

LA CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO PENAL Y DEL PROCEDIMIENTO PENAL. HACIA UN DERECHO CONSTITUCIONAL PENAL*

Louis Favoreu

Profesor de la Facultad de Derecho y
Ciencias Políticas de la Universidad de Aix-Marsella III.
Decano honorario. Presidente honorario de la Universidad

SUMARIO

I. FUENTES DEL DERECHO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD CRIMINAL. A. *Fuentes del derecho y jerarquía de las normas*. 1. Las diversas fuentes del derecho represivo. a) Las fuentes constitucionales. b) Las fuentes legislativas. c) Las fuentes reglamentarias. 2. Las relaciones entre las diversas fuentes (o la repartición de las competencias). a) Ley y Constitución. b) Ley y reglamento. B. *El principio de legalidad criminal*. 1. Definición. 2. Valor constitucional. 3. Significación y alcance. a) La renovación del principio de legalidad. b) La interpretación estricta de las excepciones. c) Un falso problema: la competencia en materia de delitos. II. NORMAS CONSTITUCIONALES Y PROCEDIMIENTO PENAL. A. *Organización de las jurisdicciones penales*. 1. La noción de orden de jurisdicción. 2. El estatuto de los magistrados: independencia e inamovilidad. 3. Composición de las jurisdicciones. B. *Competencia de las jurisdicciones penales*. C. *Procedimiento seguido frente a las jurisdicciones penales*. 1. Primeramente las concernientes a los derechos de defensa. 2. La igualdad frente a la justicia. 3. Doble grado de jurisdicción. 4. El arraigo. III. NORMAS CONSTITUCIONALES Y DERECHO PENAL. A. *Las normas cuyo valor constitucional ha sido confirmado*. 1. La no retroactividad de las leyes penales más severas. 2. La aplicación inmediata de leyes penales más favorables: la retroactividad *in mitius*. 3. Proporcionalidad y necesidad de las penas. 4. La presunción de inocencia. 5. La igualdad ante a la ley penal. 6. La libertad individual. a) Noción de libertad individual. b) Arraigo y retención administrativa de los extranjeros. c) Controles y verificaciones de identidad. d) Pesquisas domiciliarias y registro de vehículos. B. *Normas cuyo valor constitucional no ha sido confirmado*. 1. Principios que carecen de valor constitucional. a) Personalidad de las penas y responsabilidad personal. b) Individualización de las penas y sepa-

* Traducción de Alejandro Vergara Blanco, profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Trabajo publicado en el libro: *Droit Pénal Contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu* (Paris, Editions Cujas, 1989), pp. 169-209. Agradecemos la autorización del autor para la traducción y publicación de este trabajo modélico, que si bien fue publicado hace una década, es de utilidad permanente, e ilumina el análisis nacional sobre la llamada "constitucionalización" del derecho en sus diversas ramas. Este análisis es una asignatura pendiente de los especialistas de nuestro país, como lo remarca, respecto de Francia, al final de este escrito, el profesor Favoreu. La traducción de este trabajo es una antigua iniciativa, fruto del Proyecto Ecos-Conicyt C94 H09 (1994-1996), denominado *Les mutations du droit public*, que ahora se publica en este número especial de derecho penal. Agradezco la primera versión del texto por Hernán Herrera Quintana (a partir del cual se realizó la traducción final), y la colaboración de Marie Laure Martínez.

ración de jurisdicciones de instrucción y de juicio. 2. Crítica doctrinal a las dudas del Consejo Constitucional. 3. Normas constitucionales y normas internacionales: el caso de la prohibición de la pena de muerte. IV. LA EFECTIVIDAD DE LAS PRESCRIPCIONES CONSTITUCIONALES. A. *Los efectos indirectos*. 1. Efectos de "perturbación" para la autoridad normativa. 2. Efectos de "perturbación" para la doctrina. B. *Los efectos directos*. 1. Respecto de los actos legislativos. 2. Respecto de los actos administrativos. 3. Respecto de los actos jurisdiccionales.

Al comentar las primeras decisiones del Consejo Constitucional, de 1975, sobre control del fondo en materia de derecho penal y de procedimiento penal¹, yo subrayaba que la repercusión que tuvo en la doctrina del derecho privado fue bastante débil. En la actualidad, cuando estas decisiones son alrededor de treinta (y más de cuarenta si tomamos en cuenta las decisiones de calificación intervenidas en virtud del artículo 37 inciso 2 de la Constitución), yo hubiera podido haber hecho la misma observación, pero sería inexacta puesto que, desde hace poco, la repercusión de la jurisprudencia del Consejo Constitucional es mucho más fuerte en la doctrina del derecho penal, aun cuando no sea muy distinta. Es significativo, a ese respecto que la constitucionalización del derecho penal que evocaba a propósito de las primeras decisiones de 1975-1976, se ha transformado en un tema bastante frecuente de coloquios o de números especiales de revistas, pero siempre gracias al derecho comparado². El tema no tiene todavía cabida en los coloquios propiamente penalistas, y los constitucionalistas —salvo excepción— no han sido convidados a esos encuentros. Es por eso que yo valoro el honor que me ha sido concedido al permitirme participar en este homenaje rendido a uno de los maestros contemporáneos del derecho penal, y yo solicito la indulgencia de los penalistas por esta incursión de un profano en áreas de su competencia.

Mi objetivo será, simplemente, aportar mi contribución a la clarificación emprendida sobre el fenómeno de impregnación en el derecho penal y del procedimiento penal por las normas constitucionales, tal como son extraídas e in-

¹ Ver, a propósito de las decisiones de 1975 (juez único), 1976 (prevención de los accidentes del trabajo) y de 1977 (registro de vehículos), la crónica de la R.D.P., 1978 pp. 817 a 838, y mi estudio en MÉLANGES KAYSER vol. I p. 411. Retomé después el tema de la constitucionalización del Derecho Penal en MÉLANGES L. HAMON, 1982 (*L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les différentes branches du droit* pp. 235-244); y en forma regular en las crónicas de la R.D.P., sobre todo, después del año 1983, bajo el título "*Le droit constitutionnel pénal*" (R.D.P. 1983 N° 2 p. 364 y R.D.P. 1986 N° 2 p. 44), así como en la crónica del D. 1986 p. 150 (*La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et l'article 66 de la Constitution*).

² *Droit constitutionnel et droit criminel en France*, Relación de A. MATHIOT y J. RIVERO (Premières Journées juridiques franco-américaines), R.I.D.C. N° especial, vol. I, 1979 pp. 579-601; *La Constitution et le droit pénal dans le système juridique français*, Relación de R. LEGEAIS (Premières Journées franco-helléniques), R.I.D.C. número especial, vol. 3, 1981, pp. 621-631; *Les principes généraux du droit (aspect pénal)*, Relación de M. PUECH (Journées juridiques franco-hongroises), R.I.D.C. 1980, vol. 2 pp. 337-338. Ver también los estudios de Derecho comparado publicados por la *Revue des sciences criminelles*, 1985 y 1986, y también L. PHILIP, *La constitutionnalisation du droit pénal français*, *Revue des sciences criminelles*, 1985, pp. 711-723.

