

EL CONSEJO CONSTITUCIONAL Y EL PODER JUDICIAL EN FRANCIA Y EN EL MODELO EUROPEO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

Thierry S. Renoux

Profesor de la Universidad de Aix-Marseille III,
Facultad de Derecho de Aix-en-Provence

DE LA DIVERSIDAD DE LAS INSTITUCIONES A LA UNIDAD DEL DERECHO

Por su jurisprudencia, el Consejo Constitucional francés ha contribuido a unificar la noción de Poder Judicial en Francia¹.

Sin embargo, la doctrina sigue oponiendo con frecuencia la justicia constitucional con la justicia judicial. A diferencia de los jueces norteamericanos que practican la *judicial review*, o control difuso de la constitucionalidad de las leyes, el juez constitucional francés (el Consejo Constitucional) y los jueces ordinarios (magistrados de las jurisdicciones judiciales y miembros de las jurisdicciones administrativas) pertenecerían a mundos diferentes.

Esta disociación entre el Consejo Constitucional, juez de la ley, por una parte, y los tribunales ordinarios, jueces para la aplicación

de la ley, por la otra, sería la consecuencia lógica de la unión de la modalidad francesa del control jurisdiccional de las leyes con el "modelo europeo" de control de constitucionalidad, de tipo concentrado.

Esta elección del control concentrado se puede explicar a través de la ciencia política, específicamente por la voluntad del Ejecutivo de limitar los poderes del Parlamento mediante un control de constitucionalidad de las leyes, haciendo que los parlamentarios acepten esta limitación. Además, como hemos dicho en otra ocasión, junto con la distinción "modelo europeo" y "modelo americano" de control de constitucionalidad de las leyes, podríamos referirnos también a un "modelo del parlamentarismo racionalizado" (*rationalisierter Parlamentarismus*)² y a un "modelo presidencial" de control de constitucionalidad de las leyes, relacionando el tipo de control de constitucionalidad de las leyes con el régimen

¹ Aquí empleamos la expresión "Poder Judicial" en un sentido amplio para designar el poder de los jueces, ya sean miembros de las jurisdicciones judiciales (cuyo organismo superior es la Corte Suprema) o administrativos (cuyo organismo superior es el Consejo de Estado) y para expresar, en su propio ámbito de competencia, la soberanía nacional. En Francia, los jueces dictan sus decisiones "a nombre del pueblo francés", fórmula que el Comité para la reciente revisión de la Constitución, en su informe fechado 15 de febrero de 1993, ha propuesto inscribir directamente en el texto mismo de la Constitución. La ley constitucional Nº 93-952, fechada 27 de julio de 1993, que siguió a estos trabajos ha tenido un alcance menor y no ha abordado todas las interrogantes presentadas por el Comité para la revisión. En el estado actual de la revisión de la Constitución, solamente dos instituciones constitucionales han logrado modificar sus atribuciones y composiciones; por una parte, el Consejo Superior de la Magistratura (art. 65 de la Constitución), y por la otra, la Corte de

Justicia de la República, competente en materia de responsabilidad penal de los miembros del Gobierno (art. 68-1). Para mayor información sobre estos aspectos ver: Th. S. RENOUX, "Si le grain ne meurt...", Revista Francesa de Derecho Constitucional, Nº 14, 1993, pp. 271-290. *En relación con la reforma del Consejo Superior de la Magistratura*: Th. S. RENOUX, "Le Conseil supérieur de la magistrature", en "La Révision de la Constitution", Prefacio de L. Favoreu, Económica, 1993. *En relación con la Corte de Justicia de la República*: B. MATHIEU, Th. S. RENOUX, A. ROUX, "La Cour de justice de la République", Presses Universitaires de France (PUF), colección Que-sais-je? (por aparecer). *En relación con los lazos que unen a la justicia judicial con la justicia administrativa*: Th. S. RENOUX y A. ROUX, "L'Administration de la Justice en France", Presses Universitaires de France, PUF, Colección Que-sais-je? (en impresión).

