

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN FRANCIA Y EL CONTROL INDIRECTO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY: LA TEORÍA DE LA LEY PANTALLA.

Luis Alejandro Silva Irrázaval *

RESUMEN

La Constitución no está excluida de las normas de referencia de que se valen los jueces para ejercer el control de los actos de la administración. Sin embargo, en Francia, el control de la constitucionalidad de los actos administrativos está condicionado a la existencia de la ley que, eventualmente, puede interponerse entre dichos actos y la Constitución como una “pantalla” que impide anular aquellos actos que, siendo conformes a la ley, son contrarios a la Constitución. Esta doctrina es cuestionada porque resta eficacia a la protección de los derechos fundamentales y la irrupción del Derecho Comunitario europeo en el Derecho interno francés ha reforzado este cuestionamiento.

DESCRIPTORES

Actos administrativos; Derecho administrativo francés; Control de constitucionalidad; Derecho comunitario europeo.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Abogado. E-mail: lsilva@uandes.cl. Es además doctorado en Derecho de la Universidad de Los Andes, Santiago-Chile. Artículo ha sido presentado con fecha 31 de agosto y ha sido aprobada su publicación con fecha 4 de octubre de 2006.

ABSTRACT

The constitution isn't excluded from the norms of reference which the judges make use of in order to exercise the control of the administration acts. However, in France the control of constitutionality of the administrative acts are conditioned by the existence of a law that occasionally could intervene between the above said acts and the constitutionality as a "screen" that prevents those acts from being void, that being in accordance to the law are contrary to the constitution. This doctrine is questioned because it lacks efficiency in protecting the fundamental rights and the burst in of the European law within the French domestic legal system has strengthened the questioning.

KEY WORDS

Administrative Acts, French Administrative legal system, Control of constitutionality, European law.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. UN CASO PRÁCTICO DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA: a) los hechos b) fundamentación de la sentencia c) comentarios III. ANTECEDENTES DE LA TEORÍA: a) antecedentes dogmáticos b) antecedentes históricos IV. LA TEORÍA Y EL DERECHO INTERNO: a) antecedentes orgánicos b) aplicación general c) la "pantalla transparente" d) la sentencia *Nodiere* V. LA TEORÍA DE LA LEY PANTALLA Y EL DERECHO COMUNITARIO: a) la sentencia *De semoules* b) la sentencia *Nicolo* VI. LA TEORÍA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VII. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se enmarca en el estudio de la actividad de control de los actos de la administración en Francia, ejercido habitualmente por la justicia administrativa y más esporádicamente por la justicia ordinaria. Las normas de referencia que sirven al juez para ejercer el control de la administración integran el bloque de legalidad, al que no son ajenas las normas constitucionales, por tratarse de normas jurídicas obligatorias para todos los poderes estatales. Sin embargo, la aplicación de la Constitución es obstaculizada por la ley cuando la anulación del acto administrativo inconstitucional supone indirecta o tácitamente la declaración de inconstitucionalidad de la ley que le sirve de base. "Los actos administrativos dictados en aplicación de una ley y conforme a sus disposiciones están cubiertos por la autoridad del legislador. Aun si ellos son contrarios a una norma constitucional en razón de la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas que aplica, no pueden ser censurados por

el juez: la ley hace pantalla entre la regla constitucional y el juez.”¹

Así, en Francia, fieles al principio de separación de poderes, los jueces se abstienen de juzgar la ley, aunque se trate de aplicar una norma jerárquicamente superior, como es la Constitución. La ley hace de pantalla entre el acto administrativo que se juzga y la Constitución, impidiendo la anulación del acto por aplicación directa de la Constitución.² La teoría de la ley pantalla es una creación jurisprudencial del *Conseil d'Etat*, y el resultado natural de la concepción francesa del principio de separación de poderes y la infalibilidad de la ley. Con la irrupción del Derecho Comunitario los mentados principios han perdido vigor, lo que ha significado una relativización de la teoría de la ley pantalla, en el sentido de que el juez ha optado por aplicar la normativa europea, aun cuando hacerlo le suponga declarar la invalidez de la ley por incompatibilidad con aquélla.

En el ámbito estricto del Derecho Constitucional, la teoría de la ley pantalla sigue vigente. Por muchas que sean las manifestaciones de un retroceso en su aplicación, lo cierto es que no hay ni un solo caso conocido en que el juez declare la nulidad de un acto administrativo adecuado a la ley que le sirve de base, porque sea inconstitucional. Evidentemente que la posición del juez francés es difícil: la importancia de la ley disminuye cada vez más frente a la presión ejercida por la eficaz defensa de los derechos fundamentales, por la aplicación directa del Derecho Comunitario y por la utilización de la Constitución como norma en la resolución de conflictos judiciales en tantos países de Europa. De allí que no sea aventurado presumir que las relaciones entre la ley y la Constitución estén próximas a cambiar.³

II. UN CASO PRÁCTICO DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA

a) Los hechos

La *Fédération Française Démocratique du Travail* presentó ante el *Conseil d'Etat* una demanda en que solicitó la anulación del decreto del 8 de septiembre de 1975, que ampliaba la enumeración que el artículo 38 del Código Penal hacía de las personas punibles por contravenciones de 4ª clase, incluyendo “a quienes distribuyeren o hicieren distribuir prospectos, panfletos, escritos, imágenes, fotografías u objetos cualesquiera a los conductores u ocupantes de vehículos que circulen por una vía pública.” Sancionaba dicha conducta con una pena de

¹ Dupuis, Georges, Guédon, Marie-José y Chrétien, Patrice. 2004. *Droit administratif*. París. Armand Colin y Dalloz, 133. La traducción es mía.

² Genevois atribuye la expresión al Comisario de Gobierno Agid, en sus conclusiones sobre la sentencia *Fédération nationale l'éclairage et des forces motrices*, CE, 10 de noviembre de 1950. Genevois, Bruno. 2000. “Le Conseil d'Etat n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution”, *RFDA*, 16 (4) juill.-août, 715-724. 721 nota 36.