Además de los estudios de Derecho comparado, podemos citar también a J. LE GALVEZ. *Les principes constitutionnels en droit pénal* J.C.P. 1985, Doctr. N° 3198.

terpretadas progresivamente por la jurisprudencia del Consejo Constitucional. Yo precisaría, inmediatamente, sin embargo, que esto no puede ser más que un estudio exploratorio y provisorio: en efecto, el campo de búsqueda es tan rico y se expande tan rápido, que harían falta muchas investigaciones doctorales —u otras— para llegar a inventariarlas y a estudiarlas en todos sus aspectos. De hecho, aquí se trata más bien de exponer una problemática o de dictar las directrices de un cierto número de orientaciones de búsquedas.

A ese respecto, el derecho comparado será de una gran ayuda, ya que permite entender lo que está sucediendo en Francia, e incluso, en cierta medida, de anticipar sobre la evolución que vendrá, puesto que, en Alemania o en Italia, por ejemplo, el fenómeno ya se ha producido y se puede estudiar su proceso. Ciertamente, los contextos jurídicos y sociológicos no son exactamente los mismos; pero, en grandes trazos, la observación que nosotros hemos podido hacer desde hace algunos años —observación que será desde ahora en adelante sistemática gracias al Anuario Internacional de Justicia Constitucional, cuyo primer año de referencia es 1985— confirma el gran interés de un estudio comparativo.

Nos ha parecido necesario, primeramente, examinar las fuentes del derecho y el principio de legalidad criminal (I) antes de describir, en su estado actual, lo que son los vínculos entre normas constitucionales y, respectivamente, de derecho penal (II) y de procedimiento penal (III); finalmente, y para responder al escepticismo de una parte de la doctrina, nos interrogaremos sobre la efectividad de las prescripciones constitucionales (IV).

I. FUENTES DEL DERECHO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD CRIMINAL

Después de casi treinta años de aplicación e interpretación de la Constitución, ya no es posible contentarse con una simple exégesis del texto constitucional y de seguir razonando de la misma manera que al comienzo de la V República. Las cosas han cambiado mucho, especialmente por el hecho de la interpretación jurisprudencial dada por el juez constitucional y también por el juez administrativo; y estamos bastante impresionados de leer aún en la actualidad algunos análisis realizados al comienzo de los años sesenta, y que no se adecuan al derecho vigente actual. Parece, por lo tanto, necesario proceder, primero, a una actualización y a una puesta al día con respecto a las diferentes fuentes del derecho y a la jerarquía de las normas.

A. Fuentes del derecho y jerarquía de las normas

El debate ha sido ampliamente obscurecido por la utilización abusiva de la noción de principios generales del derecho y la ignorancia casi general de la fuente constitucional. En efecto, estos dos elementos están ligados, como lo vamos a ver.

1. Las diversas fuentes del derecho represivo

En derecho penal y procedimiento penal es muy frecuente recurrir a principios generales que son considerados por lo demás como propios del derecho represivo, de los cuales no se define generalmente su naturaleza o su

lugar en el seno de la jerarquía de las normas. Sin embargo, la jurisprudencia del Consejo Constitucional, progresivamente, ha reestablecido el orden dentro de las fuentes del derecho y el derecho represivo no escapa a esta nueva ordenación.

a) *Las fuentes constitucionales.* Sabemos que desde la decisión del 16 de julio de 1971³ entran, en lo que yo propuse llamar el bloque de constitucionalidad⁴, no solamente las disposiciones del texto de 1958, sino también la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, el Preámbulo de la Constitución de 1946, y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República.

La doctrina penalista —como la doctrina en general— tiene la tendencia de considerar que se trata esencialmente de disposiciones o de principios imprecisos o vagos que no tienen valor normativo, o a lo más susceptibles de permitir al juez deducir principios generales. Algunos autores de derecho privado llegan incluso a afirmar que las reglas constitucionales son reglas cuya infracción no tiene sanción, por lo menos en Francia y en Italia⁵, y por lo tanto no son verdaderas reglas.

Estas impresiones no corresponden de ninguna manera a la realidad, tal como se puede fácilmente observar: desde 1959 el Consejo Constitucional ha pronunciado un centenar de invalidaciones de disposiciones legislativas por violación de la Constitución (de las cuales casi 90 son de los últimos diez años), cifra igual a la de las invalidaciones de leyes federales pronunciadas por la Corte Suprema de Estados Unidos desde hace dos siglos⁶; por otra parte, la mayoría de las anulaciones se fundamentan en la violación de disposiciones textuales (59 se basan en la ignorancia de disposiciones de la Constitución misma, y 16 sobre la de los artículos de la Declaración de Derechos). Las normas constitucionales son, por tanto, normas sancionadas y aplicables por el juez:

³ 71-44DC, 16 de julio de 1971, *Liberté d'association, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel en droit pénal* (FAVOREU ET PHILIP) 4ª edición: París 1986 N° 20 p. 239. La citación de decisiones del Consejo Constitucional se hará de la siguiente manera. Aquellas que interesen al derecho penal van a ser repertoriadas al final de este estudio, y van a ser citadas por su fecha y número. Las otras serán citadas junto con sus referencias; si ellas figuran en la colección de las *Grandes décisions* ya mencionadas, sólo será citada la referencia a las Grandes Décisions (*Grandes décisions* o G.D.). Se debe recordar que la numeración de las decisiones del Consejo constitucional se aplicará de la siguiente manera: Las letras D.C. o L indican que el Consejo Constitucional debió aplicar el artículo 62 al.2 (D.C.) o bien el artículo 37 al 2 (L); El primer número indica el año de depósito de la demanda y el segundo, el número de orden desde 1959. Ejemplo: 80-127 D.C., 127ª demanda depositada en 1980, el Consejo constitucional ha debido decidir bajo declaración de conformidad (D.C.) al artículo 61 in 2.

⁴ L. FAVOREU, *Le principe de constitutionnalité*, Mélanges Eisenmann, Cujas, 1975, p. 33.

⁵ Ph. JESTAZ, *La sanction ou l'inconnue du droit*, D. 1986 Chron. pp. 197-204 (p. 204).

⁶ Voir FAVOREU, *Les cent premières annulations prononcées par le Conseil constitutionnel*, R.D.P. 1987, N° 2 pp. 443-454: Para los EE.UU., ver M. TIONET, *Le système politique des Etats-Unis*, París P.U.F. 1987, p. 273. Señalemos también que Italia, país que es mencionado junto con Francia y el Reino Unido como uno de los países en los cuales, dada la falta de justicia constitucional, las reglas constitucionales no son sancionadas, no solamente está dotada de una justicia constitucional muy eficaz, desde hace más de treinta años, si no que es el país que ostenta el "récord" de sanciones o anulaciones de leyes nacionales, con más de 600 anulaciones en treinta años, por cerca de 3.000 demandas presentadas (FAVOREU L. *Les cours constitutionnelles*, P.U.F. 1986, especialmente la *Cour constitutionnelle italienne*, pp. 72-87).

el Consejo de Estado⁷, la Corte de Casación⁸ y el Tribunal de Conflictos⁹ lo han mostrado recientemente**.

