

EL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS Y EL CONTROL DE LA CONFORMIDAD DE LAS LEYES A LOS TRATADOS

Por YVES GALMOT (*)

La tradición constitucional francesa es una tradición «monista», que obliga a los Jueces nacionales a aplicar las normas internacionales ante ellos invocadas, sin que sea necesario que éstas hayan tenido que ser objeto de un procedimiento de recepción en Derecho interno.

Hace tiempo ya que el Consejo de Estado francés extrajo todas las consecuencias de este principio, aplicándolas al ámbito del control de la legalidad de los actos del ejecutivo. Así en 1901, el Consejo aceptó pronunciarse sobre la legalidad de una resolución adoptada por la Administración Tributaria francesa relativa a un Cónsul de Chile en Francia, debido a que la misma no tuvo en cuenta las estipulaciones de un Tratado concluido entre Francia y Chile, que preveía una exención tributaria en favor de todos los Cónsules, con independencia de su nacionalidad (12 de junio de 1901, Ducaud, Rec. Lebon, pág. 524). Con posterioridad y mediante una sentencia de 30 de mayo de 1952, Dame Kirkwood (Rec. Lebon, pág. 291; Revue de droit public, 1952, pág. 781, con conclusiones de Letourneur), que entró a examinar un motivo basado en la violación de un Convenio de extradición en apoyo de un recurso de control de

(*) Conseiller d'état, ex Juez del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

legalidad («pour excès de pouvoir») interpuesto contra un Decreto de extradición, esta doctrina jurisprudencial se extendió del ámbito del contencioso subjetivo (de plena jurisdicción) al objetivo (de anulación). Por último, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha elaborado progresivamente (cf. en especial, la sentencia del Consejo de Estado de 3 de febrero de 1989, *Compagnie Alitalia*, Rec. Lebon, pág. 44) toda una gama de procedimientos destinados a hacer posible la inaplicación de un texto de rango reglamentario, que sea contrario a las estipulaciones de un Tratado internacional o del Derecho derivado del mismo. Según los casos, los interesados pueden, bien obtener la anulación de dicho Reglamento por incurrir en causa de nulidad («excès de pouvoir»), o bien invocar su ilegalidad en vía incidental, en el marco de un recurso interpuesto contra un acto administrativo individual que aplica dicho Reglamento o, incluso, solicitar a la autoridad administrativa competente la derogación formal del texto reglamentario, que ha perdido su legalidad a consecuencia de la celebración de un Tratado, e impugnar por causa de nulidad («excès de pouvoir») la resolución que, en su caso, deniegue tal derogación.

Ahora bien, hasta una fecha muy reciente, el Consejo de Estado no ofrecía una protección comparable a los particulares víctimas de la violación del Derecho internacional por un texto con rango de ley, en la medida en que éste no excluía la aplicación de una ley posterior a un Tratado y contraria a éste. Es precisamente esta doctrina tradicional la que acaba de abandonarse mediante la sentencia *Nicolo*, una resolución trascendental dictada por el Pleno de la Sección de lo Contencioso-Administrativo del Consejo de estado, el 20 de octubre de 1989 (véanse, en la *Revue française de droit administratif* de septiembre-octubre de 1989, pág.813, el texto de la sentencia, las conclusiones del «Commissaire du gouvernement», Sr. Patrick Frydman y el comercio de Bruno Genevois) (1).

Para apreciar en su integridad el nuevo sistema de control de la conformidad de las leyes de los Tratados que se desprende de la referida sentencia, pasaremos a examinar sucesivamente:

(1) Véase el texto íntegro traducido de la Sentencia y de las Conclusiones en esta *Revista de Instituciones Europeas*, 1989, pág. 1015.

a) La doctrina del Consejo de Estado anterior a la sentencia Nicolo, así como sus fundamentos y consecuencias.

b) Las razones del giro jurisprudencial producido el 20 de octubre de 1989 y el nuevo régimen de control de la conformidad de las leyes a los Tratados que resulta del mismo.

c) Por último, las cuestiones suscitadas por la sentencia Nicolo, aún sin respuesta cuando se escriben estas líneas.

I. A) Desde la entrada en vigor de la Constitución de 4 de octubre de 1958, el artículo 55 de este texto consagra el principio de la supremacía de los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las leyes internas. A tenor de lo previsto en dicho precepto: «A partir del momento de su publicación, los Tratados o Acuerdos válidamente ratificados o aprobados gozarán de un rango superior al de la ley; a reserva, respecto a cada Acuerdo o Tratado, de que sea aplicado por la otra parte».

El Consejo de Estado siempre ha admitido sin dificultad que, en caso de conflicto, el Tratado o Acuerdo incorporado al ordenamiento jurídico interno prevalece sobre ley interna anterior en el tiempo (cf., por ejemplo: 7 de julio de 1978, Klaus Croissant, Rec. Lebon, pág. 292; 15 de febrero de 1980, Gabor Winter, Rec. Lebon, pág. 87; 22 de enero de 1982, Conseil régional de Paris de l'ordre des experts comptables, Rec. Lebon, pág. 28). En este supuesto no es preciso plantearse si el legislador ha respetado, o no, el Tratado o la Constitución; puesto que, cuando entró en vigor la ley, el Tratado no había pasado aún a formar parte del ordenamiento jurídico interno. La única pregunta que procede plantearle (y que la jurisprudencia no ha resuelto todavía) es si el Tratado posterior deroga implícitamente la ley o si lo único que hace es convertirla en inaplicable, con lo que la ley recobraría sus efectos en caso de que el Tratado dejara de ser aplicable (como consecuencia de su denuncia, por ejemplo).

Mucho más delicada es la situación en la que una ley posterior a un Tratado entra en conflicto con este último. En semejante situación, en efecto, el Juez se ve inevitablemente abocado a apreciar la validez de la ley respecto a una norma superior (el Tratado o la Constitución). Ahora bien, el Consejo de Estado siempre ha estimado que no corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa erigirse en censor del Poder legislativo, negándose, en con-

secuencia, a reconocer la primacía de los Tratados sobre las leyes anteriores que sean contrarias a los mismos. Esta solución que, por lo que se refiere al Tratado CEE, se afirma en la sentencia de 1 de marzo de 1968, *Syndicat général des fabricants de semoule en France*, Rec. Lebon, pág. 149, con conclusiones de la Sra. *Questiaux*, se hizo inmediatamente extensiva a los Convenios internacionales ordinarios por sentencia de 19 de abril de 1968, *Heid*, Rec. Lebon, pág. 243, reiterándose sistemáticamente hasta la sentencia *Nicolo* (cf. 22 de octubre de 1979, *Union démocratique du travail, et élection des représentants à l'Assemblée des Communautés européennes*, Rec. Lebon, pág. 385; 31 de octubre de 1980, *Lahache*, Rec. Lebon, pág. 403; 13 de mayo de 1983, *Société anonyme Rene-Moline*, Rec. Lebon, pág. 191; 23 de noviembre de 1984, *Roujansky et autres*, Rec. Lebon, pág. 383).