³ Acerca de esta nueva relación entre Ley y Constitución, Zagrebelsky, Gustavo. 1995. *El derecho dúctil*. Madrid. Trotta. Marina Gascón (trad.).

prisión por ocho días. La *Confédération Generale du Travail* presentó una demanda contra el decreto por la misma cuestión, que el *Conseil* decidió conjuntamente con la anterior en una misma sentencia.

b) Fundamentación de la sentencia

Dice el *Conseil d'Etat* en su sentencia (CE, Sect., 3 de febrero de 1978)⁴: “Considerando que, según el artículo 37, 1ª línea, de la Constitución, ‘las materias que no pertenecen al dominio de la ley tienen un carácter reglamentario’; que, el artículo 34 reserva a la ley la obligación de fijar ‘las reglas concernientes a... la determinación de los crímenes y simples delitos, así como las penas que les son aplicables’, y que nada dice acerca de las reglas concernientes a la determinación de las faltas y sus penas; que resulta de lo dispuesto por los artículos 464 y 465 del Código Penal, cuya constitucionalidad no le corresponde al Consejo de Estado apreciar, que la prisión por infracciones de policía [faltas] puede ser aplicada por una duración que no exceda de los dos meses; que, por lo tanto, las confederaciones demandantes no pueden sostener que el Gobierno carece de competencia para disponer una pena de prisión por ocho días para la infracción definida por el decreto impugnado.”⁵

c) Comentarios

Desde 1789 la fijación de penas privativas de libertad ha estado reservada al Legislador, como lo ha explicitado el *Conseil Constitutionnel* (L. 73-80, 19 de diciembre de 1973).⁶ No obstante, el Gobierno sancionó las infracciones de las faltas o contravenciones con la pena de prisión por un máximo de dos meses, mediante una ordenanza de valor legislativo que se agregó al artículo 465 del Código Penal de 1810.⁷ Además de la Declaración de 1789, que por reenvío del Preámbulo de la Constitución de 1958, tiene plena vigencia como norma de aplicación directa, existía a la fecha de esta decisión la sentencia del *Conseil Constitutionnel* del 28 de noviembre de 1973, en que se reafirmó la competencia exclusiva de la autoridad legislativa para determinar las penas privativas de libertad.⁸

⁴ El caso puede consultarse en <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=31386&indice=1&table=JADE&ligneDeb=1>

⁵ En el mismo sentido *Association des centres distributeurs Edouard Leclerc*, CE, 8 de febrero de 1985. El caso puede consultarse en <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=33456&indice=5&table=JADE&ligneDeb=1>

⁶ El artículo 7 de la Declaración de 1789 dispone que “ningún hombre puede ser acusado, detenido o arrestado fuera de los casos determinados por la ley, y según las formas por ella prescritas.”

⁷ Ordenanza n° 58-1297, del 23 de diciembre de 1958, artículo 7°.

⁸ En lo pertinente, dice la sentencia: “*Considérant qu’il résulte des dispositions combinées du préambule, des alinéas 3 et 5 de l’article 34 et de l’article 66 de la Constitution, que la détermination des contraventions et des peines qui leur sont applicables est du domaine réglementaire lorsque lesdites peines ne comportent pas de mesure privative de liberté*”

No obstante estos antecedentes, el *Conseil d'Etat* –que no podía no conocerlos– se limita a verificar la legalidad del decreto impugnado, fiel a los límites de su competencia jurisdiccional; y el decreto es legal, porque está habilitado por los artículos 464 y 465 del Código Penal. La decisión es perfectamente coherente con el principio de separación de los poderes, de acuerdo con el cual el juez no puede pronunciarse acerca de la validez de la ley, ni siquiera indirectamente a través de la declaración de inconstitucionalidad de un decreto. En este caso, la ley hace de “pantalla” entre el decreto y la Constitución, impidiendo que el acto impugnado sea contrastado directamente con la Norma Suprema.⁹

III. ANTECEDENTES DE LA TEORÍA

a) Antecedentes dogmáticos

La teoría de la ley pantalla se sustenta sobre algunas doctrinas que han orientado el desarrollo del Derecho Público francés. Nos parece que ellas son principalmente dos: el principio de separación de poderes y el carácter infalible de la Ley. La alianza de estos dos principios se traduce en la primacía del poder legislativo, con la consecuente sumisión de los restantes poderes a la voluntad de la ley. Ilustrativo resulta lo dispuesto por el artículo 127 del Código Penal de 1810 vigente hasta 1994, según el cual serían culpables de prevaricación “Los jueces (...) que interfieran en el ejercicio del poder legislativo, sea a través de reglamentos que limiten disposiciones legales, sea deteniendo o suspendiendo la ejecución de una o varias leyes, sea deliberando acerca de saber si las leyes serán publicadas o ejecutadas.”¹⁰

La observancia de estos principios obliga necesariamente al juez a limitar su actividad a una aplicación casi mecánica de la ley, absteniéndose en todo caso de suspenderla, superarla o juzgarla. Refuerza esta idea PEISER: “La teoría francesa ha estado siempre dominada por el dogma de la soberanía del parlamento y el carácter intangible de los actos del parlamento”, por lo que no le es lícito al juez juzgar los actos del poder legislativo.¹¹

b) Antecedentes históricos

La teoría nace en la sentencia *Arrighi* (CE, Sect., 6 de noviembre de 1936). En ella, el *Conseil d'Etat* se declara incompetente para pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo

⁹ Los artículos 464 y 465 fueron modificados el primero y derogado el segundo por el nuevo código penal de 1994. Cfr. artículo único de la Ley 93-913, del 19 de julio de 1993. Stirn explica que la divergencia jurisprudencial entre ambos consejos (Constitucional y de Estado) se debe sobre todo a la diferente postura que tienen frente a la ley, y que “la adopción del nuevo código [penal] hizo desaparecer una divergencia que era únicamente la consecuencia de la obligación del juez administrativo de aplicar la ley.” Stirn, Bernard. 1994. *Le Conseil d'Etat. Son rôle, sa jurisprudence*. 2ª ed. París. Hachette, 130.

¹⁰ La traducción es mía.

¹¹ Peiser, Gustave. 2004. *Contentieux Administratif*. París. Dalloz, 35. La traducción es mía.

36 de la ley del 28 de febrero de 1934, en virtud de la que se dictaron los decretos del 4 de abril y del 10 de mayo del mismo año, y que son el motivo de la demanda. El *Conseil d'Etat* sostuvo que: “en el estado actual del derecho público francés, el argumento aquel según el cual la ley en base a la que han sido dictados los decretos de los que se hace aplicación, sería contraria a la ley constitucional del 25 de febrero de 1875, no es para ser discutido ante el *Conseil d'Etat* decidiendo lo contencioso.”¹² En el fondo de la argumentación descansa el principio de separación de poderes. El *Conseil d'Etat*, en cuanto órgano jurisdiccional, es servidor de la ley, y no su juez; está para controlar la actividad de la Administración, mas no del Legislador.

