

# LA PRIMACÍA Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO COMUNITARIO EN FRANCIA

ANTONIO SEGURA SERRANO\*

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA CONSTITUCIÓN FRANCESA Y EL DERECHO COMUNITARIO
  - 1. LAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES Y EL DERECHO INTERNACIONAL
  - 2. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL DERECHO COMUNITARIO
    - A) *El control de constitucionalidad de tratados*
    - B) *El control aplicado al Derecho comunitario*
      - a) El control de los «compromisos internacionales» del artículo 54
      - b) El control de las leyes previsto en el artículo 61.2º
- III. EL CONTROL EJERCIDO POR EL CONSEJO DE ESTADO Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA
- IV. INCOMPATIBILIDAD ENTRE DERECHO COMUNITARIO Y CONSTITUCIÓN
- V. EL GIRO JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL
  - 1. LAS DECISIONES DE 2004
  - 2. LA AFIRMACIÓN DEL PRINCIPIO
  - 3. LAS SOMBRAS DE ESTE AVANCE JURISPRUDENCIAL
- VI. CONCLUSIONES

---

\* Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Internacional Público de la Universidad de Granada.

## I. INTRODUCCIÓN \*\*

La decisión adoptada el 10 de junio de 2004<sup>1</sup> por el Consejo Constitucional francés (de ahora en adelante C.C.) ha inaugurado un importante giro de la jurisprudencia de este Alto Tribunal sobre la integración del Derecho comunitario en Francia y, más en concreto, sobre las posibilidades de llevar a cabo un control de constitucionalidad del Derecho comunitario derivado. Esta decisión ha sido confirmada con otras posteriores y con la reciente decisión sobre el *Tratado Constitucional Europeo*<sup>2</sup>, que ha asumido con naturalidad la primacía del Derecho de la Unión.

Para comprender mejor el significado de estas decisiones, realizaremos un estudio preliminar de la Constitución francesa y de la jurisprudencia sobre las relaciones entre Derecho interno, por una parte, y Derecho internacional y comunitario, por otra. A continuación, llevaremos a cabo un análisis del control de constitucionalidad de tratados y, en particular, del Derecho comunitario, que realiza el C.C. y el Consejo de Estado. También se estudiarán las posibles incompatibilidades que pueden surgir entre Derecho comunitario y Constitución, y dedicaremos la última parte de este trabajo a analizar la evolución jurisprudencial experimentada en 2004 y sus consecuencias.

## II. LA CONSTITUCIÓN FRANCESA Y EL DERECHO COMUNITARIO

La Constitución francesa contiene un título (el título VI) denominado «Sobre los tratados y acuerdos internacionales» que, si bien no agota todas las cuestiones relativas al Derecho internacional y comunitario, sí contiene las disposiciones que configuran lo que algunos han llamado

---

\*\* El autor desea agradecer a los Profesores Doctores D.J. LIÑÁN NOGUERAS y G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS los comentarios realizados a anteriores versiones de este trabajo, del que sólo es responsable el autor.

<sup>1</sup> Décision n.º 2004-496 DC, de 10 de junio de 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, *J. O.* de 22 de junio de 2004, p. 11182, accesible, como todas las demás que se citan en este trabajo, en la página oficial del C.C.: [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr).

<sup>2</sup> Décision n.º 2004-505 DC, de 19 de noviembre de 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *J.O.* de 24 de noviembre de 2004, p. 19885.

el *derecho constitucional internacional*<sup>3</sup>. Sin embargo, el control de constitucionalidad de tratados previsto en el artículo 54 dentro de este título no constituye el único vector, quizá ni siquiera el más importante, para la instrumentación de las relaciones entre Derecho constitucional y Derecho comunitario.

### 1. LAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES Y EL DERECHO INTERNACIONAL

La Constitución francesa de 1958 continúa la tradición monista impuesta por la Constitución de 1946<sup>4</sup>, como se deduce de su disposición central en materia internacional, el artículo 55. Este precepto establece el valor supra-legislativo del Derecho internacional, si bien esta regla no ha sido aceptada de manera total por los órganos jurisdiccionales hasta hace relativamente poco tiempo, curiosamente con ocasión de la aplicación de normas comunitarias.

En el seno de la jurisdicción ordinaria, el juez francés ha hecho prevalecer la ley posterior sobre el tratado internacional sobre la base de la doctrina *Matter*, que establecía que, si las disposiciones de la ley y del tratado no podían ser conciliadas por vía de interpretación, debía prevalecer la ley posterior. Esta situación cambia a raíz de una decisión del C.C. del año 1975. En efecto, en la decisión *IVG*<sup>5</sup>, sobre la base

<sup>3</sup> Véase RIDEAU, J., «Constitutions et droit international dans les États membres des Communautés européennes: Réflexions générales et situation française», 2 *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1990, p. 259.

<sup>4</sup> Respecto de la introducción del Derecho internacional en Derecho francés, Scelle ya puso de manifiesto que la Constitución francesa de 1946 respondía a la tesis monista, véase SCELLE, G., «De la prétendue inconstitutionnalité interne des traités (a propos du Traité sur la Communauté européenne de défense)», *Revue du Droit Public*, 1952, p. 1020. En cuanto a la Constitución de 1958, si bien fue redactada con una intención menos internacionalista, también suponía «la confirmación del principio del monismo», véase QUOC DINH, N., «La Constitution de 1958 et le droit international», *R.D.Publ.*, 1959, p. 549. Por el contrario, Denis Alland cree que la práctica constitucional francesa en materia de Derecho internacional se explica mejor desde las teorías dualistas, por lo que cabe concluir que la Constitución de la V República no es monista, véase ALLAND, D., «Le droit international «sous» la V République», *R.D.Publ.*, n.º 5/6, 1998, p. 1670.

<sup>5</sup> Décision n.º 74-54 DC, de 15 de enero de 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, *Rec.* p. 19. Véase FRANCK, C., «Le Conseil constitutionnel et les règles du droit international», *R.G.D.I.P.*, 1975, p. 1070; Quoc DINH, N., «La jurisprudence

del artículo 61 de la Constitución, el C.C. vino a señalar que el control de compatibilidad de la ley respecto de un tratado internacional, a realizar sobre la base del artículo 55, no era una cuestión constitucional, puesto que su determinación correspondía a la jurisdicción ordinaria. Afirmada de este modo la competencia de la jurisdicción ordinaria por el C.C., la *Cour de Cassation* admitió, en la conocida sentencia *Jacques Vabre*<sup>6</sup>, que el Tratado CEE tenía, en virtud del artículo 55 de la Constitución<sup>7</sup>, una autoridad superior a la de las leyes.

Por su parte, la jurisdicción administrativa se ha mostrado tradicionalmente renuente a aceptar la primacía de los tratados internacionales por encima de las leyes posteriores, y ello sobre la base de la teoría de la *loi-écran*, por la que el juez administrativo se opone a realizar un control de conformidad de las leyes respecto de la Constitución y, de la misma manera, respecto de los tratados internacionales anteriores<sup>8</sup>. Sin embargo, el *Conseil d'État*, en la famosa sentencia *Nicolo*<sup>9</sup>, ha abandonado esa postura, también sobre la base del mencionado artículo 55<sup>10</sup>,

française actuelle et le contrôle de la conformité des lois aux traités», *A.F.D.I.*, 1975, p. 859; RIDEAU, J., «L'autorité des traités en droit français», *C.D.E.*, 1975, p. 606; LAGRANGE, M., «Du conflit entre loi et traité en droit communautaire et en droit interne», *R.T.D.E.*, 1975, p. 44.

<sup>6</sup> Cassation, Sala mixta, 24 de mayo de 1975, *Société des Cafés Jacques Vabre*, *Dalloz*, 1975, p. 497. Véase PIROTTE-GEROUVILLE, J., «La primauté du droit international et la spécificité de l'ordre communautaire dans l'affaire Jacques Vabre», *R.T.D.E.*, 1976, p. 215; DRUESNE, G., «La primauté du droit communautaire sur le droit interne», *R.M.C.*, n.º 188, 1975, p. 378; RUZIÉ, D., «Jurisprudence», *J.D.I.*, 1975, p. 801.

<sup>7</sup> Aunque la *Cour de Cassation* no explicita este extremo, las decisiones posteriores han puesto de manifiesto que su argumentación se basaba en el artículo 55 y no en la especificidad del Derecho comunitario, como solicitaba el Procurador General, véase HONORAT, E. y BAPTISTE, E., «Chronique générale de jurisprudence administrative française», *Actualité Juridique Droit Administratif*, n.º 12, 1989, p. 757.

<sup>8</sup> Los fundamentos de esta jurisprudencia residen en el principio que establece que no corresponde al juez administrativo ejercer un control de validez de las leyes (competencia del C.C.) de acuerdo con el más amplio principio de separación de poderes (evitar conflictos con el poder legislativo).

<sup>9</sup> CE, Asamblea, 20 de octubre de 1989, *Nicolo*, *Rec. Lebon*, p. 190. Véase GALTOT, Y., «El Consejo de Estado francés y el control de la conformidad de las leyes a los tratados», *R.I.E.*, n.º 1, 1990, p. 9; RAMBAUD, P., «La reconnaissance par le Conseil d'État de la supériorité des traités sur les lois», *A.F.D.I.*, 1989, p. 91; BOULOUIS, J., «A propos de l'arrêt Nicolo», *R.G.D.I.P.*, 1990, p. 91; ISAAC, G., «Traité et loi postérieure: le revirement du Conseil d'État», *R.T.D.E.*, 1989, p. 787.

<sup>10</sup> Aunque tarde, el *Conseil d'État* decidió iniciar este control (ahora ya también con respecto a las leyes posteriores) con la sentencia *Nicolo*, ya que de otro modo se

¡en el año 1989! dando por finalizada la etapa de «aberración jurídica» a la que conducía la existencia de una jurisprudencia contradictoria entre las dos altas instancias jurisdiccionales (*Conseil d'État* y *Cour de Cassation*) sobre este extremo<sup>11</sup>. Resulta curioso constatar que ha sido la aplicación de los Tratados comunitarios la que motivó estas sentencias tan importantes para el cambio en la política jurisprudencial tanto de la *Cour de Cassation* como del *Conseil d'État*, aunque sus efectos se hayan presentado siempre como válidos y predicables respecto del Derecho internacional en general y no sólo respecto del Derecho comunitario<sup>12</sup>. Además, este tipo de control ha sido aplicado, sobre la base del mismo fundamento (el artículo 55), en beneficio de un Reglamento comunitario o una Directiva, lo que ha conducido a dejar inaplicada la ley nacional<sup>13</sup>. Dicho de otro modo, la autoridad superior a las leyes de los tratados ha sido extendida a los Reglamentos y a las Directivas<sup>14</sup>.

No obstante, la primacía del Derecho internacional no alcanza a las normas constitucionales, en opinión de la doctrina mayoritaria<sup>15</sup>, inclui-

---

hubiera privado de toda sanción eficaz la vulneración del artículo 55, véase FRYDMAN, P., «Le juge administratif, le traité et la loi postérieure. Conclusions», *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 5, 1989, p. 818. No obstante, algunos autores pusieron de manifiesto que con esta decisión el *Conseil d'État* inauguraba un control muy similar al control de constitucionalidad de la ley por vía de excepción, véase GENEVOIS, B., «Le juge administratif, le traité et la loi postérieure. Note», *R.F.D.A.*, n.º 5, 1989, p. 826. Para contrarrestar ese resultado, Favoreu realiza otra interpretación de la sentencia *Nicolo*, véase FAVOREU, L., «L'interprétation de l'article 55 de la Constitution», *R.F.D.A.*, n.º 6, 1989, p. 993 y ss.

<sup>11</sup> Como señala DUBOIS, han hecho falta más de treinta años para que el *Conseil d'État*, con una imagen de tribunal apoyado en un nacionalismo jurídico trasnochado, procure la plena aplicación de una regla constitucional, véase DUBOIS, L., «L'arrêt *Nicolo* et l'intégration de la règle internationale et communautaire dans l'ordre juridique français», *R.F.D.A.*, n.º 6, 1989, p. 1000.

<sup>12</sup> Denys Simon ya se quejaba de que la argumentación del Comisario de Gobierno en el asunto *Nicolo*, tendente a evitar un tratamiento específico del Derecho comunitario, se inscribía en una corriente que pretende trivializar el Derecho comunitario, véase SIMON, D., «Le contrôle de la compatibilité d'une loi avec les stipulations claires du traité de Rome», *A.J.D.A.*, n.º 12, 1989, p. 792.

<sup>13</sup> Respectivamente, CE, 24 de septiembre de 1990, *Boisdet*, *Rec. Lebon* p. 250; CE, Asamblea, 28 de febrero de 1992, *S.A. Rothmans International France*, *Rec. Lebon* p. 80.

<sup>14</sup> Véase RIDEAU, J., «Droit communautaire et droit administratif, la hiérarchie des normes», *A.J.D.A.*, número especial, 1996, p. 6.

<sup>15</sup> Véase FAVOREU, L. y PHILIP, L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 10ª ed., Dalloz, París, 1999, p. 832, que prefieren no hablar en términos de

da la internacionalista<sup>16</sup>. Aunque no hay ningún precepto constitucional que regule las relaciones entre la Constitución y la norma internacional, existe toda una serie de argumentos para afirmar el valor infra-constitucional de la norma internacional. El más importante es el principio de la supremacía constitucional, que se deriva de los artículos 54 y 55 de la Constitución<sup>17</sup>, y que determinan la necesidad de la modificación de la Constitución previa a la incorporación de un tratado internacional incompatible con ésta<sup>18</sup>. Esta interpretación se ve confortada por la posición de las autoridades gubernamentales<sup>19</sup> y por la jurisprudencia. Por un lado, el C.C., aunque no se ha pronunciado expresamente sobre la relación entre Constitución y tratados en el orden jurídico interno, se ha negado a integrar al Derecho internacional (y comunitario) en el «bloque de constitucionalidad», esto es, se niega a comprobar, en el marco del control de constitucionalidad de la ley o de un tratado internacional, si éstos son conformes a un acuerdo internacional ya en vigor para Francia<sup>20</sup>. Por otro

jerarquía, ya que entienden que el sistema internacional y el interno son distintos, no habiendo interpenetración entre ambos, al menos en el plano constitucional.

<sup>16</sup> Para Denis Alland esta subordinación del Derecho internacional está íntimamente ligada a la arquitectura constitucional y a ciertas exigencias fundamentales de la teoría del Estado, véase ALLAND, D., «Consécration d'un paradoxe: primauté du droit interne sur le droit international», *R.F.D.A.*, n.º 6, 1998, p. 1094.