Es preciso comprender en su justa medida el alcance de esta doctrina jurisprudencial. Está claro que el Consejo de Estado nunca ha pretendido negar el principio de la supremacía de los Tratados sobre las leyes internas, claramente proclamado por el artículo 55 de la Constitución; ni ha puesto nunca en duda el hecho de que, en aplicación de dicho principio, una ley posterior a un Tratado y contraria al mismo infringiría el artículo 55 de la Constitución. El referido órgano jurisdiccional se ha limitado a afirmar que la jurisdicción contencioso-administrativa *carece de atribuciones* para declarar que se ha incurrido en una violación de la Constitución y para extraer las consecuencias que procedan acerca de la aplicabilidad de la ley de que se trate.

B Cuando se sentó por vez primera (es decir, en 1968) esta doctrina jurisprudencial se apoyaba en dos pilares extremadamente sólidos, uno de ellos estrictamente jurídico, mientras que el otro se basaba en consideraciones referentes a la tradición democrática francesa.

1. El primer fundamento reposaba en el reparto de competencias establecido por la Constitución francesa de 1958 entre el Consejo Constitucional y los distintos órdenes jurisdiccionales, tanto los pertenecientes a la jurisdicción ordinaria como a la contencioso-administrativa. Puesto que la Constitución había asignado la función de controlar la constitucionalidad de las leyes a un órgano especial, cuya composición le confería un carácter político y que únicamente podía efectuar dicho control dentro de unas condiciones procesales

estrictamente definidas (control previo a la promulgación de las leyes, legitimación reservada a las cuatro personalidades investidas de las más altas funciones políticas del Estado; a saber, el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional y el Presidente del Senado), parecía imposible permitir que, en cualquier litigio, a instancia de cualquiera de las partes litigantes y con posterioridad a la promulgación de una ley, los órganos jurisdiccionales pudieran analizar si dicha ley se ajusta o no al artículo 55 de la Constitución, al violar el principio de la supremacía de los Tratados.

Estas consideraciones, extraídas del propio tenor de la Constitución de 1958, no hacían, por otra parte, otra cosa que confirmar una larga tradición jurisprudencial, muy anterior a esta Constitución, en virtud de la cual no corresponde a los Tribunales franceses, de la jurisdicción ordinaria ni de la contencioso-administrativa, apreciar la constitucionalidad de las leyes. Esta tradición sigue siendo válida y no ha sido cuestionada, hasta hoy, ni por la Cour de cassation ni por el Consejo de Estado (cf. por lo que respecta al Consejo de Estado: 23 de mayo de 1901, Delarue, Rec. Lebon. pág. 481; 6 de noviembre de 1936, Arrighi et dame Cooudert, Rec. Dalloz, 1938, III, 1; 4 de febrero de 1949, Chambre syndicale des agents d'assurances de la Martinique, Rec. Lebon, pág. 49, etc.).

El único punto de la argumentación que, en su momento, fue objeto de alguna crítica se refería a si el hecho de que un Juez garantizara la supremacía de un Tratado sobre una ley constituía en realidad un control de la constitucionalidad de dicha ley. Algunos autores lo negaban, afirmando que se trataba pura y simplemente de que, en presencia de dos reglas jurídicas, una de las cuales está recogida en un Tratado y la otra en una ley interna, los Tribunales, de conformidad con la voluntad expresada por la propia Constitución, deben aplicar la norma de rango superior. Ahora bien, en opinión de la doctrina mayoritaria, toda vez que una ley posterior es contraria a un Tratado, es preciso admitir que el legislador no ha respetado la jerarquía de las normas establecida por el artículo 55 de la Constitución, y ha infringido esta última. Ahora bien, dado que el Juez carecía de atribuciones para controlar la constitucionalidad de las leyes, debía abstenerse de declarar que se había producido dicha infracción.

En virtud de una tradición jurisprudencial que se remontaba a 1932 (22 de diciembre de 1931, Sirey 1932.1.257, con conclusiones Matter), la Cour de cassation compartía, en la época a que estamos haciendo referencia, la misma doctrina.

2. Esta cuestión, por otra parte, no era determinante, puesto que, aun suponiendo que no se tratara de un control de la constitucionalidad de la ley propiamente dicho, el mero hecho de que un Juez inaplicase una ley por ser contraria a un Tratado anterior equivalía en definitiva a emitir un juicio de valor sobre la actividad del legislador, paralizando los efectos de una ley. Ahora bien, y ahí radicaba precisamente el segundo punto de apoyo, el más fundamental, de la Jurisprudencia el Consejo de Estado, semejante operación era contraria a uno de los principios más importantes consagrados por la Revolución Francesa de 1789, que ha inspirado, bajo todos nuestros sistemas republicanos, la organización de los poderes públicos franceses; a saber, que, como proclama el artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, «la ley es la expresión de la voluntad general»; es decir, en la concepción vigente en aquella época, la manifestación de la soberanía nacional expresada por los representantes del Pueblo francés. Nadie, dentro del Estado, puede pretender atentar contra la voluntad del Parlamento, revestida de un carácter casi sagrado; y los Jueces menos aún que cualquier otra autoridad pública ya que, en efecto, aún eran recientes y estaban presentes en el espíritu de los protagonistas de la Revolución los abusos de los Tribunales del Antiguo Régimen, que no habían dudado en utilizar sus funciones de registro de las Ordenanzas Reales para, en determinados casos, intentar entorpecer el ejercicio por el Rey de su facultad de legislar. La Asamblea Nacional Constituyente estaba resueltamente decidida a evitar que se reprodujera la práctica de las «remontrances» (amonestaciones) inoportunas del Poder Judicial. Esta es la razón por la que la ley de 16 y 24 de agosto de 1790, sobre la Organización Judicial, contiene un artículo 10, a tenor del cual: «Los Tribunales no podrán participar, directa ni indirectamente, en el ejercicio del poder de legislar ni impedir o suspender la ejecución de los Decretos del órgano legislativo (es decir, de las leyes) y de hacerlo cometerán

prevaricación» (2). Este texto se ha mantenido en vigor hasta nuestros días, adquiriendo, incluso, rango constitucional. Dicho texto resalta claramente las raíces históricas de la negativa de los órganos jurisdiccionales franceses a poner obstáculos a que las leyes se apliquen plena e íntegramente.

C) Aunque la doctrina jurisprudencial del Consejo de Estado pareciera fundada cuando se inició en 1968, al cabo de algunos años quedó bastante debilitada al sobrevenir dos acontecimientos importantes.

1. El primero de ellos fue la negativa del Consejo Constitucional a controlar la conformidad de las leyes a los Tratados anteriores a éstas. El 20 de diciembre de 1974 se había solicitado a dicho Consejo el examen de la Ley reguladora de la Interrupción Voluntaria del Embarazo. Los promotores de esta iniciativa mantenían que esa Ley era contraria al artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, publicado en el Diario Oficial francés el 4 de mayo de 1974.

Mediante una resolución de 15 de enero de 1975, el Consejo Constitucional estimó que, si bien el artículo 55 de la Constitución confería ciertamente a los Tratados un rango superior al de las leyes, ello significaba sin embargo que el respeto de ese principio debiera salvaguardarse en el marco del control de constitucionalidad de las leyes, y que, por tanto, carecía de competencia para examinar la conformidad de una ley con las estipulaciones de un Tratado internacional.

