

LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL ABORTO EN FRANCIA Y EN ESPAÑA: ENTRE EL CONSTITUYENTE Y EL JUEZ CONSTITUCIONAL

THE CONSTITUTIONAL PROTECTION OF ABORTION IN FRANCE AND SPAIN: BETWEEN THE CONSTITUENT AND THE CONSTITUTIONAL JUDGE

Camilla Feliz de la Cruz

Doctoranda en Derecho Público

Universidad de Lille y Universidad Pública de Navarra

Fecha de recepción: 06/05/2024

Fecha de aceptación: 28/07/2024

RESUMEN

El pasado 8 de marzo del 2024 Francia se erige en el primer país en el mundo en inscribir en la Constitución la libertad garantizada a la mujer en materia de IVE¹. En España, el acceso al aborto reposa sobre una ley orgánica sin rango constitucional pero el Tribunal Constitucional se encargó de dar forma a esta protección identificando «el derecho de la mujer a la autodeterminación respecto de la interrupción del embarazo»². De este modo, la protección constitucional del aborto en Francia y en España toma diferentes formas: entre el constituyente y el juez constitucional. Más allá de la efervescencia ideológica que el tema del aborto puede generar, este artículo ofrece un análisis del poder creador o de la manera en que constituyente y juez constitucional interactúan para identificar nuevos derechos y libertades.

PALABRAS CLAVE

Justicia constitucional. Poder creador del juez constitucional. Bloque de constitucionalidad.

¹ Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE).

² Mediante la decisión número 44/2023 del 9 de mayo de 2023.

ABSTRACT

On March 8, 2024, France became the first country in the world to include in its Constitution the freedom guaranteed to women with regard to abortion. In Spain, access to abortion rests on an organic law without constitutional rank, but the Constitutional Court took charge of giving form to this protection by identifying «the woman's right to self-determination with respect to the termination of pregnancy». Thus, the constitutional protection of abortion in France and Spain takes different forms: between the constituent and the constitutional judge. Beyond the social effervescence that the issue of abortion can generate, this article offers an analysis of the creative power or the way in which the constituent and the constitutional judge interact to identify new rights and freedoms.

KEYWORDS

Constitutional justice. Creative power of the constitutional judge. Constitutional block.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La garantía de libertad como elemento común de la protección constitucional del aborto en Francia y en España. 3. En Francia: del Consejo Constitucional al constituyente. 4. En España: del legislador orgánico al Tribunal Constitucional. 5. Alcance del poder creador del juez constitucional francés y español. 5.1 El amplio poder de creación del juez constitucional francés. 5.2 El ambiguo poder creador del juez constitucional español.

1. INTRODUCCIÓN

A raíz de la decisión *Dobbs* de la Corte Suprema estadounidense del 24 de junio de 2022³ que anuló la histórica decisión de 1973 *Roe vs. Wade* transfiriendo a los estados federados la decisión de garantizar o no el acceso al aborto, las iniciativas legislativas que buscaban inscribir el aborto en la Constitución se dispararon en Francia⁴. Esto condujo a que el pasado 8 de marzo del 2024 Francia se erigiera en el primer país en el mundo en inscribir en la Constitución el acceso a la interrupción

³ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, núm. 19-1392, 597 U. S. 215 [2022].

⁴ DEROSIER, J.-P., «L'IVG dans la constitution: rien n'est encore joué», *La constitution décodée*, 13 de marzo 2023, (<https://constitutiondecodee.fr/blog/511-ivg-dans-la-constitution-rien-n-est-encore-joue>).

voluntaria del embarazo (IVG por sus siglas en francés) bajo la forma de una «libertad garantizada a la mujer»⁵ por el legislador.

Aunque parece sencillo, el contexto en que se produjo la inscripción de esta nueva libertad en la Constitución plantea muchas cuestiones relevantes que no pueden pasar desapercibidas por los estudiosos del derecho constitucional. De un lado, se cuestiona, más allá de la forma que puede tomar la protección constitucional del acceso al aborto, el roce entre el Juez Constitucional y el Constituyente en materia protección de derechos y libertades. Del otro, el alcance y la efectividad del poder creador del juez constitucional.

La noción de *Poder creador* parece hacer referencia a la facultad del juez constitucional para identificar nuevos principios constitucionales o para agrandar por sí mismo el bloque de constitucionalidad. A pesar de que no se ha encontrado una definición precisa de esta noción, algunos autores hacen referencia al «*pouvoir créateur*»⁶ para evocar la facultad del Consejo Constitucional francés de deducir principios de valor constitucional a partir de los textos que conforman el bloque de constitucionalidad con el fin de usarlos luego como normas de referencia de segundo grado susceptibles de fundamentar la inconstitucionalidad de una ley.

Puede pensarse que el poder creador del Consejo Constitucional francés no reviste un interés particular porque su facultad para identificar nuevos derechos y libertades le es reconocida por la propia Constitución⁷ en el marco del control de constitucionalidad a posteriori que es llamado a ejercer cuando es apoderado de una cuestión prioritaria de constitucionalidad. Sin embargo, el tema retoma todo su interés cuando se analiza en contraste con el caso español, donde esa facultad del

⁵ *Liberté garantie à la femme*, artículo 34 de la Constitución francesa.

⁶ HEITZMANN-PATIN, M., *Les normes de concrétisation dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2020, p. 30; para un estudio general del poder creador del juez: BELAID, S., *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, LGDJ, 1974, p. 271 ss.; PONTTHOREAU, M.-C., *La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française, Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Paris, Economica, 1994, 280 p.

⁷ Artículo 61-1 de la Constitución francesa.

Tribunal Constitucional es criticable⁸. De igual manera, el Consejo Constitucional francés hace un uso extraordinario de su poder creador cuando identifica por sí mismo nuevas normas de referencia que podrá usar como parámetro para proclamar la inconstitucionalidad de una ley, como los llamados objetivos de valor constitucional o los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República que serán abordados a lo largo de este artículo.

La saga *Suprema Corte de justicia estadounidense – Inscripción en la Constitución francesa del acceso al aborto* constituye el escenario perfecto para analizar el carácter fluctuante de la jurisprudencia constitucional y la necesidad de recurrir al Constituyente para blindar ciertos derechos y libertades. De hecho, una parte de la doctrina conviene en afirmar que la inscripción en del aborto en la Constitución francesa fue simbólica puesto que la protección de esa libertad está garantizada en Francia y no es amenazada⁹.

Todo parece indicar que la forma en que está redactada la Constitución, según sea esta un catálogo o no de derechos fundamentales puede tener una influencia en el *poder creador* del juez constitucional. Aparentemente, la efectividad de ese *poder creador* del juez constitucional es cuestionable debido al carácter fluctuante de sus decisiones, lo que legitimaría la intervención temprana del Constituyente.

2. LA GARANTÍA DE LIBERTAD COMO ELEMENTO COMÚN DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL ABORTO EN FRANCIA Y EN ESPAÑA

Históricamente, la interrupción voluntaria del embarazo es legal en Francia desde el año 1975 a través de la ley núm. 75-17 del 17 de enero de 1975 (*ley Veil*) que permitía interrumpir el embarazo hasta la décima semana de gestación. Cuando el Consejo Constitucional francés fue llevado a controlar la conformidad de esta ley con la constitución, me-

⁸ Voto particular formulado por los magistrados don Ricardo Enríquez Sancho, don Enrique Arnaldo Alcubilla, don César Tolosa Tribiño y doña Concepción Espejel Jorquera en la sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 44/2023, del 9 de mayo del 2023.

⁹ SYDORYK, S., «Quelle révision constitutionnelle pour quelle liberté de recourir à l'IVG?», *AJDA*, núm. 15, 2024, p. 845

dante la sentencia núm. 74-54 DC del 15 de enero del 1975,¹⁰ identificó el «principio de libertad» deduciéndolo del artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (DDHC)¹¹. Así, el Consejo validó la constitucionalidad afirmando que la ley «respeto la libertad de las personas llamadas a recurrir o a participar en una interrupción del embarazo, ya sea en situación de desamparo o por razones terapéuticas; que, por consiguiente, no vulnera el principio de libertad enunciado en el artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano»¹².

De este modo, en 1975, la protección constitucional del aborto encontraba su justificación en el estado de salud psicológica de la madre, reflejada en una situación de desamparo¹³. De manera que, parecería que la idea de libertad era asimilada a la libertad de la madre de no abortar y del médico de no practicar el aborto bajo el criterio objetivo del estado de salud de la madre para recurrir a la IVG¹⁴.

Más adelante, el Consejo Constitucional fue llevado a pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley del 30 de mayo de 2001 que aumentaba de diez a doce semanas el plazo para poder recurrir a la interrupción del embarazo, y de la ley del 17 de diciembre del 2015 que eliminaba el plazo de una semana entre la fecha de la solicitud para el aborto y la confirmación escrita para proceder (plazo de reflexión). Así, mediante las decisiones núm. 2001-446 DC del 27 de junio del 2001 y 2015-727 DC del 21 de enero del 2016, el Consejo Constitucional declaró la conformidad de las leyes que le fueron deferidas a la luz «del estado actual de los conocimientos y de las técnicas»¹⁵ y del «equilibrio que el respeto de la Constitución impone»¹⁶ entre, de un lado, «el respeto de la dignidad de la persona humana contra toda forma de de-

¹⁰ Cons. Const. núm. 74-54 DC del 15 de enero del 1975, cons. núm. 8.