² Según la expresión de B. Mirkine-Guetzevitch, "Les nouvelles tendances du droit constitutionnel", 1931.

político efectivamente practicado, y en especial con el tipo de separación de poderes configurado por la Constitución (separación absoluta o total, o separación relativa o parcial)³. Es por esto que el trasplante en un régimen parlamentario, de una jurisdicción constitucional "obtenida en préstamo" de un régimen presidencial (del tipo "Corte Suprema Norteamericana") no arroja muy buenos resultados; la práctica de las Cortes Superiores en Grecia o en Japón son un ejemplo vivo.

Asimismo, en Francia, país en el cual se ha deseado un parlamentarismo fuertemente racionalizado, si bien es cierto que el Consejo Constitucional fue creado precisamente para vigilar al Parlamento, no lo es menos que la institución fue concebida y presentada a los parlamentarios como un desmembramiento de su propia institución, que practica una especie de autocontrol. Dicho de otra manera, en 1958, dentro del espíritu de los parlamentarios que contribuirían a la adopción por el pueblo de una nueva Constitución, la idea de un control de constitucionalidad de las leyes era admitida solamente en la medida en que el Consejo Constitucional no fuera una jurisdicción, debiendo permanecer como una especie de apéndice del Parlamento. El hecho de que seis de los nueve miembros que integran el Consejo Constitucional sean designados por los presidentes de las Asambleas Parlamentarias (tres miembros son nombrados por el Presidente de la República) debía tranquilizar a la clase política en relación con este sentimiento.

Pero progresivamente, en particular a partir de 1970, después de la desaparición del General De Gaulle, el Consejo Constitucional francés, a pesar del origen de su composición, se ha emancipado, afirmando que constituye una jurisdicción. Este fenómeno es clásico en la creación de las Jurisdicciones Superiores en Francia. En un comienzo, éstas siempre están colocadas bajo el control, real o supuesto, de un poder público ya existente; la Corte de Casación (jurisdicción judicial suprema en Francia) fue concebida, después de la Revolución Francesa de 1789, como un apéndice del órgano legislativo (al cual debía remitir cualquier duda de interpretación de la ley) y el Consejo de Estado (jurisdicción administrativa suprema) como un apéndice del Poder Ejecutivo, cuando fue instituido por la Constitución francesa del 13 de diciembre de 1799. En cada caso, la aseveración de la autonomía se efectúa mediante la jurisprudencia; así como, por

su jurisprudencia, la Corte de Casación rompió los lazos que la unían con el Poder Legislativo, y también el Consejo de Estado ha conquistado su independencia en relación con el Poder Ejecutivo, el Consejo Constitucional se apartó de su origen parlamentario, participando así de lo que el profesor Mauro Cappelletti ha bautizado como la *Judicial review revolution*. Esta emancipación de las jurisdicciones constitucionales a escala mundial, es la consecuencia tanto de la decadencia de las instituciones de legitimación tradicionales (y especialmente del rol de los Parlamentos dentro de las democracias modernas) como de la reivindicación por parte de los ciudadanos de una protección mayor asegurada por el Estado de Derecho. Puesto que, si el juez constitucional somete el Estado al Derecho, se sitúa a sí mismo como juez ordinario, dentro del Estado, e incluso en la concepción norteamericana, en el corazón mismo del Estado.

Se presenta así en forma inevitable la interrogante de saber si la Corte Constitucional forma o no parte de este poder judicial reforzado. Existen dos formas de responder a esta pregunta: la solución es en efecto diferente, dependiendo si nos referimos a un criterio orgánico o bien a un criterio material para definir el poder de los jueces.

1. ¿PERTENECE EL JUEZ CONSTITUCIONAL EUROPEO AL PODER JUDICIAL?