<sup>17</sup> Aunque el C.C. (en su Decisión n.º 92-308 DC, de 9 de abril de 1992, *Traité sur l'Union européenne*, Maastricht I, *Rec.* p. 55) ha afirmado que la regla *pacta sunt servanda* es una de las reglas de Derecho internacional público a las que se somete la República francesa en virtud del apartado 14 del Preámbulo de la Constitución de 1946 (incorporado por el Preámbulo de la Constitución de 1958), se señala que ello por sí mismo no podría tener efecto sobre la jerarquía de normas dentro del ordenamiento estatal, véase «Rapport français, Droit communautaire dérivé et droit constitutionnel: conférence des Cours ayant compétence constitutionnelle des Etats membres de l'Union européenne», *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n.º 4, 1997, p. 4, en [www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc4/ccc4fran.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc4/ccc4fran.htm).

<sup>18</sup> No obstante, la preeminencia material del derecho de origen externo se considera compatible con la primacía formal de la Constitución, véase GOHIN, O., «La Constitution française et le droit d'origine externe», *R.F.D.A.*, n.º 1, 1999, p. 82.

<sup>19</sup> Véase la respuesta que ofrece el Primer Ministro francés a una pregunta parlamentaria, en donde se aplica al Derecho comunitario la regla del rango infra-constitucional de los tratados internacionales, citada en RIDEAU, J., «Constitution et droit international...», *loc. cit.*, p. 264.

<sup>20</sup> La excepción podría ser la incorporación de normas comunitarias operada por la revisión constitucional de 25 de junio de 1992, en relación con el derecho de voto en las elecciones municipales, en concreto el artículo 8 B, 1º del TCE (añadido por el Tratado de Maastricht) se vería integrado a través de la previsión del nuevo artículo

lado, en el marco del control de las leyes de aplicación de convenciones internacionales, en concreto en la decisión sobre la ley relativa al control de la inmigración, sí que ha fallado en favor de la primacía de la Constitución sobre los tratados<sup>21</sup>. Ahora bien, recientemente el C.C. ha admitido en la decisión *Estancia de extranjeros y derecho de asilo*<sup>22</sup> que una ley podía derogar un principio constitucional cuando ello fuera «necesario para la aplicación de un compromiso internacional»<sup>23</sup>.

Por su parte, la jurisdicción ordinaria ha adoptado una interpretación que se puede denominar como *neutralizante* al realizar una lectura de la norma internacional conforme a las reglas constitucionales. En concreto, el *Conseil d'État* ha adoptado una posición bastante clara a la hora de otorgar primacía a la Constitución sobre el Derecho internacional<sup>24</sup> y, así, en la decisión *Koné*<sup>25</sup>, interpretó las estipulaciones de un tratado de extradición conforme a un principio fundamental (prohibición de la extradición solicitada por motivos políticos) reconocido por las leyes de la República, principio de valor constitucional deducido por el juez administrativo. Por su parte, en la decisión *Sarran*, ha confirmado que «la supremacía conferida por el artículo 55 a los compromisos internacionales no se aplica en el orden interno a las disposiciones de natura-

---

lo 88.º de la Constitución, a tenor de la interpretación realizada por el C.C. en la decisión n.º 92-312 DC, de 2 de septiembre de 1992, *Traité sur l'Union européenne*, Maastricht II, *Rec.*, p. 76, véase PICARD, E., «Vers l'extension du bloc de constitutionnalité au droit européen?», *R.F.D.A.*, n.º 1, 1993, pp. 48 y ss.

<sup>21</sup> Décision n.º 93-325 DC, de 13 de agosto de 1993, *Maîtrise de l'immigration*, *Rec.* p. 224. Véase el comentario que constata esta primacía en ALLAND, D., «Jurisprudence française en matière de droit international public», *R.G.D.I.P.*, 1994, p. 228.

<sup>22</sup> Décision n.º 98-399 DC, de 5 de mayo de 1998, *Séjour des étrangers et droit d'asile*, *Rec.* p. 245.

<sup>23</sup> Solución que se advierte como incomprensible, véase PICARD, E., «Petit exercice pratique de logique juridique. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n.º 98-399 DC du 5 mai 1998 *Séjour des étrangers et droit d'asile*», *R.F.D.A.*, n.º 3, 1998, p. 620. En efecto, aunque puntualmente coloca a la Constitución por debajo de los tratados, la supeditación al respeto de las «condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía» convierte toda conclusión en imposible desde el punto de vista de la jerarquía, véase ALLAND, D., «Consécration d'un paradoxe: primauté du droit interne...», *loc. cit.*, p. 1099.

<sup>24</sup> Conseil d'État, section du rapport et des études, *La norme internationale en droit français*, La Documentation Française, París, 2000, p. 43.

<sup>25</sup> CE, 3 de julio de 1996, *Koné*, *Rec. Lebon* p. 255. Véase ALLAND, D., «Un nouveau mystère de la pyramide: remise en cause par le Conseil d'État des traités conclus par la France», *R.G.D.I.P.*, n.º 1, 1997, p. 238.

leza constitucional»<sup>26</sup>. Por tanto, la decisión de 30 de octubre de 1998 elimina toda ambigüedad y consagra la superioridad de la Constitución y el valor infraconstitucional de los tratados internacionales<sup>27</sup>, efecto que se extiende al Derecho comunitario<sup>28</sup>. Sin embargo, esta decisión ha sido muy polémica, desde el punto de vista del Derecho interno, puesto que resulta paradójico que el *Conseil d'État* acepte controlar la constitucionalidad de un tratado cuando rechaza realizar ese control respecto de la ley (con rango inferior al tratado). Desde el punto de vista internacionalista, se asegura que esta decisión no supone en realidad una toma de posición sobre la jerarquía entre normas constitucionales e internacionales (ya que el *Conseil d'État* se refiere expresamente al «orden interno») <sup>29</sup>, mientras que otros autores aceptan la imposibilidad de alcanzar otra solución desde la Constitución<sup>30</sup>. En fin, la *Cour de Cassation* se ha expresado en términos muy parecidos en la sentencia *Fraisse*<sup>31</sup> aunque alguna doctrina haya podido ver una superación de la asimilación Derecho internacional/Derecho comunitario<sup>32</sup>, lo que apunta hacia una

<sup>26</sup> CE, Asamblea, 30 de octubre de 1998, *Sarran et Levacher et autres*, *Rec. Lebon* p. 369. En sus conclusiones, la Comisario del Gobierno afirmaba que «la inserción de una disposición en la Constitución confiere a las medidas reglamentarias que retoman esta disposición una inmunidad contenciosa con respecto al derecho internacional», véase MAUGÜE, C., «Conclusions», *R.F.D.A.*, n.º 6, 1998, p. 1086. Véase también CHALTIEL, F., «Droit constitutionnel et droit communautaire», 35 *R.T.D.E.*, n.º 3, 1999, p. 395.

<sup>27</sup> Véase RAYNAUD, F. y FOMBEUR, P., «Chronique générale de jurisprudence administrative française», *A.J.D.A.*, n.º 12, 1998, p. 965.

<sup>28</sup> El *Conseil d'État* ha señalado recientemente que la primacía del Derecho comunitario «no puede conducir, en el orden interno, a poner en cuestión la supremacía de la Constitución», véase CE, 3 de diciembre de 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, accesible en [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), resultado con el que se muestra conforme DUBOUIS, véase DUBOUIS, L., «Note», *R.F.D.A.*, n.º 1, 2002, p. 44.

<sup>29</sup> La aplicación de la teoría de la *Constitution-écran* no afectaría a la relación jerárquica entre Derecho internacional y Derecho interno, véase SIMON, D., «L'arrêt Sarran: Dualisme incompressible ou monisme inversé?», *Europe*, marzo, 1999, pp. 5-6.

<sup>30</sup> Véase ALLAND, D., «Consécration d'un paradoxe: primauté du droit interne...», *loc. cit.*, pp. 1101-1102.

<sup>31</sup> Cassation, 2 de junio de 2000, *Mlle Fraisse*, *Bull. 2000, Ass. plén.*, n.º 4, p. 7.

<sup>32</sup> En efecto, Rigaux y Simon han apreciado que esta sentencia *Fraisse* implica «una apertura remarcable hacia el abandono de la *trivialización* del Derecho comunitario», véase RIGAUX, A. y SIMON, D., «Droit communautaire et Constitution française: une avancée significative de la Cour de Cassation. À propos de l'arrêt *Fraisse* du 2 juin 2000», *Europe*, agosto-septiembre, 2000, p. 6.



convergencia actual entre el *Conseil d'État* y la *Cour de Cassation* en este ámbito<sup>33</sup>.

A pesar de que resulta difícil reprochar a las jurisdicciones francesas su actitud de *supervivencia*<sup>34</sup>, existen opiniones doctrinales discrepantes respecto de la primacía absoluta de la Constitución<sup>35</sup>, o más matizadas, como la expresada recientemente por algunos autores que advierten sobre la dificultad de las teorías clásicas para explicar y dar cuenta de la verdadera situación actual en las relaciones Derecho internacional/comunitario y Derecho constitucional<sup>36</sup>, o aquellas que, desde posiciones más comunitaristas, intentan integrar de modo armonioso ambos ordenamientos<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Véase ONDOUA, A., «La Cour de Cassation et la place respective de la Constitution et des traités dans la hiérarchie des normes», *R.G.D.I.P.*, n.º 4, 2000, p. 991.

<sup>34</sup> En efecto, el *Conseil d'État* no deja de evocar con un punto de malicia cómo el propio TJCE adopta la misma solución de primacía de los Tratados constitutivos respecto del Derecho internacional, citando a pie de página el Dictamen 1/91 sobre el Espacio Económico Europeo, véase *Conseil d'État*, section du rapport et des études, *La norme internationale...*, *loc. cit.*, p. 44.

<sup>35</sup> Véase RIDEAU, J., «Constitution et droit international...», *loc. cit.*, p. 266. Prétot entiende que el artículo 55 debe interpretarse como una simple regla de conflicto, véase PRÉTOT, X., «La Cour de Cassation, la Constitution et les traités. À propos de l'arrêt de l'assemblée plénière du 2 juin 2000», *R.D.Publ.*, n.º 4, 2000, p. 1048.

<sup>36</sup> Véase TROPER, M., «En guise d'introduction: La théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif» *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n.º 9, 2000, en [www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc9/troper.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc9/troper.htm); GAUDIN, H., «Primauté absolue o primauté relative», en GAUDIN, H. (dir.), *Droit constitutionnel, Droit communautaire, vers un respect constitutionnel réciproque?*, PUAM/Economica, París, 2001, pp. 97-120; incluso hay quien habla de la «inanidad de la lógica kelseniana de la jerarquía normativa» en este ámbito, BURGORGUE-LARSEN, L., «Petit bréviaire imaginaire des relations harmonieuses entre la Constitution française et l'intégration européenne», *R.D.Publ.*, n.º 1-2, 2002, p. 437.

<sup>37</sup> Así Grewe y Ruiz-Fabri defienden la *prioridad de aplicación* del Derecho comunitario como concepto superador del término primacía (tanto constitucional como comunitaria), véase GREWE, C. y RUIZ-FABRI, H., «La situation respective du droit international et du droit communautaire dans le droit constitutionnel des États», *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles* (SFDI, Colloque de Bordeaux), Pedone, París, 2000, p. 282.

## 2. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL DERECHO COMUNITARIO

### A) *El control de constitucionalidad de tratados*

La Constitución establece algunas vías para poder realizar un control de constitucionalidad de los tratados y acuerdos internacionales de los que va a formar parte el Estado francés con vistas a su integración en el derecho interno<sup>38</sup>. Respecto del control *a priori*, es decir, el que se realiza con anterioridad a la ratificación del acuerdo internacional, el artículo 54 de la Constitución de 1958 otorga una competencia específica de control al C.C. para comprobar si existe alguna cláusula convencional contraria a la Constitución, en cuyo caso se hace necesaria la revisión previa de la misma. Este control no es automático, ya que exige la iniciativa de algunas de las autoridades nacionales mencionadas en este precepto. Frente a este control *directo*, existe un control *indirecto* que, sobre la base de la previsión establecida en el artículo 61.2º de la Constitución, se realiza a través del análisis de la ley que autoriza la ratificación o la aprobación del tratado internacional<sup>39</sup>. El tipo de control que se realiza en este marco es idéntico, en relación con el tratado internacional, al previsto en el artículo 54, ya que el C.C. extiende su labor fiscalizadora al fondo del tratado, si bien es posible que la censura se dirija contra la misma ley, con independencia de toda contrariedad de fondo que pueda afectar al tratado<sup>40</sup>. Todavía existe una tercera posibilidad de control, sobre la base de este mismo artículo 61.2º, y consiste en examinar la conformidad con la Constitución de las medidas

<sup>38</sup> A tenor de la doctrina internacionalista, la instauración de este control de constitucionalidad fue el resultado de la «voluntad de *resistir* al federalismo institucional», que encontraba en el intento de la creación de la Comunidad Europea de Defensa uno de sus proyectos más ambiciosos, véase QUOC DINH, N., «La Constitution de 1958...», *loc. cit.*, p. 35.

<sup>39</sup> Inicialmente previsto para el control abstracto de constitucionalidad de las leyes ordinarias, este tipo de control ha sido extendido por el C.C. a partir de 1980 a las leyes de ratificación de acuerdos internacionales (Décision n.º 80-116 DC, de 17 de julio de 1980, *Convention franco-allemande*, *Rec.* p. 36).

<sup>40</sup> Véase GAÏA, P., «Le contrôle de constitutionnalité des normes communautaires», en GAUDIN, H. (dir.), *Droit constitutionnel, Droit communautaire, vers un respect constitutionnel réciproque?*, PUAM/Economica, París, 2001, p. 43.

normativas nacionales adoptadas en aplicación de un acuerdo internacional. Se podría denominar a este último tipo de control como *incidental*.

Respecto del control *a posteriori*, la Constitución de 1958 no ha previsto control alguno de constitucionalidad de las leyes promulgadas, ni siquiera por vía de excepción, lo que también se aplica a las leyes de autorización de ratificación de tratados internacionales<sup>41</sup>. De este modo, la doctrina coincide en señalar cómo el sistema constitucional francés de control es un sistema *preventivo*, que privilegia esta vía por encima de la vía represiva, que presenta no pocos problemas. En efecto, la ventaja de esta configuración preventiva reside fundamentalmente en el hecho de que una decisión de incompatibilidad entre Constitución y tratado internacional puede ser resuelta antes de que éste último se integre en el ordenamiento jurídico, evitando así comprometer la responsabilidad internacional de Francia.