¹¹ La DDHC al igual que el preámbulo de la Constitución de 1946 forma parte del bloque de constitucionalidad francés a pesar de no estar integrada textualmente en la Constitución.

¹² Cons. Const. núm. 74-54 DC del 15 de enero del 1975, considerando núm. 8.

¹³ «*situation de détresse*»

¹⁴ MATHIEU, B., «Une jurisprudence selon Ponce Pilate. Constitutionnalité de la loi sur l'Interruption volontaire de grossesse et la contraception», *Recueil Dalloz*, núm. 31, 2001, p. 2533.

¹⁵ «*En l'état actuel des connaissances et des techniques*».

¹⁶ «*L'équilibre que le respect de la Constitution impose*».

gradación y, por otra, la libertad de la mujer derivada del artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano»¹⁷.

A partir de 2001, la lógica se invierte y el aborto es visto como la expresión de la libertad de la mujer que deriva del artículo 2 de la DDHC pasando del criterio objetivo del estado de salud al criterio subjetivo de la libre voluntad de la mujer como condición para recurrir a la IVG¹⁸. Sin embargo, tal cual lo explica Bertrand Mathieu, esta libertad no se entiende como un derecho. El vínculo del artículo 2 de la DDHC como fundamento de esta libertad muestra la voluntad del Consejo de vincularla al concepto de libertad personal, que se refiere a la libertad-autonomía y no a la libertad-derecho¹⁹.

De este modo, antes de su inscripción en la Constitución, el aborto encontraba su protección en los principios de valor constitucional de: a) la protección de la dignidad de la persona humana contra toda forma de degradación y b) la libertad de la mujer.

Ambos principios constitucionales fueron deducidos por el Consejo Constitucional de las normas que componen el bloque de constitucionalidad francés. La libertad de la mujer del artículo 2 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano²⁰, que enuncia que: «La finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión», y el principio de dignidad de la persona humana que fue deducido mediante la decisión número 94/343/344 DC del 27 de julio de 1994 del preámbulo de la Constitución de 1946, según el cual: «Tras la victoria obtenida por los pueblos libres sobre los regímenes que pretendían esclavizar y degradar a la persona humana, el pueblo francés proclama una vez más que todo ser humano, sin distinción de raza, religión o creencia, posee derechos inalienables y sagrados»²¹.

¹⁷ Cons. Const. núm. 2001-446 DC del 27 Jun 2001, cons. núm. 5 y Cons. Const. núm. 2015-727 DC del 21 de enero del 2016, cons. núm. 43.

¹⁸ MATHIEU, B., *op. cit.*

¹⁹ *Ib.*

²⁰ Cons. Const. núm. 2001-446 DC del 27 de junio del 2001.

²¹ «Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame

Sin embargo, a la lectura de estos textos, ni la expresión «libertad de la mujer» ni «dignidad de la persona humana» se encuentran escritas formalmente en ellos, siendo el fruto de la interpretación del Consejo Constitucional²².

De manera que, el propio artículo 2 de la DDHC ha servido para identificar otros derechos que no guardan relación uno con otro²³, por ejemplo, el respeto de la vida privada²⁴ que no guarda relación con el de la libertad de la mujer pero que fue igualmente derivado del artículo 2 de la DDHC. Lo mismo ocurre con la «dignidad de la persona humana» que no contó con una justificación solida al momento de ser deducido del preámbulo de la Constitución de 1946, el Consejo únicamente explicó que: «de ello (del preámbulo) se desprende que la salvaguardia de la dignidad de la persona humana contra toda forma de esclavitud y degradación es un principio de valor constitucional»²⁵, sin ofrecer otra justificación.

Esto deja ver la tendencia del juez constitucional francés de identificar una serie de principios constitucionales que parecerían no estar textualmente escritos dentro de las normas de referencia que integran el bloque de constitucionalidad²⁶, lo que permite igualmente apreciar el amplio poder de creación del que dispone el Consejo Constitucional a la hora de interpretar las normas que componen el bloque de constitucionalidad²⁷.

No es la primera vez que en Francia se intenta inscribir en la constitución principios que ya habían sido identificados y garantizados por el Consejo Constitucional, tal vez por la ausencia de vínculo textual directo entre los principios constitucionales deducidos y los textos desde

à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés».

²² HEITZMANN-PATIN, M., *op. cit.*, p. 33 ss.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Cons. Const. núm. 2012-661 DC del 29 de diciembre de 2012, cons. 8.

²⁵ Cons. núm. 2 «qu'il en ressort que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle».

²⁶ BARANGER, D., «Comprendre le «bloc de constitutionnalité»», *Jus Politicum* (en línea), núm. 21, 2018, (<https://juspoliticum.com/article/Comprendre-le-bloc-de-constitutionnalite-1237.html>).

²⁷ HEITZMANN-PATIN, M., *op. cit.*, p. 33.

donde son deducidos, así como por el carácter fluctuante de la jurisprudencia. Por ejemplo, una proposición de ley constitucional depositada el 6 de octubre del 2014 en la Asamblea Nacional²⁸ tenía por objeto la inscribir en el preámbulo de la Constitución el principio de dignidad de la persona humana. Para algunos autores, de haber sido acogida la reforma constitucional en cuestión, si bien es cierto que hubiese contribuido a una regularización de la creación jurisprudencial del Consejo Constitucional, su aporte sería cuestionable debido a que se trataría de un principio que ya ha sido asegurado por el Consejo Constitucional²⁹.

Sin embargo, distamos del anterior razonamiento debido a que, tal cual ha quedado reflejado en la saga *Suprema Corte estadounidense-Inscripción en la Constitución francesa de la IVG*, los derechos, libertades o principios que son el fruto de la creación jurisprudencial del juez constitucional corren el peligro de debilitarse o de fortalecerse. Frente a ese riesgo solo la intervención temprana y rápida del constituyente pudiese constituir una verdadera garantía, obligando al juez constitucional, en ese roce, a proteger de manera permanente ese principio, derecho o libertad. Como podrá verse en las líneas que seguirán el presente trabajo, no siempre es fácil obligar al juez a proteger ciertos derechos, libertades o principios, todo depende del diseño de la Constitución en cuestión.

Del mismo modo, en España, la protección constitucional del aborto se apoya también en la libertad, esta vez como valor superior del ordenamiento jurídico de conformidad con el artículo 1.1 de la Constitución española (CE)³⁰. En efecto, la decisión que otorga una protección constitucional a la IVE mediante el reconocimiento de un nuevo derecho de la mujer a la autodeterminación, que se encuentra integrado tanto en el derecho a la integridad física y moral (artículo 15 de la CE) como en el principio de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la CE), establece una exigencia al legislador de

²⁸ Proposición de ley constitucional núm. 2242 *visant à inscrire dans le préambule de la Constitution, les principes de dignité de la personne humaine et de respect du corps humain*, núm. 2242, enregistrée à la présidence de l'Assemblée Nationale le 6 octobre 2014.

²⁹ HEITZMANN-PATIN, M., *op. cit.*, p.35.

³⁰ Sentencia Tribunal Constitucional español núm. 44/2023 del 9 de mayo de 2023, fundamento jurídico núm. 3.

reconocer «un ámbito de libertad» en el que la mujer pueda decidir, de forma autónoma, si continuar o no con la gestación³¹.

Para algunos autores, con esta operación el Tribunal Constitucional español entiende el principio de dignidad y libre desarrollo de la personalidad como una norma de clausura del sistema de libertades y como un derecho fundamental general de libertad³². Recientemente, el 18 de junio del 2024, el Tribunal Constitucional volvió a pronunciarse sobre la constitucionalidad del aborto al desestimar un recurso de inconstitucionalidad en contra de la ley de modificación núm. 1/2023³³. El Tribunal volvió a retener que la IVE es una decisión que afecta tanto la dignidad de la mujer y el libre desarrollo de su personalidad como el derecho a su integridad física y moral, resultando admisible al legislador de asegurar que las mujeres dispongan de la libertad de decidir, sin obstáculos ni injerencias externas, si continuar o no con la gestación. Tanto en Francia como en España la protección constitucional del aborto tiene sus bases en el principio de libertad que debe ser garantizado por el legislador.

3. EN FRANCIA: DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL AL CONSTITUYENTE

En Francia, el artículo 89 de la Constitución prevé dos maneras de promover una revisión constitucional, sea a iniciativa del legislador mediante una «proposition de loi», sea a iniciativa del ejecutivo mediante un «projet de loi». En el primer, debe agotarse la vía del referéndum aprobatorio para que la revisión constitucional pueda operar, en el segundo caso el ejecutivo tiene la opción de someter el proyecto a refe-

³¹ *Ibidem*.

³² SIEIRA MUCIENTES, S., «El libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental general de libertad (autodeterminación): la eutanasia y el aborto en las sentencias del Tribunal Constitucional 19/2023 y 44/2023», *Revista de las Cortes Generales*, 2023, núm. 116, pp. 261-314.