En la actualidad, las normas constitucionales relacionadas directamente con el derecho penal y el procedimiento penal están contenidas, primeramente, en la propia Constitución: el artículo 34, que atribuye al legislador competencia para la definición de las infracciones y en materia de procedimiento penal y amnistía; el artículo 64, que garantiza la independencia y la inamovilidad de los magistrados; el artículo 66, que asegura una protección constitucional a la libertad individual y en caso de conflicto la remite a la autoridad judicial.

Igualmente, cada vez se invoca más la Declaración de los Derechos Humanos, a propósito de la cual conviene acotar previamente antes, que aplicada por primera vez por el Consejo Constitucional el 27 de diciembre de 1973¹⁰, ha recibido desde entonces numerosas otras aplicaciones y ha sido el origen de 16 casos de anulación: es por lo tanto un texto de derecho positivo. De esta Declaración interesan directamente al derecho penal y al procedimiento penal, los artículos VII (principio de legalidad de los delitos y de las penas), VIII (no retroactividad de las leyes penales, necesidad de penas) y IX (presunción de inocencia).

Los "principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República" no están formalmente inscritos en un texto constitucional, pero ellos se deducen por las leyes de la I, II y III República. Se ha glosado mucho sobre lo "impreciso" de estos principios y de la libertad dada al juez constitucional en su descubrimiento: en realidad, este ha usado con mucha moderación esta libertad, y no se cuentan, desde su primera aplicación en 1971, más que ocho principios reconocidos en total desde entonces, y tres solamente desde 1979¹¹. Dentro de estos ocho principios, dos solamente dicen relación con el derecho penal y el procedimiento penal: los derechos de la defensa y la libertad individual; y de hecho, este último está relacionado con el artículo 66 de la Constitución. En consecuencia, sólo el primero es fuente constitucional en materia penal. Ciertamente en los recursos de los diputados y senadores han sido invocados otros principios (personalidad de las penas y responsabilidad personal, individualización de las penas), pero su calidad de principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, y, por tanto, su valor constitucional, no ha sido admitido. Podemos también

** N. del T.: El Consejo de Estado es la mayor jurisdicción administrativa así como la Corte de Casación es la mayor jurisdicción judicial debido a la regla del doble orden que se aplica en Francia. El Tribunal de Conflictos es el foro que resuelve las disputas que dicen relación con la competencia de cada orden de jurisdicción.

⁷ Ver nuestros estudios: *La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et l'article 66 de la Constitution*, D. 1986, crónica, pp. 169-177; *L'application des décisions du Conseil constitutionnel par le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits* R.F.D.A. 1987, N° 2 pp. 264-280.

⁸ Crim. 25 de abril de 1985, Vuckovic y Bogdan, D 1985, p. 329, Concl. Dontenwille. J.C.P 1985 II20465, Concl. Dontenwille nota W. Jean didier.

⁹ T.C. 12 de enero de 1987. *Cie des eaux et de l'ozone*, R.F.D.A. 1987 N° 2 p. 284, Concl Massot.

¹⁰ 73-51 DC, 27 de diciembre 1973, *Taxation d'office, Les grandes décisions* 4° éd, N° 22 p. 269.

¹¹ Libertad de asociación (1971), derechos de defensa (1976), libertad individual (1977); libertad de enseñanza (1977), libertad de conciencia (1977), independencia de la jurisdicción administrativa (1980), independencia de los profesores universitarios (1984), reserva de competencia de parte de la jurisdicción administrativa (1987).

prever que la lista de principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República no se detiene allí, sobre todo en materia penal, y que otros principios sean consagrados por el Consejo Constitucional; esto no puede de ninguna manera ser excluido, pero el juez constitucional procederá sin duda con una gran cautela.

El Preámbulo de la Constitución de 1946 no contiene disposiciones que interesen directamente al derecho penal y al procedimiento penal; esto se explica porque se trata esencialmente de una declaración de derechos económicos y sociales. Esto no impide que algunas de sus disposiciones puedan ser invocadas y aplicadas en asuntos penales y regir su solución; así ha sucedido para la protección de la salud de la madre y del niño, el derecho de huelga, la seguridad de las personas y de los bienes.

Finalmente, ¿pueden haber principios generales de derecho que tengan valor constitucional —vale decir normas constitucionales que no provengan de un texto constitucional y que no estén ligadas a leyes de la República— susceptibles de ser fuentes de derecho en materia penal? Por el momento esto no se ha producido; podemos simplemente decir que al principio de no acumulación de las penas solamente se le ha podido reconocer un valor legislativo¹² y es, por tanto, un principio general de derecho que tiene valor legislativo.

Conviene considerar, en último lugar, que el principio de igualdad —afirmado tanto en el artículo 6 de la Declaración de Derechos como en el Preámbulo de 1946 y en los primeros artículos de la Constitución de 1958— constituye una fuente importante de derecho en materia penal, aun si no es específica de esta.

b) *Las fuentes legislativas.* Es necesario, también, hacer una aclaración puesto que se puede señalar un cierto número de aproximaciones susceptibles de tener consecuencias molestas.

Son incontestablemente normas de carácter legislativo todas las contenidas en las leyes votadas por el Parlamento o adoptadas por el pueblo vía referéndum (muy raras hoy en día), las ordenanzas tomadas en virtud del artículo 92 de la Constitución entre el 4 de octubre de 1958 y el 4 de febrero de 1959 (aproximadamente 320, e incluso las ordenanzas orgánicas; pero muchas han sido modificadas o derogadas desde entonces), y todos los actos calificados de legislativos antes de la Constitución de 1958 (decretos leyes de los gobiernos revolucionarios). La noción de “textos de forma legislativa” a veces invocada aparte no debe inducir a error: en consecuencia cada vez que un texto tenga una forma legislativa, e incluso si ha sido tomado en materias reglamentarias, se beneficia de una presunción de carácter legislativo que subsiste en tanto que no intervengan un aviso del Consejo de Estado y un decreto de deslegalización (si se trata de un texto anterior al 4 de octubre de 1958), o una decisión del Consejo Constitucional y un decreto de deslegalización (si se trata de una ley o de una ordenanza del artículo 92 posterior al 4 de octubre de 1958). En efecto, como desde 1958 ha habido pocas deslegalizaciones (por parte del Consejo Constitucional) y aún menos decretos aplicándolas¹³, se puede decir que la presunción de carácter legislativo no ha caído más que por un número muy limitado de disposiciones

¹² 143 DC, 30 de julio de 1982, fijación de precios, *Grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 4ª edición N° 37.

¹³ Ver nuestro estudio en la R.D.P 1976, p. 225.

legislativas; en consecuencia, la utilización de la noción de “textos de forma legislativa” no tiene mucho sentido, salvo si esto debe incitar al juez penal a verificar, a propósito de una ley o de una ordenanza, que la presunción de carácter legislativo haya caído correctamente, vale decir, después de un aviso del Consejo de Estado o decisión del Consejo Constitucional.

A otros actos, al contrario, se les otorga una presunción de carácter administrativo y no se les debe por tanto clasificar sistemáticamente dentro de los actos legislativos.