Para justificar esta solución, el Consejo Constitucional invocaba un argumento fundado en el hecho de que, con arreglo a la Constitución, las resoluciones del propio Consejo en materia de control de constitucionalidad tienen un carácter absoluto y de finitivo. Ahora bien, el Consejo señalaba que la superioridad de los Tratados sobre las leyes sólo puede tener un carácter relativo y contingente; carácter relativo, toda vez que esa superioridad se limita al ámbito de aplicación del Tratado (dicho de otra forma, una Ley contraria a un Tratado); carácter contingente, ya que el artículo 55 subordina la superioridad del Tratado a una condición de reciprocidad, cuya realización puede variar según la conducta de los Estados firmantes y a lo largo del tiempo (en otros términos, una Ley contraria a

(2) En el Código Penal español usurpación de funciones.

un Tratado puede no obstante ser aplicable en determinados momentos y respecto a los nacionales de algunos Estados). Igualmente el Consejo Constitucional resaltaba que las circunstancias en las que ejerce su control de constitucionalidad no le permiten comprobar la conformidad de las Leyes a los Tratados (pues su control de constitucionalidad se ejerce en un plazo muy breve, 1 mes, reducido a 8 días en caso de urgencia, y en un momento específico, entre la votación y la promulgación de la Ley).

En dos resoluciones dictadas el 20 de julio de 1977 y el 18 de enero de 1978, el Consejo Constitucional reiteró esta doctrina, limitándose a afirmar sin mayor precisión que «no corresponde al Consejo Constitucional examinar la conformidad de una Ley con las estipulaciones de un Tratado».

2. El segundo hecho que tomó «incómoda» la jurisprudencia del Consejo de estado fue el abandono por la Cour de cassation de su jurisprudencia tradicional, idéntica a la adoptada por el Consejo de Estado. Mediante una sentencia de 24 de mayo de 1975, dictada en el asunto conocido como «Cafés Jacques Vabre», acogiendo las conclusiones del Procureur général, Sr. Touffait, la Cour de cassation se dio por enterada de la nueva jurisprudencia del Consejo Constitucional, y dedujo de la misma que, a partir del momento en que este órgano declinaba garantizar el respeto del principio de superioridad de los Tratados sobre las Leyes, correspondía a los órganos jurisdiccionales salvaguardar ese respeto, pues en otro caso se produciría denegación de justicia. En consecuencia, la Cour de cassation reconoció que en el asunto de que conocía, debía ser aplicado el artículo 95 del Tratado CEE, en lugar del artículo 265 del Code des Douanes (con rango de ley), aun cuando esta última norma fuera posterior al Tratado CEE. Y después del asunto Cafés Jacques Vabre, esta jurisprudencia ha sido constantemente aplicada por la Cour de cassation y por el conjunto de los órganos de los órdenes jurisdiccionales no contencioso-administrativos franceses.

D) Las consecuencias de estos dos acontecimientos fueron importantes en el ordenamiento jurídico francés, en la medida en que el Consejo de Estado mantuvo inalterada su actitud durante catorce años.

Se produjeron dos fenómenos que con el paso de los años se revelaron cada vez más insostenibles: de un lado, la introducción

en Francia del Derecho internacional, y en particular del Derecho comunitario, se vio dificultada y, de otro, la tradicional división de los órganos jurisdiccionales franceses en dos órdenes distintos, la jurisdicción ordinaria y la contencioso-administrativa, originó consecuencias injustificables.

a) En primer término, es preciso observar que la jurisprudencia del Consejo de Estado producía efectos más amplios de los percibidos a primera vista. En efecto, no sólo las leyes posteriores a los Tratados se situaban fuera de la competencia del Juez contencioso-administrativo, sino asimismo todas las normas de rango reglamentario adoptadas en aplicación de esas leyes, al igual que los actos administrativos singulares fundados en dichas normas reglamentarias. Fue la teoría llamada de la «Ley-pantalla» por la doctrina: como sea que la ley posterior al Tratado y contraria a éste no podía ser controlada por el Juez de lo contencioso-administrativo, el resultado que derivaba necesariamente es que esa ley constituía una pantalla protectora de todos los actos administrativos reglamentarios y singulares dictados sobre la base de esa Ley. Esta situación acarrea consecuencias especialmente indeseables en el ámbito del Derecho comunitario: por ejemplo, cuando una ley adaptaba de manera errónea una Directiva al Derecho francés, esta ley estaba resguardada de todo control por parte del Juez de lo contencioso-administrativo, y los justiciables no podían obtener de éste la remoción de la situación jurídica así creada. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas estaba pues obligado a declarar que Francia había incumplido sus obligaciones, y el incumplimiento se prolongaba hasta que el legislador aceptara modificar su ley de adaptación del Derecho interno al comunitario, y de ahí un riesgo de sanción repetida del incumplimiento. Es lo que sucedió precisamente en Francia en materia de fijación del precio de las labores de tabaco. Para aplicar una Directiva de 1972, una Ley francesa de 24 de mayo de 1976 reguló el monopolio de las labores de tabaco, y confirió competencia al Ministro de Economía y Hacienda para fijar el precio de venta al por menor de cada producto. Mediante una primera sentencia por incumplimiento de 21 de junio de 1983, Comisión c. Francia, Rec., pág. 2011, el Tribunal de Justicia estimó que el sistema era contrario al principio de libre determinación por los importadores de los precios de venta al por menor de los ta-

bacos, establecido por la Directiva de 1972, y declaró el incumplimiento de Francia. Al conocer de un recurso de anulación interpuesto por un importador de tabaco contra la denegación por el Ministro de Hacienda de la autorización para aumentar el precio de determinados tabacos, el Consejo de Estado tuvo que reconocer la legalidad de la decisión ministerial impugnada, en virtud de la existencia de la Ley de 24 de mayo de 1976, y ello a pesar de la sentencia por incumplimiento (sentencia del Consejo de Estado de 13 de diciembre de 1985, *Société Internationale Sales, Rec. Lebon*, pág. 377). Dado que la Ley de 1976 no fue modificada, Francia fue demandada en un nuevo recurso por incumplimiento, que terminó en una nueva sentencia condenatoria del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1988 (*Comisión c. República Francesa*, 169/87).

Es cierto que en los últimos años del período 1975-1989, el Consejo de Estado trató de limitar los efectos de la teoría de la Ley-pantalla, diferenciando entre las Leyes contrarias a un Tratado que se limitan a atribuir una competencia reglamentaria que los órganos investidos de ésta ejercitan libremente de las que establecen normas sustantivas que vinculan a los órganos investidos de potestad reglamentaria. En el primer supuesto, la pantalla de la ley se hace transparente y deja de amparar los actos del poder ejecutivo, que está obligado a salvaguardar el respeto de los Tratados. En cambio, en el segundo, la pantalla protectora de la ley sigue produciendo efecto (cf. en particular la sentencia de 29 de noviembre de 1986, *Société Smanor, Rec. Lebon*, pág. 260). Pero esta flexibilización jurisprudencial era todavía insuficiente para conseguir en Francia una aplicación del Derecho comunitario que garantiza la plena preeminencia de los Tratados europeos sobre las leyes posteriores, contrarias a los mismos.