³³ Al momento de redacción de este artículo la sentencia de fecha 18 de junio del 2024 aún no ha sido publicada en el Boletín Oficial del Estado pero puede consultarse en la página web del Tribunal Constitucional español: Prensa (tribunalconstitucional.es) y https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2024_066/STC%203630-2023.pdf.

rendum o de presentarlo directamente al parlamento reunido en congreso «Parlement convoqué en Congrès» para que lo valide.

Para poder inscribir el aborto en la Constitución francesa se optó primero por una revisión constitucional de iniciativa legislativa, es decir, mediante una «proposition de loi». A partir de ese momento comienza a surgir el debate de la forma que debía tomar el acceso constitucional al aborto, si hacer de ese acceso «la garantía de un derecho» o «el ejercicio de una libertad»³⁴.

En principio, la fórmula de la proposición de ley aprobada por la Asamblea Nacional el 24 de noviembre del 2022 disponía «la loi garantit l'effectivité et l'égal accès au droit à l'interruption volontaire de la grossesse» (la ley garantiza la efectividad [...] del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo). Mientras que, la fórmula aprobada el 1 de febrero del 2023 por el Senado disponía que «la loi détermine les conditions dans lesquelles s'exerce la liberté de la femme à mettre fin à sa grossesse» (la ley determina las condiciones en las cuales se ejerce la libertad de la mujer para poner fin a su embarazo). Para algunos autores, la fórmula adoptada por el Senado era menos protectora que la fórmula adoptada por la Asamblea Nacional³⁵.

Estas proposiciones de revisión de la constitución no lograron ser acogidas debido a múltiples factores. De un lado, la vía de una revisión constitucional de iniciativa legislativa representaba el riesgo de tomar más tiempo para organizar el consecuente referéndum aprobatorio³⁶. Ese lapso prolongado de tiempo podría ser utilizado por los sectores más conservadores de la sociedad francesa quienes hubiesen podido movilizarse a través de campañas que retrocedieran el proceso³⁷. Por esta razón, la vía del proyecto de ley a iniciativa del poder ejecutivo fue la ganadora por ser la más rápida y la que menos riesgos políticos implicaba³⁸.

³⁴ SYDORYK, S., *op. cit.*

³⁵ ROMAN, D., «Liberté, égalité, etc.», *La semaine juridique (édition générale)*, núm. 10, 11 marzo 2024, pp. 418-421.

³⁶ Cabe destacar que, en Francia ninguna revisión constitucional de iniciativa legislativa ha logrado llevarse a cabo todas han sido a iniciativa del ejecutivo.

³⁷ LEVADE, A., «IVG, une constitutionnalisation tout en symboles!», *La semaine juridique (édition générale)*, núm. 10, 11 marzo 2024, p. 460.

³⁸ *Ibidem.*

Así, mediante un *Proyecto de ley constitucional relativo a la libertad de recurrir a la IVG*³⁹, de iniciativa del ejecutivo, la constitucionalización del aborto progresa rápidamente en Francia. El artículo elegido para ello fue el número 34 de la Constitución que prevé aquellas materias que son de la competencia del legislador y no del poder ejecutivo. Por ello, el objetivo de la revisión constitucional, más que inscribir el aborto en la Constitución, era otorgarle al legislador una nueva competencia⁴⁰: «determinar las condiciones bajo las cuales se ejerce la libertad garantizada a la mujer de recurrir a la interrupción voluntaria del embarazo»⁴¹.

Así, la Asamblea Nacional lo adopta en primera lectura el 30 de enero del 2024 y el Senado lo hace el 28 de febrero del 2024, antes de que ambos órganos se reunieran en Congreso el 4 de marzo del 2024 para formalmente promulgar la reforma constitucional el 8 de marzo del 2024, día internacional de la mujer.

El nuevo artículo 34 de la Constitución francesa enuncia que «La ley determina las condiciones bajo las cuales se ejerce la libertad garantizada a la mujer de recurrir a la interrupción voluntaria del embarazo»⁴². La forma de la protección es una «libertad garantizada».

4. EN ESPAÑA: DEL LEGISLADOR ORGÁNICO AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En España, la protección constitucional del aborto conoce una configuración distinta a la francesa. En principio, reposa sobre una ley orgánica que no tiene rango constitucional⁴³ y que establece en su preámbulo: «el

³⁹ «Projet de loi constitutionnelle relatif à la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse.»

⁴⁰ CONSEIL D'ÉTAT, *Avis sur un projet de loi constitutionnelle relatif à la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse*, 12 de diciembre del 2023, disponible en: <https://www.conseil-etat.fr/avis-consultatifs/derniers-avis-rendus/au-gouvernement/avis-sur-un-projet-de-loi-constitutionnelle-relatif-a-la-liberte-de-recourir-a-l-interruption-volontaire-de-grossesse>.

⁴¹ «La loi détermine les conditions dans lesquelles s'exerce la liberté garantie à la femme d'avoir recours à une interruption volontaire de grossesse.»

⁴² «La loi détermine les conditions dans lesquelles s'exerce la liberté garantie à la femme d'avoir recours à une interruption volontaire de grossesse.»

⁴³ Ley orgánica número 2/2010, del 3 de marzo de 2010, de Salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

derecho a la maternidad libremente decidida, que implica, entre otras cosas, que las mujeres puedan tomar la decisión inicial sobre su embarazo y que esa decisión, consciente y responsable, sea respetada». Sin embargo, esta ley fue objeto de modificación por la ley orgánica número 1/2023 del 28 de febrero 2023 (ley de modificación).

Desde entonces, el «derecho a la interrupción del embarazo»⁴⁴ se encuentra inscrito en el artículo 24 de la ley orgánica⁴⁵ bajo la forma de una obligación a cargo de la administración que «garantizará» su libre ejercicio conforme a las condiciones que fije el legislador. Así, si en Francia el legislador fija las condiciones para el ejercicio de «la libertad» garantizada a la mujer en materia de interrupción voluntaria del embarazo⁴⁶, en España se trata de una responsabilidad institucional a cargo de la administración que garantizará el libre ejercicio de este derecho.

En el sistema español, es posible abortar a partir de los 16 años y sin el consentimiento de los representantes legales, dentro de las primeras catorce semanas de gestación, quedando eliminado el plazo de tres días de reflexión que estaba previsto antes de la modificación de la ley en 2023⁴⁷.

No obstante, el Tribunal Constitucional español se pronunció sobre la constitucionalidad de la interrupción voluntaria del embarazo mediante la decisión número 44/2023 del 9 de mayo de 2023 en ocasión de un recurso de inconstitucionalidad en contra de la ley orgánica número 2/2010, del 3 de marzo de 2010, de Salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Cabe destacar que el Tribunal se pronunció trece años después de haber sido apoderado y apenas unos meses luego de la modificación de la ley⁴⁸. Esa situación llevó al Tribunal a declarar extinguido el recurso por falta de objeto en un aspecto y

⁴⁴ Nótese que el preámbulo de la ley establece el derecho a la interrupción *voluntaria* del embarazo, mientras que los demás artículos (artículo 18 bis y artículo 24) al referirse a este derecho omiten su carácter «voluntario», limitándose a establecer «el derecho a la interrupción del embarazo».

⁴⁵ Artículo 24 de la ley.

⁴⁶ V. *supra* y artículo 34 de la Constitución francesa.

⁴⁷ Artículo 13 bis y 14 de la Ley Orgánica número 2/2010, del 3 de marzo de 2010, de Salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo modificada por la ley orgánica número 1/2023, del 28 de febrero 2023 (ley de modificación).

⁴⁸ A través de la ley orgánica número 1/2023, del 28 de febrero 2023 (ley de modificación).

a desestimarlos en otros aspectos. A pesar de ello, la decisión constituye un instrumento valioso para entender la configuración española de la protección constitucional del aborto.

La decisión es importante porque el Tribunal identifica un nuevo derecho «el derecho de la mujer a la autodeterminación respecto de la interrupción del embarazo»⁴⁹. El Tribunal deduce este nuevo derecho de dos derechos fundamentales inscritos en la Constitución española: 1) el derecho a la dignidad personal y al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución) y 2) el derecho a la integridad física y moral (artículo 15 de la Constitución). Para ello, el Tribunal vincula primero la Interrupción voluntaria del embarazo con la libertad en tanto «valor superior del ordenamiento jurídico»⁵⁰.

El Tribunal considera que la decisión de la mujer de interrumpir su embarazo constituye una «cuestión de profunda relevancia vital»⁵¹. El Tribunal concluye su justificación indicando que «el respeto al derecho fundamental de la mujer a la integridad física y moral (art. 15 CE), en conexión con su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1), exigen del legislador el reconocimiento de un ámbito de libertad en el que la mujer pueda adoptar razonablemente, de forma autónoma y sin coerción de ningún tipo, la decisión que considere más adecuada en cuanto a la continuación o no de la gestación»⁵².