Es un desarrollo jurisprudencial que NÉGRIER ha calificado como un “recurso teórico” utilizado por la jurisprudencia administrativa,¹³ y que da razón a STIRN, cuando afirma que el Derecho Administrativo es un Derecho esencialmente jurisprudencial.¹⁴ La creación de un órgano específico de control de constitucionalidad de la ley con la Constitución de 1958 vino a reforzar esta posición del juez administrativo, que vio en ello una razón más para limitarse a aplicar la ley sin pronunciarse acerca de su constitucionalidad.¹⁵

IV. LA TEORÍA Y EL DERECHO INTERNO

a) Antecedentes orgánicos

En el ordenamiento jurídico interno francés, el ejercicio de la función jurisdiccional no puede sobrepasar la aplicación de la ley.¹⁶ Las más altas magistraturas jurisdiccionales del orden judicial (*Cour de Cassation*) y del orden administrativo (*Conseil d'Etat*) no tienen competencia para aplicar la Constitución en lugar de la ley argumentando que ésta es inconstitucional, porque el control de constitucionalidad de la ley corresponde exclusivamente al *Conseil Constitutionnel*, que lo ejerce antes de que sean promulgadas. Esta estructura orgánica ha incidido en el desarrollo de la teoría de la “ley pantalla”, que sustenta teóricamente el mecanismo que permite a los tribunales excusarse de verificar la constitucionalidad de un acto administrativo cuando hacerlo supone indirectamente un control de constitucionalidad de la ley que habilita dicho acto.

¹² Rec. Lebon, p. 966. La traducción es mía.

¹³ Négrier, Emmanuel. 1990. “Le crépuscule d’une théorie jurisprudentielle: l’écran législatif et les droits communautaire et constitutionnel”, *RDP*, 767-799. 768.

¹⁴ Stirn, 19. Llega a afirmar que “De 1873 à 1930, la jurisprudence construit le droit public.”

¹⁵ Favoreu, Louis y Renoux, Thierry. 1992. *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*. París. Sirey, §10; Dupuis, Guédon y Chrétien, 133; Genevois, 723.

¹⁶ Excepción hecha del Derecho Comunitario, que por expresa disposición del artículo 55 de la Constitución, prima sobre la Ley.

b) Aplicación general

Como hemos visto más arriba, el juez no puede detenerse en consideraciones acerca de la validez o constitucionalidad de un acto legislativo. La ley es, por lo tanto, inatacable en sede jurisdiccional. Superado el control de constitucionalidad *a priori* del *Conseil Constitutionnel*, su validez se torna indiscutible. Respecto de los actos administrativos dictados por la autoridad dentro del marco de la ley que le sirve de base, sólo cabe un control de legalidad, es decir, un examen de su adecuación a la ley.¹⁷ La actuación de la Administración se rige por el principio de la legalidad – “una de las piezas maestras del Derecho Administrativo”¹⁸ –, y conforme a él debe ser juzgada.¹⁹ Por ello, con la teoría de la ley pantalla el acto administrativo que supera satisfactoriamente el juicio de legalidad queda blindado contra cualquier intento de atacar su inconstitucionalidad. “Los actos administrativos dictados en aplicación de una ley y conforme a sus disposiciones están cubiertos por la autoridad del legislador. Aun si ellos son contrarios a una norma constitucional en razón de la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas que aplica, no pueden ser censurados por el juez: la ley hace pantalla entre la regla constitucional y el juez.”²⁰

Es un tópico del Derecho Administrativo francés señalar que entre las fuentes del Derecho que obliga a la administración está la Constitución, y que el juez puede anular las actuaciones contrarias a ella siempre y cuando no se interponga una ley que haga pantalla entre el acto y la Constitución. Dicho de otra manera, la Constitución integra el principio de legalidad, pero llegado el caso se pospone su aplicación en favor de una ley contraria a ella.²¹

¹⁷ La creación de los reglamentos autónomos por la Constitución de 1958 (artículo 37) supuso inicialmente un serio problema para el ejercicio del control jurisdiccional de la actividad de la Administración. Ciertamente que la Administración continuaba sujeta al principio de legalidad, pero los reglamentos autónomos no estaban sujetos a la ley careciendo por tanto los tribunales del parámetro de control. El *Conseil d'Etat* (*Syndicat des ingénieurs-conseils*, 26 junio 1959, disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=26114&indice=1&table=JADE&ligneDeb=1>) admite la posibilidad de controlar los reglamentos autónomos confrontándolos con los principios generales del Derecho. La institución de los reglamentos autónomos estremeció a la doctrina, pues si el *Conseil d'Etat* censuraba los actos reglamentarios autónomos que transgredieran los principios generales del Derecho, ¿no era eso reconocerles un valor constitucional? La idea no prevaleció pues al ser reglamentos dictados por el poder ejecutivo, resultaba normal que fuesen sometidos a los principios comunes con los que el juez impone el respeto de todos los actos de la Administración, sin que fuera necesario clasificarlos como constitucionales (Burdeau, François. 1995. *Histoire du droit administratif. De la Révolution au début des années 1970*. París. Thémis, P.U.F., 400).

¹⁸ Weil, Prosper y Pouyaud, Dominique. 2004. *Le droit administratif*. reimpresión de la 20ª edición. París. P.U.F., 78.

¹⁹ Sobre el alcance del principio de legalidad, dicen Weil y Pouyaud: “À l'usage, le terme de *légalité* a cependant reçu une acception plus large et est devenu synonyme de *régularité* juridique, de *juridicité*: le « *bloc de la légalité* » (Hauriou) comprend aujourd'hui l'ensemble des règles de droit qui limitent l'action administrative.”, *ibid.*, 83. No tanto la extensión como la coordinación de este conjunto de reglas incide decisivamente en el grado de amplitud con que se aplique el principio.

²⁰ Dupuis, Chrétien y Guédon, *ibid.* La traducción es mía.

²¹ Weil y Pouyaud, 84; Dupuis, Chrétien y Guédon, 92-93; Le Berre, Hugues. 1999. *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998*. París. L.G.D.J., 221; Rivero, Jean y Waline, Jean. 2002. *Droit administratif*. 19ª ed. París. Dalloz, 43; Chapus, René. 2001. *Droit administratif général*. 15a

Es el caso de la sentencia del 28 de enero de 1972, *Conseil transitoire de la Faculté de lettres de Paris*.²² En este caso, se trata de obtener la nulidad de un decreto ministerial por el que se fijan los impuestos y modalidades de percepción de los derechos de inscripción y escolaridad en los establecimientos educacionales del Estado. Aun cuando el decreto está correctamente fundado en el artículo 48 de la ley de finanzas del 24 de mayo de 1951, deviene inconstitucional porque hace aplicación de una ley que desconoce el principio constitucional de la gratuidad de la enseñanza contenido en el preámbulo de la Constitución de 1946. El *Conseil d'Etat* declara sencillamente que dicho argumento es inoperante.²³