No obstante, es posible que sobre la base de los artículos 54 y 61.2º se pueda llevar a cabo un control muy parecido al control *a posteriori*. Como ha identificado la doctrina, no se puede descartar que, en este caso sobre la base del artículo 61.2º, se lleve a cabo un control de los actos nacionales de aplicación de un tratado que conduzca en realidad a un control *posterior* o *indirecto* de dicho tratado<sup>42</sup>. Además, también cabría realizar un control de este tipo que recayera esta vez (a través del examen de la ley nacional) sobre los actos internacionales de aplicación de «tratados-fuente»<sup>43</sup>. Pues bien, si un tratado ha entrado a formar parte del ordenamiento jurídico francés, y no ha sido objeto de control pre-

<sup>41</sup> Aunque esta situación se ha dulcificado a través de la posibilidad de «controlar la regularidad de una ley promulgada respecto de la Constitución con ocasión del examen de disposiciones legislativas que la modifican, la completan o afectan a su ámbito» (Décision n.º 85-187 DC, de 25 de enero de 1985, *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, Rec. p. 43), el C.C. no ha extendido esta jurisprudencia al caso de los tratados (Decisión n.º 92-308 DC, de 9 de abril de 1992, *Maastricht I*, ya citada).

<sup>42</sup> Véase RIDEAU, J., «Constitution et droit international...», *loc. cit.*, p. 276-278.

<sup>43</sup> Esto es lo que parece haber hecho el C.C. en los asuntos *Recursos propios* y *Elecciones al Parlamento europeo por sufragio universal*, en donde somete a las decisiones comunitarias objeto de examen, y a los propios Tratados constitutivos, a un cierto control de conformidad con la Constitución (Décision n.º 70-39 DC, de 19 de junio de 1970, *Ressources propres*, Rec. p. 15 y Décision n.º 76-71 DC, de 29-30 de diciembre de 1976, *Élection du Parlement européen au suffrage universel*, Rec. p. 15, respectivamente) o en el asunto relativo a la Resolución del FMI por la que se modifica su Estatuto (Décision n.º 78-93 DC, de 29 de abril de 1978, *Augmentation de la quote-part de la France au Fonds monétaire international*, Rec. p. 23).

vio bien en virtud del artículo 54 o bien a través del artículo 61.2º, no debería plantearse más la cuestión de su conformidad con la Constitución. Sin embargo, ese parece ser el resultado al que se llega a través del control de constitucionalidad de las leyes (de aplicación del acuerdo o acto internacional), dando lugar así a un control *indirecto y posterior* de los textos internacionales.

### B) *El control aplicado al Derecho comunitario*

Estos tipos de control de constitucionalidad son igualmente aplicables, y se han aplicado de hecho con más asiduidad respecto del Derecho comunitario. En concreto, el Derecho originario ha sido objeto de control por la vía del artículo 54, como en los casos del Tratado de Maastricht<sup>44</sup>, el Tratado de Ámsterdam<sup>45</sup> y el Tratado Constitucional Europeo, no así los Tratados fundacionales, ya que este tipo de control fue establecido con posterioridad. Existen algunos supuestos que resultan difíciles de encuadrar, como se puso de manifiesto con los asuntos *Recursos propios* y *Elecciones al Parlamento europeo por sufragio universal*, que no obstante fueron decididos sobre la base de considerar como «compromisos internacionales» (en el marco del artículo 54) las decisiones comunitarias objeto de control<sup>46</sup>. Incluso, en opinión de Gaïa, en la actualidad el control incidental del Derecho comunitario originario,

<sup>44</sup> Décision n.º 92-308 DC, de 9 de abril de 1992, *Traité sur l'Union européenne*, Maastricht I, y Décision n.º 92-312 DC, *Traité sur l'Union européenne*, Maastricht II, ya citadas. Véase JACQUÉ, J.-P., «Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel n.º 92-308 DC du 9 avril 1992», 28 *R.T.D.E.*, n.º 2, pp. 251 y ss.; FAVOREU, L., «Chronique: Jurisprudence du Conseil constitutionnel. Traité de Maastricht», 12 *R.F.D.C.*, 1992, pp. 719 y ss.; FAVOREU, L. y GAÏA, P., «Les décisions du Conseil constitutionnel relatives au traité sur l'Union européenne», 11 *R.F.D.C.*, 1992, pp. 391 y ss.; GENEVOIS, B., «Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution révisée», *R.F.D.A.*, n.º 6, 1992, pp. 937 y ss.

<sup>45</sup> Décision n.º 97-394 DC, de 31 de diciembre de 1997, *Traité d'Amsterdam*, *Rec.* p. 344. Véase CHALTIEL, F., «Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel relative au Traité d'Amsterdam», *R.M.C.U.E.*, n.º 415, 1998, pp. 73 y ss.; GAÏA, P., «Chronique: Jurisprudence du Conseil constitutionnel. Traité d'Amsterdam», 33 *R.F.D.C.*, 1998, pp. 141.

<sup>46</sup> En contra de esta solución DUBOIS, L., «Le juge français et le conflit entre norme constitutionnelle et norme européenne», *Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, París, 1991, p. 210.

por la vía del artículo 61.2º, no está tampoco excluido del todo a la vista de decisiones como *Control de la inmigración*<sup>47</sup>.

La puesta en marcha de este mecanismo de control de constitucionalidad ha tenido como resultado, una vez detectada la incompatibilidad de alguno de los preceptos del Tratado sometido a control, la modificación de la Constitución<sup>48</sup>. La revisión constitucional ha consistido normalmente en la introducción de un precepto en la Constitución de 1958 que venía a superar puntualmente el problema de constitucionalidad suscitado por la transferencia de competencias a las CC.EE. o U.E.<sup>49</sup>

Respecto del Derecho derivado<sup>50</sup>, como se ha señalado ya, no existe en Derecho constitucional francés un control del tipo *a posteriori* que pueda ser aplicado a las normas creadas por las instituciones comunitarias. Los inconvenientes, tanto teóricos como prácticos, de un control como éste han sido ya puestos de manifiesto. En concreto, desde un punto de vista político, se trataría de un peligro claro para la construcción europea; desde un punto de vista jurídico, además de provocar la responsabilidad del Estado francés, encuentra una serie de obstáculos de tipo práctico<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> Décision n.º 2003-484 DC, de 20 de noviembre de 2003, *Maîtrise de l'immigration*, *Rec.* p. 438. Véase GAÏA, P., «Le contrôle de constitutionnalité ...», *loc. cit.*, pp. 59-60.

<sup>48</sup> Favoreu se extrañaba ya en 1993 de que el resultado de la constatación de inconstitucionalidad fuera siempre la modificación del texto de referencia y no del texto sometido a control de constitucionalidad, véase FAVOREU, L., «Le contrôle de constitutionnalité du Traité de Maastricht et le développement du Droit constitutionnel international», *R.G.D.I.P.*, n.º 1, 1993, p. 57.

<sup>49</sup> La técnica de la revisión-adjunción ha sido bastante criticada, véase LABAYLE, H., «Le contrôle de la constitutionnalité du droit dérivé de l'Union européenne. L'entrée judiciaire européenne au Palais Royal», *R.F.D.A.*, n.º 3, 2003, p. 451; COMBACAU, J., «La souveraineté internationale de l'État dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français», *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n.º 9, 2000, p. 4, en [www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc9/combacau.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc9/combacau.htm); PELLET, A., «Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et les traités. À propos de la Décision du Conseil constitutionnel du 31 décembre 1997 (Traité d'Amsterdam)», *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n.º 4, 1997, pp. 11-12, en [www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc4/ccc4pell.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc4/ccc4pell.htm).

<sup>50</sup> Desde el punto de vista del Derecho comunitario, este control de constitucionalidad del Derecho derivado es en todo caso contrario a los Tratados constitutivos (artículo 249 TCE) y a la jurisprudencia del TJCE (aplicabilidad directa y efecto directo), y de llevarse a cabo se incurriría en incumplimiento por parte del Estado francés.

<sup>51</sup> Rueda pone de manifiesto que, además de situar al juez nacional ante un control sobre un ordenamiento que le supera, en Derecho francés la vía del control «con-

Ahora bien, la doctrina constitucionalista francesa no deja de sostener la posibilidad de someter los actos de Derecho comunitario derivado al control de constitucionalidad previsto, esto es, el control *a priori*<sup>52</sup>, sobre todo a través de la posibilidad abierta por el artículo 61.2º, que puede conducir en realidad a un control *a posteriori* de la norma comunitaria<sup>53</sup>. En opinión de algunos autores, este control preventivo de constitucionalidad del Derecho derivado de la Unión resulta, no sólo indispensable, sino insuficiente tal y como se configura en la actualidad para evitar la inmunidad constitucional de las normas comunitarias, por lo que se impondría su reforma<sup>54</sup>. En otras palabras, una amplia capa de juristas franceses quiere garantizar que la transferencia de competencias hacia las CCEE/UE se realice en el más escrupuloso respeto de las habilitaciones constitucionales y no están dispuestos a que dichas transferencias se produzcan de modo implícito por la vía del Derecho derivado.

a) El control de los «compromisos internacionales»  
del artículo 54

Un constitucionalista tan reputado como Favoreu entiende que los parlamentarios franceses pueden introducir un recurso ante el C.C. sobre la base del artículo 54 frente a actos de Derecho derivado como Directivas y quizá incluso Reglamentos. Ello se justificaría en la interpretación extensiva que el C.C. habría otorgado al concepto de «com-

---

creto» de constitucionalidad (equivalente a la cuestión de constitucionalidad en España) y que permitiría realizar este control *a posteriori*, no existe, véase RUEDA F., *Le contrôle de l'activité du pouvoir exécutif par le juge constitutionnel. Les exemples français, allemand et espagnol*, LGDJ, París, 2000, pp. 253 y ss.

<sup>52</sup> Aunque, por otro lado, no faltan autores galos que afirman con buen criterio que un control preventivo del Derecho derivado es simplemente imposible, debido a la autonomía del Derecho comunitario, véase DORD, O., «Le contrôle de constitutionnalité des actes communautaires dérivés: De la nécessité d'un dialogue entre les juridictions suprêmes de l'Union européenne», *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n.º 4, 1997, p. 3, en [www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc4/cc4dord.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc4/cc4dord.htm).

<sup>53</sup> Sin embargo, esta solución no es la más idónea ni siquiera desde el punto de vista interno del control ya que, de concretarse la inconstitucionalidad, no habría más opción que la condena por incumplimiento por parte de Francia o la modificación, sin mucho margen de maniobra, del texto constitucional.

<sup>54</sup> A la luz de ciertos casos recientes como los relativos a la orden de detención europea y los acuerdos de extradición y asistencia judicial con EE.UU., véase LABAYLE, H., «Le contrôle de la constitutionnalité du droit dérivé...», *loc. cit.*, pp. 445-446.

promiso internacional» recogido en este precepto<sup>55</sup>. Por otro lado, sin embargo, otros autores, la mayoría, rechazan la posibilidad de un control de constitucionalidad por la vía del artículo 54, diseñado a los efectos de recepción del Derecho internacional, no del Derecho comunitario derivado. Es cierto que el C.C. matizó en varias ocasiones el concepto de «compromiso internacional»<sup>56</sup>, de tal modo que ha interpretado por tal ciertas decisiones de las instituciones comunitarias (los ya citados asuntos *Fondos propios* y *Elecciones al Parlamento europeo por sufragio universal*) o resoluciones del FMI (el ya citado asunto *Aumento de la cuota-parte en el FMI*). Sobre la base de estos asuntos, se ha ido generando un renovado impulso por parte de los constitucionalistas franceses por activar el artículo 54 para, de alguna manera, dejar esta vía abierta en relación con el Derecho comunitario derivado, en lo que supondría un control directo y *a posteriori*<sup>57</sup>. Algunos autores incluso aventuran propuestas de futuro un tanto rocambolescas<sup>58</sup>, mientras que desde otras posiciones se solicita la reforma del artículo 54 para permitir este control de constitucionalidad<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> Véase FAVOREU, L. y PHILIP, L., *Les grandes décisions...*, loc. cit., p. 829, que citan otra doctrina en su apoyo.

<sup>56</sup> GAÏA ha detectado un criterio orgánico y otro material en la determinación por el C.C. del concepto «compromiso internacional», véase GAÏA, P., *Le Conseil constitutionnel et l'insertion des engagements internationaux dans l'ordre juridique interne. Contribution à l'étude des articles 53 et 54 de la Constitution*, PUAM-Economica, París, 1991, pp. 22-31.

<sup>57</sup> En efecto, hay quien ha rastreado en la jurisprudencia para concluir que una concepción restrictiva del artículo 54 no sería conforme con el posicionamiento ya expresado por el Alto Tribunal francés, véase RUEDA F., *Le contrôle de l'activité du pouvoir exécutif...*, loc. cit., pp. 265-266.

<sup>58</sup> Véase MEINDL, T., «Le contrôle de constitutionnalité des actes de droit communautaire dérivé en France: la possibilité d'une jurisprudence *Solange II*», *R.D.Publ.*, n.º 6, 1997, pp. 1687 y ss.

<sup>59</sup> Se trata de lo que podríamos denominar como síndrome «MAZEAUD»: entre las propuestas de modificación destacan las presentadas por el diputado Mazeaud que, ya desde la tramitación de la ley constitucional de 25 de junio de 1992 con ocasión del Tratado de Maastricht, propuso la modificación del artículo 54 de la Constitución con el objeto de extender el control del C.C. previsto en este precepto a los actos de Derecho comunitario. Aunque fue rechazada por los problemas que planteaba (véase RULLIER, B., «L'article 88-4 de la Constitution: un premier bilan», *R.D.Publ.*, n.º 6, 1994, p. 1713), Mazeaud y Pandraud presentaron un poco más tarde la proposición de ley constitucional n.º 194, depositada el 18 de mayo de 1993, en la que se pretendía insertar en la Constitución un artículo 88.5º sobre la instauración de un control del Derecho comunitario ya adoptado, es decir, un control *a posteriori*, proposición que también fue desechada.

Sin embargo, como afirma la mayoría de la doctrina, no parece posible que pueda aplicarse (y menos aún de modo automático) el artículo 54, y la categoría de «compromisos internacionales» que establece, a los actos de Derecho derivado<sup>60</sup>. El concepto de acuerdo internacional aprobado o ratificado en el sentido de este precepto no corresponde ni al Reglamento o Decisión comunitarias, que no necesitan en principio de ninguna medida complementaria para su aplicación, ni a las Directivas o las Decisiones Marco que necesitan de una transposición pero presentan un carácter obligatorio específico<sup>61</sup>.

b) El control de las leyes previsto en el artículo 61.2º

Como el control por la vía del artículo 54 se antoja muy difícil y por tanto inoperante, el artículo 61.2º se sitúa como el mecanismo más adecuado para poder realizar un control indirecto del Derecho comunitario derivado, con ocasión del examen de la ley de transposición o aplicación del mismo en el Derecho interno.

En principio, parece que el control que puede realizar el C.C. por esta vía es triple<sup>62</sup>: puede examinar la regularidad del procedimiento legislativo interno que se ha seguido; o analizar las disposiciones nacionales no directamente exigidas por la aplicación del Derecho comunitario derivado; o controlar las disposiciones internas necesariamente deducidas de la aplicación del Derecho derivado, lo que equivale a un control directo de éste último.