Finalmente, la decisión fue objeto de varios votos particulares que cuestionaron la facultad del juez constitucional para identificar y crear nuevos derechos fundamentales. Los magistrados que formularon los votos calificaron de «exceso de jurisdicción»⁵³ y de «desbordamiento de la función de control»⁵⁴ la creación *ex novo* del «derecho de la mujer

⁴⁹ V. Fundamento jurídico 3. A.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ «[...] la decisión acerca de la continuación del embarazo o su interrupción constituye, con toda evidencia, una cuestión de profunda relevancia vital [...]» Fundamento jurídico núm. 3.

⁵² Ver conclusión del fundamento jurídico núm. 3 de la decisión.

⁵³ Voto particular conjunto que formulan los magistrados don Ricardo Enríquez Sanchó, don Enrique Arnaldo Alcubilla y don César Tolosa Tribiño «Sobre el exceso de jurisdicción al calificar el aborto como derecho», punto número 4, pp. 83763 ss.

⁵⁴ Voto particular de la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera, página 83785 ss.

a la autodeterminación respecto de la interrupción del embarazo»⁵⁵. Los magistrados justifican que la identificación de un nuevo derecho desborda los márgenes del control de constitucionalidad ya que «no le corresponde al Tribunal Constitucional, por tanto, reescribir la Constitución para crear, descubrir o deducir nuevos derechos fundamentales, sustituyendo al poder constituyente permanente.»⁵⁶ estimando que, para ello, debe primar una reforma de la Constitución. Según los votos particulares la creación de derechos fundamentales compete al constituyente y no al juez constitucional⁵⁷.

De este modo, se plantea la cuestión de saber si tanto en Francia y en España el juez constitucional dispone de un margen de libertad amplio o de lo que hemos preferido llamar poder creador del juez constitucional para identificar nuevos derechos fundamentales o para agrandar el bloque de constitucionalidad o las normas constitucionales que podrían usarse de parámetro para proclamar la inconstitucionalidad de una ley.

5. ALCANCE DEL PODER CREADOR DEL JUEZ CONSTITUCIONAL FRANCÉS Y ESPAÑOL

Por «poder creador»⁵⁸ debe entenderse la facultad del juez constitucional para identificar nuevos derechos y libertades constitucionales más allá del propio constituyente y para incluir nuevas normas dentro del bloque de constitucionalidad. Cabe destacar que, el diseño de la Constitución puede tener una influencia en el grado de libertad del que dispone el juez a la hora de ejercer ese poder creador. Así, pareciera que constituciones que no se caracterizan por ser un catálogo de derechos y libertades fundamentales como la francesa, permiten que el juez constitucional disponga de un grado mayor de libertad para identificar nuevos derechos e incluso para integrar nuevas normas a su bloque de

⁵⁵ Fundamento jurídico núm. 3, punto A), pp. 83733 ss. de la decisión.

⁵⁶ Voto particular conjunto que formulan los magistrados don Ricardo Enríquez Sancho, don Enrique Arnaldo Alcubilla y don César Tolosa Tribiño «Sobre el exceso de jurisdicción al calificar el aborto como derecho», punto número 4, pp. 83763 ss.

⁵⁷ Voto particular de la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera, punto número 3, página 83785 ss.

⁵⁸ ROUSSEAU, D.; GAHDOUN P. Y., y BONNET, J., *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2023, p. 300, «Pouvoir créateur du Conseil constitutionnel».

constitucionalidad. Mientras que, constituciones que disponen de un desarrollo más abundante de derechos fundamentales, como la española, el poder creador del juez constitucional es cuestionable.

5.1 El amplio poder de creación del Consejo Constitucional francés

El juez constitucional asume muchos roles, pero poco se habla, además de su función de censura, de su rol de creador. Mathilde Heitzmann-Patin hace una ilustración remarcable de la amplia libertad de la que dispone el Consejo Constitucional francés cuando hace uso de su poder creador al deducir lo que ella llama «normas de referencia de segundo grado»⁵⁹. Según la autora, cuando el Consejo constitucional identifica un nuevo texto como parte del bloque de constitucionalidad, por ejemplo, la DDHC o el preámbulo de la Constitución de 1946, a través de la interpretación, convierte a estos textos escritos en normas de referencia de primer grado. Cuando el Consejo, deduce de estos textos escritos otros principios de valor constitucional y otros «objetivos de valor constitucional» que puede utilizar, a través de la interpretación, los convierte en normas de referencia de segundo grado. Esto fue lo que sucedió con el principio de libertad de la mujer⁶⁰ que es según la autora una norma de referencia de segundo grado deducida del artículo 2 de la DDHC, y que podrá servir de parámetro para declarar la inconstitucionalidad de una ley⁶¹. Sin embargo, no existe entre las normas de referencia de primer grado, ni aquellas de segundo grado una jerarquía, el objetivo es ilustrar que, en algunos casos, existen normas escritas (la DDHC, el preámbulo de la Constitución de 1946, etc), y normas no escritas que fueron derivadas de las normas escritas y que pueden justificar la inconstitucionalidad de la ley, razón por la cual la autora conviene en llamarlas normas de referencia de segundo grado.

En este caso, analizaremos la manera en que el Consejo Constitucional francés ha creado su propio bloque de constitucionalidad y de su facultad para identificar nuevos derechos y libertades constitucionales.

⁵⁹ HEITZMANN-PATIN, M., *op. cit.*, pp. 30 ss.

⁶⁰ Cons. Const. núm. 2001-446 DC del 27 de junio de 2001, cons. 5.

⁶¹ HEITZMANN-PATIN, M., *op. cit.*, p. 33.

5.1.1 *La creación de su propio bloque de constitucionalidad*

En Francia, la noción «bloque de constitucionalidad» tiene su origen en la doctrina⁶² siendo Claude Émeri el primero en utilizarla en el año 1970 en un artículo de la Revista de derecho público⁶³ antes de que Louis Favoreu se encargara de teorizarla en 1975 en ocasión de una obra colectiva en honor a Charles Eisenmann⁶⁴. Desde entonces, la noción se utiliza para designar «el conjunto de principios y de reglas de valor constitucional cuyo respeto se impone tanto al poder legislativo como al poder ejecutivo, y de manera general a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales, así como también a los particulares»⁶⁵, es decir el conjunto de «normas de referencia»⁶⁶ que el Consejo Constitucional usa para efectuar el control de constitucionalidad⁶⁷. Sin embargo, a pesar de su popularidad, el Consejo nunca ha hecho mención expresa de la expresión «bloque de constitucionalidad» en sus decisiones⁶⁸ quedando su uso reservado a la doctrina.

El bloque de constitucionalidad francés se construyó con el tiempo por el propio Consejo Constitucional. Esta integración autónoma y progresiva de normas al bloque puede encontrar su origen tanto en la manera en que está redactada la Constitución⁶⁹ como en el diseño inicial del control de constitucionalidad francés. Así, para el año 1970, época en la que surgió la noción de bloque de constitucionalidad, la protección de los derechos humanos se encontraba en pleno auge, pero Francia no se encontraba a la vanguardia debido a que el control de constitu-

⁶² DENIZEAU-LAHAYE, C., «La genèse du bloc de constitutionnalité», *Titre VII Les cahiers du Conseil constitutionnel*, núm. 8, 2022, pp. 11-19.

⁶³ ÉMERI, C., «Chronique constitutionnelle et parlementaire française, vie et droit parlementaires», *Revue du droit public*, 1970, p. 678.

⁶⁴ FAVOREU, L., «Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel», *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, édition Cujas, 1975, p. 33.

⁶⁵ «L'ensemble des principes et règles à valeur constitutionnelle dont le respect s'impose au pouvoir législatif comme au pouvoir exécutif, et d'une manière générale à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ainsi, bien sûr, qu'aux particuliers» Favoreu, L., «Bloc de constitutionnalité», *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p.87; cité par DRAGO, G., *Contentieux constitutionnel français*, Paris PUF, 2020, p. 317.

⁶⁶ *Normes de référence*.

⁶⁷ DENIZEAU-LAHAYE, C., «La genèse du bloc de constitutionnalité», *artículo prec.*, pp. 11-19.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ DRAGO, G., *op. cit.*, p. 315.

cionalidad de las leyes no se efectuaba sobre la base de un catálogo de derechos fundamentales inscritos en la propia Constitución y Francia no había aún ratificado la Convención europea de protección de derechos humanos que había firmado en 1950⁷⁰. Esta situación condujo al Consejo constitucional a componer su propio bloque de constitucionalidad a partir del preámbulo de la Constitución de 1958 y luego añadiendo las demás normas de referencia al bloque⁷¹.