En el caso *Schiavon* (26 de febrero de 1974)²⁴ debió resolver un recurso presentado contra una sentencia de la Corte de Apelaciones de *Toulouse* que condenaba al recurrente por los cuasidelitos de homicidio y lesiones, y por infracción del Código de Tránsito. Entre las penas se le aplicó la de 15 días de prisión. Uno de los argumentos esgrimidos por el recurrente es la violación de los artículos 34 y 37 de la Constitución, porque se le estarían aplicando penas privativas de libertad establecidas en una norma reglamentaria -el Código de Tránsito-, siendo que las penas privativas de libertad son materia de reserva legal. La Corte resuelve diciendo que la competencia de la autoridad administrativa para establecer las penas de encarcelamiento por contravención de policía está prevista en los artículos 464, 465 y 466 del Código Penal, y que “estos últimos textos, poseyendo valor legal, se imponen a las jurisdicciones del orden judicial, que no pueden juzgar su constitucionalidad.”²⁵

La Constitución no es una norma que se pueda invocar válidamente con el fin de atacar un acto administrativo, porque está opacada por la ley, que se interpone como una pantalla entre la Constitución y el acto administrativo. Declarar la inconstitucionalidad de un acto administrativo, supone indirecta pero inevitablemente declarar la inconstitucionalidad de la

ed., T. 1. París. Montchrestien, n° 50 y 51; Gohin, Olivier. 2000. “Le Conseil d'État et le contrôle de la constitutionnalité de la loi”, *RFDA*, 16 (6) nov-déc., 1175-1188. 1176 a 1178.

²² El caso puede consultarse en <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=29126&indice=7&table=JADE&ligneDeb=1>

²³ En el mismo sentido, *Confédération nationale des associations familiales catholiques*, CE, Ass., 21 de diciembre de 1990, el caso puede consultarse en <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=158173&indice=1&table=JADE&ligneDeb=1>; *Feldkirchner*, CE, 31 de julio de 1996, el caso puede consultarse en <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=130211&indice=1&table=JADE&ligneDeb=1>

²⁴ El caso puede consultarse en <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=92362&indice=1&table=CASS&ligneDeb=1>

²⁵ “Que ces derniers textes, ayant valeur législative, s'imposent aux juridictions de l'ordre judiciaire qui ne sont pas juges de leur constitutionnalité.” Puede verse también *Lecat*, cámara criminal *Cour de Cassation*, 14 de abril de 1992. El caso puede consultarse en <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=160389&indice=1&table=INCA&ligneDeb=1>

ley,²⁶ y ello excede la competencia del poder jurisdiccional.²⁷ En palabras de GOHIN “sostener que un reglamento conforme a una ley es contrario a la Constitución deviene, por transitividad, en sostener implícitamente mas necesariamente, que la misma ley es contraria a la Constitución. Para el juez, un motivo así es inoperante en la medida que su examen lo conduce a pronunciarse acerca de la constitucionalidad de una ley que hace de pantalla entre el reglamento y la Constitución, y que impide en consecuencia la exposición del reglamento a la Constitución.”²⁸ En fin, la teoría es la previsible consecuencia de la aplicación del principio de separación de poderes y del carácter infalible de la ley.²⁹

Contra quienes defienden la generalidad de la aplicación de la teoría, FAVOREU pretende demostrar que la “ley pantalla”, en materia de control de constitucionalidad de los actos administrativos, es la excepción. Enumera en su favor las técnicas de que dispone el juez administrativo para eludir la teoría.³⁰ En primer lugar, señala que le es posible al juez considerar que no es aplicable una ley anterior a la Constitución y que ha caducado en virtud de que no está en armonía con ella. Cita en apoyo de este argumento el *Rapport Public 1990* del *Conseil d’Etat* (E.D.C.E. 1991, n° 42, p. 81), que se refiere a la derogación implícita de ciertas disposiciones legales anteriores por ser contrarias al Preámbulo de la Constitución de 1946.³¹ A la misma conclusión ha llegado STIRN.³²

Otra técnica de que dispone el juez administrativo es interpretar la ley de modo tal que resulte conforme con la Constitución, lo cual no supone un pronunciamiento acerca de la constitucionalidad de la ley. De manera general, el juez tiende a interpretar la ley como acorde con la Constitución y, por tanto, en caso de incompatibilidad entre la Constitución y un reglamento, el análisis puede hacerse como de una contradicción entre la ley y el reglamento, y finalmente como una inconstitucionalidad de éste, salvaguardando la integridad (constitucionalidad) de la ley.³³ Por último, se refiere a la técnica de la “pantalla transparente”, que permite al juez contrastar directamente el acto administrativo con la Constitución, cuando

²⁶ *Union démocratique du travail*, CE, Ass., 22 de octubre de 1979. El caso puede consultarse en <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=31900&indice=1&table=JADE&ligneDeb=1>

²⁷ El *Conseil Constitutionnel* escapa al dualismo jurisdiccional judicial/administrativo, sin constituer un tercer orden de jurisdicción. Cfr. Odent, Bruno y Truchet, Didier. 2004. *La justice administrative*. París. P.U.F., 6.

²⁸ Gohin, 1177. La traducción es mía.

²⁹ Gohin descarta el principio de separación de poderes como explicación de la abstención del juez de controlar la constitucionalidad de la ley y parafraseando a Duguit concluye que “la ley se impone sin restricción ni reserva, ya que ella es la expresión de la voluntad soberana del Estado.” Gohin, 1182.

³⁰ Favoreu y Renoux, 22-26, especialmente § 41-44.

³¹ “C’est... par application du principe d’égalité que le Conseil d’Etat a constaté l’abrogation implicite, par le Préambule de la Constitution, de l’article 7 de la loi du 24 mai 1825...”.

³² Stirn, 85.