La jurisprudencia del C.C. en este sentido no es muy abundante. En primer lugar, en cuanto al control de las leyes de aplicación de Reglamentos comunitarios, hay dos decisiones relativas a la ley presupuestaria para 1978 y a la ley presupuestaria rectificativa para 1977 que fijaban las modalidades de recaudación de una cotización nacional destinada

<sup>60</sup> Véase RIDEAU, J., «Commentaires sur la Décision du Conseil constitutionnel du 31 décembre 1997», en MAUS, D. y PASSELECQ, O., *Le traité d'Amsterdam face aux constitutions nationales*, La Documentation Française, París, 1998, p. 111 ; GAÏA, P., «Le contrôle de constitutionnalité...», *loc. cit.*, p. 46; DORD, O., «Le contrôle de constitutionnalité des actes communautaires dérivés...», *loc. cit.*, p. 5.

<sup>61</sup> Véanse los términos rotundos en este sentido de DUBOIS, L., «Le contrôle de la compatibilité des décisions de l'Union européenne avec la Constitution française», *Mélanges J. Schwob*, Bruylant, Bruselas, 1997, p. 340.

<sup>62</sup> Véase «Rapport français, Droit communautaire dérivé et droit constitutionnel...», *loc. cit.*, p. 10.



a regularizar el mercado de la isoglucosa (creada por un Reglamento comunitario)<sup>63</sup>. En ellas el C.C. sostiene que el reparto de competencias operado por el Reglamento entre las instituciones comunitarias y las autoridades nacionales no es sino la «consecuencia de los compromisos internacionales suscritos por Francia que entran dentro del campo de aplicación del artículo 55 de la Constitución». En opinión de algunos autores, el C.C., al negarse a controlar la constitucionalidad de las normas comunitarias de efecto directo como los Reglamentos, ha otorgado una inmunidad total, o presunción de constitucionalidad<sup>64</sup> a este tipo de normas<sup>65</sup>.

Respecto del control de las leyes de transposición de las Directivas, hasta ahora encontrábamos la decisión relativa a la adaptación de la legislación nacional sobre el IVA a la Sexta Directiva, la relativa a ley sobre la protección social complementaria de los trabajadores, y el caso de la ley relativa a la información y consulta de los trabajadores de las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria<sup>66</sup>. Sin embargo, al contrario que ocurre con las decisiones del C.C. de 2004, en ninguno de estos casos se reclamaba la inconstitucionalidad material de las disposiciones legales que realizaban la transposición de la Directiva<sup>67</sup>,

<sup>63</sup> Décision n.º 77-89 DC, de 30 de diciembre de 1977, *Rec.* p. 46; Décision n.º 77-90 DC, de 30 de diciembre de 1977, *Rec.* p. 44, respectivamente.

<sup>64</sup> Véase GAÏA, P., *Le Conseil constitutionnel et l'insertion des engagements internationaux...*, *op. cit.*, p. 57; DUBOUIS, L., «Le juge français et le conflit entre norme constitutionnelle...», *loc. cit.*, p. 208.

<sup>65</sup> No obstante, hay quien piensa que, en realidad, para que el C.C. haya podido llegar en estos dos casos a una solución al problema central planteado (reparto de competencias comunitaria y nacional), ha sido necesario que éste lleve a cabo un control, aunque sea implícito, de la legalidad de los dos Reglamentos comunitarios (es decir, de la adecuación de éstos a las competencias transferidas por el Estado francés y recogidas en el Tratado constitutivo). Para fundamentar esta postura, MEINDL se agarra a dos «índices», derivados de la argumentación del C.C. en estas dos decisiones, que resultan bastante débiles, véase MEINDL, T., «Le contrôle de constitutionnalité...», *loc. cit.*, p. 1674.

<sup>66</sup> Décision n.º 78-100 DC, de 29 de diciembre de 1978, *Rec.* p. 38; Décision n.º 94-348 DC, de 3 de agosto de 1994, *Rec.* p. 117; Décision n.º 96-383 DC, de 6 de noviembre de 1996, *Rec.* p. 128, respectivamente.

<sup>67</sup> Aunque en la Decisión de 1994 se declaraba una inconstitucionalidad basada en la violación del principio de igualdad que no afectaba a disposiciones de aplicación del Derecho comunitario, recientemente, un miembro del C.C. ha señalado que en esta Decisión 94-348 el juez constitucional llevó a cabo, por esta vía indirecta, un claro control de constitucionalidad sobre el mismo, véase DUTHEILLET DE LAMO-

por lo que no se planteó realmente el problema de la compatibilidad con la Constitución. Quedaba sin resolver pues la cuestión de si el C.C. se pronunciaría indirectamente, llegado el caso, sobre la inconstitucionalidad de la misma Directiva.

En un marco jurídico que no corresponde al del Derecho comunitario derivado, el C.C. también se ha pronunciado sobre la ley de autorización de la Convención de aplicación del Acuerdo Schengen<sup>68</sup>, en donde, en opinión de Gaïa, se abrió la puerta para controlar de manera incidental las decisiones adoptadas por el Comité ejecutivo Schengen<sup>69</sup>.

El C.C. también ha tenido la oportunidad de decidir en el caso de una ley adoptada en cumplimiento de una sentencia del TJCE<sup>70</sup>. El artículo 13 de la ley presupuestaria para 1981, relativo a la imposición de vinos y alcoholes, pretendía armonizar la legislación francesa con las disposiciones comunitarias, tal y como habían sido interpretadas por el TJCE. Los recurrentes entendían que las disposiciones legislativas nacionales suponían una limitación de la soberanía nacional contraria al artículo 55 de la Constitución (que establece una reserva de reciprocidad), en la medida en que otros Estados miembros no cumplían con la misma normativa comunitaria. Este argumento fue rechazado por el C.C., el cual otorga a la reserva de reciprocidad un valor muy reducido.

En definitiva, las ocasiones que el C.C. ha tenido para operar un control de la norma comunitaria de manera indirecta, vía artículo 61.2º, a través de la ley de transposición o de aplicación del Derecho derivado no se han verificado en un auténtico control *a posteriori*. No obstante, para cierta doctrina, el C.C. no habría realizado un control más amplio de la norma comunitaria, por esta vía indirecta, debido a que no se le ha presentado un supuesto de hecho que permitiera un control más im-

---

THE, O., «Le Conseil constitutionnel et le droit européen», 57 *R.F.D.C.*, 2004, pp. 29-30. Por el contrario, Rueda entiende que estas decisiones ponen de manifiesto la voluntad del C.C. de limitar su control a las leyes de transposición, guardándose bien de avanzar más, lo que podría estar conduciendo al Alto Tribunal francés a la adopción de una nueva teoría de la *loi-écran*, véase RUEDA F., *Le contrôle de l'activité du pouvoir exécutif...*, *op. cit.*, p. 262.

<sup>68</sup> Décision n.º 91-294 DC, de 25 de julio de 1991, *Accord de Schengen*, *Rec.* p. 91. Véase GAÏA, P., «Chronique: Jurisprudence du Conseil constitutionnel», 8 *R.F.D.C.*, 1991, pp. 703 y ss.

<sup>69</sup> Por la vía de un recurso contencioso dirigido contra las medidas de aplicación dictadas por las autoridades francesas, véase GAÏA, P., «Le contrôle de constitutionnalité...», *loc. cit.*, p. 60.

<sup>70</sup> Décision n.º 80-126 DC, de 30 de diciembre de 1980, *Rec.* p. 53.

portante<sup>71</sup>. Por otro lado, no han faltado intentos que buscaban ampliar el campo de aplicación del artículo 61.2º para incluir las propuestas de actos normativos comunitarios<sup>72</sup>.

### III. EL CONTROL EJERCIDO POR EL CONSEJO DE ESTADO Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

El punto de partida es que no corresponde a la jurisdicción judicial ni al juez administrativo el control de la validez constitucional de los tratados, de tal modo que la jurisdicción ordinaria ha sostenido a lo largo de su jurisprudencia la incompetencia del juez común en esta materia de control constitucional. Ahora bien, a partir de la segunda mitad de la década de los noventa, el *Conseil d'État* parece haber fallado en una serie de sentencias en un sentido contrario al que se acaba de mencionar y ha realizado un control de constitucionalidad de los compromisos internacionales.

Como ya hemos descrito, en la sentencia *Koné* de 1996, anteriormente citada, el *Conseil d'État* mantuvo que un tratado internacional puede y debe ser interpretado a la luz, si es necesario, de un principio con valor constitucional<sup>73</sup>. Algunos autores entendieron que, con esta decisión, se realizaba sin ninguna duda un control *a posteriori* de un tratado<sup>74</sup>, lo que conducía realmente a una nueva delimitación de compe-

<sup>71</sup> Véase MEINDL, T., «Le contrôle de constitutionnalité...», *loc. cit.*, p. 1672-1673.

<sup>72</sup> De nuevo Mazeaud y Pandraud, tras su discusión en el seno de la *Delegación para la Unión Europea* de la Asamblea nacional (véase MAZEAUD, P., *Droit communautaire et constitutions nationales, Rapport d'information n.º 2630*, Delegación de la Asamblea nacional para la Unión Europea, 11 de marzo de 1996), introdujeron una nueva propuesta (proposición de ley constitucional n.º 2641, depositada el 13 de marzo de 1996, luego proposición n.º 43 de 3 de julio de 1997) para la inserción de un artículo 88.5º, que sería el equivalente del artículo 61.2º, es decir, instauraría un control directo y *a priori* del Derecho comunitario derivado. El objetivo de esta iniciativa consistía pues en confiar al juez constitucional la tarea de detectar los conflictos que se pudieran suscitar entre las propuestas de actos de las instituciones comunitarias y el texto constitucional. Los problemas que presentaba esta propuesta, tanto desde el punto de vista externo o comunitario, como desde el punto de vista interno, condujeron a su fracaso.

<sup>73</sup> Para el *Conseil d'État*, el acuerdo de extradición entre Francia y Malí debía interpretarse de conformidad con el principio fundamental de valor constitucional según el cual el Estado debe rechazar una extradición solicitada con fines políticos.

<sup>74</sup> Véase ALLAND, D., «Un nouveau mystère de la pyramide...», *loc. cit.*, p. 246.

tencias de control<sup>75</sup>. En la sentencia *Sarran* de 1998, ya citada, vino a añadir que la supremacía conferida a los compromisos internacionales no se aplica, en el orden jurídico interno, a las disposiciones de naturaleza constitucional. Con ocasión de este asunto, la doctrina ya ni siquiera se detuvo en la cuestión relativa al control *a posteriori* que podía implicar tal decisión<sup>76</sup>. Por su parte, la sentencia *SARL du parc d'activités de Blotzheim*, también de 1998<sup>77</sup>, ha afirmado que los tratados o acuerdos del artículo 53 de la Constitución cuya ratificación o aprobación ha tenido lugar sin la autorización de una ley no pueden ser considerados como regularmente ratificados o aprobados en el sentido del artículo 55, y por tanto no pueden ser aplicados en el orden interno<sup>78</sup>. A estas decisiones hay que sumar la sentencia *Fraissee*, ya citada, dictada por la *Cour de Cassation* en un sentido muy parecido a la sentencia *Sarran*.

Aunque estas sentencias no pueden interpretarse como una alteración de la situación de partida, es decir, no implican una arrogación y, por tanto, una modificación en la competencia de control de constitucionalidad de tratados, la doctrina coincide en que los efectos del control ejercido por el *Conseil d'État* en estas decisiones son comparables a los de un auténtico control de constitucionalidad<sup>79</sup>. Además, esos efectos no se

<sup>75</sup> Para Gaïa, se deducía de esta decisión que, si correspondía al C.C. controlar *a priori* la validez constitucional de un tratado, al juez ordinario le iba a corresponder la apreciación *a posteriori* de su aplicabilidad, véase GAÏA, P., «Normes constitutionnelles et normes internationales», *R.F.D.A.*, n.º 5, 1996, p. 890.

<sup>76</sup> Salvo Denys SIMON, que sostiene que el *Conseil d'État* podría haber rechazado realizar un control de compatibilidad entre una ley constitucional y un acuerdo internacional en esta decisión, véase SIMON, D., «L'arrêt Sarran: Dualisme incompressible...», *loc. cit.*, p. 5.

<sup>77</sup> CE, Asamblea, 18 de diciembre de 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim et SCI Haselaecker*, *Rec. Lebon*, p. 483.

<sup>78</sup> Este supuesto es más específico, ya que la posible incompatibilidad entre tratado internacional y Constitución afecta a cuestiones no sólo de fondo, sino también de forma, en la medida en que no se han respetado las formalidades constitucionales para la incorporación del acuerdo internacional. Este tipo de control *a posteriori* a realizar por los tribunales ordinarios ya fue propugnado por DUBOUIS, para quien el control de la regularidad de la ratificación de los tratados (que incluye el respeto de las exigencias constitucionales de procedimiento y también de fondo) resulta legítimo, siempre y cuando los límites establecidos por los artículos 27 y 46 del Convenio de Viena de 1969 no sean vulnerados, véase DUBOUIS, L., «L'arrêt *Nicolo* et l'intégration de la règle internationale...», *loc. cit.*, p. 1007.

<sup>79</sup> En efecto, la doctrina ha deducido de esta aproximación de posiciones por parte de las altas instancias jurisdiccionales el establecimiento de un control de constitucio-

acaban en la posibilidad de control, sino que llegan incluso hasta la alteración de los resultados tradicionales del mismo: el juez administrativo no aplica el tratado internacional (que, recordemos, hace en principio «pantalla» respecto de la Constitución) sino que deja sin efecto a la norma internacional cuando la norma interna sometida a escrutinio encuentre un asidero directo en la Constitución. Aplicado al Derecho comunitario derivado (puede imaginarse el supuesto en que una norma nacional de ejecución del Derecho derivado es inaplicada por contrariedad con la Constitución), este control de constitucionalidad *a posteriori* conduciría a unos resultados muy criticables<sup>80</sup>.