Es el caso primeramente de *las ordenanzas tomadas en virtud del artículo 38*, y de una manera general de los actos tomados por delegación legislativa; estos actos son en principio actos administrativos (por tanto susceptibles de ser dejados de lado por el juez penal por ilegalidad o inconstitucionalidad) y no pierden esta calidad –para transformarse en actos legislativos– *más que si son ratificados por el Parlamento*; el depósito del proyecto de ley de ratificación en los plazos exigidos les conserva valor de derecho vigente, pero no basta –como algunas veces se ha escrito– para conferirles valor legislativo; frecuentemente estos proyectos de ley nunca son votados y las ordenanzas conservan entonces su carácter de acto administrativo¹⁴. Al contrario, el Consejo Constitucional ad-

¹⁴ Cf. VEDEL y DELVOLVÉ, *Droit administratif*, 8ª edición p. 315: Si este proyecto de ley de ratificación es presentado por el gobierno en el plazo especial fijado por la ley de autorización, no produce efecto especial. Las ordenanzas, en tanto que el proyecto no haya sido votado o rechazado, mantienen el estatuto jurídico conferido en el párrafo anterior (naturaleza de acto administrativo reglamentario), bajo reserva de eventual expiración del plazo del recurso. Sin embargo, si el proyecto de ley no es presentado dentro del plazo requerido, las ordenanzas caducan. Ver respecto de lo mismo, CHAPUS, *Droit administratif*, 2ª edición p. 476. “Como en el caso de los Decretos Ley, las ordenanzas son actos administrativos, en tanto no hayan sido ratificados por una ley.” DEBBASCH, *Droit administratif* 3ª edición p. 139 y siguientes. Esta solución, perfeccionada por los Decretos ley de la III y IV República, ha sido aplicada por el Consejo de Estado a las ordenanzas del artículo 38 desde los comienzos de la V República (Consejo de Estado, 3 de noviembre de 1961, Damiani Rec. 607) fue aprobado por el Consejo Constitucional en 1972 (72-73 L 27 de febrero 1972, A.J.D.A 1972, p. 638, nota Toulemonde: “Considerando que las ordenanzas que fueron las causas del depósito del proyecto de ley de ratificación *se consideran actos de forma reglamentaria, en tanto que la ratificación legislativa no se ha producido...*), y precisada en 1985 (85-196 DC, 8 de agosto 1985, Evolución de la Nueva-Caledonia, G.D. 4 edición N° 42 p 676). Uno podría llegar a decir según la opinión de los miembros eminentes de la doctrina del derecho penal en el derecho penal (STEFANI, LEVASSEUR, BOULOC, *Droit pénal général* 12ª edición 1984 N° 126 I.R. p. 157; J. PRADEL, *Droit pénal général*, 5ª edición. 1986 N° 159 p. 159) así como por lo sostenido por uno de los manuales más recientes (M.L. RASSAT. *Droit pénal et procédure pénale*, Dalloz 1986 p. 23), que la ordenanza adquiere valor legislativo y que su regularidad sólo puede ser examinada por un juez represivo, desde el depósito del proyecto de ratificación, habiendo sido dictado un fallo de la Corte de Casación en ese sentido. (Crim 13 de abril de 1976, D.I.R. p. 147). En efecto, el decreto de Melchior está redactado de una manera un tanto equívoca, y puede llegar a inducir al error: En efecto, en su última decisión, (Bull. Crim N° 118 p. 292), la Corte de Casación parece considerar que la fuerza ejecutoria de la sentencia no depende del respeto de la formalidad del depósito del proyecto de ley de ratificación y que las ordenanzas “tendrán valor en cuanto el legislador no manifieste su intención de eliminar dichas disposiciones” (lo cual estaría en desacuerdo con el artículo 8 inciso 2 de la Constitución), para finalmente concluir que “el proyecto de ratificación fue presentado en el plazo equivocada”, lo cual era la única respuesta posible. Sin embargo, la Corte examinó en el fondo la regularidad de la ordenanza, y por lo tanto admitió que se trataba de un acto de naturaleza administrativa, aunque el depósito del proyecto de ratificación se haya llevado a cabo. Por lo tanto, la Corte de Casación está de acuerdo con el Consejo de Estado y el Consejo Constitucional: el depósito del proyecto de ratificación no cambia la naturaleza administrativa de la ordenanza no ratificada. Actualización: En la obra que acaba de publicar (*Droit Pénal Général*, 1988, p. 85). W. Jeandidier toma nota de nuestras observaciones.

mite que pueda haber una "ratificación implícita" por parte del Parlamento¹⁵; por otra parte, algunas ordenanzas (por ejemplo las que la ley del 3 de junio de 1958 autorizó al General de Gaulle a firmar) han sido ratificadas por las ordenanzas del artículo 92¹⁶. Finalmente, la ratificación confiere retroactivamente valor legislativo a la ordenanza, que tiene por tanto fuerza de ley a contar de su publicación (66-37 L, 10 de marzo de 1966 Rec. 23). Esto muestra que un buen conocimiento de la jurisprudencia constitucional es necesario, si se quieren situar correctamente las ordenanzas (del artículo 38) dentro de las fuentes del derecho. Las medidas tomadas en virtud del artículo 16 de la Constitución son consideradas uniformemente como actos legislativos por la Corte de Casación (Crim. 16 Nov. de 1961, Bull. Crim. N° 897; Crim. 10 de mayo de 1962, Dovecar, J.C.P. 1962-II-12736), mientras que para el Consejo de Estado, según ellas intervengan en el dominio legislativo o reglamentario, ellas son actos legislativos o actos reglamentarios (C.E. 2 de marzo de 1962, Rubin de Servens, J.C.P. 1962-II-12.613). Es posible que el Consejo Constitucional tenga la oportunidad, algún día, de terminar con esta divergencia.

Deben ser incluidos aquí también los principios generales de derecho que tengan valor legislativo, es decir, aquellos sobre los cuales el Consejo Constitucional ha podido decir que podían ser descartados por una ley, como por ejemplo el principio de no acumulación de penas. La dificultad es de distinguir entre los principios que aplican la Corte de Casación y los tribunales judiciales; entre los que tienen valor constitucional y los que son en realidad normas inscritas en un texto constitucional (como por ejemplo la no retroactividad de las leyes penales), y aquellos que no tienen valor legislativo e incluso infralegislativo. La determinación de su valor no sólo tiene un interés académico; en efecto, el juez penal podrá así eventualmente negarse a aplicar un acto administrativo como contrario a un principio general del derecho cada vez que este tenga, al menos, valor legislativo.

c) *Las fuentes reglamentarias.* Sobre este punto, igualmente, una cierta vaguedad subsiste en la doctrina del derecho penal. La distinción entre los reglamentos llamados autónomos y los reglamentos subordinados se hace curiosamente por referencia a la noción mal comprendida —y hoy caducada— de los reglamentos de administración pública.

Recordemos que los reglamentos administrativos presentados algunas veces como la manifestación misma del poder reglamentario autónomo del artículo 37 son exactamente... lo inverso; se trata, en efecto, del mismo tipo de los reglamentos de ejecución de las leyes, es decir, aquellos que sólo existen porque una ley los prevé y en ejecución de esta¹⁷! Por otra parte, la categoría de los re-

¹⁵ 72-73 D.C., 29 de febrero. 1972, Rec. 31.

¹⁶ V. un ejemplo en 66-37 L del 10 de marzo de 1966 Rec. p. 23.