En relación con este punto, la doctrina en Europa continental parece unánime: en el modelo concentrado de control constitucional de las leyes de tipo europeo, el Tribunal Constitucional se sitúa fuera de los tres poderes constituidos tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) e incluso por encima de ellos. Esta es la respuesta dada por la doctrina italiana⁴, española⁵, belga⁶ y francesa⁷, que parte

⁴ V. CRISAFULLI, "Le système de contrôle de constitutionnalité des lois en Italie", *Revista de Derecho Público (RDP)*, 1968, pp. 83-132.

⁵ P. Andrés IBÁÑEZ y C. MOVILLA ALVAREZ, "El Poder Judicial", Madrid, 1986, L. DIEZ-PICAZO, "Régimen Constitucional del Poder Judicial", Madrid, 1991.

⁶ F. DELPÉRÉE y A. RASSON-ROLAND, "En Route pour la cour d'Arbitrage", Bruselas, A.T.P., 1982, pp. 226-243. F. DELPÉRÉE, "Cour Suprême, Cour d'Arbitrage ou Cour Constitutionnelle?", Bruselas, Cuadernos de Derecho, 1985, N° 1, pp. 205 a 216.

⁷ L. FAVOREU, "Les Cours Constitutionnelles", Presses Universitaires de France

³ Th. S. RENOUX, "L'apport du Conseil constitutionnel à l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France", *Dalloz*, 1991, cron. pp. 169-174.

de la idea según la cual, para poder controlar la actividad de un órgano (como el Parlamento o el Gobierno), es indispensable que el que controla se encuentre en un nivel superior al del órgano controlado ("superpartes") para retomar la expresión de Vezio Crisafulli).

Esta concepción de un tribunal constitucional aparte (e incluso por encima) de los tres poderes constitucionales clásicos, encuentra un sólido punto de apoyo tanto en la jurisprudencia constitucional como en la redacción misma de las Constituciones europeas. De esta forma, sólo por citar unos pocos ejemplos, la Constitución del Reino de España, de 27 de diciembre de 1978, conlleva un título VI, "Del Poder Judicial" y, sin embargo, un título IX exclusivamente consagrado al "Tribunal Constitucional"⁸; la Constitución del Reino de Bélgica, de fecha 7 de febrero de 1831, modificada mediante las revisiones de fechas 29 de julio de 1980 y 15 de julio de 1988, se refiere en su capítulo III al "Poder Judicial", instituyendo en su capítulo III bis una "Corte de Arbitraje" para la prevención y resolución de conflictos; la Constitución de la República de Portugal, de 2 de abril de 1976, modificada en 1982 y 1989, designa bajo su título V "Los Tribunales", pero consagra su título VII al "Tribunal Constitucional".

Por último, si tomamos en consideración la Constitución de Chile o la Constitución de Francia, llegamos a la misma comprobación.

La Constitución actual de la República de Chile tiene un Capítulo VI, titulado "Poder Judicial" (arts. 73 a 80), pero además tiene un Capítulo VII, relativo al "Tribunal Constitucional" (arts. 81 y siguientes)⁹.

(PUF), Colección Que-sais-je?, segunda edición, 1992, Nº 2293.

⁸ Según la "Ley Orgánica del Tribunal Constitucional", el Tribunal Constitucional español "como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los otros organismos constitucionales y está solamente sujeto a la Constitución y a la presente ley orgánica".

⁹ No mencionaremos, dentro del marco limitado del presente trabajo, la cuestión de la institución de un "Consejo Nacional de la Justicia", introducido por un Proyecto de reforma a la Constitución, en un artículo VI bis de la Constitución de la República de Chile. Se han presentado dificultades similares en Chile y en Francia, en cuanto a la introducción de dicha institución en el marco constitucional ya existente. Al respecto, nos remitiremos a la notable síntesis realizada por el profesor José Luis Cea Egaña, especialmente en "Reforma Constitucional al Poder Judicial", Revista Chilena

La Constitución francesa, por su parte, consagra un título VIII a "La Autoridad Judicial", pero reserva específicamente un título VII al "Consejo Constitucional".