Pero este control que ejerce el *Conseil d'État*, de carácter más bien excepcional, no acaba aquí, sino que por el contrario, de acuerdo con el artículo 39 de la Constitución, las formaciones administrativas del mismo son consultadas obligatoriamente sobre los proyectos de ley de ratificación o aprobación de los tratados o acuerdos previstos en el artículo 53. En este caso, sus opiniones pueden también recaer sobre la conformidad con la Constitución de estas leyes e, indirectamente, de los tratados que se incorporan a través de ellas, opiniones que suelen ser tenidas en cuenta por el Gobierno. En realidad, es esta segunda vía la que se ha potenciado en relación con el control preventivo del Derecho comunitario derivado. La modificación de la Constitución llevada a cabo a través de la ley constitucional n.º 92-554 de 25 de junio, que introdujo el título XV «Sobre las Comunidades europeas y la Unión europea», insertó el artículo 88.4º que establece la obligación del Gobierno de transmitir a las Cámaras los proyectos o proposiciones de actos de las CCEE y de la UE que comporten disposiciones de naturaleza legislativa. El juego combinado de los artículos 39 y 88.4º<sup>81</sup> permite al *Conseil*

nalidad por vía de excepción del Derecho internacional y comunitario, con especiales consecuencias para el Derecho derivado, véase ONDOUA, A., «La Cour de Cassation et la place respective de la Constitution et des traités...», *loc. cit.*, pp. 997 y ss.

<sup>80</sup> Véase MAUGÜE, C., «L'arrêt Sarran, entre apparence et réalité», *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n.º 7, 1999, p. 5, en [www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc7/maugue.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc7/maugue.htm).

<sup>81</sup> A los que hay que añadir el anexo IV de la Circular del Primer Ministro de 21 de marzo de 1994 relativa a las relaciones entre las administraciones francesas y las instituciones de la Unión europea (*J.O.* 1994, p. 4783), completada con la Circular de 9 de noviembre de 1998 relativa al procedimiento de seguimiento de la transposición de directivas comunitarias en derecho interno (*J.O.* 1998, p. 16948), y la posibilidad siempre abierta de que el Gobierno solicite la intervención del *Conseil d'État* conforme al artículo L. 112-1, primer párrafo del Código de justicia adminis-

*d'État* señalar la existencia de una dificultad jurídica mayor<sup>82</sup>, de modo que su dictamen ha sido juzgado tradicionalmente como un control *a priori* muy satisfactorio, también en lo que respecta a la constitucionalidad de las proposiciones de actos comunitarios<sup>83</sup>.

En efecto, si se trata de actuar de una manera preventiva, lo lógico sería intervenir antes de que el Estado haya expresado su consentimiento en el Consejo de Ministros de la Unión, en el estadio de la negociación. De este modo anticipado se evitaría una declaración de inconstitucionalidad *ex post*, es decir, cuando la norma comunitaria haya sido ya adoptada. Además, debemos «presumir que el legislador comunitario deseará evitar violar las disposiciones constitucionales de un Estado miembro (...) y que si un Estado invoca el riesgo de tal violación, el Consejo hará lo posible para encontrar una solución alternativa»<sup>84</sup>, aunque hay que reconocer que, en una Unión Europea de 25 Estados miembros funcionando sobre la base de la mayoría cualificada, el Consejo de Ministros no se podrá paralizar debido a los estados de ánimo constitucional de sus miembros.

Labayle ha sostenido que el *Conseil d'État* aparece claramente hoy por hoy como el guardián de la Constitución, si bien de un modo que es criticable a resultas de los recientes controles ejercidos por éste en relación con la orden de detención europea<sup>85</sup> y los acuerdos de extradición y asistencia judicial con EE.UU.<sup>86</sup> En su opinión, con ocasión de la ley

trativa, para que se pronuncie sobre la oportunidad y la constitucionalidad de un texto, véase DRAGO, G., «Fonction consultative du Conseil d'État et fonction de Gouvernement: de la consultation à la codécision», *A.J.D.A.*, n.º 18, 2003, p. 948.

<sup>82</sup> SAURON, J.-L., *L'administration française et l'Union européenne*, La Documentation Française, París, 2000, p. 121; SAURON, J.-L., «Le contrôle parlementaire de l'activité gouvernementale en matière communautaire en France», *35 R.T.D.E.*, n.º 2, 1999, p. 195.

<sup>83</sup> Véase LUCHAIRE, F. y COHEN-TANUGUI, L., en PASSELECQ, O. *et alii*, «Les constitutions nationales face au droit européen. Conférence-débat – 12 juin 1996», *28 R.F.D.C.*, 1996, pp. 684 y 692.

<sup>84</sup> Véase RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y PUISOCHET, J.-P., «Rapport de la Cour de Justice des Communautés Européennes. Droit communautaire dérivé et droit constitutionnel: conférence des Cours ayant compétence constitutionnelle des Etats membres de l'Union européenne», *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n.º 4, 1997, p. 4, en [www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc4/ccc4fran.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc4/ccc4fran.htm).

<sup>85</sup> Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, *DO L* 190, de 18 de julio de 2002, p. 1.

<sup>86</sup> Acuerdo de Extradición entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, *DO L* 181, de 19 de julio de 2003, p. 27; Acuerdo de Asistencia Judicial entre

constitucional de 26 de marzo de 2003<sup>87</sup>, que ha completado el artículo 88.2º, se ha puesto de manifiesto que el carácter aleatorio o discrecional (en cuanto al momento, oportunidad y alcance) de la consulta al *Conseil d'État*, su ineficacia preventiva, así como la ausencia de fuerza obligatoria de dicha consulta, resultan problemáticos y muy mejorables<sup>88</sup>. El objetivo debería consistir pues en la temprana conciliación entre las reglas constitucionales y el Derecho derivado de la Unión, para evitar supuestos de disfunción como el relativo a la orden de detención europea, en donde el *Conseil d'État* había anunciado en 2001, antes de su adopción, una serie de objeciones que después se han confirmado en la segunda consulta de 2002.

No obstante, sobre la actuación preventiva del *Conseil d'État* existen valoraciones diversas<sup>89</sup>. Hay quien opina que este derrotero no es adecuado, ya que nada obliga al *Conseil d'État* a seguir la jurisprudencia del C.C., con lo que existiría un riesgo de que se vea afectada la coherencia de la «justicia constitucional», en la medida en que ésta sería ejercida por dos instancias que podrían abocar a soluciones divergentes<sup>90</sup> y,

---

la Unión Europea y los Estados Unidos de América, DO L 181, de 19 de julio de 2003, p. 34.

<sup>87</sup> Aunque en el caso de la orden de detención europea el acto derivado de Derecho de la Unión ya se había adoptado y, por tanto, el control sobre la transposición de la norma de la Unión, siendo preventivo desde el punto de vista interno, constituye un control *a posteriori* de dicha norma, la opinión negativa del *Conseil d'État* advirtiendo sobre la inconstitucionalidad de la Decisión Marco ha provocado la primera revisión constitucional originada por el Derecho derivado, no ya comunitario, sino de la Unión.

<sup>88</sup> Este autor cree además que, por sus respuestas, el *Conseil d'État* contribuye de manera decisiva a trivializar el control de constitucionalidad de los actos de Derecho derivado, véase LABAYLE, H., «Le contrôle de la constitutionnalité du droit dérivé...», *loc. cit.*, pp. 443, 445 y 448.

<sup>89</sup> Para Dord, por ejemplo, en el plano interno se tergiversa la lógica misma del control de constitucionalidad, ya que las opiniones de las formaciones administrativas del *Conseil d'État* no obligan al Gobierno; mientras que, ahora ya en el plano comunitario, el juego de la mayoría cualificada y el poder de modificación de las propuestas normativas que tiene la Comisión ponen en entredicho la misma puesta en marcha de este mecanismo, véase DORD, O., «Le contrôle de constitutionnalité des actes communautaires dérivés...», *loc. cit.*, p. 4.

<sup>90</sup> De hecho, Labayle cree que ya se ha materializado este supuesto en el caso del Dictamen de 7 de mayo de 2003, en el que el *Conseil d'État* ha interpretado que los tratados internacionales celebrados sobre la base del artículo 34 TUE no necesitan de la ratificación establecida en el artículo 53 de la Constitución, véase Labayle, H., «Le contrôle de la constitutionnalité du droit dérivé...», *loc. cit.*, p. 459.

además, no se puede excluir el supuesto en el que el C.C. enmendara la plana al *Conseil d'État* en un caso concreto. Se ha señalado asimismo que podría ser peligroso erigir al *Conseil d'État* en el «único defensor de la Constitución por lo que respecta al Derecho comunitario derivado»<sup>91</sup>. Por contra, otra parte de la doctrina entiende que este reforzamiento del papel del *Conseil d'État* en relación con el control del Derecho comunitario derivado forma parte de una realidad ya existente<sup>92</sup>. De hecho, el *Conseil d'État* se propone él mismo para ejercer el control, bien antes de la negociación (del acto de Derecho derivado), bien durante la misma, para clarificarle al Gobierno la posible inconstitucionalidad<sup>93</sup>, es decir, en un terreno demasiado movedido y contingente como para que el C.C. se encargase de esta tarea. La puesta en marcha de un principio de «precaución constitucional» en manos del *Conseil d'État* reforzando su intervención en el marco del artículo 88.4º, se dice, conduciría a una mejor conciliación entre la salvaguardia del orden constitucional y el respeto de la obligación de lealtad comunitaria<sup>94</sup>.

#### IV. INCOMPATIBILIDAD ENTRE DERECHO COMUNITARIO Y CONSTITUCIÓN

El punto de partida inicial debe ser la afirmación de principio de no contradicción entre Constitución y Derecho derivado, no sólo sostenida por la doctrina comunitarista<sup>95</sup>, sino también admitida por los constitucionalistas<sup>96</sup>.

Sin embargo, si atendemos al sentir de alguna doctrina francesa, la inconstitucionalidad directa o de fondo, es decir, la que se deriva de la

<sup>91</sup> Véase RUEDA F., *Le contrôle de l'activité du pouvoir exécutif...*, *op. cit.*, pp. 298-299.

<sup>92</sup> Véase STIRN, B., «Le Conseil d'État et l'Europe», en *L'état de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, París, 1996, p. 660 y ss.

<sup>93</sup> Véase MASSOT, J., «Le Conseil d'État et le droit communautaire», *Mélanges Paul Sabourin*, Bruylant, Bruselas, 2001, p. 256; Conseil d'État, section du rapport et des études, *La norme internationale...*, *op. cit.*, p. 87.

<sup>94</sup> Véase ONDOUA, A., «L'ordre constitutionnel français à l'épreuve de la décision-cadre du 13 juin 2002 sur le mandat d'arrêt européen», *A.J.D.A.*, n.º 26, 2003, p. 1374.

<sup>95</sup> Véase RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y VALLE GÁLVEZ, A., «El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», 2 *R.D.C.E.*, 1997, p. 374.

<sup>96</sup> Véase GAÏA, P., «Le contrôle de constitutionnalité...», *loc. cit.*, p. 64.



incompatibilidad material de las disposiciones comunitarias con la Constitución, es posible. Así, se ha citado el ejemplo de la denominada ley «Pasqua», de aplicación de los Acuerdos de Schengen que, junto a los recientes casos relativos a la orden de detención europea y los acuerdos de extradición y asistencia judicial con EE.UU., serviría para poner de manifiesto que la hipótesis existe, esto es, que las normas de aplicación de los Tratados constitutivos, el Derecho derivado, pueden revelarse contrarias a la Constitución<sup>97</sup>.

Las posibilidades de contrariedad entre norma comunitaria derivada y norma constitucional francesa podrían clasificarse en tres grandes grupos<sup>98</sup>. Por un lado, podría producirse una incompatibilidad entre la norma comunitaria y una norma constitucional ordinaria. En segundo lugar, es posible que la norma comunitaria colisione con alguna de las reglas o principios de valor constitucional, incluida la incompatibilidad que podría darse en el ámbito del respeto de los derechos fundamentales. Por último, podría suceder que la norma comunitaria supusiera una vulneración de la habilitación constitucional en materia de transferencia de competencias.

En el primer caso, es posible que una norma comunitaria, en principio conforme a los Tratados, pueda revelarse contraria a la Constitución nacional. Esto hubiera sucedido, por ejemplo, de haber prosperado la propuesta de Directiva de la Comisión europea sobre el voto de los residentes comunitarios en el Estado miembro de residencia para las elecciones municipales, que con ocasión del Tratado de Maastricht provocó la modificación de la Constitución francesa. Otro caso pareció suscitarse con la reserva expresada por el *Conseil d'État* (10 de junio de 1993) sobre la proposición de Directiva en materia de tratamiento de datos de carácter personal.

En relación con el segundo supuesto, y respecto de los derechos fundamentales o derechos humanos, el potencial conflicto entre normas

<sup>97</sup> Aunque en la Decisión n.º 91-294 DC, ya citada, sobre los Acuerdos de Schengen, el C.C. afirmó la compatibilidad de éstos con la Constitución, en la Decisión n.º 93-325 DC (de 13 de agosto de 1993, *Rec.* p. 224) el C.C. declaró no conformes a la Constitución determinadas disposiciones (en materia de solicitudes de asilo) de la ley de aplicación de los Acuerdos de Schengen (ley «Pasqua»), a pesar de la conformidad de la ley respecto de los Acuerdos de Schengen, véase MEINDL, T., «Le contrôle de constitutionnalité...», *loc. cit.*, p. 1669.

<sup>98</sup> De acuerdo con DORD, O., «Le contrôle de constitutionnalité des actes communautaires dérivés...», *loc. cit.*, p. 6.

parece cada vez más remoto si se tiene en cuenta la protección ofrecida por el TJCE a través de su jurisprudencia, que ya fue plasmada en Derecho originario en el artículo 6.2º TUE<sup>99</sup>. El C.C. no ha tenido la ocasión de pronunciarse, como sus homólogos alemán e italiano, al respecto de una posible falta de protección por parte del sistema jurídico comunitario de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución nacional<sup>100</sup>. Alguna doctrina, haciendo una lectura singular de la decisión de 9 de abril de 1992, *Maastricht I*, ya citada, ha sugerido que el C.C. ha adoptado en realidad una actitud también «desafiante» en este ámbito<sup>101</sup>. Y en todo caso, hay quien sostiene que un control de constitucionalidad a posteriori para sancionar las violaciones graves de los Derechos fundamentales debe ser previsto como *ultima ratio*<sup>102</sup>.

Aunque esta supervisión de un Tribunal sobre otro no se ha materializado, el C.C. sí ha dado muestras de su voluntad por proteger debidamente aquellos derechos establecidos en la Constitución republicana con un valor superior. Así, respecto de la posible contrariedad con los principios constitucionales intangibles, que en Francia se pueden conectar con los principios nucleares de la República, se pueden citar algunos tales como el principio de la indivisibilidad de la República, la laicidad del Estado, el derecho de asilo, la independencia judicial, y la protección y la defensa del servicio público. Un principio que ha encontrado aplicación reciente en la jurisprudencia del *Conseil d'État* ha sido el de prohibición de la extradición en materia política. Ya proclamado en 1995 en el asunto *Koné*, ha sido retenido de nuevo en el Dictamen de 26 de

<sup>99</sup> Véase LIÑÁN NOGUERAS, D.J., «Derechos humanos y libertades fundamentales en la Unión Europea», en MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, p. 555 y ss.