¹⁷ CF. CHAPUS, *op. cit.* p. 468: "El R.A.P. se define como un decreto "tomado bajo la iniciativa del legislador para la aplicación de una ley", después de la opinión favorable de la Asamblea General del Consejo de Estado. Considerados como participantes de la naturaleza misma de la ley, dado que ellas procederían de "una delegación del poder legislativo", no pudieron ser susceptibles del recurso por exceso de poder hasta 1907". Esto se ve reflejado en algunos manuales, que hablan de los R.A.P. o bien de los decretos con forma de R.A.P.: recordemos que los R.A.P.L. son decretos reglamentarios según las formas ya mencionadas, mientras que los "decretos en forma de R.A.P." son decretos *individuales* tomados según las mismas formas.

glamentos de administración pública ha sido suprimida por una ley ordinaria y una ley orgánica el 7 y el 21 de julio de 1980.

Precisado lo anterior, los reglamentos llamados autónomos son habitualmente identificados con los decretos acordados en Consejo de Estado sin invitación del legislador, en virtud del artículo 37 de la Constitución. En realidad, esta identificación origina dificultades¹⁸, y como lo muestra además la confusión expuesta más arriba, no hay un gran interés en distinguir los reglamentos llamados autónomos de los que no lo serían: en efecto, en ambos casos su regularidad puede ser controlada no solamente respecto a la Constitución y de los principios generales del derecho, sino también acerca de las leyes mismas; en varias oportunidades el Consejo de Estado ha anulado reglamentos llamados autónomos por violación de la ley¹⁹, y esto debería producirse cada vez más seguido, ya que, como lo veremos más adelante, no se puede verdaderamente hablar de un ámbito reglamentario prohibido al legislador. En otro ámbito, para el Consejo Constitucional, como bien lo demostró en su decisión del 2 de junio de 1976, no hay más que una categoría de reglamentos²⁰; y el Consejo de Estado decide cada vez más seguido en el mismo sentido^{20 bis}. El juez penal, por lo tanto, no está impedido de investigar si un reglamento es contrario a una ley, por el hecho de tratarse de un reglamento "autónomo".

2. Las relaciones entre las diversas fuentes (o la repartición de las competencias)

No sería inútil recordar aquí cómo se establecen las relaciones entre las distintas fuentes del derecho y en especial en el derecho represivo. Se puede resumir de la siguiente manera: el reglamento pone en obra la ley sin cuestionarla; y la ley pone en obra la Constitución, sin cuestionarla. El dominio de la ley debe ser definido no solamente con respecto al reglamento, sino también con respecto a la Constitución²¹.

a) *Ley y Constitución*. A diferencia de lo que ocurre en otros países, el número de disposiciones o principios constitucionales que dicen relación con el derecho penal y el procedimiento penal no es considerable, como ya se ha destacado más arriba, y la libertad del legislador nos puede parecer bastante amplia. Sin embargo, las disposiciones o principios constitucionales aplicados por el Consejo Constitucional en materia penal han ido en aumento, y son, por otra parte, susceptibles de desarrollos significativos debido al carácter esencial de las disposiciones o principios considerados: derechos de la defensa, no retroactividad de la ley penal, principio de legalidad de los delitos y las penas, igualdad ante la justicia, respeto de la libertad individual.

¹⁸ Ver nuestro estudio: *¿Les règlements autonomes existent-ils?* Mélanges Burdeau, 1977; pp. 405-420.

¹⁹ C.E. Ass. 27 de febrero 1970, Dautan, Rec 141. Ver los fallos citados en nuestro estudio: *Les règlements autonomes n'existent pas*. R.F.D.A. 1987, N° 6, pp. 871-884.

²⁰ RDA 1977 p. 458 nota de Favoreu y Philip. Ver en el mismo sentido: CHAPUS, *Droit Administratif*, 2ª edición, p. 472 N° 706; LUCHAIRE, *Les sources des compétences législatives et réglementaires*, A.J.D.A. 1970, p. 10.

^{20 bis} Ver nuestro estudio ya citado, R.F.D.A. 1987, N° 6.

²¹ Dejaremos a un lado el problema de la delimitación de competencia entre la ley orgánica y la ley ordinaria.

Ciertamente, el encuadramiento constitucional de la ley penal puede parecer ilusorio en la medida en que el juez ordinario no pueda declarar la inconstitucionalidad de la ley que (él mismo) aplica, pero, como lo veremos, ciertos matices deben de ser aportados; y por otra parte, el juez deberá interpretar la ley teniendo en cuenta su "impregnación" constitucional.

b) *Ley y reglamento*. Habría mucho que decir aquí, pero nos contentaremos con hacer referencia a estudios más completos²², y subrayar la necesidad de reactualizar las apreciaciones en esta área. Las descripciones apocalípticas hechas en los primeros años de la V República no son apropiadas hoy en día; la aplicación de los artículos 34 y 37 por el Consejo de Estado y el Consejo Constitucional han modificado completamente la situación, y treinta años después, es totalmente inexacto decir que la competencia reglamentaria es la competencia de derecho común. En la actualidad, el legislador puede intervenir prácticamente en todas las materias y la definición "material" de la ley ha imperado; es así que por una decisión de principio del 30 de julio de 1982, el Consejo Constitucional admitió que una ley que interviniera en el dominio reglamentario, no era, por lo tanto, inconstitucional²³.

El alcance de la excepción relativa a las contravenciones debe ser relativizado; y no es cierto que esta excepción conserve aún el alcance que tuvo hasta ahora (v. infra).

B. *El principio de legalidad criminal*²⁴

Es uno de los principios fundamentales del derecho represivo; pero es también uno de los más difíciles de describir, puesto que, según los autores, no tiene el mismo contenido o el mismo alcance. Pero quisiéramos mostrar que la jurisprudencia del Consejo Constitucional va a llevar progresivamente a una necesaria clarificación.

1) *Definición*. Una triple clarificación es necesaria, si se desea aplicar correctamente las reglas constitucionales

a) Primeramente, en un sentido amplio, el principio de legalidad incluye usualmente varias ciertamente complementarias, pero distintas: la necesidad de la incriminación y de la sanción, la precisión de esta, la no retroactividad y la proporcionalidad.

El Consejo Constitucional parece reservar la utilización de la expresión (principio de legalidad) para el caso en que se exige una precisión en los textos; eso ocurre en la decisión de 19-20 de enero de 1981²⁵ y en las decisiones ulteriores que hacen aplicación del principio de legalidad²⁶: "Considerando que la primera condición fijada por la ley que reenvía a las infracciones que están ellas

²² *Le domaine de la loi et du règlement*, París, Economica et P.U.A.M., 1981.

²³ *Les grandes décisions*, N° 37.

²⁴ Volveremos a utilizar la expresión genérica de MM. MERLE ET VITU, en su *Traité de droit criminel*.

²⁵ *Les grandes décisions*, N° 34.

²⁶ 181 D.C., 18 de enero de 1985; 210 D.C., 29 de julio de 1986; 213 D.C., 3 de septiembre 1986.

mismas definidas por el Código Penal o por leyes especiales en términos suficientemente claros y precisos, satisface las exigencias del principio constitucional de la legalidad de los delitos y de las penas” (decisión del 3 de septiembre de 1986).