Esta situación estaba evidentemente en contradicción con el principio de primacía del Derecho comunitario, afirmado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en especial en las sentencias de 15 de julio de 1964, *Costa c. Enel, Rec.*, pág. 1141, y de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal, Rec.*, pág. 629.

Los justiciables no podían invocar ante el Juez de lo contencioso-administrativo francés las normas de Derecho comunitario a las que se oponía una Ley francesa, mientras que habrían podido invocarlas ante los Tribunales de los otros Estados miem-

bros. La aplicación uniforme del Derecho comunitario se hallaba debilitada. El ordenamiento jurídico francés estaba de este modo en discordancia parcial, pero duradera, con el ordenamiento jurídico comunitario.

b) Pero lo más sorprendente era que el propio ordenamiento jurídico francés se encontraba en contradicción consigo mismo, a causa de la divergencia de jurisprudencia que oponía al Consejo de Estado con la Cour de cassation, y en consecuencia, a la jurisdicción contencioso-administrativa con la ordinaria. Como señalaba el Comisario del Gobierno Frydman, en las conclusiones del asunto Nicolo, esa divergencia no era intelectualmente justificable. Así como es completamente lógico que, en razón del sistema de separación de los dos órdenes jurisdiccionales, los Jueces contencioso-administrativos apliquen el Derecho público, y los Jueces ordinarios el Derecho privado, es incomprensible que los Jueces de lo contencioso-administrativo apliquen la Ley y los Jueces de los otros órdenes jurisdiccionales el Tratado. En ambos casos, el Juez ha de determinar la norma jurídica aplicable al litigio del que conoce, y esta norma debe ser la misma cualesquiera que sean los intereses en conflicto y el carácter público o privado del litigio al que aquélla ha de aplicarse.

D) En relación con todo lo expuesto, se plantea un interrogante. Hemos visto que el Consejo de Estado no trató nunca de contradecir el fundamento de la regla establecida por el artículo 55 de la Constitución, sino que tan sólo se estimaba no competente para salvaguardar el respeto del principio de primacía del Tratado sobre la ley. En realidad, esta declaración de incompetencia reposaba en fundamentos que la hacían extensiva al conjunto de los órdenes jurisdiccionales franceses. De modo implícito, la jurisprudencia del Consejo de Estado significaba que los Jueces franceses no podían controlar la ley, y que la única autoridad en el Estado con competencia para ello era el Consejo Constitucional. La tesis del Consejo de Estado era perfectamente comprensible a la luz de la Constitución francesa, en cuanto podía pensarse que el Consejo Constitucional acogería este razonamiento e integraría el control de la conformidad de las Leyes a los Tratados en el control de la constitucionalidad de las Leyes.

Pero desde el momento, en 1975, en que el Consejo Constitucional declinó controlar la conformidad de las Leyes con los Tratados, la tesis del Consejo de Estado había de acarrear necesariamente las consecuencias injustificables que acabamos de relatar. Siendo así, hay que preguntarse por qué, después de 1975, el consejo de Estado, al contrario que la Cour de cassation, ha rehusado tener en cuenta la posición adoptada por el Consejo Constitucional y se ha obstinado en su negativa a asegurar la aplicación del artículo 55 de la Constitución.

Es evidentemente imposible responder con certeza absoluta a esta cuestión: Las resoluciones del Consejo de Estado en el ámbito de lo contencioso-administrativo están tradicionalmente motivadas con sumo laconismo, y es normal que tan sólo manifiesten razonamientos de orden estrictamente jurídico, dejando en silencio las consideraciones de otro tipo que acaso puedan inspirarlas. Así pues, es preciso acudir a la psicología colectiva de los miembros del Consejo de Estado para intentar aportar una respuesta a la cuestión planteada.

La respuesta que me atrevo a formular, a título personal y sin garantía alguna de alcanzar una verdad incuestionable, se resume en las dos tesis siguientes:

- Por una parte, el Consejo de Estado, por la propia naturaleza de sus funciones, tenía especiales razones para no querer ejercer un control de los actos del legislador.
- Por otra parte, el Consejo de Estado podía pensar que había una esperanza de salir airoso en dicha lid.

a) Algunos autores franceses (cf. en particular el comentario del Sr. Bruno Genevois a la sentencia del Consejo de Estado de 22 de octubre de 1979, «*Union démocratique du travail*», publicado en la *Actualité Juridique* de 1980, pág. 43) han resaltado con razón que ante el problema del control de las leyes, el Consejo de Estado se halla en una oposición muy diferente de la Cour de cassation y los órganos jurisdiccionales no contencioso-administrativos. Estos últimos tienen la función esencial de resolver litigios entre particulares y tan sólo en aisladas ocasiones han de pronunciarse contra el poder ejecutivo (y, cuando ello sucede, únicamente para resolver asuntos individuales).

Distinta es la posición del Consejo de Estado y de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos, que a diario han de pronunciarse sobre la legalidad de los actos del poder ejecutivo, que pueden ser actos de alcance general de gran importancia política y sobre los cuales no vacila en declarar su ilegalidad o anulación. Recuérdese, por ejemplo, el impacto producido en las esferas gubernamentales francesas por la sentencia Canal, de 19 de octubre de 1962, Rec. Lebon, pág. 552. El Consejo de Estado anuló mediante esta sentencia un Decreto Legislativo dictado por el general De Gaulle que instauraba un órgano jurisdiccional especial competente para juzgar a los autores de delitos cometidos con ocasión de los «acontecimientos de Argelia», que vulneraba gravemente los principios generales del Derecho penal (en particular al excluir todo recurso contra las resoluciones de dicho órgano). El general De Gaulle manifestó entonces una viva contrariedad por la sentencia del Consejo de Estado e incluso pensó por un momento en suprimir la jurisdicción contencioso-administrativa. ¿Cómo no se entendería en estas circunstancias que el Consejo de Estado, llevado por sus funciones a enfrentarse, a veces con dureza, al poder ejecutivo, no haya deseado arriesgarse a entrar igualmente en conflicto con el poder legislativo? Una pugna tan peligrosa, en dos frentes, ¿no exponía, a más o menos largo plazo, a poner en juego la existencia, en el sistema francés, de un orden jurisdiccional contencioso-administrativo distinto de los otros órdenes jurisdiccionales? La cuestión no era teórica en absoluto, como se vio en 1962 después de la sentencia Canal, y como se comprueba periódicamente cuando se dirigen contra el Consejo de Estado ataques que reúnen una heterogénea alianza de defensores de un poder fuerte, a quienes estorba el intenso control del Juez de lo contencioso-administrativo sobre los actos del ejecutivo, de valedores de un liberalismo «deregamentado» a la americana, que se oponen a la distinción entre Derecho público y Derecho privado, y, finalmente, de mediocres profesionales del Derecho que desearían liberarse del estudio de una materia adicional.

b) Pero esta preocupación táctica no basta para explicar la obstinación del Consejo de Estado. Es evidente que el conflicto entre éste y el Consejo Constitucional y la Cour de cassation acarrea consecuencias que no podían eternizarse. Era pues preciso que el

Consejo de Estado pudiera esperar que el conflicto terminaría por decidirse a su favor. Y se comprende que el Consejo de Estado haya podido albergar una doble esperanza.