<sup>100</sup> En realidad, el C.C. ha aceptado de modo explícito la protección de los derechos fundamentales operada por la jurisprudencia del TJCE en su decisión 92-308, ya citada, pronunciada con ocasión del Tratado de Maastricht.

<sup>101</sup> Según esta interpretación, resultaría que el Alto Tribunal francés habría de permitir la intervención previa del TJCE de cara a la protección de los derechos fundamentales para, después, y en el caso de un menoscabo en la debida protección de estos derechos, entrar a conocer ulteriormente, véase MEINDL, T., «Le contrôle de constitutionnalité...», *loc. cit.*, pp. 1684-1685 y RUEDA F., *Le contrôle de l'activité du pouvoir exécutif...*, *op. cit.*, p. 267. De otro lado, Favoreu entiende que la Decisión *Maastricht I* aboga por un reforzamiento del control nacional, no siendo necesaria la intervención de la jurisdicción europea más que a falta de protección nacional, véase FAVOREU, L. y PHILIP, L., *Les grandes décisions...*, *op. cit.*, p. 832.

<sup>102</sup> Véase GAÏA, P., «Le contrôle de constitutionnalité...», *loc. cit.*, p. 69.

septiembre de 2002 para declarar la inconstitucionalidad de la orden de detención europea, lo que ha provocado la primera revisión constitucional motivada por una Decisión Marco del Tercer Pilar.

Por último, el tercer supuesto del que habla la doctrina consistiría en la contrariedad entre norma comunitaria y Constitución nacional producida por la vulneración de la atribución competencial realizada a favor de la Unión Europea por el Estado francés, es decir, por los Estados miembros a favor de las instituciones comunitarias. Dicho con las palabras de un prestigioso constitucionalista, la aceptación del principio de la atribución de competencias no debería traer como consecuencia una «inmunidad contenciosa total y absoluta del Derecho comunitario derivado», sino que, por el contrario, el ejercicio de las competencias normativas de las instituciones comunitarias encuentra, no sólo el límite que le imponen los tratados, sino también los límites «que fijan las habilitaciones constitucionales»<sup>103</sup>.

Alguna doctrina francesa entiende que el C.C. ha llevado a cabo ya de hecho un control «real» del respeto de la distribución de competencias entre las instituciones nacionales y comunitarias, por ejemplo en relación con el control de los Reglamentos realizado en dos de sus decisiones<sup>104</sup>. Sin embargo, de las Decisiones n.º 77-89 y 77-90 ya citadas cabe más bien deducir lo contrario, puesto que el C.C. recuerda que «las repercusiones en el reparto de competencias así operado entre las instituciones comunitarias y las autoridades nacionales (en torno a la instauración de una tasa)... no son sino la consecuencia de los compromisos internacionales suscritos por Francia incorporados por el artículo 55 de la Constitución».

Habría que indagar pues sobre si este supuesto, que podríamos denominar como de exceso (desviación) de poder, y que en Alemania ha dado pie a la clara advertencia por parte del Tribunal Federal frente a

<sup>103</sup> Gaïa identifica una doble incompetencia, convencional y constitucional, ésta última a declarar por el juez constitucional francés; en su opinión, la competencia para decidir sobre un posible exceso de poder no puede recaer exclusivamente sobre el TJCE hasta que éste se convierta en una auténtica Corte Constitucional, véase GAÏA, P., «Le contrôle de constitutionnalité...», *loc. cit.*, pp. 65 y 67.

<sup>104</sup> Véase MEINDL, T., «Le contrôle de constitutionnalité...», *loc. cit.*, p. 1675, que incluso propone un control del C.C. ulterior al del TJCE en cuanto al respeto del principio de atribución de competencias, *ibid.*, p. 1685. Véase también en un sentido similar RUEDA, F., *Le contrôle de l'activité du pouvoir exécutif...*, *op. cit.*, pp. 297-298, que cita a su vez a Favoreu.

la jurisprudencia constructiva del TJCE<sup>105</sup>, encuentra un fenómeno paralelo en la jurisprudencia del C.C. relativa al control por su parte de las denominadas «condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional».

El C.C. adoptó a comienzos de los años noventa como elemento fundamental de contraste en el control de constitucionalidad de tratados el concepto de «condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía». Como afirma Pellet, si a partir de la decisión sobre el Protocolo n.º 6 a la CEDH de 1985<sup>106</sup>, el C.C. parece haber descompuesto este concepto en la tríada del respeto de las instituciones de la República, la continuidad de la vida de la nación y la garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos, este análisis, que se repite en la decisión relativa a la Convención de aplicación del Acuerdo de Schengen de 1991, no es retomado en su decisión *Maastricht I*, ambas citadas. En ésta última se limita a constatar si el acuerdo internacional que se le somete supone, por su *naturaleza e importancia*, una vulneración de dichas condiciones esenciales, criterios que son sustituidos en la decisión *Ámsterdam*, antes citada, por los de *ámbitos y modalidades* de la transferencia de competencias operada por el tratado<sup>107</sup>, como confirma la reciente decisión *Tratado Constitucional Europeo* (Considerando n.º 24). Dicho de otro modo, las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía constituye un criterio de control de la transferencia de competencias a la Unión Europea que se concreta atendiendo a los elementos *formal y material*<sup>108</sup> de las competencias que se pretenden transferir. Si se trata de ámbitos nucleares de la soberanía o, aún no siéndolos, se vislumbra una modalidad de trans-

<sup>105</sup> Véase RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y VALLE GÁLVEZ, A., «El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia...», *loc. cit.*, p. 363; WALTER, C., «Le contrôle de constitutionnalité des actes de droit communautaire dérivé par la Cour constitutionnelle fédérale allemande», *R.D.Publ.*, 1997, p. 1284; DORD, O., «Le contrôle de constitutionnalité des actes communautaires dérivés...», *loc. cit.*, p. 7.

<sup>106</sup> Décision n.º 85-188 DC, de 22 de mayo de 1985, *Protocole n.º 6 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales*, *Rec.* p. 15.

<sup>107</sup> Véase PELLET, A., «Le Conseil constitutionnel, la souveraineté...», *loc. cit.*, p. 6. Véase también GAÏA, P., «La France», en MAUS, D. y PASSELECQ, O., *Le traité d'Amsterdam face aux constitutions nationales*, La Documentation Française, París, 1998, pp. 25-26; y DUBOIS, L., «Le juge français et le conflit entre norme constitutionnelle...», *loc. cit.*, p. 217.

<sup>108</sup> Véase COMBACAU, J., «La souveraineté internationale de l'État...», *loc. cit.*, pp. 6-7.

ferencia en donde Francia pierde todo poder de control, se podría producir la inconstitucionalidad<sup>109</sup>.

Sin embargo, aunque el concepto «condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía» se articula como un filtro para el control de las competencias constitucionales que se van a atribuir en cada momento a la Unión Europea, el C.C. no ha hecho uso de este elemento de contraste para controlar un posible exceso de poder por parte de las instituciones comunitarias, esto es, para controlar el respeto de la delimitación de competencias realizada a través de los diferentes Tratados de Derecho originario, bien sea por preservar el *acquis communautaire* o, simplemente, por respetar el imperativo constitucional sobre los compromisos internacionales asumidos a través del artículo 55, como hemos visto que señalaba la propia instancia constitucional<sup>110</sup>.

## V. EL GIRO JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL

### 1. LAS DECISIONES DE 2004

La decisión de 10 de junio de 2004 ha constituido la primera de una sucesión de decisiones<sup>111</sup> que implican una evolución de la jurispruden-

<sup>109</sup> Aunque, como afirma Pellet, en el fondo de estos criterios subyace un enfoque intuitivo o al menos subjetivo, parece que existen otros factores que influyen en la determinación de si se afecta a las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía, como la existencia de garantías que limitan las erosiones de la plenitud de la exclusividad de la competencia de los poderes públicos franceses; el contexto de la disposición examinada; la ausencia de efecto directo de la disposición convencional; o su carácter secundario, véase PELLET, A., «Le Conseil constitutionnel, la souveraineté...», *loc. cit.*, p. 7.

<sup>110</sup> A pesar de todo, de cara al futuro existen temores no infundados de contradicción entre las normas derivadas de la Unión Europea en el marco del Tercer Pilar y el concepto de condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía, véase «Rapport français, droit communautaire dérivé...», *loc. cit.*, p. 13; LABAYLE, H., «Le contrôle de la constitutionnalité du droit dérivé...», *loc. cit.*, pp. 454 y ss.

<sup>111</sup> Hasta tres decisiones subsiguientes confirman los considerandos de la decisión de 10 de junio: Décision n.º 2004-497 DC, de 1 de julio de 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, *J.O.* de 10 de julio de 2004, p. 12506; Décision n.º 498-2004 DC, de 29 de julio de 2004, *Loi relative à la bioéthique*, *J.O.* de 10 de agosto de 2004, p. 14077; Décision n.º 499-2004 DC, de 29 de julio de 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel*, *J.O.* de 10 de agosto de 2004, p. 14087.

cia del C.C. con relación al Derecho comunitario, evolución confirmada por la decisión *Tratado Constitucional Europeo*. Utilizaremos fundamentalmente la decisión de 10 de junio en el presente análisis por ser la primera de esta serie y la que más cuestiones plantea. El C.C. recuerda, en el Considerando n.º 8 de esta decisión 2004-496, el tenor literal del artículo 14.1º de la Directiva 2000/31<sup>112</sup>, cuya transposición ha dado lugar al precepto nacional recurrido, y en el Considerando n.º 9 concluye que el artículo 6 de la ley para la confianza en la economía digital se limita a excluir la responsabilidad civil y penal de los servidores en las dos hipótesis previstas por la Directiva. Bajo la reserva de una interpretación reductora de estas dos hipótesis recogidas en el artículo 6 de la ley<sup>113</sup>, el C.C. declara que los apartados I.2º y I.3º de este precepto se limitan a «extraer las consecuencias necesarias de las disposiciones *incondicionales y precisas* del apartado 1 del artículo 14 de la Directiva mencionada<sup>114</sup> sobre las que al Consejo constitucional no corresponde pronunciarse» (cursiva añadida). Por tanto, el C.C. viene a justificar la juridicidad de la norma nacional sobre la base de la obligación comunitaria de transposición de las Directivas, del efecto directo de la Directiva concernida (a cuyo artículo 14 atribuye la cualidad de disposición incondicional y precisa) y sobre la base de la imposibilidad de someter al control del C.C. las disposiciones de una Directiva<sup>115</sup>. Este encadenamiento de constataciones que se deduce de su argumentación conduce al Consejo constitucional a no entrar a realizar fiscalización alguna de la norma nacional puesto que, de hacerlo, estaría en efecto llevando a cabo un control de constitucionalidad indirecto de la norma comunitaria.

<sup>112</sup> Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), *DO L 178*, de 17 de julio de 2000, p. 1.

<sup>113</sup> El C.C. interpreta, de acuerdo con esas hipótesis, que la responsabilidad del servidor no surgiría, en el caso de no haber retirado una información denunciada como ilícita por un tercero, más que en el supuesto de que esta información presente manifiestamente tal carácter o cuando su retirada haya sido ordenada por un juez.

<sup>114</sup> De este modo, el C.C. acepta las observaciones del Gobierno al respecto, ya que éste había mantenido que los objetivos del artículo 14 eran claros y sus prescripciones precisas lo que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, le hubieran otorgado el carácter incondicional y preciso necesario para poder ser invocado útilmente tras la expiración del plazo de transposición (que sin embargo había transcurrido ya).

<sup>115</sup> En la decisión 2004-498, ya citada, el C.C. no duda en acudir a una reciente sentencia del TJCE para interpretar las disposiciones de la Directiva en cuestión (Considerando n.º 4).

Esta aseveración del Considerando n.º 9 es en realidad una consecuencia del razonamiento desarrollado previamente por el C.C. en el Considerando n.º 7. En este último, el Consejo constitucional comienza su argumentación recordando los términos del artículo 88.1º de la Constitución, conforme al cual «La República participa en las Comunidades Europeas y la Unión Europea, constituidas de Estados que han elegido libremente, en virtud de los tratados que las han instituido, ejercer en común ciertas de sus competencias». Para el C.C., una de esas obligaciones consiste en la transposición al Derecho interno de las Directivas comunitarias, obligación que constituye una «exigencia constitucional»<sup>116</sup>. Esta obligación de transposición no puede ser contravenida más que «en razón de una disposición expresa contraria de la Constitución». Pues bien, en ausencia de dicha disposición, el Alto Tribunal concluye que «no corresponde sino al juez comunitario, competente en su caso a título prejudicial, controlar el respeto por una directiva comunitaria tanto de las competencias definidas por los tratados como de los derechos fundamentales garantizados por el artículo 6 del Tratado de la Unión europea»<sup>117</sup>.

El texto que se acaba de transcribir, recogido literalmente en las decisiones 2004-497, 2004-498 y 2004-499, ya citadas, junto al pronunciamiento de la decisión *Tratado Constitucional Europeo* sobre el principio de primacía, marcan un antes y un después en las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho constitucional francés. Tras tomar la precaución de no divulgar su decisión hasta transcurridas las elecciones europeas del 13 de junio, haciendo alarde de una gran sensibilidad política, de un plumazo, en un apartado de cinco líneas, la decisión 2004-496 resuelve diversos equívocos jurídicos sobre la interpretación de la

---

<sup>116</sup> En opinión de Cassia, sería un contrasentido entender que la decisión del C.C. se basa en una aceptación del principio de primacía del Derecho comunitario sobre la Constitución. Por el contrario, lo que estaría haciendo el C.C. es aplicar la técnica del *droit communautaire écran*, haciendo reposar esta pantalla sobre una base constitucional, en concreto el artículo 88.1º, véase CASSIA, P., «Le véritable sens de la décision n.º 2004-496 du Conseil constitutionnel», *A.J.D.A.*, n.º 26, 2004, p. 1385.

<sup>117</sup> Como señala Rodríguez Iglesias, resulta muy llamativo que el C.C. haga esta precisión, ya que estos ámbitos corresponden a las esferas en las que «algunos altos tribunales nacionales han sido más proclives a identificar límites constitucionales a la primacía del Derecho comunitario y más reticentes a aceptar la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia», véase RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C., «El Consejo Constitucional de Francia reconoce la competencia exclusiva del juez comunitario para examinar la validez de una Directiva», 18 *R.D.C.E.*, 2004, p. 395.

jurisprudencia constitucional en relación con la incorporación y el control del Derecho comunitario derivado.