³³ Louis Favoreu (coord.). 2002. *Droit des libertés fondamentales*. París. 2ª ed. Dalloz, 129.

las disposiciones de la ley son suficientemente amplias y genéricas. NÉGRIER también se refiere a este recurso que relativiza los efectos de la Teoría, y lo interpreta como una tímida manifestación de la voluntad del *Conseil d'Etat* por restringir su campo de aplicación.³⁴

c) La “pantalla transparente”

El *Conseil d'Etat* no se excusa de verificar la constitucionalidad de un acto administrativo, cuando la ley en que se sustenta no contiene disposiciones de fondo sino que, más bien, concede a la Administración un poder discrecional. En esta clase de leyes, sus disposiciones forman como una trama casi transparente en el sentido que permiten contrastar el contenido del acto administrativo directamente con la Constitución. Esta línea jurisprudencial es la llamada teoría de la “ley transparente”, aludiendo a la cualidad de la trama de sus disposiciones, que no obstaculiza la confrontación directa del acto administrativo con la Constitución.³⁵

FAVOREU incluye esta teoría entre las técnicas utilizables por el juez administrativo para efectuar el control de constitucionalidad de los actos de la administración, y la define como aquella “según la cual, cuando las disposiciones de la ley que hace de pantalla entre el acto administrativo y la Constitución son suficientemente generales y poseen el carácter de disposiciones-marco, pueden ser consideradas como ‘transparentes’ y no obstaculizan el control del juez administrativo.”³⁶

La primera sentencia es *Quintin*, (CE, 17 de mayo de 1991)³⁷ Quintin demanda al *Conseil d'Etat* la anulación de la decisión del prefecto de *Finistère*, del 15 de noviembre de 1985, que le rechazó un certificado de urbanización, alegando la violación de su derecho de propiedad. La decisión del prefecto se sustenta en las disposiciones reglamentarias adoptadas en función de la habilitación conferida por el artículo L. 111-1 del Código de Urbanismo, que expresamente le autoriza para dictar “las reglas generales aplicables (...) en materia de utilización del suelo, especialmente en lo que concierne a la localización, la accesibilidad, la distribución y la arquitectura de la construcción.” Ponderando esta habilitación concebida en términos amplios, el *Conseil d'Etat* se atreve a confrontar las disposiciones reglamentarias dictadas por el prefecto directamente con la Constitución, concluyendo que ellas no son contrarias al principio constitucional del derecho de propiedad.

Esta decisión ha sido el *leading case* de la teoría de la “ley transparente”. Además, se la destaca

³⁴ Négrier, 774. También pueden revisarse los modelos de razonamientos identificados por Genevois que atenúan o limitan el principio según el cual el juez se niega a controlar la constitucionalidad de la ley. Genevois, 719-723.

³⁵ Négrier atribuye la expresión a F. Moderne. Négrier, 774 nota 24.

³⁶ Favoreu y Renoux, 25, §44.

³⁷ El caso puede consultarse en <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=58580&indice=22&table=JADE&ligneDeb=21>

como una sentencia particularmente característica en materia de derechos fundamentales, porque, “el hecho de que se esté en presencia de una habilitación legislativa que no condiciona la intervención reglamentaria, abre el camino al control del acto reglamentario en relación con los derechos fundamentales, puesto que el contenido del reglamento no está ya predeterminado por la ley.”³⁸

En realidad, el juez administrativo podría omitir la aplicación de la teoría de la ley pantalla absteniéndose de invocar la autoridad de la ley cuando ésta contiene disposiciones borrosas o poco explícitas.³⁹ En cualquier caso, el campo de aplicación de la teoría de la “ley transparente” es una cuestión de hecho que se circunscribe a las leyes que cumplen con las condiciones de generalidad o amplitud suficientes. RIVERO y WALINE exigen que el acto administrativo viole “directamente y por sí mismo” la Constitución para que el juez administrativo pueda sancionar la inconstitucionalidad.⁴⁰ Cuando el contenido de los reglamentos está de tal modo condicionado por las disposiciones legislativas, que el control del reglamento desembocaría necesariamente en un control de constitucionalidad de la ley, entonces el juez administrativo está constreñido a juzgar sólo la legalidad del acto, absteniéndose de juzgar la constitucionalidad de la ley.⁴¹

d) La sentencia *Nodiere*

Cabe preguntarse si el efecto “pantalla” de una ley perdura después de que es derogada por la entrada en vigencia de la Constitución. En la sentencia *Nodiere* (CE, 3 de febrero de 1999), el *Conseil d'Etat* se pronuncia precisamente sobre este tema, declarando que las consecuencias que la Constitución pueda tener sobre disposiciones legales (derogando unas y modificando otras), no pueden afectar la legalidad de reglamentos adoptados con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución.⁴² El *Conseil d'Etat*, aun considerando la posibilidad de que la Constitución de 1958 hubiera derogado algunas disposiciones legales y además hubiera influido sobre las condiciones en que una disposición legal anterior a la entrada en vigencia de la Constitución fuera susceptible de ser modificada, rechaza la posibilidad de que dichos cambios puedan afectar la legalidad de un decreto creado con anterioridad. El decreto queda así protegido por la ley de habilitación que le dio origen, aun cuando dicha ley posteriormente pudiera verse afectada por la Constitución.

³⁸ Favoreu (coord.), *Droit des...*, 129 y 130. La traducción es mía.

³⁹ Favoreu y Renoux, 23, §39.

⁴⁰ Rivero y Waline, 43

⁴¹ Favoreu (coord.), *Droit des...*, 129. Aunque se refiere a los reglamentos, nos parece que la afirmación alcanza a todos los actos administrativos.

⁴² Dice la sentencia, en lo pertinente: “*Considérant que si le partage des compétences entre la loi et le règlement opéré par la Constitution du 4 octobre 1958 a eu pour conséquence d’abroger les articles 6 et 7 de la loi du 17 août 1948 et s’il peut, le cas échéant, influencer sur les conditions dans lesquelles une disposition législative intervenue antérieurement à l’entrée en vigueur des articles 34 et 37 de la Constitution est susceptible d’être modifiée, il ne saurait, par lui-même, constituer un changement dans les circonstances de droit de nature à affecter la légalité d’un règlement pris avant leur entrée en vigueur*” El caso puede consultarse en <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=154400&indice=1&table=JADE&ligneDeb=1>

Distinta es la situación de los decretos dictados a partir de la V República, por la aplicación de los artículos 34 y 37 de la Constitución según la interpretación hecha por el *Conseil Constitutionnel* y por el *Conseil d'Etat*.⁴³

V. LA TEORÍA DE LA LEY PANTALLA Y EL DERECHO COMUNITARIO

a) La sentencia *De semoules*

La posición de los jueces respecto de la legislación anterior al Derecho Comunitario no supone mayores inconvenientes, pues se aplica la regla *lex posterior derogat priori*. Los problemas se presentan con la aplicación de leyes posteriores incompatibles con el Derecho Comunitario. El artículo 55 de la Constitución de 1958 dispone la superioridad de los tratados aprobados y publicados sobre la ley y, consecuentemente, el juez que declare la incompatibilidad de la ley posterior con el Derecho Comunitario, tácitamente estará declarando su inconstitucionalidad, por violación del artículo 55.