La primera vez que el Consejo Constitucional francés expandió el bloque de constitucionalidad con la inclusión de otros textos más allá de la Constitución, fue en la decisión número 71-44 DC del 16 de julio de 1971 «Liberté d'association», donde reconoce el valor jurídico del preámbulo de la Constitución de 1958 y del preámbulo de la Constitución de 1946, desde donde identifica el principio fundamental reconocido por las leyes de la República de la libertad de asociación⁷². Más adelante, en el año 1973, mediante la decisión número 73-51 DC del 27 de diciembre de 1973, el Consejo Constitucional incluye en el bloque de constitucionalidad la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

El fruto de varios años de construcción de su propio bloque condujo a que hoy en día la mayoría de la doctrina⁷³ considere que las normas de referencia que lo integran son un total de cuatro textos: a) la Constitución actual de 1958 y su preámbulo, b) la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789, c) el preámbulo de la Constitución de 1946 de donde se desprenden c.1) los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y c.2) los principios particularmente necesarios para nuestros tiempos, y d) la Carta del medioambiente de 2004. A la lista se añaden e) Los principios, disposiciones o reglas de valor constitucional⁷⁴, los objetivos de valor constitu-

⁷⁰ DENIZEAU-LAHAYE, C., *op. cit.*, pp. 11-19.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Sin embargo, antes de esta decisión el Consejo ya había hecho mención del preámbulo de la Constitución en uno de los vistos de la decisión número 70-39 DC del 19 de junio de 1970: «vista la Constitución y sobre todo su preámbulo y sus artículos 53, 54 y 62».

⁷³ ROUSSEAU, D.; GAHDOUN, P. Y, y BONNET, J., *op. cit.*, pp. 287 ss.

⁷⁴ «Les principes, dispositions et règles de valeur constitutionnelle», Cons. Const. núm. 79-105 DC del 25 de julio de 1979 que califica de principio de valor constitucional a la continuidad de servicio público sin desprenderlo de un texto constitucional preciso.

cional⁷⁵ y las exigencias constitucionales⁷⁶, que el Consejo Constitucional francés ha ido identificando progresivamente veces sin vincularlos a un texto constitucional⁷⁷.

Sin embargo, la doctrina no se encuentra unificada sobre las normas que componen el bloque de constitucionalidad francés⁷⁸. Por ejemplo, Louis Favoreu añade a la lista los Principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República⁷⁹ a pesar de que esa configuración es contestable puesto que estos principios fueron deducidos directamente del preámbulo de la Constitución de 1946⁸⁰. Mientras que Guillaume Drago no incluye los objetivos de valor constitucional «objectifs de valeur constitutionnelle» dentro del bloque estimando que estos son el producto de una combinación de normas⁸¹.

El problema de la identificación de Principios, de Objetivos y de Exigencias constitucionales sin vincularlos a un determinado texto constitucional permiten ver cuan amplio es el margen de libertad del que dispone el juez constitucional francés para crear nuevas normas de referencia que le permitan declarar la inconstitucionalidad de una ley.

Tal como lo explica Louis Favoreu el Consejo Constitucional francés «se ha reconocido una libertad bastante grande en la aplicación de las normas de referencia» al identificar «principios fundamentales re-

⁷⁵ «Les objectifs de valeur constitutionnel», Cons. Const. núm. 82-141 DC del 27 de julio de 1982, que califica de «objetivo de valor constitucional» sin vincularlo a ningún texto el cuidado del orden público, el respeto de la libertad y la preservación del carácter pluralista de las corrientes de expresión socioculturales.

⁷⁶ «Exigences constitutionnelles», Cons. Const. núm. 98-403 DC del 29 de julio de 1998, que califica de exigencia de valor constitucional la igualdad ante la ley.

⁷⁷ Ver el problema que esa categoría plantea dentro del bloque de constitucionalidad en: LEVADE, A., «L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable», in *l'Esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 688; DE MONTALIVET, P., «Les objectifs de valeur constitutionnel», NCCC, núm. 20, junio 2006; cité par ROUSSEAU, D.; GAHDOUN, P. Y, y BONNET, *op. cit.*, p. 298

⁷⁸ BARANGER, D., *La Constitution: sources, interprétations, raisonnements*, Paris, Dalloz, 2022, p. 451.

⁷⁹ «Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République» (PFRL). V. FAVOREU, L., «Le principe de constitutionnalité», en *La Constitution et son juge*, Paris, Economica, 2014, p. 543.

⁸⁰ BARANGER, D., *op cit.*, p. 451.

⁸¹ DRAGO, G., *op. cit.*, p. 358.

conocidos por las leyes de la República»⁸². La identificación de estos principios se ha hecho progresivamente⁸³, primero en 1971 al reconocer la libertad de asociación⁸⁴, 1976 los derechos de la defensa⁸⁵, en 1977 la libertad individual⁸⁶, la libertad de enseñanza y de conciencia⁸⁷, en 1980 la independencia de la jurisdicción administrativa⁸⁸, en 1984 la independencia de los profesores universitarios⁸⁹, en 1987 la competencia administrativa para conocer de la anulación o de la reforma de decisiones tomadas en el ejercicio de potestades del poder público⁹⁰, en 1989 la autoridad judicial de protección de la propiedad privada inmobiliaria⁹¹, en 2002 la especificidad de la justicia de los menores⁹² y en 2011 el derecho local en Alsace-Moselle⁹³. Por esta razón, Louis Favoreu califica los Principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República de «principios para hacer todo» en tanto que, «constituyen de ahora en adelante un medio útil para designar todo lo que tiene valor constitucional sin estar verdaderamente inscritos en la Declaración de derechos y en el preámbulo de 1946 o para realizar la síntesis de disposiciones repetitivas o complementarias»⁹⁴.

Sin embargo, el Consejo Constitucional francés se mantiene prudente a la hora de ejercer su poder creador, Georges Vedel estima que no se

⁸² En la decisión del Consejo Constitucional número 76-70 DC del 2 de diciembre de 1976, cons. núm. 2; V. FAVOREU, L., «El bloque de constitucionalidad», *artículo prec.*

⁸³ La lista de estas decisiones fue elaborada por BORÉ, L., «La catégorie des droits et libertés que la Constitution garantit doit-elle désormais être considérée comme stabilisée ?», Titre VII [en ligne], núm. 8, *Les catégories de normes constitutionnelles*, avril 2022. URL complète: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-categorie-des-droits-et-libertes-que-la-constitution-garantit-doit-elle-desormais-etre-considereee>.

⁸⁴ Cons. const., déc. núm. 71-44 DC du 16 juill. 1971.

⁸⁵ Cons. const., déc. núm. 76-70 DC du 2 déc. 1976.

⁸⁶ Cons. const., déc. núm. 76-75 DC du 12 janv. 1977.

⁸⁷ Cons. const., déc. núm. 77-87 DC du 23 nov. 1977.

⁸⁸ Cons. const., déc. núm. 80-119 DC du 22 juil. 1980.

⁸⁹ Cons. const., déc. núm. 83-165 DC du 20 janv. 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Cons. const., déc. núm. 89-256 DC du 25 juil. 1989.

⁹² Cons. const., déc. núm. 2002-461 DC du 29 août 2002.

⁹³ Cons. const., déc. núm. 2011-157 QPC du 5 août 2011.

⁹⁴ FAVOREU, L., *Crónica de la Revue de droit public*, 1978, p. 839. Citado en FAVOREU, L., «El bloque de constitucionalidad», *op. cit.*, p. 47.

considera un «dueño de las fuentes del derecho constitucional»⁹⁵ pues la mayoría de textos que han sido integradas al bloque se fundan sobre una referencia expresa a la Constitución.

5.1.2 *La creación de derechos y libertades constitucionales*

El diseño del control de constitucionalidad francés permite que el Consejo Constitucional identifique nuevos derechos y libertades que la constitución garantiza cuando es apoderado *a posteriori* a través de una *Cuestión prioritaria de constitucionalidad*⁹⁶ (QPC por sus siglas en francés). Así, si el control es *a priori*, es decir, antes de la promulgación de la ley, la Constitución prevé que el Consejo se pronuncia sobre la «conformidad a la Constitución»⁹⁷ pero si el control es *a posteriori* mediante una QPC, el Consejo se pronuncia sobre una «violación a los derechos y libertades que la Constitución garantiza»⁹⁸.

De este modo, el constituyente francés buscó fijar los límites entre aquello que pertenece a la organización de los poderes públicos (control *a priori*) ejercido por un número limitado de actores⁹⁹ y aquello que pertenece a los derechos fundamentales de las personas (control *a posteriori*) ejercido por cualquier persona en marco de un proceso¹⁰⁰.

⁹⁵ VEDEL, G., «El precedente judicial en el derecho público francés», en ocasión de la IV Jornadas jurídicas franco-alemanas, *Revista internacional de derecho comparado*, número especial, vol. 6, 1984, p. 287. Citado por Favoreu, L., «El bloque de constitucionalidad», *op. cit.*, p. 49.

⁹⁶ Question prioritaire de constitutionnalité.

⁹⁷ Artículo 61 «[...] qui se prononce sur leur conformité à la Constitution».

⁹⁸ Artículo 61-1 «qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit».

⁹⁹ De acuerdo con el artículo 61.2 de la Constitución francesa únicamente pueden ejercer ese tipo de control el Presidente de la República, el Primer Ministro, los Presidentes de la Asamblea Nacional y del Senado, sesenta Diputados y sesenta Senadores.