## 2. LA AFIRMACIÓN DEL PRINCIPIO

En primer lugar, el C.C. ha rechazado pronunciarse sobre una disposición legislativa que se limita a transcribir una norma comunitaria. Ni siquiera por una vía indirecta<sup>118</sup>, ha querido el C.C. interferir en el sistema jurisdiccional comunitario, que dispone de sus propios mecanismos para controlar la validez de las normas producidas por los órganos de la UE, como son el recurso de anulación, el de omisión y la excepción de ilegalidad, e indirectamente, a través de la cuestión prejudicial de validez. Por tanto, de un modo lógico y coherente<sup>119</sup> con el parecer expresado por el C.C. en decisiones anteriores, como la Decisión n.º 77-90, *Isoglucosa*, se confirma una vez más, frente a otras posturas doctrinales expuestas más arriba, que la inmunidad constitucional del Derecho comunitario derivado es una exigencia que resulta del reparto de competencias operado por los Tratados y sancionado por preceptos constitucionales como el artículo 55 y, ahora también, el artículo 88.1º. Este nuevo e importantísimo posicionamiento, fruto de una revalorización del artículo 88.1º<sup>120</sup>, viene provocado por un afán de afirmación clara, quizá

<sup>118</sup> En este punto coincide DELAMARRE, M., «Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel en date 10 juin 2004», *La Lettre, Synthèse*, n.º 174, 2004, p. 3, en [www.robert-schumman.org/synth141.htm](http://www.robert-schumman.org/synth141.htm).

<sup>119</sup> Véase GAUTIER, M. y MELLERAY, F., «Le refus du Conseil constitutionnel d'apprécier la constitutionnalité de dispositions législatives transposant une directive communautaire», *A.J.D.A.*, n.º 28, 2004, pp. 1538-1539.

<sup>120</sup> Esta revalorización del artículo 88.1º había sido anunciada recientemente por alguno de los miembros del C.C., véase DUTHELLET DE LAMOTHE, O., «Le Conseil constitutionnel et le droit européen», *loc. cit.*, p. 28. En contra de esta «lectura constructiva» del artículo 88.1º se ha manifestado cierta doctrina, para la que este precepto no ha estado nunca destinado a asegurar, de manera general, una articulación entre los ordenes jurídicos interno y comunitario, como demostrarían las distintas y puntuales revisiones constitucionales motivadas por el Derecho comunitario, véase ARRIGHI DE CASANOVA, J., «La décision n.º 2004-496 DC du 10 juin 2004 et la hiérarchie des normes», *A.J.D.A.*, n.º 28, 2003, pp. 1535-1536. En un sentido también crítico, Genevois ha señalado que, si el artículo 88 convierte la obligación convencional de transposición en una obligación constitucional, una futura contrariedad entre ley de transposición y Constitución obligaría a una previa revisión constitucional, para respetar así las reglas de competencia del ordenamiento interno francés, véase GENEVOIS, B., «Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé», *R.F.D.A.*, n.º 4, 2004, pp. 653 y 656.



por primera vez, del principio de *autonomía* del Derecho comunitario. En efecto, en el sentido en que ya reclamaba cierta doctrina comunitarista francesa, el C.C. avanza hacia un rechazo de la *trivialización* del Derecho comunitario<sup>121</sup>, que venía siendo tratado como una subespecie del Derecho internacional sin mayores consecuencias. Por el contrario, con las recientes decisiones, el Alto Tribunal concede la especificidad que el ordenamiento comunitario reivindica para sí desde la jurisprudencia del TJCE de los años sesenta, si bien se hace desde un fundamento constitucional redescubierto como es este artículo 88.1º. Esta especificidad ha quedado definitivamente reconocida con la decisión *Tratado Constitucional Europeo* cuando, tras recordar el tenor del artículo 88.1º, se dice que «el constituyente ha consagrado así la existencia de un ordenamiento jurídico comunitario integrado en el ordenamiento jurídico interno y distinto del ordenamiento jurídico internacional» (Considerando n.º 11).

En segundo lugar, de la decisión del C.C. se deduce que el control del respeto, por parte de las normas derivadas, de las competencias atribuidas en los Tratados tampoco le corresponde a esta instancia constitucional, sino al TJCE. Es decir, la posible vulneración, por parte del legislativo comunitario, del principio de atribución de competencias transferidas a la CE o la UE por los Estados miembros (problema de la desviación o exceso de poder) no es una cuestión que deba resolverse en el marco de la Constitución francesa, sino por el TJCE en todo caso, por el juez comunitario, como señala el C.C y teniendo en cuenta las «competencias definidas en los tratados», que se configura así en el único parámetro de referencia posible, tal y como la reciente jurisprudencia del *Conseil d'État* ponía ya de manifiesto<sup>122</sup>. Por tanto, desaparece también aquí la sombra de una jurisprudencia vigilante del ejercicio de las competencias atribuidas en el límite establecido expresamente por los Tratados (del estilo de la decisión *Maastricht* del Tribunal Federal alemán<sup>123</sup>).

Además, y por lo que respecta al control de la protección de los Derechos fundamentales por parte de las normas elaboradas por las ins-

<sup>121</sup> CAMBY, J.-P., «Le droit communautaire est-il soluble dans la Constitution?», *R.D.Publ.*, n.º 4, 2004, p. 883.

<sup>122</sup> Labayle ha enfatizado cómo en el dictamen emitido el 7 de mayo de 2003 sobre los acuerdos entre la UE y EE.UU. en materia de extradición y asistencia judicial, y de cara a la delimitación de competencias en materia internacional, el *Conseil d'État* ha analizado el texto de los tratados y no la Constitución francesa, véase LABAYLE, H., «Le contrôle de la constitutionnalité du droit dérivé...», *loc. cit.*, p. 455.

<sup>123</sup> 2 BvR 2134/92 y 2159/92, *BVerfGE* 89, p. 155.

tituciones comunitarias, el C.C. se atiene al principio establecido en el artículo 6.2º del Tratado de la UE. Como es sabido, este precepto establece una protección de los derechos fundamentales basada en la consideración de los mismos como principios generales del Derecho comunitario. Esta disposición se fundamenta en la jurisprudencia del TJCE, órgano a quien corresponde pues la competencia de dicho control (artículo 46 d TUE). Por tanto, no cabe que el C.C. ejerza una tutela sobre la jurisprudencia del TJCE en materia de protección de Derechos fundamentales, al estilo de la jurisprudencia *Solange* del Tribunal Federal alemán<sup>124</sup>, tal y como alguna doctrina sostenía que se derivaba de la jurisprudencia del C.C., o incluso se preconizaba como un objetivo de política jurisprudencial que el C.C. había de adoptar<sup>125</sup>. La incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales en el Tratado Constitucional Europeo no modifica este estado de cosas, a tenor de la decisión 2004-505 del C.C.

Finalmente, hay quien ha detectado en las decisiones de 2004 un efecto añadido desde el punto de vista del control de constitucionalidad. La incompetencia declarada del C.C. para controlar la constitucionalidad de las Directivas con ocasión del control de las leyes, llevaría aparejado el efecto de afirmar su competencia para controlar la conformidad de éstas últimas a las primeras y, por extensión, a todo el Derecho comunitario. Dicho de otro modo, aunque el C.C. ha rechazado siempre realizar un control de *convencionalidad* de las leyes (conforme a la jurisprudencia *IVG* ya citada), incluso respecto del Derecho comunitario, con esta decisión el C.C. estaría introduciendo las Directivas comunitarias y, de manera global, el conjunto del Derecho comunitario, en el bloque de constitucionalidad, es decir, lo convertiría en norma de referencia para el control de constitucionalidad. De este modo, el C.C. se sumaría a la

<sup>124</sup> Sentencias de 29 de mayo de 1974, *SolangeBeschluss*, *BVerfGE* 37, p. 271 y de 22 de octubre de 1986, *Solange II*, 2 BvR 197/83, *BVerfGE* 73, p. 339.

<sup>125</sup> Genevois sí establece en cambio un límite: en su opinión, el C.C. en esta decisión ha «devuelto» al TJCE el control constitucional de la protección de los derechos fundamentales que encuentren un equivalente en el Derecho comunitario; sin embargo, la reserva formulada en esta decisión a favor de una «disposición expresa» de la Constitución debe interpretarse como el conjunto de principios o reglas de valor constitucional que no encuentra equivalente comunitario y que, por esa razón, reclama la protección por parte del C.C., véase GENEVOIS, B., «Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé...», *loc. cit.*, p. 658.

jurisdicción ordinaria como garante de la primacía del Derecho comunitario<sup>126</sup>.

### 3. LAS SOMBRAS DE ESTE AVANCE JURISPRUDENCIAL

A pesar de la importancia que estos pronunciamientos tienen para la incorporación del Derecho comunitario en Francia, el C.C. ha matizado su posicionamiento cuando ha señalado que la obligación de transposición de una Directiva no puede ser contravenida más «que en razón de una disposición expresa contraria de la Constitución». Es decir, sólo «en ausencia de tal disposición» declara su incompetencia para controlar la validez de las normas comunitarias y el respeto de los Derechos fundamentales por parte de éstas. Si se observa, el C.C. establece así una suerte de «reserva de constitucionalidad», que determina de forma clara el mantenimiento de una cierta relación de jerarquía entre ordenamientos y en donde la Constitución se erige como norma suprema. Este resultado no parece tan problemático en términos de principio (no puede esperarse otra cosa del intérprete de la norma suprema del Estado), como sí puede resultar en cambio el ámbito que hay que otorgar a la reserva de constitucionalidad declarada. En efecto, si por tal reserva se entiende la contradicción con una «disposición expresa» de la Constitución, excluyendo las creaciones pretorianas<sup>127</sup>, el problema se reduce bastante, puesto

<sup>126</sup> Véase ROUX, J., «Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution», *R.D.Publ.*, n.º 4, 2004, pp. 921-926. Levaide matiza su punto de vista al afirmar que el C.C. no reconoce exactamente la primacía del Derecho comunitario, ya que el juez constitucional se encarga de garantizar la superioridad de la Constitución en el orden interno, pero extrae las consecuencias de su aplicabilidad directa y efecto directo (afirmado respecto de las disposiciones de la Directiva en cuestión), lo que le conduce a constitucionalizar o internalizar el Derecho comunitario, véase LEVAIDE, A., «Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire dérivé», *R.D.Publ.*, n.º 4, 2004, pp. 902, 904 y 910.

<sup>127</sup> Esta interpretación es la que se defiende de manera oficial en el reciente número de los *Cahiers du Conseil constitutionnel* que comenta esta decisión. En efecto, la exigencia de una «disposición expresa» elimina la posibilidad de declarar una contrariedad respecto de una construcción jurisprudencial y requiere, por tanto, de un enunciado constitucional explícito, «anclado en el «bloque de constitucionalidad», como la definición del cuerpo electoral político establecido en el artículo 3 de la Constitución de 1958», véase «Décision n.º 2004-496 DC – 10 juin 2004 Loi pour la confiance dans l'économie numérique», *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n.º 17, 2004, p. 6, en [www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc17/jurisp496.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc17/jurisp496.htm). En el mismo sentido

que no podría oponerse la jurisprudencia relativa a las «condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía» en los términos que hemos estudiado más arriba. Por otro lado, la jurisprudencia demuestra que este supuesto de contrariedad con una disposición constitucional expresa<sup>128</sup> se limita a las ocasiones en que se ha realizado una modificación de los Tratados constitutivos con atribución de nuevas e importantes competencias constitucionales a favor de las CC.EE. o UE (véase, por ejemplo, los Considerandos 27 y 28 de la decisión *Tratado Constitucional Europeo*) y no es muy factible en el marco de la aplicación cotidiana del Derecho comunitario derivado<sup>129</sup>. Pero es que el C.C. ha reducido aún más las posibilidades de esta reserva, al declarar en la decisión *Bioética* que sólo los derechos y preceptos *proprios* a la Constitución pueden ser invocados a estos efectos<sup>130</sup>. Con esta aclaración ulterior, la primacía del Derecho comunitario ha ganado muchos enteros en el Derecho constitucional francés.

Sin embargo, por el contrario, cabría una interpretación más *constitucionalista*, y podría entenderse que esta reserva de constitucionalidad tiene

---

véase OBERDORFF, H., «Commentaire de la décision n.º 2004-496 DC...», *loc. cit.*, p. 873. En contra de la posibilidad de distinguir entre disposiciones constitucionales y su interpretación judicial, véase ROUX, J., «Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé...», *loc. cit.*, p. 927 y ss.

<sup>128</sup> Para Camby podría ilustrarse una situación de esta contrariedad cuando una Directiva fuese incompatible con la laicidad de la república, la definición del cuerpo electoral, o con otros enunciados constitucionales explícitos como el derecho de asilo, la lengua de la República, cuotas de género para las listas electorales, descentralización, etc., véase CAMBY, J.-P., «Le droit communautaire est-il soluble...», *loc. cit.*, p. 886.

<sup>129</sup> No obstante, ésta podría convertirse en una cuestión espinosa, ya que los principios constitucionales avanzados por los recurrentes y no aceptados por el C.C. en la decisión 2004-496 (previstos en los artículos 11 y 16 de la Declaración de 1789 y en el artículo 66 de la Constitución) no son menos explícitos que el retenido por el *Conseil d'État* en el asunto relativo a la orden de detención europea.

<sup>130</sup> En la decisión 2004-498, *Bioética*, ya citada, rechaza que el artículo 11 de la Declaración de 1789 pueda ser invocado contra la ley que transpone una Directiva, puesto que la libertad que protege este precepto ya se encuentra protegida por el Derecho comunitario sobre la base del artículo 10 del CEDH. Esto ha sido interpretado por un reciente número de los *Cahiers* que comenta esta decisión como una clara delimitación a la baja de las posibilidades de invocación de esta reserva, dando a entender que sólo corresponde al juez constitucional aquello que no corresponde al juez comunitario, véase «Décision n.º 2004-498 DC – 29 juillet 2004, Loi relative à la bioéthique», *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n.º 17, 2004, p. 5, en [www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc17/jurisp498.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc17/jurisp498.htm).

un contenido más amplio, de modo que englobaría no sólo las disposiciones constitucionales existentes, sino también aquellas hipótesis en las que el constituyente buscara deliberadamente oponerse a la aplicación del Derecho comunitario<sup>131</sup>. La doctrina, que también ha criticado la formulación de esta excepción<sup>132</sup>, ha detectado en la argumentación del C.C. un auténtico control *a posteriori* de la constitucionalidad del Derecho derivado, con lo que se estaría produciendo en este punto una convergencia entre la jurisprudencia del juez constitucional y la del juez ordinario (*Conseil d'État* y *Cour de Cassation*) de cara a asegurar la supremacía material de la Constitución<sup>133</sup>. Teniendo en cuenta que el actual Presidente del Consejo constitucional es curiosamente P. Mazeaud, no sería descabellado pensar que al final los esfuerzos por introducir un control *a posteriori* del Derecho derivado han encontrado su recompensa por la vía de la jurisprudencia constitucional.

