionales y europeas<sup>18</sup>. De este modo, un demandante puede aprovechar la concurrencia de jurisdicciones

17 NT: se ha querido mantener en el texto la expresión original utilizada por Montesquieu y recogida por el autor.

18 Conseil constitutionnel, n°74-54 DC, 15 de enero de 1975.

para solicitar el control de la constitucionalidad de la ley primero respecto de la Constitución y después respecto de los tratados. Sin embargo, la QPC obliga únicamente al juez que conoce del asunto a conocer de la QPC en primer lugar: se trata de una prioridad cronológica. No hay una relación de jerarquía normativa entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad de la ley, así lo estableció claramente el Consejo Constitucional en su sentencia de 12 de mayo de 2010: “la autoridad que confiere a las decisiones del Consejo Constitucional el art. 62 de la Constitución no limita la competencia de las jurisdicciones administrativa y judicial para hacer prevalecer sus compromisos sobre una disposición legal incompatible con los mismos, incluso aunque esta última haya sido declarada conforme a la Constitución”<sup>19</sup>. Así pues, el Consejo Constitucional debe afrontar la concurrencia de jurisdicciones, y desde la reforma de la QPC ha adaptado su control siendo más concreto que antes.

La última cuestión que debe abordar el Consejo Constitucional en este ámbito es su relación con los dos tribunales europeos. Como en el resto de Estados europeos, esta cuestión constituye un reto importante para lograr que el diálogo no se convierta en conflicto. Al respecto, el Consejo Constitucional se muestra prudente: jamás cita las sentencias del TEDH aunque se inspire en ellas; puede solicitar un dictamen al Tribunal de Estrasburgo y sin embargo hasta el momento no lo ha hecho nunca; en 2013 planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo<sup>20</sup>, pero no ha vuelto a hacerlo. Sin embargo, en general, el Consejo Constitucional vela por la correcta aplicación del Derecho europeo y se muestra menos agresivo que, por ejemplo, el Tribunal alemán<sup>21</sup>.

### 3. El desafío terrorista y sanitario a los derechos y libertades

Desde 2015 con los atentados contra Charlie Hebdo y después Bataclan, Francia sufre regularmente atentados terroristas y ha tenido que adaptar su legislación para prevenir este riesgo. En consecuencia, el Derecho penal y el procedimiento penal han evolucionado considerablemente como resultado de este clima de crisis vinculado al terrorismo. Después, en 2020, al igual que el resto del mundo, Francia adaptó su legislación a la crisis sanitaria ligada al Covid-19. En cada una de estas etapas, el Consejo Constitucional ha debido garantizar el difícil equilibrio entre los imperativos del momento, que exigen una acción pública eficaz, y el respeto de la Constitución y la garantía de los derechos y libertades.

En ocasiones, el Consejo Constitucional se ha visto condicionado por las circunstancias como en la sentencia de 26 de marzo de 2020<sup>22</sup> que causó polémica.

19 Conseil constitutionnel, n°2010-605 DC, 12 de mayo de 2010.

20 Conseil constitutionnel, n°2013-314P, 4 de abril de 2013.

21 BVerfG, 5 de mayo de 2020, 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16.

22 Conseil constitutionnel, n°2020-799 DC, 26 de marzo de 2020.

El art. 46 de la Constitución establece un plazo de 15 días entre la presentación de un proyecto o proposición de ley orgánica y su deliberación en la primera de las Cámaras que la haya recibido<sup>23</sup>. Sin embargo, el Consejo Constitucional constató cómo el 18 de marzo de 2020 fue sometido al Senado un proyecto de ley orgánica por el procedimiento de urgencia para hacer frente a la epidemia del Covid-19, teniendo lugar su deliberación al día siguiente, el 19 de marzo. Aun así, el Consejo Constitucional decidió que “teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, no hay ninguna razón para considerar que esta ley orgánica (...) examinada en primera lectura por el Senado, haya sido aprobada en contra de las reglas procesales del artículo 46 de la Constitución”. Esta sentencia envía la señal de que, por encima de la Constitución hay “circunstancias particulares”, que las “circunstancias particulares” pueden justificar una solución alternativa a la prevista en la Constitución.