¹⁰⁰ ROUSSEAU, D.; GAHDOUN, P.-Y. et BONNET, J., *op. cit.* p. 428 et s. G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel*, PUF, 2020, p. 557 et s. MAUGUÉ, C., STAHL, J.-H., *La question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, 2017, p. 167 et s. GUILLAUME, M., *Question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, 2019, p. 55 et s., cité par: BORÉ, L., «La catégorie des droits et libertés que la Constitution garantit doit-elle désormais être considérée comme stabilisée ?», Titre VII [en ligne], núm. 8, *Les catégories de normes constitutionnelles*, avril 2022. URL complète: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-categorie-des-droits-et-libertes-que-la-constitution-garantit-doit-elle-desormais-etre-consideree>, nbp núm. 1.

Esto provoca que, las normas de referencia¹⁰¹ sean menos abundantes que en el control a priori porque estas «concernen únicamente los derechos substanciales inscritos en el bloque de constitucionalidad»¹⁰², es decir, «los derechos substanciales, las grandes libertades inscritas en nuestros textos fundamentales constitucionales, en el primer rango de los cuales la Constitución, la Declaración de 1789 y el preámbulo de 1946, la Carta del medioambiente de 2004, los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República»¹⁰³.

Es muy común que los justiciables en el marco de una QPC soliciten al Consejo Constitucional reconocer nuevos derechos y libertades que la Constitución garantiza para conseguir declarar la inconstitucionalidad de una norma.

En algunos casos, el Consejo ha rehusado a reconocerlos a pesar de la solicitud hecha por los justiciables¹⁰⁴. En otros, el Consejo ha otorgado valor constitucional a derechos que ya habían sido reconocidos antes por el legislador. Por ejemplo, el caso del derecho de acceso de los ciudadanos a los documentos administrativos que fue reconocido por la ley del núm. 78-753 del 17 de julio de 1978 hasta que, 42 años más tarde, el Consejo Constitucional lo dedujo del artículo 15 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano¹⁰⁵, dándole así valor constitucional y permitiendo que pueda ser invocado por los justiciables en un recurso *a posteriori* a través de una QPC. El resultado

¹⁰¹ *Les normes de référence.*

¹⁰² «Les normes de référence sont alors moins étendues que dans le contrôle a priori puisqu'elles ne concernent que les droits substantiels inscrits dans le bloc de constitutionnalité», DRAGO, G., *Op. cit.*, p. 319.

¹⁰³ «Les droits et libertés visés sont les droits substantiels, les grandes libertés inscrites dans nos textes fondamentaux constitutionnels, au premier rang desquels la Constitution, la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946, la Charte de l'environnement de 2004, les Principes fondamentaux reconnues par les lois de la République», *ib.*, p. 557.

¹⁰⁴ Ver ejemplo de decisiones del Consejo Constitucional que rechazan el reconocimiento de derechos constitucionales solicitados por los justiciables citados por BORÉ, L., *art. préc.*: núm. 2011-199 QPC del 25 de noviembre de 2011, *M. Michel G*, cons. 4 y 5 para el rechazo a reconocer un principio fundamental reconocido por las leyes de la República que impone que una regla de prescripción sea prevista en materia disciplinaria; núm. 2015-478 QPC del 24 de julio de 2015, *Association French Data Network et autres* cons. 16, para el derecho al secreto de los intercambios de correspondencia entre abogados y el secreto de fuente de los periodistas «un droit au secret des échanges et correspondances des avocats et un droit au secret des sources des journalistes».

¹⁰⁵ Cons. Const. núm. 2020-834 QPC del 3 de abril del 2020, cons. núm. 8.

hoy en día es una vasta lista de derechos y libertades que la Constitución garantiza que han sido invocados y reconocidos con el tiempo por el Consejo Constitucional a través de la QPC¹⁰⁶.

Desde la adopción de la Constitución de 1958 nunca se ha visto al constituyente o al Consejo Constitucional poner fin a derechos o libertades¹⁰⁷. Sin embargo, el constituyente sí se ha opuesto a decisiones del Consejo Constitucional reaccionando con reformas de la Constitución¹⁰⁸. Tal es el caso del derecho de asilo que condujo la adopción de la ley constitucional núm. 93-1256 de 25 de noviembre del 1993 que añadió una redefinición del mismo en el artículo 53-1 de la Constitución tras la interpretación hecha por el Consejo Constitucional mediante la decisión núm. 93-325 DC del 13 de agosto de 1993 y consecuente declaratoria parcial de inconstitucionalidad de la Ley relativa a la gestión de la inmigración y a las condiciones de entrada, acogida y estancia de extranjeros en Francia¹⁰⁹.

Sin embargo, no es la primera vez que la Constitución es revisada producto de una decisión del Consejo Constitucional¹¹⁰. Esto sucedió en 1992¹¹¹ luego de la decisión núm. 92-308 DC del 9 de abril de 1992 la Constitución fue revisada mediante la ley constitucional núm. 92-554 del 25 de junio de 1992 que permitió la ratificación del Tratado sobre la Unión Europea. De igual manera, luego de la decisión núm. 92-305 DC del 21 de febrero de 1992 donde el Consejo Constitucional había censurado las disposiciones de una ley orgánica que subordinaba la nominación de jueces¹¹² al visto bueno¹¹³ del Consejo Superior de la Magistratura; ese visto bueno fue introducido por la ley constitucional del 27 de julio de 1993. Por último, el Comité consultativo de revisión de la

¹⁰⁶ La base de datos «QPC 2020», del centro de investigaciones *Centre de recherches droits et perspectives du droit* (CRDP) de la Universidad de Lille ofrece un panorama global de los derechos y libertades que han sido invocados hasta el año 2020, consultable en: <https://crdp-qpc.fr/>.

¹⁰⁷ Boré, L., *op. cit.*

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Luchaire, F., «Le droit d'asile et la révision de la Constitution», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, janvier-février 1994, núm. 1, p. 5-43, spec. p. 25.

¹¹¹ Estos ejemplos son formulados por LUCHAIRE, F., *ibid.*

¹¹² «Magistrats du siècle».

¹¹³ «Avis conforme».

Constitución propuso el 15 de febrero de 1993 que un departamento y una región de ultra mar pudieran ser administrados por una Asamblea única contrario a la jurisprudencia del Consejo Constitucional¹¹⁴.

Estos ejemplos son interesantes para comprender los casos en los cuales la voluntad del Constituyente puede imponerse sobre la del Consejo Constitucional con miras a respetar la Constitución pero también para garantizar una mayor protección frente al carácter fluctuante de la jurisprudencia. De esta interacción entre el constituyente y el Consejo Constitucional se deriva la famosa frase del decano Georges Vedel «El Consejo Constitucional tiene el derecho frente a los textos que le son deferidos, de utilizar la goma. Pero no el crayón»¹¹⁵.

5.2 El ambiguo poder creador del juez constitucional español

La mayoría de libros clásicos de derecho constitucional español comienzan abordando el sistema español de las fuentes del derecho¹¹⁶, pero no se inicia con el bloque constitucionalidad, es decir, con aquellas normas que se encuentran fuera del texto de la Constitución pero que el juez constitucional puede usar para fundamentar la inconstitucionalidad de una ley. El interés se centra en identificar las normas con rango de ley susceptibles de control de constitucionalidad pero no de las normas que, más allá de la Constitución, pueden fundamentar esa inconstitucionalidad. Esto se puede explicar por la influencia de Kelsen

¹¹⁴ Ver informe de la proposición hecha por al Comité consultativo por una revisión de la constitución del 15 de febrero del 1993, disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000498419>.

¹¹⁵ Esta frase muy célebre en derecho público francés se le atribuye al decano Georges Vedel «Le Conseil constitutionnel a droit à l'égard des textes qui lui sont déferés, à utiliser la gomme. Mais pas le crayon».

¹¹⁶ Clásicamente, las fuentes del derecho en España son entendidas como aquellas «categorías o tipos normativos por medio de los que se manifiesta la incorporación de normas al ordenamiento, entendiendo, como ha hecho Pizzorusso que solo serán fuentes del Derecho aquella que introducen reglas que son eficaces con carácter «erga omnes», a pesar de que no sean necesariamente aplicables a todos los sujetos, negándose dicha condición a aquellos hechos jurídicos que producen reglas de eficacia «inter pares», v. Goig Matinez, J. P. (coord), NUÑEZ RIVERO, J. M. C, y NUÑEZ MARTINEZ, M. A, *El sistema de fuentes del derecho constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Madrid, Editorial Universitas, 2019, p. 105

y la jerarquía normativa en el derecho español¹¹⁷ reflejado en el artículo 9 de la Constitución, lo que hace más difícil de identificar si en España existe algo parecido al bloque de constitucionalidad francés.

A pesar de ese desinterés doctrinal, la noción de bloque de constitucionalidad se exportó de Francia a España a inicios de los años ochenta¹¹⁸ y se estima que la primera vez que el Tribunal Constitucional español se refirió a ella fue en la decisión núm. 10/1982¹¹⁹. Pese a esa exportación, la noción tiene una connotación muy distinta a la francesa, reposando más bien sobre normas que implican la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que sobre normas declarativas de derechos fundamentales¹²⁰. Por esta razón se afirma que es inútil encontrar en la expresión «Bloc de constitutionnalité» una ilustración similar a la francesa para el caso español¹²¹.