Sin embargo, ¿es definitivo este punto de vista "separatista"? Hay tres razones que al parecer nos deberían llevar a moderar su alcance, confirmando de esta forma la decadencia del criterio orgánico en el derecho público.

a) *La concepción que opone el Tribunal Constitucional a las jurisdicciones ordinarias no es universal*

Naturalmente, esta concepción de la justicia constitucional está limitada por la institución del control difuso de la constitucionalidad. Contrariamente a una idea muy extendida, este tipo de control no es exclusivamente norteamericano. Es así como en Europa el caso de Grecia constituye una excepción, puesto que según el artículo 93 párrafo 4 de la Constitución de la República de Grecia, "Los tribunales no pueden aplicar una ley cuyo contenido sea contrario a la Constitución" y el artículo 100 de esta misma Constitución, que instituye una Corte Especial Superior, con competencia exclusiva para regular los conflictos entre el Consejo de Estado, la Corte Suprema o el Tribunal de Cuentas, que fallan en materia constitucional, coloca en forma explícita esta jurisdicción superior dentro de la organización judicial general.

Además de esto, incluso en los países que practican el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, el Tribunal Constitucional no se sitúa necesariamente fuera del Poder Judicial. Podemos citar al respecto, como ejemplo típico, la República Federal de Alemania, cuya Constitución, de 23 de mayo de 1949, no solamente establece que "La soberanía emana del pueblo. Es ejercida por el pueblo mediante las elecciones y los plebiscitos y por los órganos especiales investidos de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial"¹⁰, sino también que "el Poder Judicial es confiado a los jueces; es ejercido por el Tribu-

de Derecho, Vol. 18, Nº 3, pp. 375-383 (1991). En relación con la situación en Francia y al Proyecto de Reforma del Consejo Superior de la Magistratura Francesa, ver nuestro estudio "Le Conseil Supérieur de la Magistrature", en "La Révision de la Constitution", Asociación Francesa de los Constitucionalistas, Ed. Económica, 1993, pp. 209-223.

¹⁰ Artículo 20 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.

nal Constitucional Federal, por los tribunales previstos por la presente Ley Fundamental y por los Tribunales de los Länders"¹¹. Además, en el título IX, "El Poder Judicial", figuran las disposiciones de los artículos 93 y 94 de la Constitución alemana referentes a la competencia y a la organización del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Bundesverfassungsgerichtshof).

b) *La tesis "separatista" es simplemente descriptiva pero no explicativa*

En este sentido, si la Corte Constitucional no puede ser situada dentro de uno de estos tres Poderes, Ejecutivo, Legislativo y "Jurisdiccional", ¿dónde encuentra sitio?

Por una parte, la Corte Constitucional no puede ser situada fuera de los poderes públicos constituidos, ni tampoco por sobre la Constitución, puesto que ella ha sido instituida por la Constitución. Además, no existe en la función de juzgar ejercida por el tribunal constitucional y en la función de juzgar realizada por el tribunal judicial o administrativo una diferencia de naturaleza, sino una simple diferencia de grado. Juzgar en el ámbito político no es juzgar políticamente; es juzgar siguiendo el método jurídico de resolución de los conflictos de normas.¹²

Por otra parte, no es necesario situarse por sobre un poder constituido para asegurar el control de su actividad: bajo el régimen parlamentario, cuando el Poder Legislativo le retira su confianza al Gobierno, y provoca su caída, no se encuentra "por sobre" este último, sino que se limita a ejercer su función de control; al mismo tiempo, cuando el Presidente de la República o el Gobierno disuelve la Asamblea Legislativa, no se encuentra jurídicamente "por sobre" esta última, sino que ejerce su función de regulación propia al régimen parlamentario. Asimismo, cuando el Tribunal Constitucional invalida una ley, no se sitúa "por sobre" el Poder Legislativo, sino que ejerce su función de juez, comparando dos normas de niveles jerárquicos diferentes, la Constitución y la ley, y resolviendo un conflicto de normas jurídicas para su aplicación.

¹¹ Artículo 92, bajo el título IX, titulado "Le pouvoir judiciaire". En este caso se trata de la traducción oficial de la Constitución, emitida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Federal de Alemania.