En otros casos, sin embargo, el Consejo Constitucional ha sancionado violaciones puntuales de derechos y libertades, al tiempo que consideraba conforme a la Constitución lo esencial de una reforma. Por ejemplo, en su decisión de 9 de noviembre de 2021<sup>24</sup> declaró inconstitucional una disposición que permitiría a los directores de establecimientos de enseñanza acceder a información médica de los alumnos. De igual modo, en su decisión de 11 de junio de 2021<sup>25</sup> declaró inconstitucional, por vulneración del derecho a la intimidad, la posibilidad de que un empleador público pudiera consultar los datos médicos de un funcionario en caso de enfermedad profesional o accidente de trabajo. En materia de seguridad pública, la decisión de 20 de mayo de 2021<sup>26</sup> declara conforme a la Constitución lo esencial de la llamada “Ley de seguridad global” y sin embargo rechaza el uso excesivamente extenso de drones para vigilar las concentraciones de personas y buscar a los autores de infracciones, alegando que dicha vigilancia no estaba sometida a límite alguno, ni temporal ni espacial, por lo que suponía una restricción desproporcionada del derecho a la vida privada.

En los tiempos revueltos y crisis sucesivas que sacuden Francia desde hace casi diez años, el Consejo Constitucional se muestra básicamente conciliador con las exigencias del interés general, al tiempo que vigilante cuando el legislador se excede. Sin embargo, todas las reformas realizadas han llevado a reducir en general el nivel de efectividad de los derechos y libertades en favor de la acción del Estado: esta deriva ha dado lugar a opiniones muy distintas en Francia, entre quienes consideran que el Consejo Constitucional debería rechazar más este tipo de reformas y quienes consideran, por el contrario, que las mismas resultan indispensables y que haría falta, incluso, ir más lejos. El reto para el Consejo es, pues,

23 Este plazo es de quince días si se trata de un procedimiento acelerado (como era el caso) y de seis semanas si es el procedimiento legislativo normal.

24 Conseil constitutionnel, n° 2021-828 DC, 9 de noviembre de 2021.

25 Conseil constitutionnel, n° 2021-917 QPC, 11 de junio de 2021.

26 Conseil constitutionnel, n°2021-817 DC, 20 mayo de 2021.

mantenerse firme en los principios fundamentales y no dejarse llevar por el peso de las circunstancias.

#### 4. Participar en la protección del medio ambiente

La Carta del Medio Ambiente se incorporó a la Constitución francesa el 1º de marzo de 2005. Durante quince años su aplicación fue discreta, prudente. En 2020 se produjo un cambio de rumbo a la luz de una nueva política jurisprudencial medioambiental del Consejo Constitucional. Las causas no deben nada al azar y se derivan de una sutil mezcla de incentivos y limitaciones, tanto endógenos como exógenos. El contexto pesa, obviamente, mucho, dados los claros signos de concienciación pública y la importancia adquirida por las cuestiones medioambientales en el debate político. Es más, los estímulos jurisdiccionales procedentes de otros tribunales nacionales y extranjeros animan y legitiman el enfoque medioambientalista del Consejo Constitucional. Además de estos factores, es más que probable que las convicciones expresadas por el Presidente del Consejo Fabius<sup>27</sup>, ministro de Asuntos Exteriores en el momento de la conclusión del Acuerdo de París de 2016, hayan favorecido la dinámica medioambiental de la institución.

El resultado no es revolucionario y aún es posible, evidentemente, avanzar más, pero conviene tener en cuenta que el derecho al medio ambiente es el ámbito en el que el dinamismo de la jurisprudencia se ha hecho más evidente en los últimos años.

Gracias a una buena política de comunicación, el Consejo Constitucional ha destacado la aportación de la sentencia de 31 de enero de 2020<sup>28</sup>, recogida por los medios de comunicación, según la cual del Preámbulo de la Carta del Medio Ambiente se desprende “que la protección del medio ambiente, patrimonio común de la humanidad, constituye un objetivo de valor constitucional”. En consecuencia, los límites impuestos a la libertad de empresa, por ejemplo, en nombre de la protección medioambiental son más fácilmente justificables por este objetivo de valor constitucional. En la misma sentencia el Consejo consagra la interdependencia territorial de las cuestiones medioambientales al tener en cuenta los efectos de las medidas previstas por la ley sobre el conjunto del planeta, y no sólo sobre territorio francés.

Más adelante, la sentencia de 12 de agosto de 2022<sup>29</sup> señala “que la preservación del medio ambiente debe de ser perseguida del mismo modo que los

27 Entre los numerosos ejemplos, cf. L. Fabius, Entrevista en France 2, 3 de octubre de 2022: “Debemos actuar de forma más firme y más rápida. (...). Debemos en todas partes respaldar la transición ecológica hacia una transición justa de justicia social”; France culture, 20 de noviembre de 2022, sobre el “resultado modesto” de la COP27.