En España, componen el bloque de constitucionalidad la Constitución, los Estatutos de las Comunidades Autónomas y las leyes de interferencia (artículo 150 de la Constitución leyes atributivas o delimitadoras de competencias). Así, además de la Constitución, se añade al bloque aquellas leyes dictadas para delimitar las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de estas.

El artículo 28.1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional (LOT) constituye la piedra angular del bloque de constitucionalidad español al establecer que:

«Artículo 28. Uno. Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además

¹¹⁷ Río Santos, F. (dir.), GOIG MARTINEZ, J. M.; NÚÑEZ MARTINEZ, M. A.; JIMENEZ RUIZ, J. L.; SANTIAGO YLARRI, J., y SAN JUAN ANDRÉS, F. J., *Las fuentes del derecho en el sistema constitucional español*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2023, p. 26 ss.

¹¹⁸ FAVOREU, L., «El bloque de constitucionalidad», *op. cit.*, específicamente p. 45.

¹¹⁹ Sentencia Tribunal Constitucional español núm. 10/1982, fundamento jurídico núm. 2, citada por RUBIO LLORENTE, F., «El bloque de constitucionalidad», *Revista española de derecho constitucional*, septiembre-diciembre 1989, núm. 27, pp. 9-37.

¹²⁰ De hecho, el Tribunal Constitucional español nunca ha considerado como normas que integran el bloque las leyes de desarrollo o regulación de los derechos fundamentales, V. RUBIO LLORENTE, F., «El bloque de constitucionalidad», *op. cit.* p. 11.

¹²¹ *Ibid.*, pp. 9-37, especialmente p. 19.

de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas».

De este modo, el principio de jerarquía normativa reflejado en el artículo 9 de la Constitución española se ve alterado con el diseño del bloque de constitucionalidad al permitir que normas interpuestas, Estatutos de Autonomía junto al texto de la Constitución, puedan servir de parámetro para fundamentar la inconstitucionalidad de otras leyes, lo que sitúa a estas normas interpuestas, Estatutos, en el mismo rango que la Constitución en aquello que concierne la distribución del poder (delimitación de competencias)¹²².

El diseño otorgado por el artículo 28.1 de la LOTC cuestiona la posición jerárquica de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas frente a la Constitución pues, de un lado, cuando se trata de aplicar el bloque de constitucionalidad, los mismos pueden situarse de parámetro al lado de la Constitución, pero su subordinación a ésta última ha sido reiterada por el Tribunal Constitucional español:

«El Estatuto de autonomía, al igual que el resto del ordenamiento jurídico, debe ser interpretado siempre de conformidad con la Constitución y que, por ello, los marcos competenciales que la Constitución establece no agotan su virtualidad en el momento de aprobación del Estatuto de Autonomía, sino que continuarán siendo preceptos operativos en el momento de realizar la interpretación de los preceptos de éste a través de los cuales se realiza la asunción de competencias por la Comunidad Autónoma»¹²³.

De este modo, los Estatutos de Autonomía ocupan una posición intermedia¹²⁴ que otorga cierta singularidad al modelo español de bloque de constitucionalidad porque tienen un rango superior a las leyes ordinarias, al poder fundamentar, producto de su pertenencia al bloque de constitucionalidad, la inconstitucionalidad de una ley, además de no poder ser modificados por otras leyes ordinarias, sin embargo, a pesar

¹²² V. PINIELLA SORLI, J. S., *Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidad*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 50.

¹²³ Sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 18/1982, del 4 de mayo de 1982, FJ núm. 1.

¹²⁴ PINIELLA SORLI, J. S., *Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidad*, op. cit., p. 196.

de todo aquello, se ven subordinados a la Constitución. Por su lado, las llamadas leyes de interferencia del artículo 150 de la Constitución española, se sitúan entre la legislación estatal y autonómica, son una variación de las atribuciones de competencia de origen previstas en la Constitución y en los Estatutos, lo que hace que estas leyes de interferencia modifiquen el bloque de constitucionalidad¹²⁵.

Sin embargo, algunos autores estiman que el bloque de constitucionalidad sirve de parámetro para apreciar la conformidad con la Constitución de otras leyes sin implicar una jerarquía normativa entre las normas que lo integran y las demás normas del ordenamiento¹²⁶. A la lectura del artículo 28.1 de la LOTC, puede identificarse la necesidad de apreciar la constitucionalidad de conformidad con el texto de la Constitución y con las demás leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas.

Como se ha desarrollado a lo largo de este artículo, el poder creador del juez constitucional no solo hace referencia a las veces en que éste modifica el ordenamiento jurídico mediante la anulación de una ley o mediante la aplicación de diferentes técnicas o sentencias (interpretativas, etc), sino más bien cuando el juez constitucional modifica el bloque de constitucionalidad actuando como un verdadero constituyente creando, por ejemplo, nuevos derechos fundamentales fuera del texto de la Constitución, derechos que, a la larga, pudiesen ser usados de parámetro para declarar la inconstitucionalidad de una ley.

Si el bloque de constitucionalidad español se caracteriza por la integración de normas que versan sobre la delimitación de competencias, lo mismo ocurre con el poder creador del juez constitucional. Algunos autores critican la faceta de constituyente del Tribunal Constitucional español que desborda su función interpretativa y que se produce, en algunos casos, cuando el Tribunal introduce nuevos elementos dentro del sistema autonómico, realizando «una tarea verdaderamente crea-

¹²⁵ *Ibid.*, p. 203.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 50.

dora que entronca con la categoría de bloque constitucional»¹²⁷ y que resulta, además «poco convincente»¹²⁸.

Por ejemplo, el principio de auxilio o la colaboración en sentido estricto, que salió a la luz al ser reconocido por el Tribunal Constitucional como un mecanismo incluido en la estructura descentralizada española¹²⁹:

«[...] Se explica como un deber de colaboración dimante del general deber de auxilio recíproco entre Autoridades estatales y autónomas. Este deber, que no es menester justificar en preceptos concretos, se encuentra implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado que se implanta en la Constitución, aunque no es ocioso recordar que el principio de coordinación, en relación con las Comunidades Autónomas se eleva por la norma fundamental a la consideración de uno de los principios de actuación (art 103.1 y 152)»¹³⁰.

Otro ejemplo destacable es el de la Sentencia núm. 118/96 donde uno de los Magistrados del Tribunal Constitucional, el profesor Jiménez de Parga, que en un voto particular calificó «sin reparos, de constituyente» al Tribunal por, a su juicio, transformar el modelo de organización descentralizada al reelaborar el principio de supletoriedad:

«[...] Esta conversión por su evidente trascendencia (trascendencia que cabe calificar, sin reparos, de constituyente) requeriría, a mi juicio, de una mayor argumentación. Debería, cuando menos, ponerse de manifiesto en la Sentencia que esta nueva doctrina introduce una forma nueva de organización territorial del poder público»¹³¹.

Un tercer ejemplo viene dado con la decisión núm. 31/2010 donde se afirma que «el Tribunal se sitúa de forma cuestionable en el mismo plano que el constituyente y afirma su monopolio sobre la definición *in*

¹²⁷ REQUEJO RODRÍGUEZ, P., *Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad*, Oviedo, Servicio de Publicaciones. Universidad de Oviedo, 1997, p. 102.

¹²⁸ GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., «Redefinir el bloque de constitucionalidad 25 años después», *Estudios de derecho*, 2006, núm. 1, pp. 61-98: «Problema de configuración del bloque viene pues determinado por el empeño del Tribunal de ceñirlo a una concepción de mera atribución competencial, lo cual resulta, como se ha dicho, poco convincente.»

¹²⁹ REQUEJO RODRÍGUEZ, P., *Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad*, op. cit., p. 103.

¹³⁰ Sentencia Tribunal Constitucional núm. 18/82, FJ núm. 14.

¹³¹ Sentencia Tribunal Constitucional núm. 118/96, Voto Particular, FJ núm. 8.

genere de las categorías constitucionales, sin que paradójicamente, atendiendo a su argumentación, ello suponga la nulidad de las disposiciones estatutarias que a su juicio la llevan a cabo por invasión de un espacio que parecía pertenecer solo al órgano jurisdiccional [...]»¹³².

De este modo, la facultad del juez constitucional para añadir nuevos elementos al bloque de constitucionalidad, a través del ejercicio de su poder creador, ha sido criticada por considerarse que lo condenan a una «eterna apertura» que puede tener una incidencia en el principio de seguridad jurídica¹³³. Sin embargo, se destaca la ventaja que presenta de facilitar la adaptación a los cambios sin necesidad de recurrir a los fuertes mecanismos de revisión de las normas que lo integran¹³⁴. La acción creadora de la jurisdicción constitucional se manifiesta a través de distintas técnicas, mediante la anulación o la transformación de la estructura ordinamental, creación que, no es libre, sino que parte de la declaración de un derecho preexistente cuyo contenido concreto precisa el Tribunal Constitucional¹³⁵.