Es este el sentido que nosotros sostendremos acá; en estricto rigor, el principio de legalidad de los delitos y de las penas exige la precisión de los términos de la infracción.

b) La segunda clarificación dice relación con las materias a las cuales se aplica el principio de legalidad de los delitos y de las penas: ¿debemos considerar que el principio no concierne únicamente a las leyes de fondo, sino también el dominio del procedimiento represivo, como lo hacen Merle y Vitu²⁷, o incluso la ejecución de las penas y las medidas de seguridad?²⁸

En realidad, en cuanto al procedimiento y a la organización de las jurisdicciones penales, o bien se quiere decir que sólo el legislador puede definir las reglas en este dominio, pero entonces nos encontramos con el artículo 34 de la Constitución, el cual da competencia al Parlamento para fijar las reglas de procedimiento penal²⁹; o bien si se va más lejos y deducimos del principio de legalidad toda una serie de consecuencias en cuanto a los derechos de la defensa, la independencia de los jueces, o la igualdad ante de la justicia³⁰, cuestiones estas que son en realidad constitucionales y no son relativas al principio de legalidad sino más bien al principio de constitucionalidad. En materia de procedimiento penal, el principio de legalidad implica por lo tanto —como nos lo recuerda el artículo 34— que la competencia pertenece al legislador (y no al poder reglamentario). El problema es que, en su interpretación del artículo 34, el Consejo Constitucional no impone que todas las reglas sean fijadas por el legislador mismo en materia de procedimiento penal: en efecto, el Consejo admite la intervención del poder reglamentario para definir las *modalidades de aplicación* de las normas legislativas; pero esto es conforme con la actitud general adoptada tanto por el Consejo Constitucional como por el Consejo de Estado³¹. Es verdad, sin embargo, que en materia de procedimiento penal el legislador entra más en los detalles que en las otras materias referidas al artículo 34; lo que hace que la ley sea muchas veces directamente aplicable. Se debe señalar, para terminar con este punto, que la Cámara Criminal ha interpretado con precisión las consecuencias de la aplicación del artículo 34 de la Constitución, considerando, como lo hizo la Corte de Angers, que las disposiciones del nuevo Código de Procedimiento Civil, que son de naturaleza reglamentaria, no pueden recibir aplicación ante las jurisdicciones represivas³².

²⁷ *Traité de droit criminel*, I.

²⁸ V.M.L. RASSAT, *Droit pénal et procédure pénale*, P.U.F. 1986, p. 13.

²⁹ Merle et Vitu. N° 161.

³⁰ Cf, en este sentido, G LEVASSEUR, *Une révolution en droit pénal: le nouveau régime des contraventions*, D. 1959, chron. XVIII, p. 122, artículo 34^a, incluido el procedimiento penal en las materias legislativas, “manifestando que afortunadamente, el principio de legalidad debe extenderse al conjunto de la represión, y no solamente limitarse a las incriminaciones y penas, como la interpretación tradicional del adagio trataría de hacernos creer”.

³¹ Ver nuestras observaciones en *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, p. 68.

³² Crim. 2 de julio de 1980, Bull. crim N° 169. Nos referiremos a G. ROUHETTE (*L'ordre juridique processuel*, Mélanges Marty, p. 705, nota 99), cuya sagacidad no dejó escapar este punto.

¿El principio de legalidad debe ser aplicado a la ejecución de las penas y en las medidas de seguridad?³³ Se puede señalar en concreto en este sentido que en una de sus últimas decisiones³⁴ el Consejo Constitucional ha extendido la aplicación del principio de no retroactividad –presentado algunas veces como incluido en el de la legalidad de los delitos y de las penas– al período de seguridad: “Considerando que el principio ya enunciado no concierne solamente a las penas pronunciadas por las jurisdicciones represivas pero se extiende al período de seguridad que, si bien es relativo a la ejecución de la pena, no deja de pertenecer a la jurisdicción de primera instancia que (...) puede hacer variar la duración ...”.

Es verdad que esta extensión se justifica por el hecho de que el período de seguridad “proviene (...) de la jurisdicción de primera instancia”. Por otra parte, en una decisión 98 DC del 22 de noviembre de 1978, el Consejo Constitucional estimó que los principios aplicables al pronunciamiento de la pena no se empleaban necesariamente a la ejecución de esta. No es por lo tanto seguro que el principio de legalidad se aplique también a la ejecución de la pena.

Notaremos que, si fuera el caso, esto crearía algunos problemas: en efecto, si las modalidades de ejecución de la pena figuran en el Código de Procedimiento Penal, es sobre todo bajo la forma de disposiciones reglamentarias, que culmina con el régimen penitenciario, para el cual el legislador en dos o tres artículos, reenvía a un reglamento de quinientos artículos³⁵; por otra parte, habría cierta dificultad en conciliar el principio de legalidad de los delitos y de las penas y el de la individualización de las penas, aunque este no haya sido reconocido todavía como teniendo valor constitucional.

c) En definitiva, ¿en qué consiste el principio de legalidad según el juez constitucional? Este consiste –en el estado actual de la jurisprudencia– en que las reglas relativas a las penas y al procedimiento penal deben ser inscritas con la mayor precisión posible en un texto³⁶ y este texto debe ser una ley (en el sentido formal), salvo excepciones determinadas por la Constitución.

2) Valor constitucional

En el sentido estricto (el que acabamos de definir), como en su sentido amplio (e incluyendo la no retroactividad, necesidad, etc.), el principio de legali-

³³ Según M.L. RASSAT. “Es un punto de vista reciente, y sobre el cual no existe unanimidad, sin embargo, pareciera que está imponiéndose. Hasta hace poco tiempo, se consideraba que la obra del Derecho y la Justicia se terminaba con la sanción definitiva, cuya ejecución recaía por completo en la administración. Esto es una concepción inadmisibles, en la medida que las modalidades de cumplimiento de una pena pueden transformar a esta de tal manera que finalmente la pena no tenga nada que ver con lo que el delincuente y el juez hayan podido prever” (*op. cit.* p. 13).

³⁴ 215 DC, 3 de septiembre 1986, 23.

³⁵ Ver nuestras observaciones en *Les prisons dites privées*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille et Economica 1987 p. 47 y siguientes.

³⁶ Esto hará que progresivamente el Consejo Constitucional retome las exigencias propuestas por la doctrina del Derecho Penal (ver Merle et Vitu N° 100) y a excluir lo que en el extranjero llamamos “los tipos abiertos”, es decir, las definiciones de ciertas infracciones, formuladas en términos tan vagos, que en la práctica pueden abarcar cualquier tipo de conductas (Merle et Vitu, *op. cit.*): El Consejo lo demostró en sus decisiones del 10-11 de octubre de 1984 y el 18 de enero de 1985, citadas más arriba. Podemos hasta pensar que en esta última decisión, el Consejo se mostró más riguroso en la definición del delito de “malversación”, que lo que exigía hasta entonces la doctrina.

dad tiene valor constitucional como lo ha reconocido en varias oportunidades el Consejo Constitucional³⁷ apoyándose en el artículo 8 de la Declaración de los derechos.

Por eso, el principio de legalidad no se impone como una especie de obligación moral o una regla de conducta que conviene seguir: se impone como una verdadera regla de derecho, que tiene como consecuencia y sanción la anulación de la disposición legislativa que le es contraria. Es lo que ha decidido por ejemplo el Consejo Constitucional en su decisión de 10 y 11 de octubre de 1984 (Considerando 31) o también en otra decisión del Consejo Constitucional de 18 de enero de 1985: algunas disposiciones legislativas fueron invalidadas y suprimidas de la ley por no haberse precisado suficientemente las incriminaciones previstas.