28 Conseil constitutionnel, n° 2019-823 QPC, 31 de enero de 2020.

29 Conseil constitutionnel, n° 2022-843 DC, 12 de agosto de 2022.



demás intereses fundamentales de la Nación” y “que las opciones elegidas para satisfacer las necesidades del presente no deben comprometer la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades”. Por un lado, la preservación del medio ambiente ya forma parte de los intereses fundamentales de la Nación, del mismo modo que, por ejemplo, la independencia nacional, la integración territorial, la seguridad interior, la inteligencia o los elementos esenciales de la capacidad económica. Por otro, y aún más importante, la protección del medio ambiente se contempla desde una perspectiva universal, con vistas al futuro, dado el carácter a veces irreversible de los daños medioambientales.

Hace poco, la sentencia de 27 de octubre de 2023<sup>30</sup> sobre almacenamiento geológico profundo de residuos radioactivos, ha considerado, sobre la base del art. 1º de la Carta del Medio Ambiente y a la luz del séptimo párrafo de su Preámbulo, que “en la medida en que adopte medidas susceptibles de causar un daño grave y duradero a un medio ambiente equilibrado y respetuoso de la salud, el legislador debe velar por que las opciones elegidas para satisfacer necesidades del presente no comprometan la capacidad de las generaciones futuras y de los demás pueblos de satisfacer sus propias necesidades preservando al mismo tiempo su libertad de elección a este respecto”.

Paso a paso el Consejo Constitucional refuerza el alcance de la Carta del Medio Ambiente e impone una visión universal de la protección medioambiental, tanto espacialmente al tener en cuenta el efecto extraterritorial de las leyes francesas, como temporalmente al considerar la obligación positiva del legislador de velar por los derechos de las generaciones futuras. La jurisprudencia medioambiental del Consejo Constitucional, interesante desde el punto de vista de la titularidad de los derechos y libertades e importante desde el punto de vista de los desafíos medioambientales, parece evolucionar favorablemente y podría inspirarse en los tribunales europeos para ir aún más lejos. Resulta necesario a la luz del inmenso reto que plantea el calentamiento global y la preservación del medio ambiente y de la biodiversidad.

### III. ANTICIPARSE A LOS RETOS FUTUROS

¿Cuáles serán los retos más importantes que afrontará el Consejo Constitucional en los próximos años? Tres cuestiones parecen inevitables: hacer, al fin, eficaces los derechos sociales (1), regular el progreso científico habida cuenta de los riesgos para los derechos y libertades y para la humanidad (2) y afrontar las nuevas reivindicaciones relacionadas con la evolución social y empresarial (3).

<sup>30</sup> Conseil constitutionnel, n° 2023-1066 QPC, 27 de octubre de 2023.

## 1. Los problemas sociales

Los derechos sociales figuran en el catálogo de derechos y libertades constitucionales. El Preámbulo de la Constitución de 1946 y la interpretación del Consejo Constitucional han recogido, por ejemplo, el derecho de huelga, el derecho a la salud, la libertad de enseñanza, la libertad sindical, el principio de participación y el derecho a una vivienda digna. Desde 2018<sup>31</sup>, el principio de fraternidad está igualmente recogido, y en 2019 se hizo lo mismo con el “interés superior del menor”<sup>32</sup>. También se consagran el principio de igualdad, así como el de igualdad entre hombres y mujeres.

Sin embargo, desde la perspectiva de la eficacia de los derechos sociales el balance es alarmante: el Consejo Constitucional ejerce un control reducido de los mismos, los ciudadanos rara vez invocan la violación de tales derechos, por no mencionar los obstáculos materiales que dificultan el acceso a la justicia de las personas vulnerables<sup>33</sup>.

Paradójicamente la mayor efectividad de los derechos sociales constitucionales se consigue, en última instancia, gracias a la abstención de los jueces, gracias a las decisiones de no reenvío de QPC o las decisiones de conformidad del Consejo Constitucional cuando un ciudadano impugna una disposición normativa de inspiración social sobre la base de la libertad de empresa o del derecho de propiedad, por ejemplo. Las opciones legislativas de alcance social son, de este modo, protegidas con carácter general y, de manera indirecta, se asegura la protección de los derechos sociales constitucionales. Surge así, por defecto, la figura del Consejo Constitucional como “juez social negativo”. Podemos poner de ejemplo la sentencia QPC de 29 de mayo de 2015<sup>34</sup> sobre la prohibición de interrumpir la distribución de agua en la vivienda habitual como respuesta al impago de facturas. Una empresa suministradora de agua impugnó esta prohibición en nombre de la libertad de empresa y de la libertad contractual. El Consejo Constitucional realiza un control limitado y no cuestiona la opción del legislador, pero aprovecha la ocasión para incorporar, en un movimiento sin precedentes, la garantía de acceso al agua dentro del objetivo de valor constitucional de disponer de una vivienda digna.