¹² E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional", Madrid, Civitas, 1981.

c) *La unidad orgánica no ha sido nunca el único criterio para la existencia de un poder constitucional*

Si se designa mediante la expresión "poder", la expresión de un poder soberano protegido por la Constitución en el ejercicio de una función, el criterio orgánico queda sin efecto. De este modo, el criterio orgánico ya no basta para definir a los otros poderes constitucionales. El Poder Ejecutivo mismo puede ser fraccionado entre las prerrogativas del Presidente de la República, las del Primer Ministro y a veces del Gobierno mismo, y las de las autoridades administrativas independientes¹³.

El Poder Legislativo puede ser en sí repartido entre varias asambleas y puede ser ejercido temporalmente por el Gobierno con autorización del Parlamento (ordenanzas del artículo 38 de la Constitución de Francia; técnica de la "delegación recepticia" que permite la dictación de "decretos legislativos", ver en este sentido el artículo 82 de la Constitución de España; los decretos legislativos de los artículos 76 y 77 de la Constitución de Italia...).

En efecto, la mayor parte de los autores confunden poder (expresión de una decisión soberana organizada por la Constitución), órganos (conjunto institucional jerarquizado) y función (ámbito y objetivo asignados, a menudo no en forma exclusivas a una categoría de instituciones constitucionales).

¹³ "Federal Boards" en los Estados Unidos. Estas autoridades administrativas independientes podrían estar ligadas al Poder Judicial desde el momento en que ellas pueden imponer sanciones. Sin embargo, a propósito de las "jurisdicciones híbridas", bajo el título "Entrusting Federal Judicial Power to Hybrid Tribunals" (Capítulo Siete), L. H. Tribe recalca que "(The) Fidelity to the Principle of Judicial Independence no more dictated the Formalist Outcome of Northern Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipeline Co. than Fidelity to the Principle of Separation of Legislative and Executive Powers required the formalistic decision in INS v. Chadda (...), both cases were, instead, about the conflict between formalism and flexibility. The triumph of formalism represents a defeat for political and institutional innovation of the sort that may well be essential to the functioning of an ambitious government". L. H. TRIBE, "Constitutional Choices", Harvard University Press, 1985, pp. 84-85.

2. ¿EJERCEN UNA MISMA MISION EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y EL JUEZ JUDICIAL?

Al respecto, la respuesta parece una vez más, a primera vista, necesariamente negativa. El juez judicial y el juez constitucional no persiguen el mismo objetivo: uno falla en los casos particulares de aplicación de la ley, y el otro en relación con la validez general de la norma con respecto a la Constitución.

Como lo han mostrado los trabajos de la doctrina italiana, especialmente aquellos del profesor Giovanni Tarello¹⁴, el control ejercido por el juez judicial apuntaría como máximo a la validez del texto que será aplicado, mientras que el control ejercido por el juez constitucional tendría relación con la validez de la norma, es decir, del principio contenido en este texto y que establece un comportamiento social determinado.

En este sentido, según el pensamiento de Hans Kelsen, principal promotor de las Cortes Constitucionales en Europa, el hecho de que la *Verfassungsgerichtshof* (la Corte Constitucional) fuese concebida como una jurisdicción era consecuencia más de la voluntad de garantizar para la nueva institución un cierto grado de independencia con respecto a los órganos políticos¹⁵, que de la intención de introducir el control de constitucionalidad de las leyes en un proceso de aplicación del derecho por la vía jurisdiccional, como fue el caso en los Estados Unidos.

Además, y sobre todo, según la concepción de Kelsen, el objetivo específico de la jurisdicción constitucional, por aplicación de la teoría de la construcción del derecho por grados, en primer lugar debía ser y, ante todo, asegurar la supremacía de la Constitución, Ley Fundamental (*Grundgesetznorm*). Ahora bien, en el período contemporáneo, junto a esta función inicial de guardianes de la legalidad, los jueces constitucionales han conquistado una segunda función, aquella de guardianes de los derechos fundamentales:

a) *La unificación de la noción de legalidad*

Se trata de una de las consecuencias más importantes de la promoción de la Constitución en el orden jurídico positivo.