En primer lugar, el Consejo de Estado podía dudar de la solidez del razonamiento jurídico invocado por el Consejo Constitucional en apoyo de su citada resolución de 15 de enero de 1975. Varios autores han discutido el acierto de los argumentos derivados del carácter relativo y contingente de la supremacía de los Tratados y han advertido que parece harto difícil afirmar que una ley contraria a un Tratado no es sin embargo contraria a la Constitución, siendo así que el artículo 55 obliga al legislador francés a respetar los compromisos internacionales válidamente contraídos por Francia (cf. por ejemplo, R. Abraham, «Droit international, Droit communautaire et Droit français», pág. 112). El Consejo de Estado podía esperar que el Consejo Constitucional aceptara modificar su actitud.

Pero sobre todo, y aunque esta primera expectativa se frustrara, el Consejo de Estado confiaba recibir el apoyo del Parlamento francés. En efecto, su jurisprudencia trataba de liberar a las leyes del control de los Tribunales no contencioso-administrativos, y mantener así en su integridad el principio de soberanía de la ley. Podría pues, pensarse que el legislador aceptaría cuando menos arbitrar en el debate, lo que habría satisfecho al Consejo de Estado, fuera cual fuese el sentido de la decisión arbitral, en alguno de los siguientes términos: o bien el Parlamento votaría una ley que reiterase la prohibición enunciada por la ley de 16 y 24 de agosto de 1790, así la jurisprudencia del Consejo de Estado habría recibido una categórica confirmación; o bien el Parlamento votaría una ley que autorizara expresamente a los Jueces a controlar la conformidad de las leyes a los Tratados y entonces el Consejo de Estado habría tenido la satisfacción de hallar en la voluntad claramente expresada del legislador la competencia para efectuar un control que en el pasado el Consejo de Estado estimó que le estaba vedado. En ambos casos, quedaría excluido el peligro de un conflicto entre el legislador y el Consejo de Estado. Numerosos autores habían sugerido recurrir a esta solución para poner fin a una situación que duraba demasiado.

II. Es sabido que nada de ello ocurrió y que el Consejo de Estado, «proprio motu», aceptó en la sentencia Nicolo apartarse de su jurisprudencia anterior.

A) El análisis que acaba de exponerse permite no obstante comprender mejor las razones y el aumento de este cambio.

En la última década, en efecto, tres factores confluyeron para enervar tanto las esperanzas como los temores del Consejo de Estado.

1. El primero de ellos reside en la actitud del Consejo Constitucional, que, antes que apartarse de su jurisprudencia de 1975-1978, la confirmó y precisó. En tanto que en sus primeras decisiones, el Consejo constitucional se había limitado a declinar su competencia para controlar la conformidad de las leyes a los Tratados, sin indicar qué órganos estaban habilitados para ejercer esa función, mediante una resolución de 3 de septiembre de 1986 relativa a la Ley sobre Entrada y Residencia de los Extranjeros en Francia, afirmó que «corresponde a los diversos órganos del Estado velar por la aplicación de los Convenios internacionales en el ámbito de sus respectivas competencias».

Y, sobre todo, el Consejo constitucional predicó con el ejemplo en un asunto contencioso en materia de elecciones legislativas, materia en la que actúa, no ya como guardián de la Constitución, sino como Juez de lo contencioso-electoral, en la misma posición que el Consejo de Estado al conocer del contencioso-electoral de ámbito local o europeo. Mediante una importante resolución de 21 de octubre de 1988, elección del diputado de la 5.^a circunscripción de Val d'Oise (publicada en el *Journal Officiel* de 25 de octubre de 1988, pág. 13.474), el Consejo constitucional resolvió una controversia electoral en la que se aducía un motivo de anulación fundado en que el sistema de escrutinio establecido por la Ley francesa de 11 de julio de 1986 era contrario al artículo 3 del Protocolo núm. 1 adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, es decir, contraria a un Tratado anterior a la ley interna. Pues bien, el Consejo constitucional entró a examinar el fondo del motivo invocado, y desestimó éste por considerar que las disposiciones de la Ley francesa no eran incompatibles con las estipulaciones del Convenio internacional. Afirmaba así con la mayor claridad que los Jueces eran competentes para controlar la conformidad de las Leyes a los Tratados, incluso los anteriores a aquéllas.

Esta resolución influyó tanto más en el cambio de la jurisprudencia del Consejo de Estado, cuanto que en los quince últimos años el Consejo constitucional ha ampliado sus funciones y refor-

zado su autoridad. Concebido en su origen como un órgano eminentemente técnico que había de garantizar la conformidad de las Leyes con las normas constitucionales que definen la competencia atribuida al legislador y regulan el procedimiento de aprobación de las leyes, el Consejo constitucional amplió su ámbito de competencia al asumir en 1971 el control de la conformidad de las Leyes con el Preámbulo de la Constitución, es decir, con todos los grandes principios que rigen el funcionamiento de una democracia.

Paralelamente, la Constitución fue modificada en 1974 para conferir legitimación activa ante el Consejo constitucional a 60 diputados ó 60 senadores, lo que permitía en lo sucesivo a la oposición instar el control por una autoridad independiente de los abusos cometidos, en su caso, por el poder legislativo dominado por una mayoría. El Consejo constitucional ha sabido ejercer sus nuevas competencias con sensatez y discernimiento, poniendo así fin, con el consenso general, al reino de la «soberanía parlamentaria» y culminando la edificación en Francia de un «Estado de derecho».

2. El propio Parlamento había aceptado y permitido esta evolución decisiva y, en contra de lo esperado por algunos, no quiso intervenir directamente en la controversia que oponía al Consejo de Estado con la Cour de cassation acerca de la interpretación del artículo 55 de la Constitución. Un intento en ese sentido, en 1980, por parte de algunos diputados, a fin de reafirmar el principio establecido por la Ley de 16 y 24 de agosto de 1790, fue bloqueado en el Senado con el apoyo del Gobierno.

Más aún, el Parlamento manifestó indirectamente al Consejo de Estado su disconformidad con una jurisprudencia en exceso poco abierta al Derecho internacional, y en particular al Derecho comunitario, al aprobar mediante una Ley de 6 de julio de 1987 la transferencia de la competencia del Consejo de Estado a la Cour d'appel de París en materia de recursos contra las decisiones del nuevo Consejo de la concurrence, órgano administrativo independiente creado mediante un Decreto Legislativo de 1 de diciembre de 1986 (ver *Diario Oficial* de 7 de julio de 1987, pág. 7.391).

Finalmente, en el curso del año 1989 se supo que el Presidente de la República estudiaba una reforma de la Constitución que trataría de ampliar las formas de control de la constitucionalidad de

las Leyes así como atribuir competencia de control a posteriori a los Tribunales de todos los órdenes jurisdiccionales.