La supremacía del principio de legalidad no es por lo tanto simbólica; y constataremos más adelante que incluso en consideración al juez ordinario, la afirmación del valor constitucional del principio produce efectos. Subrayaremos finalmente que la efectividad del principio se mide igualmente en lo que el legislador se autolimita para no ponerse en contradicción con él: y la ley que aplica el juez penal no es por tanto la misma que la que habría de haber sido aplicada en ausencia del control del juez constitucional.

3) Significación y alcance

La significación y el alcance del principio de legalidad –así como lo define el juez constitucional– necesitaría muchas aclaraciones porque la situación actual en derecho penal aparece, para un profano, muy engrollada.

La significación y alcance del principio de legalidad –así como lo define el juez constitucional– necesitará muchas aclaraciones porque la situación actual en derecho penal aparece, para un profano, muy complicada.

a) La renovación del principio de legalidad

Es pregunta habitual en las diversas obras de derecho penal que se hable de una cierta “declinación” del principio de legalidad de los delitos y de las penas debido a que, frecuentemente, no es la misma ley la que define las infracciones en el caso de los actos que emanan del Ejecutivo bajo diversas formas (ordenanzas, decretos ley). Pero constatamos entonces que los ejemplos son de antes de la guerra, sea del período de Vichy o de los comienzos de la V República: y efectivamente es cierto que hubo, en esos períodos, una declinación del principio.

Sin embargo, hoy en día, debido en particular a la jurisprudencia del Consejo Constitucional, ya no es exacto y se ha producido, al contrario, una renovación de la competencia legislativa: en efecto, el juez constitucional vela estrictamente por el respeto de esta competencia en materia de derecho penal y de procedimiento penal, extendiendo el dominio de la ley a la vez horizontalmente, ligando el máximo número de materias a este ámbito³⁸ y también en profundidad, mostrándose muy exigente en cuanto al grado de precisión de las normas

³⁷ V. Las decisiones citadas en la nota 26.

³⁸ Por ejemplo, dándole un significado muy amplio a la noción de orden de jurisdicción.

legislativas en materia penal³⁹; por otra parte, el procedimiento de las ordenanzas tomadas en virtud del artículo 38, es ahora (y sobre todo después de las decisiones del Consejo Constitucional de 1986) tan vigilado y difícil de aplicar, debido a las exigencias del Consejo Constitucional, que el gobierno ya no tiene mucho interés en sostener recursos en materia penal dado que la vigilancia del juez es todavía más estricta.

b) La interpretación estricta de las excepciones

La principal excepción es la de las contravenciones, pero debe explicarse bien el sentido de esta excepción: en efecto, existen al parecer varios malentendidos.

- *Lo que está zanjado.* La respuesta a la pregunta de saber si la expresión "crímenes y delitos", utilizada para definir la competencia legislativa, debería ser entendida en un sentido estricto o en un sentido más amplio (como incluyendo las contravenciones), no era evidente en 1958; como lo subrayaba Levasseur, "el texto no mencionaba las contravenciones, pero frecuentemente en esa materia se usa la expresión 'crimen y delito' para designar toda infracción de cualquier tipo". Es finalmente la práctica legislativa, ratificada por la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte de Casación, la que iba a zanjar definitivamente en favor del sentido estricto. Y el Consejo Constitucional admite hoy en día que se puedan crear penas por contravenciones de multas por vía reglamentaria (139 L, 8 de agosto de 1985; 142 L, 13 de noviembre de 1985).

El Consejo Constitucional admite, en segundo lugar, que el legislador pueda instituir penas por contravenciones sin exponerse a censura, como se desprende de su decisión del 30 de julio de 1983: la ley sobre precios e ingresos de 1982 instituía una multa de 20 a 50 francos, la cual podía ser infligida "a las sociedades que contravienen las disposiciones del presente artículo"; el Consejo Constitucional decidió que los requirentes "no podrían prevalecerse de que el legislador ha intervenido en el dominio reglamentario para sostener que la disposición criticada sería contraria a la Constitución". En 1959, los especialistas⁴⁰ señalaban que el impedimento para el legislador de intervenir en materia de contravenciones para corregir eventualmente los excesos de poder reglamentario, constituía una agravación de los atentados al principio de legalidad: en la actualidad esto ya no se plantea: y en realidad, si consideramos (ver infra) que la competencia reglamentaria es de hecho atribuida por delegación legislativa, nos reencontramos muy sensiblemente en la situación anterior a 1958.

En efecto, el texto que define las condiciones según las cuales las contravenciones de la policía son sancionadas, es un reglamento de administración públi-

³⁹ Como acabamos de verlo más arriba.

⁴⁰ "Parece muy probable que los controles del Parlamento sobre los usos que el Ejecutivo haya hecho de sus poderes de incriminación en materia de contravención, sean eliminados (mientras que antes el Poder Legislativo podía siempre rectificar o al menos modificar, las incriminaciones establecidas por la administración en virtud de la delegación general o especial, que le había sido otorgada)" (G. LEVASSEUR, *op. cit.*, p. 234).

ca, es decir, el mismo tipo de reglamento de ejecución de las leyes (y el contrario del reglamento autónomo): "art. R. 26 del Código de Procedimiento Penal". Este R.A.P. fue dictado en aplicación de un texto legislativo: el legislador puede, por lo tanto, intervenir nuevamente para modificar las condiciones en las cuales ha entregado una delegación al poder reglamentario. De la misma manera como puede modificar las disposiciones legislativas que definen las penas por contravenciones: a saber, los artículos 465 y 466 del Código Penal, los cuales previenen que las contravenciones pueden ser sancionadas con multas de 20 hasta 6.000 francos y privación de libertad de un día a dos meses.

- *Lo que no está zanjado.* Se plantea la cuestión de saber si el poder reglamentario puede establecer sanciones a las contravenciones mediante *penas privativas de libertad*.

Sabemos que el Consejo Constitucional, en una decisión muy controvertida pero desprovista de autoridad de cosa juzgada⁴¹, ha estimado que esto no era posible porque tanto el artículo 8 de la Declaración de los Derechos, como el artículo 66 de la Constitución, reservan a la ley la institución de penas privativas de la libertad. Por lo tanto, el artículo 34 de la Constitución debe ser interpretado a la luz de las disposiciones constitucionales ya mencionadas, que atribuyen competencia al poder reglamentario sólo para fijar penas de multas.

El Consejo Constitucional no ha tenido todavía la oportunidad de pronunciarse de manera directa sobre la cuestión: en las decisiones ya mencionadas (139 L y 142 L), si este ha admitido la competencia reglamentaria, lo ha hecho subrayando cada vez que se refiere a "*penas de multas contravencionales*", lo cual parece indicar que en el caso de penas contravencionales distintas de las penas de multas, sería diferente^{41 bis}.