Se afirma que, la jurisdicción constitucional actúa como poder constituido-constituyente producto del carácter «constitucionalmente creativo» de sus funciones, al proceder a la configuración definitiva de toda norma, tanto de aquellas que serán objeto de impugnación como de las que serán utilizadas de parámetro para fundar la inconstitucionalidad¹³⁶. De este modo, aunque el bloque de constitucionalidad está establecido, en principio, en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía, el mismo depende de la interpretación antes que de la aplicación del Tribunal Constitucional¹³⁷.

¹³² REQUEJO RODRÍGUEZ, P., «La posición del Tribunal Constitucional español tras su Sentencia 31/2010», *Revista catalana de derecho público*, 2011, núm. 43, pp. 317-341.

¹³³ REQUEJO RODRÍGUEZ, P., *Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad*, op. cit., p. 105.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ RUBIO LLORENTE, F., «La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho», *Revista española de derecho constitucional*, 1988, núm. 22, pp. 9-51.

¹³⁶ V. el análisis del Tribunal Constitucional como poder constituido-constituyente de REQUEJO PAGÉS, J. L., «Constitución y remisión normativa. Perspectivas estática y dinámica en la identificación de las normas constitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1993, núm. 39, pp. 115-158.

¹³⁷ SOLOZABAL ECHAVARRÍA, J. J., «Estado autonómico y Tribunal Constitucional», *Revista de estudios políticos (nueva época)*, 1991, núm. 73, pp. 35-55.

Para otros autores, lo anterior tiene su fundamento en la inmutabilidad de la Constitución española, en la dificultad para lograr una reforma constitucional, lo que provoca un gran peso sobre las espaldas del Tribunal Constitucional que lleva a veces a confundirlo, erróneamente, con la labor del constituyente, pese a que esa no es su función pues el artículo 1 de la LOTC lo declara únicamente como intérprete de la Constitución, labor que ejerce incluso al «definir las normas constitucionales y aquellas que integran el bloque de la constitucionalidad [...], bien «aclarando» el sentido de los preceptos, [...], o bien «construyendo» esas normas sobre el vehículo formal de las disposiciones escritas [...]»¹³⁸.

Respecto a la autoridad competente para añadir normas al bloque de constitucionalidad, contrario a Francia, fue el legislador orgánico quien añadió normas al bloque (artículo 28.1 de la LOTC) y no el juez constitucional, en este caso las que delimitan competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, las cuales podrán usarse de parámetro para justificar la inconstitucionalidad de una ley. Esto significa que, además del constituyente, quien en el momento de elaborar la Constitución decide que normas y qué principios integrara el bloque de constitucionalidad dentro del texto de la Constitución, pudiendo servir de parámetro para declarar la inconstitucionalidad de una ley, tanto el juez constitucional (en Francia con las decisiones desarrolladas supra) como el legislador orgánico (en España con el artículo 28 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional), han sido competentes para agrandar el bloque de constitucionalidad llevándolo más allá del texto de la Constitución.

Sin embargo, no es exacto afirmar que, contrario a Francia, en España el juez constitucional no ha añadido por sí mismo normas o principios al bloque. En efecto, como se ha expuesto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional muestra que sí lo ha hecho, aunque no con el mismo grado de libertad ni sobre las mismas materias que el Consejo Constitucional francés.

Por ejemplo, en el caso de los reglamentos parlamentarios, el Tribunal Constitucional español ha afirmado que, aunque los mismos no se encuentren comprendidos dentro del artículo 28.1 de la LOTC, su inobser-

¹³⁸ GARCIA ROCA, J., «El intérprete supremo de la Constitución abierta y la función bilateral de los estatutos: o la insoportable levedad del poder de reforma constitucional», *Revista catalana de dret públic*, 2011, núm. 43, pp. 87-120.

vancia puede viciar de inconstitucionalidad una ley siempre y cuando se afecte de modo sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras¹³⁹. Lo que significa que, los reglamentos parlamentarios podrían usarse de parámetro para declarar la inconstitucionalidad de una ley, pero, su violación por sí sola no es suficiente debiendo estar acompañada de una alteración sustancial de la formación de la voluntad¹⁴⁰.

Ese último criterio de dependencia de otro factor para poder declarar la inconstitucionalidad de la ley con base en una violación de un reglamento parlamentario deja dudar sobre si deberían o no considerarse parte del bloque de constitucionalidad español¹⁴¹. Por esta razón, existe un dilema doctrinal en España sobre cuáles son las normas que integran efectivamente el bloque de constitucionalidad. Si este debería reducirse al artículo 28 de la LOTC e incluir únicamente las normas que delimitan competencias o si, por el contrario, debería incluir también aquellas normas cuya inconstitucionalidad determinaría la inconstitucionalidad de la ley¹⁴².

Respecto al carácter impugnabile de las normas que integran el bloque de constitucionalidad esto no está claro en España pues, el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado sobre la necesidad de interpretar los estatutos de conformidad con la Constitución y no al revés¹⁴³ y como afirma Francisco Rubio Llorente las normas de rango subconstitucional podrían ser impugnadas por recurso directo sobre la base de

¹³⁹ Ver sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 99/1987, fundamento jurídico núm. 1.a): «Aunque el artículo 28.1 de nuestra Ley Orgánica no menciona los Reglamentos Parlamentarios entre aquellas normas cuya infracción puede acarrear la inconstitucionalidad de la Ley, [...], la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo podría viciar de inconstitucionalidad la ley cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras».

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ En Francia ocurre algo similar, el Consejo Constitucional ha considerado que el solo desconocimiento de las disposiciones reglamentarias no provoca la inconstitucionalidad del procedimiento legislativo. Consejo Constitucional núm. 84-181 DC del 10 y 11 de octubre de 1984, Consejo Constitucional núm. 2010-602 DC del 18 de febrero de 2010, cons. núm. 5 y 6. Sin embargo, los reglamentos de las Asambleas no forman parte del bloque de constitucionalidad pues no tienen valor constitucional Consejo Constitucional núm. 80-117 DC del 22 de julio de 1980; ROUSSEAU, D.; GAHDOUN, P.-Y., y BONNET, J., *op. cit.*, p. 304.

¹⁴² Sobre este dilema v. RUBIO LLORENTE, F., «El bloque de constitucionalidad», *op. cit.*

¹⁴³ Tribunal Constitucional español núm. 18/1982, ver el desarrollo que sobre el dilema de la impugnabilidad de las normas que componen el bloque hace RUBIO LLORENTE, F., «El bloque de constitucionalidad», pp. 25 ss., nota núm. 49.

la Constitución y de los estatutos¹⁴⁴. Es posible afirmar que algo que debería caracterizar las normas que integran un bloque de constitucionalidad sería su carácter inimpugnabile ante el juez constitucional. Pues, sería ilógico que el juez constitucional pudiera censurar o pronunciarse sobre aquellas normas que él mismo podría usar después para justificar una declaratoria de inconstitucionalidad. Pero esta afirmación queda confusa porque si se afirma que existe una jerarquía en el seno de un bloque de constitucionalidad, sería entonces posible para el juez controlar la conformidad de unas normas en relación con otras que ocupan un rango más alto dentro del mismo bloque.

Lo que sí es seguro, es que el órgano con facultad oficial para añadir o retirar normas o principios al bloque de constitucionalidad es el propio constituyente. Este último cuando escribe la Constitución puede perfectamente decidir lo que el juez constitucional usaría para declarar la inconstitucionalidad de una ley. Ese roce entre el Constituyente y el Juez constitucional pudo verse en Francia con la inscripción del aborto en la Constitución, esta vez con la inscripción de una libertad nueva para que el Consejo Constitucional garantice su protección por parte del legislador. Sin embargo, nada impide que el juez constitucional pueda decidir después lo que controla y lo que no, declarándose incompetente para controlar ciertas normas¹⁴⁵.

De igual manera, no es siempre fácil acudir a una revisión de la Constitución para incluir nuevas normas al bloque de constitucionalidad. En Francia aparentemente el procedimiento es más fácil pues desde la adopción de la Constitución de 1958 un total de veinticinco reformas han tenido lugar, pero en España es más difícil, apenas tres revisiones han tenido lugar desde 1978.

Es posible afirmar que esto se debe al diseño de la Constitución española que es un catálogo de derechos fundamentales mientras que la francesa no lo es. En consecuencia el Consejo Constitucional francés puede ampliar su propio bloque de constitucionalidad e identificar nuevos derechos sin ser duramente criticado con miras a llenar la au-

¹⁴⁴ V. RUBIO LLORENTE, F., «El bloque de constitucionalidad», op. cit., p. 32.

¹⁴⁵ Por ejemplo, en Francia cuando el Consejo Constitucional se declaró incompetente para controlar la conformidad de un tratado a una ley, núm. 74-54 DC del 15 de enero del 1975, *IVG*.

sencia de ese catálogo de derechos dentro de la Constitución. Sin embargo, cuando el Tribunal Constitucional español intenta hacer lo mismo es criticado pues ya cuenta con una Constitución-catálogo. De igual manera, la ausencia de ese catálogo de derechos dentro de la Constitución conlleva a una doble colaboración en Francia al permitir que el Constituyente intervenga más fácilmente para inscribir nuevas libertades a la Constitución como quedó demostrado con el caso de la protección constitucional del aborto.