El *Conseil d'Etat*, aplicando la teoría de la ley pantalla, decidió que no puede invocarse el motivo de que un acto administrativo desconoce un tratado internacional cuando ese acto es conforme con la ley nueva o posterior, que hace de pantalla entre la ley y el tratado. Se trata de la sentencia *Syndicat générale des fabricants de semoules de France* (CE, Sect., 1 de marzo de 1968), en que aplicó la teoría de la ley pantalla para evitar pronunciarse acerca de la compatibilidad de una ley interna posterior con el Derecho Comunitario europeo.⁴⁴

El *Syndicat générale des fabricants de semoules de France* reclamó ante el *Conseil d'Etat* la nulidad por exceso de poder de la decisión del Ministro de Agricultura de autorizar la importación de 400.000 quintales de sémola desde Argelia, eximiendo dicha importación del descuento previsto por el Reglamento N° 19 de la Comunidad Económica Europea. La decisión del Ministro estaba fundada en la ordenanza del 19 de septiembre de 1962 sobre el régimen aduanero de los productos importados desde Argelia, que tenía valor de ley en virtud del artículo 50 de la ley del 15 de enero de 1963. Los demandantes sostuvieron que la decisión infringía lo dispuesto por el reglamento comunitario n° 19. La decisión del Ministro se fundaba en una ley

⁴³ Favoreu y Renoux, 53, §101. Peculiar es la situación que se presenta en *Traversac*, CE, 27 de abril de 1987: tratándose de los establecimientos educacionales franceses en el extranjero, la gratuidad de la enseñanza obligatoria (que es un principio constitucional) no es exigible al Estado a menos que una ley diga lo contrario. Por ello es que un decreto de 1979 que fija el monto de la matrícula para los colegios de Argelia en base a una ley de 1951, no es contrario a la Constitución. La sentencia puede consultarse en <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=48857&indice=1&table=JADE&ligneDeb=1>

⁴⁴ También puede verse *René Moline*, CE, Ass., 13 de mayo de 1983. El caso puede consultarse en <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=33007&indice=1&table=JADE&ligneDeb=1>

interna (ordenanza del 19/9/62), pero era contraria a una norma comunitaria (reglamento n° 19 del 4/4/62) El *Conseil d'Etat* se declaró incompetente para pronunciarse acerca de la conformidad del Tratado de Roma y un reglamento comunitario con un texto legislativo (ordenanza) posterior a dicho Tratado. Y es que no se trata de una cuestión que deba decidirla el juez administrativo, quien está sometido al poder legislativo, sin poder cuestionar o censurar sus actos. De hecho, pronunciarse acerca de la decisión del Ministro significaba, en el fondo, pronunciarse acerca de la compatibilidad de la ley con la normativa internacional, lo que podría llevarle a concluir que el legislador había violado el principio de la jerarquía normativa del artículo 55 de la Constitución y que, por lo tanto, la ley era inconstitucional. Para NÉGRIER, “la decisión del *Conseil* reposa sobre una contradicción asumida entre la regla impuesta por el artículo 55 de la Constitución y una práctica mucho más matizada de dicha superioridad de los tratados sobre la ley.”⁴⁵

La situación del juez no es fácil. Por una parte el artículo 55 de la Constitución y la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea (*Costa*, 15 de julio de 1964)⁴⁶ le exigen la aplicación del Derecho Comunitario y, por otra parte, el respeto del principio de separación de poderes le exige omitir cualquier declaración acerca de la validez de la ley. La incompatibilidad de la ley interna posterior con el Derecho Comunitario no puede resolverse satisfactoriamente por el juez sin sacrificar la aplicación del Derecho Comunitario o su posición al margen de todo juicio de validez de la ley.

Recién en 1975 el poder judicial se declaró competente para pronunciarse sobre el conflicto entre el Derecho interno y el Derecho Comunitario. Fue la *Cour de Cassation*, con la sentencia *Jacques Vabre*, del 24 de mayo de 1975.⁴⁷ En ella, la *Cour* interpreta el artículo 55 de la Constitución reconociendo la primacía del Tratado de Roma sobre el Derecho interno, señalando además —en perfecta armonía con *Costa*— que dicho tratado crea un orden jurídico privativo de los estados miembros, directamente aplicable y que se impone a las jurisdicciones nacionales. La sentencia resuelve un conflicto entre el Derecho Comunitario y la ley interna posterior, estableciendo un precedente que indirectamente sirve para el control jurisdiccional de la actividad de la Administración, en la medida que amplía la extensión del principio de legalidad al Derecho Comunitario.⁴⁸

⁴⁵ Négrier, 772

⁴⁶ Declaró que “los tratados europeos han instituido un orden jurídico propio integrado a los sistemas jurídicos de los estados miembros, y que se impone a sus jurisdicciones.” El caso puede consultarse en http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=fr&numdoc=61964J0006#MO

⁴⁷ El caso puede consultarse en <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=113251&indice=1&table=CASS&ligneDeb=1>

⁴⁸ Sobre la diversa aplicación de los tratados y el Derecho Comunitario derivado (reglamentos y directivas): Peiser, 44-47; Dupuis, Guédon y Chrétien, 116-120; Chapus, n° 192 2°.

Cabe pensar que la sentencia *Jacques Vabre* fue posible gracias a la sentencia de enero del mismo año del *Conseil Constitutionnel*, en que hubo de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley de aborto (DC 74-54, 15 de enero de 1975) En dicha sentencia, el *Conseil Constitutionnel* se excusa de confrontar la ley con los tratados internacionales alegando que el control de constitucionalidad de la ley (artículo 61 de la Constitución) es de distinta naturaleza que el control del principio de superioridad de los tratados sobre la ley (artículo 55 de la Constitución), y que en el caso se trata de controlar la constitucionalidad. Concluye afirmando que “una ley contraria a un Tratado no tiene que ser, por ello, contraria a la Constitución.” La sentencia pone a disposición de la jurisdicción un mecanismo que le permite declarar la incompatibilidad de la ley con los tratados, sin que ello signifique un pronunciamiento acerca de la constitucionalidad de dicha ley.

Es precisamente lo que hace la *Cour de Cassation* en la sentencia *Jacques Vabre*. El *Conseil Constitutionnel* pone a disposición de la jurisdicción un dispositivo para eludir la declaración de inconstitucionalidad de la ley interna por violación del artículo 55, que necesariamente debía seguirse cada vez que un juez aplicara el Derecho Comunitario. Permanece así formalmente intacto el principio de separación de poderes.

b) La sentencia *Nicolo*

El *Conseil d'Etat* no varió su postura hasta la sentencia *Nicolo*, (CE, Ass., 20 de octubre de 1989)⁴⁹ *Nicolo* demandó la anulación de las elecciones de los representantes franceses en el Parlamento europeo realizadas en Francia. Adujo que la participación de ciudadanos de territorios de ultramar como electores y como candidatos constituye un defecto que viciaba el proceso electoral. El *Conseil d'Etat*, sostuvo que los territorios de la República francesa constituyen una circunscripción electoral única a efectos de la elección de los representantes ante el Parlamento europeo, y que la República francesa comprende los territorios de ultramar. Asimismo contrastó la ley francesa del 7 de julio de 1977 sobre la elección de los representantes franceses ante la asamblea de las comunidades europeas con el artículo 227-1 del Tratado de Roma según el cual “el presente tratado se aplica... a la República francesa”, concluyendo que no existe incompatibilidad alguna entre la ley posterior y el Tratado.