Desde que Francia cuenta con Constituciones escritas, es decir, desde 1791, la idea misma de la Constitución parecía invariable y definitivamente adquirida: la Constitución estaba relegada al rango de principios políticos respetables pero no respetados, un poco como aquellas divinidades veneradas pero poco efectivas del Mundo Antiguo. La Constitución era al Derecho lo que el Olimpo era a los Dioses Antiguos.

Hace sólo treinta y cinco años en la práctica constitucional en Francia, y algunos pocos años en la enseñanza del derecho constitucional, se admitía que la Constitución concernía exclusivamente a la organización de los poderes públicos, que no tenía ningún poder normativo y, sobre todo, que no se dirigía directamente a los individuos. Para los individuos, la Constitución, más que una fuente de sus derechos fundamentales, era en Francia el Código Civil de Napoleón, de 1804.

Pero esto último también está cambiando en forma muy perceptible desde hace una década. En Europa ya no es posible emprender una reforma legal de importancia sin que el contenido de la ley ordinaria sea determinado previamente por la Constitución. Tal como lo mostráramos en nuestro informe para el Coloquio Mundial de la Asociación Internacional del Derecho Constitucional en Varsovia, en 1991, hoy ya no es posible disociar la legalidad ordinaria y la legalidad constitucional¹⁶.

Lo dicho es válido en Francia, país en el cual los tribunales, a pesar de no tener la facultad de acudir al Consejo Constitucional (mientras no se adopte al respecto una reforma de la Constitución, actualmente detenida), utilizan cada vez más la técnica de interpretación de la ley en un sentido conforme con la Constitución, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Consejo Constitucional (*Verfassungskonformauslegung*)¹⁷. En Francia, esta influencia es cada vez más fuerte, al punto que el Consejo Constitucional, más que declarar la ley contraria a la Constitución, la rodea de prescripciones directivas para el juez ordinario. Este deberá, en su jurisprudencia, tener en cuenta estas "reservas de interpretación constructivas", más aún que el artículo 62 de la Constitución francesa dispone que "las decisiones del Consejo Constitucional se imponen de manera absoluta y sin recursos posibles para

¹⁴ G. TARELLO, "L'interpretazione della legge", Milan, 1980.

¹⁵ H. KENSE, "La garantie juridictionnelle de la Constitution", RDP, 1928, pp. 223 y siguientes.

¹⁶ Th. S. RENOUX, "Le principe de la légalité en droit constitutionnel positif français", L.P.A., 1992, pp. 18-29.

¹⁷ L. FAVOREU y Th. S. RENOUX, "Contentieux constitutionnel des actes administratifs", Sirey, 1992.

todas las autoridades administrativas y judiciales”.

La doctrina italiana tiene aún un alcance mayor en este aspecto, al recalcar que el Tribunal Constitucional, tomando en consideración la jurisprudencia de las cortes y tribunales ordinarios, elabora progresivamente un “derecho vivo”; la Corte Constitucional colabora, con las decisiones de los jueces ordinarios, en la formación de “la jurisprudencia”.

He aquí una jurisprudencia bastante curiosa que, si seguimos la concepción orgánica del Poder Judicial, sería elaborada por instituciones diferentes, pertenecientes a poderes constitucionales distintos! La elaboración de un derecho constitucional vivo, elaborado, en el “modelo europeo”, en forma complementaria, por la Corte Constitucional y por los Tribunales Judiciales, ¿está tan lejos de aquella descrita por los constitucionalistas americanos y, principalmente, por Cardozo?