Así pues, ¿por qué razones habría debido el Consejo de Estado ser «más papista que el Papa», y mejor defensor de las prerrogativas del Parlamento que éste mismo? A partir del momento en que este último consentía una evolución que le privaba de su soberanía de antaño, el Consejo de Estado ya no debía temer un conflicto con el Parlamento al comprobar la conformidad de las leyes a los Tratados.

Tenía tanto menos razones para temerlo cuanto que el Consejo constitucional acababa de reconocer que la existencia en Francia de un orden jurisdiccional contencioso-administrativo, competente para controlar la legalidad de las decisiones del poder ejecutivo cuando actúa en el ejercicio de sus prerrogativas como poder público, forma parte de los «principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República», y tiene por tanto carácter de norma de rango constitucional. Por tanto, el legislador carecía de competencia para decidir sobre la existencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y tan sólo podía introducir en la distribución habitual de competencias entre los dos órdenes jurisdiccionales cambios precisos y limitados inspirados por el interés de una buena administración de justicia (véase al respecto la resolución núm. 86.224 D.C. del Consejo constitucional de 23 de enero de 1987, pág. 924; confirmada por la resolución núm. 89.261 D.C. de 28 de julio de 1989, en el *Diario Oficial* de 1 de agosto de 1989, pág. 9679).

No cabe duda de que al dictar estas dos resoluciones, en apariencia no relacionadas con el artículo 55 de la Constitución, el Consejo constitucional suprimió con sutileza uno de los principales obstáculos que se oponían a la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la aplicación de esa norma constitucional.

3. Finalmente, no se puede ignorar la importancia de la evolución europea que contribuyó ciertamente a superar las últimas vacilaciones del Consejo de Estado.

En quince años, el Derecho comunitario se ha afirmado como un componente esencial del ordenamiento jurídico que rige el conjunto de las actividades nacionales, públicas y privadas. Nunca se insistirá en exceso en la relevancia del Acta Unica, que a pesar de su alcance limitado en el plano estrictamente jurídico, constituyó un elemento decisivo en la evolución en el plano psicológico y político.

Además, el Consejo de Estado no pudo dejar de advertir que, si bien es cierto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tropezó en el pasado con algunas resistencias por parte de algunos órganos jurisdiccionales superiores, en particular en Italia y en la República Federal de Alemania, esas resistencias cesaron poco a poco en el curso de la década de los años 80. Mediante su sentencia Granital, de 8 de junio de 1984, el Tribunal Constitucional italiano declaró que los órganos jurisdiccionales tenían competencia para apreciar por sí mismos la incompatibilidad de una Ley interna con una norma anterior de Derecho comunitario y dejó de exigir de aquéllos que plantearan previamente la cuestión al Tribunal Constitucional.

En Alemania, aunque el Bundesverfassungsgericht aceptó desde 1971 la preeminencia del Derecho comunitario sobre las leyes nacionales, incluso las posteriores, había sin embargo exceptuado el supuesto de que la norma comunitaria fuera contraria a los derechos fundamentales protegidos por la Constitución y mantuvo que tenía potestad para declarar inaplicable en Alemania una norma comunitaria por ese motivo (sentencia de 29 de mayo de 1974, Rec. oficial, vol. 37.271). Pero esta doctrina fue abandonada en una sentencia de 22 de octubre de 1986, habida cuenta del grado de protección de los derechos fundamentales ya garantizado por las Comunidades y en especial por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Desde este momento, el Consejo de Estado quedaba sólo como el único órgano jurisdiccional superior de la Comunidad que rehusaba garantizar la plena primacía de los Tratados comunitarios y de su Derecho derivado sobre la ley nacional. Era preciso poner fin a esta situación, cuando precisamente el Gobierno había instado al Consejo de Estado, mediante carta del Primer Ministro de 21 de noviembre de 1988, a que llevara a cabo un estudio de conjunto acerca de los medios para incrementar el esfuerzo de adaptación del Derecho interno francés a las exigencias comunitarias, «en la perspectiva de la próxima realización del gran mercado interior».

B) Por muy esperada e importante que sea, la sentencia Nicolo se presenta bajo una forma sumamente lacónica que puede desconcertar a los lectores que desconozcan estos antecedentes.

Con objeto de solicitar la anulación de las elecciones celebradas el 18 de junio de 1989 para designar a los representantes de los

ciudadanos franceses en el Parlamento Europeo, el Sr. Nicolo había aducido un motivo fundado en que la Ley de 7 de julio de 1977 era contraria al Tratado CEE, en cuanto preveía la participación en las elecciones de los electores de los departamentos y territorios franceses de Ultramar.

Para apreciar ese motivo, la sentencia del Consejo de Estado recuerda los términos del apartado 1 del artículo 227 del Tratado CEE, a cuyo tenor «El presente Tratado se aplicará... a la República Francesa». A continuación, añade que las disposiciones de la Ley de 7 de julio de 1977, que incluyen los departamentos y territorios de Ultramar en la circunscripción única dentro de la que se procede a la elección de los representantes en el Parlamento Europeo *»no son incompatibles con las claras estipulaciones del citado artículo 227.1 del Tratado de Roma»*.

En estas últimas palabras se halla en su integridad el cambio de jurisprudencia, toda vez que el Consejo de Estado acepta examinar si la Ley de 7 de julio de 1977 es o no compatible con el Tratado de Roma, anterior a aquélla. Según su anterior jurisprudencia, el Consejo de Estado se habría limitado a manifestar «que no corresponde al Consejo de Estado en su calidad de órgano jurisdiccional contencioso-administrativo apreciar la conformidad de disposiciones legislativas con un Tratado».

Aunque la precedente exposición permite explicar las razones de este cambio, es preciso además precisar sus fundamentos jurídicos. Y, como ocurre con frecuencia en las sentencias del Consejo de Estado, esos fundamentos sólo pueden hallarse mediante la conexión del texto de la sentencia, en particular de sus considerandos, con las conclusiones conformes del Comisario del Gobierno.

De esa conexión pueden deducirse con certeza dos extremos:

a) El primero, que el Consejo de Estado se apoyó, como le proponía el Comisario del Gobierno, y así lo confirma uno de los considerandos de la sentencia, en el artículo 55 de la Constitución de 1958. Más exactamente, aceptó, lo que antes nunca había hecho, que debía garantizarse al artículo 55 de la Constitución «un efecto útil» (como se dice en Luxemburgo), y que el único medio de lograrlo era reconocer que sus disposiciones contienen una habilitación implícita a los Jueces para controlar la conformidad de las Leyes a los Tratados.

Esta fórmula ofrece evidentemente varias ventajas. La Constitución es libre de someter al poder legislativo a un control de ese tipo, y el Juez se limita a cumplir la voluntad del constituyente, aun cuando el resultado de esa voluntad sea que los Tratados quedan mejor protegidos que la propia Constitución frente a su vulneración por el poder legislativo (ya que todos los Jueces franceses podrán controlar en todo momento la conformidad de una Ley con el Tratado, mientras que la conformidad de una Ley con la Constitución sólo podrá ser examinada bajo condiciones mucho más restringidas).