Comprender la política jurisprudencial en materia de derechos sociales requiere entender la actitud general de no intervención de los jueces frente a las opciones económicas. Por una suerte de indiferencia pasiva, los jueces en Francia y en particular el Consejo Constitucional, tienden a ofrecer al legislador una especie de “*laisser-passer* jurídico”, sea cual sea la orientación de las opciones realizadas

31 Conseil constitutionnel, n°2018-717/718 QPC, 6 de julio de 2018.

32 Conseil constitutionnel, n°2018-768 QPC, 21 de marzo de 2019. NT: en el original en francés “*l'intérêt supérieur de l'enfant*”; en el texto se ha optado por el equivalente en Derecho español.

33 Roman (2010: 480).

34 Conseil constitutionnel, n° 2015-470 QPC, 29 de mayo de 2015

por el legislador. No se trata, por supuesto, de neutralidad sino de una forma de *self-restraint*, de aparente indiferencia ante las inspiraciones económicas del legislador, aunque haya excepciones puntuales. Esta postura se manifiesta con intensidad en el marco del control abstracto que ejerce el Consejo Constitucional cuando se trata de apreciar de forma directa la constitucionalidad de la ley.

Pero esta postura no es ni una obligación ni una fatalidad, sobre todo a la luz de las lecciones aprendidas del Derecho comparado. Se trata de una elección. Una elección cómoda para evitar acusaciones de “gobierno de los jueces”, pero una elección cuestionable por reducir el nivel de garantía de los derechos sociales constitucionales.

En el futuro, sin embargo, la sucesión de crisis económicas y medioambientales tendrá inevitablemente consecuencias sociales que el Consejo Constitucional no podrá seguir ignorando. Es cierto que corresponde a los poderes públicos el diseño de políticas públicas en la materia, y que el Consejo Constitucional no es la solución a todos los problemas sociales. Pero cuando tenga ocasión, por ejemplo, al analizar las leyes presupuestarias o las reformas sobre el poder adquisitivo, el Consejo Constitucional podría animar o incluso obligar al legislador a tener más en cuenta la justicia social. De lo contrario, el clima social podría volverse particularmente revuelto y los resultados de las próximas elecciones generales podrían situar a Francia en el bando de las democracias iliberales, o incluso peor...

## 2. Los riesgos del progreso científico

El progreso científico es una enorme oportunidad para la humanidad y para el medio ambiente, permite salvar vidas y preservar la vida, es un motor para el crecimiento económico y un signo de vitalidad social. Pero, al mismo tiempo, el progreso científico crea nuevos riesgos para la garantía de los derechos y las libertades. La cuestión de las consecuencias de los avances de la tecnología digital e Internet se sitúa entre las prioridades políticas y ha dado lugar ya a varias sentencias del Consejo Constitucional, en particular sobre las “fake news”<sup>35</sup>. Al tratar de imaginar futuros conflictos constitucionales, es posible ofrecer algunas pistas.

Por ejemplo, el uso de algoritmos para gestionar la sociedad, el comercio, la administración o la seguridad, plantea serias dudas. Ya en una sentencia de 12 de junio de 2018<sup>36</sup> el Consejo Constitucional consideró que “no pueden utilizarse, como base exclusiva de una decisión administrativa individual, algoritmos con capacidad para revisar por sí mismos las normas que aplican, sin el control y la validación del responsable del tratamiento”. El responsable del tratamiento debe, por tanto, controlar y validar los avances del algoritmo de “autoaprendizaje”. Pero

<sup>35</sup> Conseil constitutionnel, n°2018-773 DC, 20 de diciembre de 2018.

<sup>36</sup> Conseil constitutionnel, n° 2018-765 DC, 12 de junio de 2018.

las garantías siguen siendo escasas y el Consejo podría ir más lejos elaborando un principio constitucional específico.