Por consiguiente, no puede afirmarse que el juez judicial aplique solamente la legalidad ordinaria, dejando al Tribunal Constitucional todo aquello que concierne a la legalidad constitucional.

b) *La unificación de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales*

Más allá de la unificación del Poder Judicial, la principal consecuencia de la *judicial review revolution* en Europa continental ha sido la unificación de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

Así es como en Francia el Consejo Constitucional, al igual que las demás Cortes constitucionales de Europa continental, se ha convertido en el principal guardián de los derechos fundamentales. Sin embargo, en Francia esta función de guardián de los derechos fundamentales no pertenecía inicialmente al juez constitucional.

A este respecto, el acercamiento entre el Tribunal Constitucional de Chile y el Consejo Constitucional francés es instructivo. En Chile, la Constitución limitó el dominio de la ley a las materias enumeradas en el artículo 60 de la Constitución y, gracias al artículo 32 N° 8 del mismo texto, instituyó un poder reglamentario denominado “autónomo”. Sin embargo, mientras esta competencia concierne a los decretos presidenciales, esto es un error, debe querer decir que la impugnación de esos decretos (82 N° 5) está reservada sólo a los parlamentarios, ya que los afectados no tienen legitimación activa para recurrir ante el Tribunal Constitucional y sólo podrán impugnarlos ante la justicia ordinaria. En Francia concierne sólo a la ley y su aplicación está reservada al

Primer Ministro. Lo que resulta más interesante aún es que en el espíritu de los redactores de la Constitución francesa esta función de repartición de las competencias entre el ámbito de la ley y el ámbito del decreto debía seguir siendo, normalmente, la atribución principal del Consejo Constitucional francés, el cual, en caso alguno, podía tener competencia para hacer respetar los derechos fundamentales inscritos en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre de 1789.

En este sentido, la institución del Consejo Constitucional por la Constitución de 4 de octubre de 1958 tenía como fin exclusivo, por una parte, atribuir a esta instancia política el juzgamiento (anteriormente confiado a las asambleas parlamentarias) del contencioso referente a la elección de los diputados y senadores, y, por otra parte, oponerse a la aplicación de una ley fuera de las materias a las que se refiere expresamente el artículo 34 de la Constitución (equivalente al artículo 60 de la constitución chilena), con el fin de proteger la competencia del Gobierno cuando éste actúa por decreto.

Más aún, la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958 no incluía prácticamente ninguna disposición referida a la protección de los derechos fundamentales. El texto de la Constitución francesa se limita, de hecho, a proclamar “su adhesión” a los principios liberales (propiedad individual, libertad, seguridad, resistencia a la opresión) formulados por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 16 y 24 de agosto de 1789, así como a los principios económicos y sociales (derecho de huelga, derecho sindical, derecho de la familia, derecho a la protección de la salud y a la seguridad material...) enunciados por el preámbulo de la Constitución precedente, adoptada doce años antes, el 27 de octubre de 1946.

Fue mediante una verdadera revolución jurisprudencial que el Consejo Constitucional, por decisión del 16 de julio de 1971, sobre la libertad de asociación¹⁸ e invocando el Preámbulo de 1946, amplió la noción de Constitución como norma de referencia para el control de la constitucionalidad de las leyes, y luego, a propósito del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, por decisión del 27 de diciembre de 1973, sobre la “Tributación de Oficio”¹⁹, procedimientos de apremio en ma-

¹⁸ L. FAVOREU y L. PHILIP, “Grandes décisions du Conseil constitutionnel”. Sirey, 1993.

¹⁹ “Grandes décisions du Conseil constitutionnel”, *op. cit.*

teria fiscal, amplió por segunda vez la noción de Constitución, incluyendo en ella en el texto completo de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789.

Esta posición de principio ha dado lugar a una construcción jurisprudencial constante, puesto que hoy prácticamente todas las decisiones del Consejo Constitucional hacen referencia a la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y al Preámbulo de 1946, incorporados en la noción de "Constitución actual"²⁰.

Sin embargo, cabe preguntarse si al arrogarse el derecho y el deber de proteger los derechos fundamentales de los individuos, el juez constitucional, juez de las competencias y de los procedimientos definidos para las instituciones políticas, no ha invadido las prerrogativas del juez judicial, guardián de las libertades del individuo.