Más matizada, pero no menos importante, es la reserva de interpretación emitida por el C.C. en el Considerando n.º 9 de la decisión 2004-496, en donde hace una lectura restrictiva de las posibilidades previstas en la Directiva que pueden hacer surgir la responsabilidad de los servidores<sup>134</sup>. La doctrina que ha comentado ya esta decisión no ha dejado de ver en esta reserva el ejercicio de un cierto control por parte del C.C.<sup>135</sup>,

<sup>131</sup> Esta es la posición expresada por parte de Cassia, para quien esta reserva emitida por el C.C. es incluso más amplia que las reservas emitidas por otros tribunales constitucionales, como el alemán, véase CASSIA, P., «Le véritable sens de la décision n.º 2004-496...», *loc. cit.*, p. 1385.

<sup>132</sup> Se ha dicho que al diferenciar entre disposiciones constitucionales expresas (que permitirían el control del Derecho comunitario) y las demás, el C.C. está introduciendo una problemática jerarquía de normas en el bloque de constitucionalidad, véase ARRIGHI DE CASANOVA, J., «La décision n.º 2004-496 DC du 10 juin 2004...», *loc. cit.*, p. 1537; GAUTIER, M. y MELLERAY, F., «Le refus du Conseil constitutionnel d'apprécier la constitutionnalité...», *loc. cit.*, p. 1540.

<sup>133</sup> Véase ROUX, J., «Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé...», *loc. cit.*, pp. 927-933; CAMBY, J.-P., «Le droit communautaire est-il soluble...», *loc. cit.*, p. 888.

<sup>134</sup> Sobre las reservas de interpretación en general, Maugüé sostiene que el C.C. no está habilitado para emitir reservas de interpretación cuando se pronuncia directamente sobre la constitucionalidad de un tratado, pero sí cuando lo hace sobre una ley de ratificación o aprobación de un acuerdo internacional, véase MAUGÜÉ, C., «Le Conseil constitutionnel et le droit supranational», *Pouvoirs*, 105, 2003, p. 60.

<sup>135</sup> Oberdorff opina que esta reserva de interpretación conduce a un control suave, pero real, de la aplicación en derecho interno de la Directiva, véase OBERDORFF, H., «Commentaire de la décision n.º 2004-496 DC du 10 juin 2004 relative à la loi pour la confiance dans l'économie numérique», *R.D.Publ.*, n.º 4, 2004, p. 874.

que le conduciría a llevar a cabo una interpretación indirecta de la Directiva o, más aún, le podría llevar de manera subrepticia a sustituir pura y simplemente al TJCE<sup>136</sup> cuando, llegado el hipotético caso de contrariedad entre la interpretación dada por éste y la ofrecida por el C.C., los tribunales ordinarios franceses optaran por la segunda<sup>137</sup>. Ciertamente, para ser rigurosos en la defensa del respeto del Derecho comunitario, incluso podría sostenerse que el C.C. ha realizado una operación de contraste entre ley y Directiva cuando afirma en el mismo Considerando n.º 9 que las disposiciones atacadas de la ley «se limitan a extraer las consecuencias necesarias» de la Directiva, resultado al que no se puede llegar si no se lleva a cabo una comparación material entre ambas normas. Pero ese ejercicio tampoco es novedoso ya que, como hemos visto, las formulaciones del C.C. a menudo destilan ese tipo de control implícito<sup>138</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

En nuestra opinión, con las decisiones de junio y julio de 2004 el C.C. ha dado un paso crucial en el objetivo de normalizar las relaciones entre el Derecho comunitario derivado y la Constitución francesa, en concreto, respecto del mecanismo de control de constitucionalidad, y ha preparado el camino para la muy importante decisión *Tratado Constitucional Europeo*. En efecto, parece que no era necesario de cara a la solución de la cuestión jurídica suscitada una *declaración de principios* por parte del C.C. del estilo de la recogida en la parte final del Considerando n.º 7 de la decisión de 10 de junio. El C.C. podía haber resuelto perfectamente el recurso acudiendo a las posiciones mantenidas en sus decisiones anteriores, sobre la base del artículo 55 de la Constitución. Sin embargo, el C.C. ha optado por partir del artículo 88.1º y utilizar una fórmula que, aún siendo escueta, resulta muy explícita en el objetivo que quiere conseguir: el control del Derecho comunitario derivado, tanto en lo que afecta al respeto de la distribución de competencias, como en lo relativo a la protección de los Derechos fundamentales, no es competencia del Consejo constitucional, sino del juez co-

<sup>136</sup> Véase LEVADE, A., «Le Conseil constitutionnel aux prises avec...», *loc. cit.*, p. 906.

<sup>137</sup> Véase ARRIGHI DE CASANOVA, J., «La décision n.º 2004-496 DC du 10 juin 2004...», *loc. cit.*, p. 1537.

<sup>138</sup> DUBOUIS ya se pronunciaba en ese mismo sentido, véase DUBOUIS, L., «Le juge français et le conflit entre norme constitutionnelle...», *loc. cit.*, p. 209.

munitario. Este resultado no puede ser sino favorable para la autonomía y la primacía del Derecho comunitario, que se asumen ahora ya con naturalidad y sin estridencias en la decisión *Tratado Constitucional Europeo*. En esta última decisión, y teniendo en cuenta la declaración relativa al artículo I-6 del Tratado Constitucional, el C.C. acepta expresamente la primacía del Derecho de la Unión, aclarando además que el principio de primacía ya se derivaba del artículo 88.1º, tal y como se establecía en las decisiones de junio y julio de 2004 (Considerando n.º 13). Por esa razón, la aceptación explícita de la primacía del Derecho de la Unión, establecido por primera vez en el Tratado Constitucional Europeo, no resulta incompatible con la Constitución nacional y, por tanto, no es necesaria la revisión previa de este texto de cara a la ratificación del nuevo Tratado.

Es posible que la formulación de una reserva de constitucionalidad pueda aún ser esgrimida por parte de aquellos interesados en rebajar el tono general de la declaración realizada por el C.C., dando a entender que lo único que ha cambiado en la posición del Alto Tribunal probablemente haya sido la *forma* en que se ha pronunciado en esta ocasión sobre una cuestión jurídica ya antigua y quizá enquistada para la suerte de la integración europea<sup>139</sup>. Sin embargo, a veces los cambios en las formas no hacen sino adelantar un proceso de cambio en el fondo que se avecina como una realidad no muy lejana en el tiempo<sup>140</sup>.

En efecto, el giro jurisprudencial del C.C. que se ha ido operando a lo largo de 2004 tiene una importancia trascendental, tanto para la primacía del Derecho comunitario (ahora ya de la Unión) en el Derecho francés, como para la aceptación de la jurisdicción exclusiva (y la jurisprudencia) del TJCE respecto del control de su validez. Si se tiene en cuenta además la aún reciente jurisprudencia sobre esta materia del *Conseil d'État* y de la *Cour de Cassation*, con ejemplos como las sentencias *Koné*, *Sarran* y *Fraisse*, ya comentadas, las decisiones de 2004 resultan aún

<sup>139</sup> Delamarre recuerda que esta decisión es una de las primeras pronunciadas tras la renovación parcial del Alto Tribunal operada en el año 2004, véase DELAMARRE, M., «Commentaire de la décision du Conseil...», *loc. cit.*, p. 2.

<sup>140</sup> Como sostiene Rodríguez Iglesias, la decisión de 10 de junio del C.C. ha supuesto un avance hacia «la plena aceptación generalizada y sin reservas del principio de primacía del Derecho comunitario», adelantando el establecimiento de este principio por parte del Tratado Constitucional Europeo recientemente adoptado, véase RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C., «El Consejo Constitucional de Francia...», *loc. cit.*, pp. 396-397.

mas relevantes. No obstante, quizá no deba esperarse un cambio radical en los vientos que soplan por los pasillos del *Palais Royale* o en la posición de una parte importante de la doctrina (no solo constitucionalista) francesa, convencida de que, ante el avance de la integración europea y la progresiva comunitarización del Tercer Pilar, no cabe sino reaccionar reforzando un control de constitucionalidad que consideran poco efectivo y disfuncional.

Por esa razón, la referencia a la cuestión prejudicial que hace el C.C. en el citado Considerando n.º 7 de la decisión de 10 de junio es muy importante. Aunque esta mención se realiza *in passim* («el juez comunitario, interpelado en su caso a título prejudicial [...]») para poner de manifiesto que sólo al TJCE le corresponde pronunciarse sobre la validez del Derecho comunitario, el sólo hecho de que el juez constitucional francés acoja la posibilidad de hacer uso del reenvío prejudicial al Tribunal de Luxemburgo resulta, no sólo acertado, sino esperanzador, ya que apunta hacia un futuro de colaboración judicial como base para el entendimiento y la superación de los obstáculos que a buen seguro se han de plantear en el futuro<sup>141</sup>.

#### LA PRIMACÍA Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO COMUNITARIO EN FRANCIA

RESUMEN: En este trabajo se analizan las recientes decisiones del Consejo Constitucional francés que han inaugurado una importante etapa de su jurisprudencia sobre la integración del Derecho comunitario en Francia y con la que se descarta en la práctica la posibilidad de llevar a cabo un control de constitucionalidad del Derecho comunitario derivado. Esta jurisprudencia ha sido confirmada con la reciente decisión sobre el *Tratado Constitucional Europeo*, que ha asumido con naturalidad la primacía del Derecho de la Unión.

Aunque se suele caracterizar a la vigente Constitución francesa como monista, la primacía del Derecho internacional no alcanza a las normas constitucionales, como viene poniendo de manifiesto el *Conseil d'État*, resultado que se ha querido extender desde algunos sectores a las normas derivadas del Derecho comunitario. En este sentido, se ha invocado el artículo 54, pero sobre todo el artículo 61.2 de la Constitución, como base jurídica para llevar a cabo un control de constitucionalidad del Derecho derivado. Sin embargo, el Consejo Constitucional no ha verificado hasta ahora

<sup>141</sup> Por el contrario, Levade cree que la referencia que el C.C. realiza a la cuestión prejudicial no significa que este Alto Tribunal vaya a hacer uso de la misma, por lo que más bien se trataría de un recordatorio dirigido a la jurisdicción ordinaria, véase LEVADE, A., «Le Conseil constitutionnel aux prises avec...», *loc. cit.*, p. 898.



de manera explícita esta posibilidad de control. Aunque teóricamente es posible dibujar escenarios de conflicto entre la norma comunitaria y la constitucional, el Consejo constitucional ha afirmado en su reciente jurisprudencia que la aplicación cotidiana del Derecho comunitario no puede verse afectada por un control constitucional, ni siquiera indirecto, prohibido por el Derecho comunitario, pero también por la Constitución francesa, en concreto por su artículo 88.1. El reconocimiento de una suerte de reserva constitucional, difícil de materializar, no ensombrece el gran paso adelante que significa la plena aceptación de la autonomía del Derecho comunitario y de sus propios mecanismos de control de validez de las normas (remisión al juez comunitario), incluso cuando se trata del espinoso ámbito de la protección de los Derechos humanos, y la aceptación formal de su primacía sobre el Derecho interno.

**PALABRAS CLAVE:** Relaciones Derecho comunitario-derechos nacionales, control de constitucionalidad del Derecho comunitario, Consejo constitucional francés, principio de primacía.

#### PRIMACY AND CONSTITUTIONAL CONTROL OF COMMUNITY LAW IN FRANCE

**ABSTRACT:** This paper analyses the recent decisions of the French *Conseil Constitutionnel*, which have initiated an important period in its case-law on the integration of Community Law in France. It virtually rules out the possibility of exercising a constitutional control over secondary Community Law. This jurisprudence has been confirmed by the most recent decision on the *European Constitutional Treaty*, which naturally assumes the primacy of EU Law.

Although the French Constitution has been characterized as monist, the primacy of international law is not applicable to constitutional norms, as the *Conseil d'État* has already pointed out, a result that some wanted to extend to the secondary norms of Community Law. In this context, Art. 54, and above all, Art. 61.2 of the Constitution have been invoked in order to carry out a constitutional control of secondary Law. Nevertheless, the *Conseil Constitutionnel* has never explicitly verified until now this possibility of control. Although it is theoretically feasible to think of situations of conflict between community and constitutional norms, the *Conseil Constitutionnel* has confirmed in its recent case-law that the daily application of Community Law cannot be, even indirectly, affected by constitutional controls, as it is forbidden not only by Community Law, but also by the French Constitution, in particular by Art. 88.1. The recognition of a constitutional reservation clause, difficult though it is to envisage, does not overshadow the importance of this step forward. The decisions of the *Conseil Constitutionnel* establish the full acceptance of the primacy of EU Law over national law, and of the autonomy of Community Law and its check mechanisms for the validation of norms (remission to the community judge), even in the case of the protection of human rights.

**KEYWORDS:** Relationship between community law and national laws, constitutional control of Community law, Conseil constitutionnel of France, primacy principle.

LE PRINCIPE DE PRIMAUTE ET LE CONTROLE  
DE CONSTITUTIONALITE DU DROIT COMMUNAUTAIRE  
EN FRANCE

RÉSUMÉ: Ce travail analyse les dernières décisions du Conseil Constitutionnel français, qui ont initié une étape très importante dans sa jurisprudence sur l'intégration du droit communautaire en France. Cette jurisprudence, écartant en pratique la possibilité de réaliser un contrôle de constitutionnalité du droit communautaire dérivé, a été confirmée par la récente décision *Traité Constitutionnel Européen*, dans laquelle la primauté du droit de l'Union a été acceptée d'une manière naturelle.

Si bien la Constitution française est caractérisée d'habitude comme moniste, la primauté du droit international n'est pas applicable aux normes constitutionnelles, tel que souligné par le Conseil d'État, résultat que quelques auteurs ont voulu étendre aux normes dérivées du droit communautaire. Dans ce contexte, l'article 54, et surtout l'article 61.2 de la Constitution, ont été invoqués comme base juridique suffisante pour effectuer un contrôle de constitutionnalité du droit dérivé. Par contre, le Conseil Constitutionnel n'a pas vérifiée jusqu'à présent cette possibilité de manière explicite. Si bien il est possible d'imaginer des situations de conflit entre la norme communautaire et la norme constitutionnelle, le Conseil Constitutionnel a affirmé dans sa récente jurisprudence que l'application quotidienne du droit communautaire ne doit pas faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, même indirecte, parce qu'il est prohibée non seulement par le droit communautaire, mais aussi par le droit constitutionnel, concrètement par l'article 88.1.

La reconnaissance d'un sort de clause de réserve constitutionnelle, très difficile à matérialiser, n'assombri pas le gros progrès qui signifie la pleine acceptation de l'autonomie du droit communautaire et de ses propres mécanismes de contrôle de validité des normes (rémission au juge communautaire), même dans le épineux domaine des droits de l'homme, ainsi que la pleine acceptation formelle de sa primauté sur le droit interne.