Un antecedente de este cambio jurisprudencial puede encontrarse en *Société Smanor* (CE, 19 de noviembre de 1986) En él, el *Conseil d'Etat* admite confrontar las disposiciones de un decreto cuya nulidad se demandaba, con los artículos 30 y 34 del Tratado de Roma, estimando que una simple ley marco no constituye necesariamente una pantalla entre el reglamento y el

⁴⁹ El caso puede consultarse en <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=34637&indice=1&table=JADE&ligneDeb=1>

Tratado.⁵⁰ Desde la sentencia *Nicolo*, el *Conseil d'Etat* deja de declararse incompetente para pronunciarse acerca de la compatibilidad de una ley posterior con un tratado internacional, como lo venía haciendo desde la sentencia *Syndicat générale des fabricants de semoules de France*.

Parece haber influido decisivamente en este cambio jurisprudencial la sentencia del *Conseil Constitutionnel*, A.N., *Val-d'Oise (5e circ.)* del 21 de octubre de 1988, en que declara explícitamente su competencia, en cuanto juez electoral, para decidir si determinadas disposiciones de una ley electoral eran contrarias al Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁵¹ NÉGRIER sugiere que la decisión sería también la respuesta estratégica del *Conseil d'Etat* a la iniciativa que, por la vía de legitimar a todos los franceses para recurrir al *Conseil Constitutionnel* cada vez que estimaran desconocidos sus derechos fundamentales, amenazaba esa suerte de monopolio que el juez administrativo detentaba en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.⁵² Las consecuencias que se desprenden de esta sentencia son relevantes no sólo desde la perspectiva del control de convencionalidad de la ley sino desde el control de constitucionalidad.

Parece forzoso reconocer que cada vez que el juez administrativo verifica la conformidad de la ley a los tratados internacionales, indirectamente verifica la constitucionalidad de la ley, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 55 de la Constitución. Dice NÉGRIER que es innegable que el control de validez de los tratados está ligado al de constitucionalidad de la ley. “Negar esto equivale a decir que al censurar la no-observancia de la Constitución por parte del legislador, el *Conseil d'Etat* no está haciendo de facto un control de constitucionalidad.”⁵³ GOHIN opina que el control de convencionalidad es “perfectamente asimilable” al control de constitucionalidad cuando el contenido de las disposiciones convencionales y constitucionales es idéntico⁵⁴ y DOKHAN llega al convencimiento “de la asimilación del control de convencionalidad al control de constitucionalidad por vía de excepción”, pues tanto en uno como en otro control “se aprecia la validez de la ley interna en relación a normas de referencia supralegislativas, materialmente idénticas o equivalentes.”⁵⁵

⁵⁰ Peiser, 44-45.

⁵¹ Si bien no de los mismos escrutinios, el *Conseil d'Etat* y el *Conseil Constitutionnel* son jueces de procesos electorales con igual misión y potestades. Por ello, la decisión del *Conseil Constitutionnel* es una invitación tácita a abandonar su negativa a contrastar la legislación interna con la normativa comunitaria.

⁵² Négrier, 795-797.

⁵³ Négrier, 790.

⁵⁴ Gohin, 1183-1184.

⁵⁵ Dokhan, David. 2001. *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*. París. L.G.D.J., 301. Sobre la identidad de las normas de referencia que llevan a la asimilación de ambos controles, puede verse también Négrier, 794, nota 97.

Por otra parte, es innegable el hecho de que, formalmente, el juez no ha hecho abandono de la teoría de la ley pantalla en el Derecho Constitucional. Su aceptación de confrontar los tratados con la ley interna posterior no puede entenderse sin más como una apertura a confrontar la ley con la Constitución. Como señala CHAPUS, la habilitación del artículo 55 de la Constitución “no implica *por sí misma*” una modificación al principio general según el cual el juez no puede apreciar la constitucionalidad de la ley.⁵⁶ De hecho, con posterioridad a la sentencia *Nicolo*, el *Conseil d'Etat* ha declarado expresamente su incompetencia para pronunciarse acerca de la inconstitucionalidad de la ley.⁵⁷

A pesar de los esfuerzos de NÉGRIER por argumentar en favor de la extensión de la jurisprudencia *Nicolo* al Derecho Constitucional,⁵⁸ debemos admitir que la doctrina y la jurisprudencia están con STIRN cuando afirma: “El caso de contradicción con un tratado es el único en que el juez administrativo puede descartar la aplicación de una ley. *En todos los otros casos*, la ley se impone tanto a la administración como al juez, sin que se pueda distinguir según si fue adoptada por el Parlamento o por referéndum, o según si se trata de una ley orgánica u ordinaria. (...) Un control de esta especie depende hoy sólo del *Conseil Constitutionnel*, que lo ejercita según las condiciones fijadas por la Constitución.”⁵⁹

VI. LA TEORÍA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El robustecimiento del estatuto jurídico de los derechos fundamentales y las consiguientes garantías jurisdiccionales de protección, ejercen una presión insoslayable contra una teoría que entorpece su defensa en aras de un rigorismo formal difícilmente aceptable en las actuales circunstancias. La efectividad de los catálogos constitucionales de libertades y derechos fundamentales es puesta en jaque por una teoría que rechaza la directa aplicabilidad de la Constitución, excepto para los casos de “leyes transparentes”. No desconocemos la importancia atribuida por FAVOREU a la sentencia *Quintin* en materia de protección de los derechos fundamentales,⁶⁰ pero el fundamento de la decisión es la vinculación débil que existe entre la

⁵⁶ Chapus, n° 193, 3°. Cursiva en el original. La traducción es mía.

⁵⁷ Cfr. *Rouquette et autres*, CE, Ass., 5 de marzo de 1999, el caso puede consultarse en http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisprud/index_ac_ld9902.shtml; *Meyet et autres*, CE, Ass., 17 de febrero de 1995, el caso puede consultarse en <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=117777&indice=1&table=JADE&ligneDeb=1>.