En Francia existe una cláusula de la Constitución (art. 66) que fija expresamente la competencia del juez judicial para asegurar el respeto de la libertad individual, y el Consejo Constitucional ha tratado celosamente de no invadir esta "reserva de competencia judicial", cuya efectividad, por el contrario, ha reforzado. Este es un punto de vista que hemos desarrollado, para el caso francés, con ocasión de las Jornadas de Estudios Franco-Españoles de Derecho Constitucional, pero valdría la pena plantearse esta misma interrogante²¹ para otros países, como por ejemplo Alemania, con el recurso constitucional directo (*Verfassungsbeschwerde*) o España, con el "recurso de amparo", bien conocido en los países latinoamericanos. Para citar sólo el caso de España, la Constitución no dice que los derechos fundamentales deban ser necesariamente protegi-

dos ante el Tribunal Constitucional mediante un "recurso de amparo". Por el contrario, la Constitución española (arts. 53-1 y 53-2) parece poner énfasis en que la protección de los derechos fundamentales incumbe principalmente a los tribunales judiciales en todo tipo de procesos.

Por lo tanto, podemos preguntarnos si no resulta deseable "restituir a los tribunales ordinarios su tarea principal de protección de los derechos fundamentales" y otorgarle a los recursos ante la jurisdicción constitucional no una función de un nuevo control, sino un papel de "garantía única y subsidiaria"²².

Una prueba de lo anterior es el hecho de que la Justicia constitucional en la Europa continental ha contribuido en gran medida a afirmar la independencia del Poder Judicial y a reforzar la unidad del Derecho, más allá de la diversidad de las instituciones. Otro dato es el comprobar que el ejercicio de todo poder requiere una responsabilidad ante el pueblo soberano o la Nación. Contrariamente a los otros poderes públicos constitucionales, la promoción del rol de juez, en las Constituciones recientes, no siempre ha sido acompañada de mecanismos que permitan asegurar que la decisión de justicia no haya reemplazado progresivamente a la decisión política.

La tentación de un "juez-dios", a quien un poder político debilitado exigiría decidir todo el futuro de la Nación, se convertiría en un peligro para la democracia. La democracia no puede ser reducida al mero respeto de la regla de derecho, ni tampoco a la sola Justicia de los jueces. Ella es y sigue siendo, según el escritor Paul Valéry, una de esas nociones que, sin lugar a dudas, tiene más valor que sentido.

²⁰ Por ejemplo, han sido declaradas recientemente contrarias a la Constitución ciertas disposiciones legislativas que permitían la detención por la policía, sin necesidad, de niños menores de trece años (no conformes al artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789): Consejo Constitucional, decisión Nº 93-326 DC del 11 de agosto de 1993, u otras relativas a la denegación de ingreso al territorio nacional, sin recurso, de extranjeros perseguidos por su acción en favor de la libertad (no conformes al apartado 4 del Preámbulo de 1946, relacionado con el "derecho de asilo": Consejo Constitucional, decisión Nº 93-325 del 13 de agosto de 1993).

²¹ Según el artículo 66 de la Constitución francesa, el juez judicial es "guardián de la

libertad individual". Por consiguiente, el Consejo Constitucional declara no conforme a la Constitución una ley que permite registro en el domicilio sin control efectivo del juez judicial: Cons. cont. Nº 83-164 DC del 29 de diciembre de 1983, Recopilación, p. 67 VI. Th. S. RENOUX, "Le constitutionnel et l'autorité judiciaire", Prefacio de L. Faeur, Favoreu 1984 "La Cour de Cassation" le Conseil constitutionnel et l'article 66 de la Constitution", D. 1986, Crónica, p. 169.

²² L. Díez-PICAZO, "El estatuto constitucional del Poder Judicial", Jornadas Franco-españolas, Université de Pau y Universidad de Sevilla, Instituto de Estudios Ibéricos e iberoamericanos, 1990.