Por lo demás, es inútil seguir debatiendo si el examen de la conformidad de una ley con un Tratado es o no un examen de la constitucionalidad de esa ley en relación con el artículo 55. En el supuesto de que lo sea, ese control de constitucionalidad obedece a reglas especiales, está atribuido al conjunto de los órganos jurisdiccionales y está sustraído al ámbito de competencia del Consejo constitucional.

Queda claro así que han desaparecido las diferencias que separaban al Consejo de Estado de la Cour de cassation y del Consejo constitucional.

b) La segunda certidumbre es que la solución decidida por la sentencia Nicolo permite al Juez de lo contencioso-administrativo comprobar si las leyes son conformes a todos los Tratados, y no sólo a los Tratados comunitarios. Desde este punto de vista, la sentencia Nicolo decepcionará a quienes habrían preferido una estricta acomodación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades y en especial a la sentencia Simmenthal (9 de marzo de 1978, Rec., pág. 629).

En cambio, la utilización del artículo 55 de la Constitución ofrece la ventaja de conferir el mismo fundamento a la jurisprudencia del Consejo de estado y a la de la Cour de cassation, así como garantizar de modo inmediato la supremacía de todas las normas internacionales, y en general de las del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos, muy frecuentemente invocadas, y finalmente asegurar en la práctica al derecho comunitario la misma primacía que resultaría de una estricta aplicación de la sentencia Simmenthal. Es sabido por otra parte que en esta cuestión la doctrina de los dos órganos jurisdiccionales superiores franceses no es

diferente de la de los órganos de ese carácter de varios Estados miembros, que prefieren basar la primacía del Derecho comunitario en sus propias normas constitucionales antes que en la naturaleza propia de aquel Derecho (cf. al respecto el estudio del Sr. G. Olmi, «Les hautes juridictions nationales, juges du droit communautaire», in *Liber amicorum Pierre Pescatore*, pág. 499). Se ha de convenir sin dificultad en que lo importante es el resultado alcanzado, más que la vía seguida para llenar a él.

III. Pero precisamente algunos comentaristas parecen interrogarse de buena fe acerca del alcance preciso de las consecuencias que se derivarán de la sentencia Nicolo. El extremo laconismo de la decisión, y también probablemente una cierta desconfianza inducida por una obstinación en exceso prolongada del Consejo de Estado, explican algunas reacciones dubitativas, incluso un tanto inquietas, de una parte de la doctrina. Algunos parecen temer que el Consejo de Estado intente recuperar con una mano lo que pareció dar con la otra y perseverar por otros medios en una práctica que trataría de obstaculizar la penetración del Derecho comunitario en el Derecho francés.

Es indiscutible que siguen planteadas tres cuestiones no resueltas por la sentencia y que las respuestas que les dará el propio Consejo de Estado determinarán en gran medida el lugar que habrá de asignarse a esa sentencia en el catálogo de «las grandes sentencias de la jurisprudencia contencioso-administrativa» francesa. Sin pretender predecir la futura jurisprudencia, examinaremos seguidamente lo que se puede razonablemente esperar.

A) Un primer interrogante se refiere al ámbito de la delegación implícita otorgada por el artículo 55 de la Constitución para garantizar la supremacía de los Tratados sobre las leyes. ¿Esta delegación se otorga exclusivamente a los Jueces o se hace igualmente extensiva a todas aquellas autoridades públicas a quienes compete velar por el respeto de la legalidad, es decir, en particular, al Gobierno, a la Administración y a los entes locales?

Las conclusiones del Comisario del Gobierno pecan, a este respecto, de ambigüedad, puesto que en las mismas se afirma que «en los términos en que está redactada esta disposición constitucional, cuyo único objeto es definir una jerarquía normativa, nos parece principalmente destinada a los Jueces». Podemos comprender que

el Comisario del Gobierno haya privilegiado a los Jueces entre los destinatarios de la delegación, puesto que de lo que se trataba era de persuadir a la Sección de lo contencioso-administrativo del Consejo de Estado. Pero, al mismo tiempo, la utilización del adverbio «principalmente» parece indicar que no se excluye el que se refiriera igualmente a otras autoridades.

Estimamos que, al margen, incluso, de esta exégesis, tres consideraciones abogan definitivamente en favor de la delegación implícita.

— La primera se deriva del mecanismo de control de legalidad de los actos de la administración, tal como es preciso por la jurisdicción francesa de lo contencioso-administrativo. A partir del momento en que dicha jurisdicción se reconoce la facultad de inaplicar, por vía de excepción de invalidez, toda ley contraria a un Tratado (como se ha decidido en la sentencia Nicolo), todo interesado podrá obtener la anulación, por causa de nulidad («excès de pouvoir») de todo acto administrativo, reglamentario o individual, adoptado en aplicación de una ley declarada inválida. La Administración que, en un Estado de Derecho, debe abstenerse de cometer ilegalidad alguna, tiene, por consiguiente, la obligación de inaplicar de «motu proprio», aun antes de que medie resolución judicial, las disposiciones legislativas contrarias a un Tratado, aplicando, en cambio, las estipulaciones internacionales, de rango superior al de ley. Están sujetas a esta obligación todas las autoridades públicas cuyos actos están sometidos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que, evidentemente, incluye a entes públicos descentralizados.

— En este sentido se pronunció, por otra parte, el Consejo constitucional, en una resolución núm. 86.216 D.C., de 3 de septiembre de 1986 (Rec. Constit., pág. 135), en la que afirma que, de acuerdo con el artículo 55 de la Constitución, «corresponde a los diversos Poderes del Estado velar por el respeto» de los Convenios internacionales, «en el ejercicio de sus competencias respectivas».

— Por último, la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia refuerza, si cabe, estas conclusiones, por lo que se refiere, más en concreto, a la primacía del Derecho comunitario sobre las leyes internas. La ya citada sentencia Simmenthal, completada por la sentencia de 22 de junio de 1989, sociedad Fratelli Costanzo y Municipio de Milán, confirma que todas las autoridades administrativas,

incluidas las autoridades descentralizadas, deben aplicar íntegramente el Derecho comunitario, inaplicando, cuando fuese necesario, toda disposición contraria de la ley nacional.

B) El segundo interrogante que sigue sin respuesta se deriva del hecho de que el artículo 55 de la Constitución subordina la primacía de los Tratados o Acuerdos internacionales sobre las leyes a que se cumplan dos requisitos:

— Que dichos Tratados o Acuerdos hayan sido válidamente ratificados o aprobados.

— Que «la otra parte» garantice la aplicación del Acuerdo o Tratado cuya supremacía sobre la ley interna deba hacerse efectiva. ¿No cabe temer, por tanto, que el Consejo de Estado proceda a controlar en profundidad el cumplimiento de alguno de estos dos requisitos, restringiendo considerablemente, de esta manera, el alcance práctico del principio de supremacía de los Tratados —en especial los comunitarios— sobre la ley interna?

a) Por lo que respecta al requisito de la validez de la ratificación o de la aprobación, es preciso recordar que, con arreglo a la jurisprudencia actual, ni el Consejo de Estado (cf. por ejemplo, 3 de marzo de 1961, *André et société des tissages Nicolas Gaimant*, Rec. Lebon, pág. 154) ni la Cour de cassation (Sala Primera de lo Civil, 25 de enero de 1977, *journal de droit international*, 1977, pág. 470) comprueban si el referido requisito se cumple o no, ya que la ratificación o la aprobación de un Convenio internacional sigue considerándose «acto político del Gobierno», ajeno al control jurisdiccional.