Las sentencias más recientes pueden marcar un punto de inflexión en la forma de tener en cuenta los nuevos riesgos tecnológicos para las libertades. Un punto de inflexión prudente, como suele ocurrir con el Consejo Constitucional, pero la hipótesis responde a una expectativa de la doctrina<sup>37</sup> y merece ser abordada desde que el Consejo parece haber tomado conciencia de los riesgos evidentes de abuso en el uso de drones, algoritmos y genética. Ya en su sentencia de 20 de enero de 2022<sup>38</sup> el Consejo señaló que “dada su movilidad y la altura a la que pueden moverse” los drones son susceptibles de captar “en cualquier lugar y sin que su presencia pueda ser detectada, la imagen de un importante número de personas y de seguir sus movimientos en un extenso perímetro”. Por ello, “la utilización de tales sistemas de vigilancia debe rodearse de garantías especiales para proteger el derecho a la vida privada”, lo que justifica la utilización en tres ocasiones de la técnica de la “reserva de interpretación” y la anulación de una disposición que permitía al prefecto acudir a este medio de vigilancia con carácter de urgencia y sin un marco regulatorio preciso.

Además, y pese a haber salvado en su mayor parte la constitucionalidad de la ley relativa a los juegos olímpicos y paraolímpicos de 2024, la sentencia de 17 de mayo de 2023<sup>39</sup> presenta aspectos novedosos.

Por un lado, el Consejo afirma que el derecho al respeto de la vida privada “exige una particular vigilancia sobre el análisis y el tratamiento de los datos genéticos de una persona”.

Por el otro, en respuesta a la impugnación de una disposición que preveía el tratamiento algorítmico de imágenes recogidas mediante un sistema de videovigilancia o de cámaras instaladas sobre drones, el Consejo acepta el principio al tiempo que reconoce que “la utilización de tales sistemas de vigilancia debe ir acompañada de garantías específicas para salvaguardar el derecho a la vida privada”. Ello le lleva a salvar la constitucionalidad del dispositivo a condición de interpretar la duración de la autorización y las garantías previstas a la luz de lo señalado en el fallo. La concienciación está, pues, presente pero las garantías de los derechos y libertades son débiles. El Consejo Constitucional se muestra, de momento, particularmente prudente, dado que el uso de la genética y de la videovigilancia algorítmica tenderá a acelerarse por voluntad del poder político.

Otros retos ligados al progreso científico, el transhumanismo, la expansión de la inteligencia artificial, los avatares en el mundo digital y el uso de la neurociencia en el marketing son nuevas formas de acción privada y pública que deben regularse constitucionalmente.

37 Véase Fassi Fihri (2022).

38 Conseil constitutionnel, n° 2021-834 DC, 20 enero de 2022.

39 Conseil constitutionnel, n° 2023-850 DC, 17 de mayo de 2023.

### 3. Reivindicaciones previsibles

A medida que la sociedad evoluciona, surgen nuevas reivindicaciones políticas y jurídicas. Es la señal del normal funcionamiento de una democracia liberal. El reto consiste en crear procedimientos legítimos que permitan expresar estas demandas y que las instituciones decidan si éstas son lo suficientemente legítimas y aceptables para poder ser atendidas. Por eso, en el futuro aparecerán inevitablemente nuevas reivindicaciones ante el Consejo Constitucional.

Entre los muchos temas imaginables, es probable que se plantee la cuestión de la protección constitucional de los animales. No cabe duda de que la atención de las ciencias sociales sobre los animales ha cambiado. Han pasado de ser objetos pasivos del Derecho a objetos a proteger y, en ciertos sistemas, a ser incluso auténticos sujetos de Derecho. Denominados “seres sensibles” por el Código civil francés, protegidos por una serie de reformas, erigidos en garantes de la biodiversidad y necesarios para la protección del medioambiente, los animales estarán, sin ninguna duda, entre las cuestiones que se plantearán en el futuro ante el Consejo Constitucional.

Del mismo modo, es posible que una parte de la sociedad francesa reivindique el reconocimiento de personalidad jurídica a elementos de la naturaleza como un río o una montaña. Se sabe que dicha personalidad está reconocida en ciertos Estados, como en América Latina, y el debate en Francia ha comenzado sin que el Consejo Constitucional se haya ocupado todavía de la cuestión.