⁵⁸ Los argumentos son, resumidamente: a) el artículo 55 de la Constitución implica un control de constitucionalidad de la ley por parte del *Conseil d'Etat*; b) el *Conseil d'Etat* no aplica la teoría de la ley pantalla en todos los casos con la misma intensidad; c) el control de los decretos del artículo 37 de la Constitución por parte del *Conseil d'Etat* supone una apreciación indirecta de la constitucionalidad de las leyes; d) el juez administrativo descarta a veces directamente la aplicación de la teoría de la ley pantalla. Négrier, 790-794. Podría agregarse la asimilación de los controles de convencionalidad y constitucionalidad. Cfr. nota n°38.

⁵⁹ Stirn, 86. La traducción es mía.

⁶⁰ Vid. *supra*, nota 28.

ley y el acto administrativo, lo cual nos deja sin respuesta para los casos en que la vinculación es fuerte. En este escenario, se plantea la aguda cuestión de la eficacia de los derechos fundamentales, que radica en definir si éstos son directamente aplicables o requieren de una ley que los desarrolle.

A partir de la sentencia *Nicolo*, la jurisprudencia ha reconocido la primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho interno, abriendo la posibilidad de una directa aplicación por la jurisdicción de los derechos fundamentales reconocidos por los tratados internacionales y el Derecho Comunitario derivado. Desde entonces “la presencia de una ley que se interpone entre los reglamentos y los tratados no constituye un obstáculo a la integración de éstos al bloque de legalidad para el control de los actos administrativos. La confrontación entre los derechos fundamentales protegidos por las convenciones internacionales y los actos reglamentarios es, en adelante, siempre posible.”⁶¹ Pero debemos recordar que el mecanismo de aplicación del Derecho Comunitario sortea toda referencia a la Constitución, porque de acuerdo a la jurisprudencia *Interruption volontaire de la grossesse* del *Conseil Constitutionnel* “una ley contraria a un tratado no tiene que ser, por ello, contraria a la Constitución.” Es decir, subsiste la posibilidad de que una ley se interponga entre la Constitución y el acto administrativo.

Como consecuencia de ello resulta que el juez puede anular una ley contraria a un tratado internacional, pero no puede hacerlo respecto de una ley contraria a la Constitución, aun cuando ésta es una norma jerárquicamente superior a los tratados internacionales (Cfr. *Sarran*, CE, Ass., 30 de octubre de 1998) Apparently se trata de una situación que pone en riesgo la coherencia del ordenamiento jurídico, pues supone la coexistencia de dos vías paralelas de protección de los derechos fundamentales, sin un órgano que garantice la coherencia de las decisiones. La asimilación de los controles de convencionalidad y de constitucionalidad respecto de los derechos y libertades fundamentales es, para DOKHAN, fuente de problemas para la coherencia del orden interno,⁶² mientras que BELL señala al *Conseil d'Etat* como un factor de coherencia y orden dentro de un sistema de jerarquía de normas discutido.⁶³ Nos parece, sin embargo, que la salvaguarda de un orden interno coherente es una cuestión secundaria frente a la protección de los derechos fundamentales ejercida por la jurisdicción –administrativa y judicial- y por el *Conseil Constitutionnel*.

⁶¹ Favoreu (coord.), *Droit des...*, §1 n° 153.

⁶² Dokhan, 302.

⁶³ Bell, John. 2005. “French administrative law and the supremacy of European laws”, *European Public Law*, Volume 11, Issue 4, 487-493. 488 y 493.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

La teoría de la ley pantalla sigue vigente en el Derecho interno francés. Aunque puedan identificarse numerosos síntomas de su debilitamiento, lo cierto es que el juez aún se resiste a declarar la inconstitucionalidad de la ley. El Derecho Comunitario europeo ha abierto una brecha importante en el Derecho Público francés al remover algunos de sus fundamentos, y ha supuesto un avance significativo en materia de protección de los derechos fundamentales al imponerse como un orden jurídico propio a las jurisdicciones nacionales. En aplicación de este Derecho, el juez puede declarar la invalidez de la ley. No obstante, esta posibilidad no se extiende al Derecho Constitucional, porque se trata de dos controles distintos, de acuerdo a la jurisprudencia del *Conseil Constitutionnel*.

El carácter infalible de la ley y el principio de separación de poderes conservan parte importante de su vigor, al punto de que los jueces siguen declarándose incompetentes para pronunciarse acerca de la constitucionalidad de la ley, aunque ello implique eventualmente la existencia de un acto administrativo contrario al bloque de constitucionalidad. Por ello resulta apresurado postular la superación de la teoría en base a la jurisprudencia *Nicolo*, puesto que hacerlo implica derribar los pilares sobre los cuales se sustenta.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BELL, John, "French administrative law and the supremacy of European laws", *European Public Law*, Volume 11, Issue 4, 2005, 487-493.
2. FAVOREU, Louis (coord.), *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2ª ed., París, 2002.
3. ODENT, Bruno y TRUCHET, Didier *La justice administrative*, P.U.F., París, 2004.
4. GOHIN, Olivier, "Le Conseil d'État et le contrôle de la constitutionnalité de la loi", *RFDA*, 16 (6) nov-déc., 2000, 1175-1188.
5. CHAPUS, René, *Droit administratif général*, Montchrestien, T. 1, 15a ed., París, 2001.
6. RIVERO, Jean y WALINE, Jean, *Droit administratif*, 19ª ed., Dalloz, París, 2002.
7. LE BERRE, Hugues, *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998*, L.G.D.J., París, 1999.
8. WEIL, Prosper y POUYAUD, Dominique, *Le droit administratif*, P.U.F., reimpresión de la 20ª edición, París, 2004.
9. FAVOREU, Louis y RENOUX, Thierry, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Sirey, París, 1992.
10. NÉGRIER, Emmanuel, "Le crépuscule d'une théorie jurisprudentielle: l'écran législatif et les droits communautaire et constitutionnel", *RDP*, 1990, 767-799.

11. PEISER, Gustave, *Contentieux Administratif*, Dalloz, París, 2004.
12. STIRN, Bernard, *Le Conseil d' Etat. Son rôle, sa jurisprudence*. Hachette, 2ª ed., París, 1994.
13. GENEVOIS, Bruno, "Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution", *RFDA*, 16 (4) juill.-août 2000, 715-724.
14. DUPUIS, Georges, GUÉDON, Marie-José y CHRÉTIEN, Patrice, *Droit administratif*, Armand Colin y Dalloz, París, 2004.
15. BURDEAU, François, *Histoire du droit administratif. De la Révolution au début des années 1970*, Thémis, P.U.F., París, 1995.
16. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Marina Gascón (trad.), Trotta, Madrid, 1995.