No cabe excluir, por otra parte, una evolución jurisprudencial incardinada en la tendencia general a reducir el número de «actos políticos del Gobierno». No habría nada de escandaloso, por ejemplo, en que los Tribunales verificaran, por lo menos, si se ha concedido debidamente la autorización legislativa exigida por el artículo 53 de la Constitución para la ratificación o la aprobación de determinados Tratados o Acuerdos. De ello no puede deducirse voluntad alguna de reducir el alcance del Derecho internacional.

b) Por lo que respecta al requisito de la reciprocidad, es preciso observar que en la sentencia *Nicolo* el Consejo de Estado no hace ninguna alusión al mismo. Independientemente del hecho de que la jurisprudencia del Consejo considere que no es ésta una cuestión

de orden público que el Juez pueda plantear de oficio (cf. 22 de enero de 1963, Costa, Rec. Lebon, pág. 47), de lo que no cabe duda es de que este requisito carece de objeto por lo que respecta a aquellos Tratados que instituyen normas internacionales cuyo ámbito de aplicación es muy general y en relación con los cuales, el requisito de la reciprocidad carece de razón de ser. Tal es especialmente el caso de los Convenios de carácter humanitario o de aquellos Tratados que (como los Tratados comunitarios) establecen un mecanismo de control del cumplimiento de las obligaciones que incumben a las partes (cf. en este el comentario de Genevois, ya citado, de la sentencia Nicolo). Nada permite pensar que el Consejo de Estado se oriente por una vía distinta.

C) La sentencia Nicolo no ha despejado un último interrogante de gran importancia práctica; esto es, si la primacía de los «Tratados o Acuerdos» mencionados por el artículo 55 de la Constitución, se hace igualmente extensiva al «Derecho derivado» de dichos Tratados o Acuerdos, es decir, y por lo que respecta a los Tratados comunitarios, a los Reglamentos, a las Directivas y a las Decisiones adoptadas por las Instituciones comunitarias.

El Consejo de Estado deberá probablemente pronunciarse en un futuro próximo sobre este punto en ejercicio de sus competencias como jurisdicción de lo contencioso-administrativo. Pero lo que sí puede afirmarse desde ahora mismo es que una interpretación restrictiva del término «Tratado» chocaría con tres obstáculos muy difíciles de superar:

— El primero es una grave contradicción jurídica interna. En efecto, dejar al Derecho derivado al margen de la habilitación atribuida por el artículo 55 de la Constitución significaría tanto como extraer del ámbito de dicha habilitación la mayor parte del propio Tratado CEE. Frente a los Derechos nacionales, la autoridad del Derecho derivado reposa en las diversas disposiciones del Tratado que prevé la adopción de Reglamentos, Directivas o Decisiones, en relación con el artículo 189, que definen las obligaciones que incumben a los Estados miembros en virtud de dichos actos.

Así pues, negarse a controlar la conformidad de una ley a un acto de Derecho comunitario derivado equivaldría a negarse a controlar la conformidad de una ley a las distintas disposiciones del Tratado que prevean la adopción del acto de que se trate y definan

sus efectos jurídicos. Ello equivaldría, en definitiva, a escoger arbitrariamente, y sin apoyo constituional alguno, determinadas disposiciones del Tratado, a las cuales se les reconocería primacía sobre las leyes posteriores, y otras que quedarían a merced del legislador nacional.

— El segundo obstáculo no es otro, evidentemente, que el cuestionamiento radical de los argumentos esgrimidos por el Comisario del Gobierno Frydman para justificar el cambio de rumbo jurisprudencial que supone la sentencia Nicolo. Ningún orden jurisdiccional francés, bien se trate de la Cour de cassation o del Consejo constitucional, ha hecho suya esta interpretación restrictiva del artículo 55 de la Constitución. El Consejo constitucional ha recordado, en particular, que los actos de Derecho derivado son medidas asimilables a los propios Tratados, comprendidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 53 de la Constitución (cf. sentencia núm. 70/39, de 19 de junio de 1970). Es evidente que semejante interpretación restrictiva es igualmente contraria a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y discrepa de la de todos los órganos jurisdiccionales supremos de los restantes Estados miembros. Las incoherencias de tipo jurídico derivadas de la doctrina anterior a la sentencia Nicolo se verían, de esta manera, confirmadas y definitivamente asentadas.

— Por último, y este es el tercer obstáculo, estas incoherencias ya no pueden encontrar ninguna justificación seria; puesto que, a partir del momento en que el Juez de lo contencioso-administrativo acepta ejercer un control de la validez de las leyes en relación con lo previsto en los Tratados, ¿por qué razón fundamental ha de eliminarse de este control el relativo a la validez de las leyes a la luz del Derecho derivado? No se puede encontrar ninguna. No cabe, en concreto, extraer argumento de peso alguno de la circunstancia de que la elaboración del Derecho derivado haya tenido lugar al margen de toda intervención del Parlamento nacional, para afirmar que, por dicha razón, el referido Derecho no puede primar sobre una ley. En efecto, las mismas disposiciones del artículo 55 producen este resultado, al conferir un rango superior al de ley a todos los «Tratados o Acuerdos válidamente ratificados o aprobados», y no sólo a los contemplados en el artículo 53, que únicamente pueden ratificarse o aprobarse mediante ley.

Existen, por lo tanto, razones suficientes para pensar que la doctrina que se desprende de la sentencia Nicolò admite un control del Juez de lo contencioso-administrativo sobre la validez de las leyes frente al Derecho comunitario en su conjunto, Reglamento, Directivas o Decisiones.

Bien es cierto que el examen, tanto de las conclusiones del Comisario del Gobierno como de los considerandos de la propia sentencia, puede conducir a pensar que la sentencia Nicolò se inspiró en consideraciones esencialmente extraídas del Derecho interno y que el derecho comunitario ha estado prácticamente ausente de las cuestiones debatidas. En mi opinión, dejarse guiar por las apariencias sería cometer un error grave de apreciación. Es evidente, por el contrario, que la nueva lectura que se desprende de la sentencia Nicolò obedece a la necesidad de garantizar una adecuación más completa del Derecho comunitario. La primacía del Derecho comunitario, en efecto, no se ha debatido. Dado que el Consejo de Estado nunca ha cuestionado este principio, dicho debate carecía de objeto. El único problema era garantizar la aplicación efectiva del Derecho comunitario, siendo preciso, para ello, superar los obstáculos derivados de una larga tradición histórica y de un texto constitucional insuficiente. La sentencia Nicolò ha sido finalmente posible porque la construcción europea y el Derecho comunitario se erigen ante los franceses de hoy como realidades insoslayables. Cabe esperar lógicamente, por lo tanto, que la jurisprudencia del Consejo de Estado irá eliminando paulatinamente las pocas divergencias secundarias que aún le separan de la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.