Por último, es posible que el derecho constitucional de los robots sea próximamente debatido por el Consejo Constitucional. La automatización de los procesos de producción, los avances de la inteligencia artificial, los proyectos de coches sin conductor o de drones de reparto, la perspectiva de que los robots se utilicen en medicina, para mantener la seguridad o lanzar operaciones militares, etc... Todos estos usos requerirán que el Consejo intervenga llegado el momento, ante las cuestiones prácticas, éticas y jurídicas que plantean estos nuevos retos y las nuevas exigencias a las que darán lugar.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Badinter R. (1995). Une si longue défiance, *Pouvoirs*, n°74.
- Barque F., Nicot S. —Dir— (2020). *Vers l'instauration d'une procédure d'exécution des décisions du Conseil constitutionnel?*, IFJD.
- Bernoux P. (2009). *Sociologie des organisations*, Seuil.
- Benzina S. —Dir— (2021). *Le Conseil constitutionnel est-il le gardien des libertés ?*, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers.
- Bonnet J. (2020). Comment décident les acteurs juridiques? Pour une analyse interdisciplinaire du processus décisionnel, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Dominique Rousseau, Constitution, justice, démocratie*, LGDJ.

- Crozier M., Friedberg E. (1977). *L'acteur et le système. Les contraintes de l'action collective*, Seuil, Essai.
- Drago, G. (2020). *Contentieux constitutionnel français*, PUF, Thémis, 5<sup>e</sup> éd.
- Esplugas-Labatut P. (2020). *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd.
- García Villegas M. (2015). *Les pouvoirs du droit. Analyse comparée d'études sociopolitiques du droit*, LGDJ.
- Roman, D. —Dir— (2010). *Droits des pauvres, pauvres droits? Recherche sur la justiciabilité des droits sociaux*, Rapport de recherche.
- Rousseau D., Gahdoun P.Y., Bonnet J. (2023). *Droit du contentieux constitutionnel*, Lextenso, Domat public, 13<sup>e</sup> éd.
- Tusseau, G. (2021). *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, LGDJ.

\*\*\*

TITLE: *The challenges of the Constitutional Council: French controversies about constitutional justice*

ABSTRACT: *Since the French Revolution, the French concept of the separation of powers has been dominated by mistrust of judges and confidence in the law. It was against this complex background that the Constitutional Council was created in 1958 and has developed over the last 65 years, culminating in the introduction of a constitutional review of enacted legislation. By virtue of this history, the organization, composition and perception of the Constitutional Council remain predominantly political, despite progress towards greater "judicialization". The challenge for the Constitutional Council is therefore to try to overcome these constraints of the past, in order to fully fulfil its role as a counterweight and guardian of rights and freedoms, for example in times of crisis or to resolve environmental issues. In the future, the Constitutional Council will inevitably be confronted with social emergencies and the question of the effectiveness of social rights, as well as the consequences of scientific progress and new demands concerning, for example, artificial intelligence, algorithms, animals or robots.*

RESUMEN: *Desde la Revolución Francesa, la concepción en Francia de la separación de poderes ha estado dominada por la desconfianza hacia los jueces y la confianza en la ley. En este contexto histórico complejo, en 1958 se creó el Consejo Constitucional y se ha ido desarrollando a lo largo de 65 años hasta la introducción de un control a posteriori de la constitucionalidad de la ley. Por todo ello, la organización, composición y percepción del Consejo Constitucional siguen siendo predominantemente políticas, a pesar de los avances hacia una mayor "judicialización". El reto para el Consejo Constitucional es, por tanto, intentar superar estas limitaciones del pasado, con el fin de cumplir plenamente su papel de contrapeso y de guardián de los derechos y libertades, por ejemplo, en momentos de crisis o para resolver cuestiones medioambientales. En el futuro, el Consejo Constitucional se tendrá que enfrentar inevitablemente a problemas sociales y a la cuestión de la efectividad de los derechos sociales, así como a las consecuencias del progreso científico y a nuevas reivindicaciones relativas, por ejemplo, a la inteligencia artificial, los algoritmos, los animales o los robots.*

KEY WORDS: *Conseil Constitutionnel, France, legitimacy, politics, history, jurisdictionalization, separation of powers, composition, rights and freedoms, environment, social rights, progress, future.*

PALABRAS CLAVE: *Consejo Constitucional, Francia, legitimidad, política, historia, "judicialización", separación de poderes, composición, derechos y libertades, medio ambiente, derechos sociales, progreso, futuro.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 15.11.2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 15.02.2024

CÓMO CITAR / CITATION: Bonnet, J. (2024). Los retos del Consejo Constitucional: controversias francesas sobre la justicia constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional* 54, 157-178.