Podemos suponer, en efecto, que el juez constitucional reafirmará, cuando tenga la oportunidad, su posición de 1973 con autoridad de cosa juzgada. ¿Cuáles serán entonces las consecuencias? Estas no serán tan dramáticas como lo dejaban entender el Consejo de Estado y la Corte de Casación en 1974: esto significará simplemente que para el texto mismo que haya sido objeto de examen por parte del juez constitucional, habría que aplicar la interpretación de este último. Esto no haría decaer las jurisprudencias tradicionales del Consejo de Estado y de la Corte de Casación, puesto que estas se basan en los famosos artículos 465 y 466 del Código Penal, los cuales, siendo de naturaleza legislativa, no pueden ser declarados inconstitucionales. Pero seguramente esto vaciaría de contenido la jurisprudencia tradicional. De hecho, esto requeriría sin duda de la intervención del legislador.

Es aquí que aparece el carácter artificial de la famosa controversia y el aspecto algo irrisorio de la clásica y vehemente crítica del abandono de la com-

⁴¹ 80 L, 28 de noviembre de 1973.

^{41bis} "Actualización": Contrariamente a lo que por lo general es sostenido (Ver M. PUECH, *Droit Pénal Général*, Litec, 1988), el Consejo Constitucional no ha renunciado a su jurisprudencia sobre la decisión 87-151 L del 23 de septiembre de 1987, ello porque si, en esa decisión, el juez constitucional "no retome las reservas en relación con las medidas privativas de libertad, porque ella dice relación con las contravenciones de alta viabilidad, materia que es exclusiva de toda pena que implique privación de libertad" (B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris 1988, p. 98 nota 1).

potencia legislativa en materia de contravenciones: basta, en efecto, modificar los artículos 465 y 466 del Código Penal por una simple ley a fin de prever que, de ahora en adelante, las penas susceptibles de ser instituidas por decreto para sancionar contravenciones ya no serán más las del encarcelamiento de un día a dos meses y la multa de 20 a 6.000 francos, sino solamente la multa. A partir de ese momento ningún reglamento, aunque fuera autónomo, podrá instituir penas de encarcelamiento.

Esto también permite constatar lo extraño de la situación: el poder de crear penas privativas de libertad no ha sido conferido al gobierno por la Constitución y su artículo 37, sino por una simple ley. Es la ley ordinaria, en efecto, la que define lo que es una pena contravencional (de un día a dos meses de cárcel) de lo que es una pena correccional (más allá de dos meses); y que, por lo mismo, delimita las competencias legislativa y reglamentaria.

A este respecto, las constataciones pertinentes de Merle y Vitu (*op. cit.* pág. 244) merecen atención:

“El artículo 34 de la Constitución distinguió bien el dominio de la ley y el de los reglamentos en materia penal, pero no trazó la frontera que los debía separar. En un derecho que, como el nuestro, define la naturaleza de las infracciones por las penas que se imponen, tendríamos además que indicar cuáles sanciones serían del orden contravencional y cuáles penas derivarían del dominio correccional o criminal. Sin embargo, es evidente que la frontera entre unos y otros no podía provenir más que de la ley, y no del reglamento: a esta tarea precisamente son consagrados los artículos 465 y siguientes del Código Penal ...”

Estaremos de acuerdo con estos eminentes autores para estimar que la delimitación de las competencias no puede ser operada por el reglamento. Pero no necesariamente para admitir la competencia del legislador. En efecto, el Consejo Constitucional ha tenido la oportunidad de afirmar que el legislador no puede sustituir al constituyente en la atribución de competencias (cf. por ejemplo las decisiones 142 DC del 27 de julio de 1982 y nuestras observaciones en *RDP* 1983 p. 365). En realidad, le corresponde al juez constitucional, por interpretación de la Constitución, operar esta delimitación, lo que no dejará hacer hasta el día en que el gobierno decida hacer votar una ley de “puesta en orden”.

En todo caso, si la excepción al principio de legalidad de los delitos y de las penas está también extendida en materia de contravenciones, ¡la responsabilidad recae sobre el mismo legislador, y no sobre la Constitución! Y nos encontramos nuevamente con los hábitos de la III y IV República, malas costumbres debidas sólo al legislador. ¿Por dónde pasó la famosa “revolución jurídica”, la cual estuvo tan de moda los años 50 y de la cual todavía se habla en los manuales y tratados especializados? Seguramente habría bastado poner al Parlamento frente a sus responsabilidades para cambiar las cosas.

c) Un falso problema: la competencia en materia de delitos

Una discusión se ha abierto desde finales de los años sesenta a propósito de la determinación de la competencia (legislativa o reglamentaria) en materia de delitos: una divergencia se ha podido manifestar entre el Consejo de Estado –aparentemente más favorable a la competencia legislativa– y el Consejo Cons-

titucional, que lo habría sido menos, divergencia que habría sido resuelta en una adhesión del Consejo Constitucional al punto de vista opuesto en una decisión de 26 de junio de 1969⁴². En efecto, como ha sido demostrado de manera convincente⁴³, la realidad es más matizada: no hubo una verdadera divergencia entre las dos altas jurisdicciones, puesto que ellas han debido resolver casos diferentes.

Podemos resumir⁴⁴ la aparente contradicción de la siguiente manera: el Consejo de Estado, fundándose esencialmente “sobre el hecho que en derecho penal francés la naturaleza de las infracciones es función de las penas que les son aplicables (...) ha deducido la existencia de un vínculo indivisible entre la determinación de los hechos constitutivos de dichas infracciones y la de las sanciones que las reprimen”; y él ha concluido que el legislador era por tanto “necesariamente competente para determinar ambos elementos”⁴⁵. El Consejo Constitucional, por su parte, en sus decisiones de 1964, 1965 y 1967⁴⁶, habría estimado que la determinación de la competencia se podía hacer independientemente para uno y otro elementos. La realidad es más compleja: cabe, en efecto, distinguir no dos sino tres elementos: 1) la obligación (lo que está prescrito); 2) la incriminación (la violación de la obligación es penada con una sanción), y 3) finalmente la sanción o la pena (la naturaleza del castigo o de la sanción). Los elementos 2 y 3 son insolubles; al contrario, puede haber divisibilidad entre el elemento 1 y lo que Detragiache llama los elementos penales, es decir, 2 y 3; en este último caso, la competencia podrá ser reglamentaria por lo que concierne al elemento número 1 y legislativa para los otros dos. Es lo que ocurrió en los tres primeros casos juzgados por el Consejo Constitucional⁴⁷ y también en un asunto juzgado por el Consejo de Estado en 1970⁴⁸; la profesión de asistente social es objeto de una reglamentación, por lo que el uso ilegal de un título “ligado a una profesión legalmente reglamentada” es considerado como una infracción que conlleva la aplicación de una pena correccional. La reglamentación de esta profesión cae en el dominio del reglamento y puede por tanto ser modificada por decreto; en cambio, la incriminación y la sanción proviene del legislador. Y es lo que ha decidido el Consejo de Estado en el fallo ya citado. Sin embargo, puede ser que el elemento uno no sea divisible o destacable de los otros dos. Por ejemplo: en el asunto ya mencionado del 26 de junio de 1969, el Consejo Constitucional, después de haber constatado que el texto creaba un cierto número de obligaciones que debían ser cumplidas dentro de cierto plazo (elemento número 1), constata que la inobservancia de este plazo es constitutivo de una infracción (elemento número 2) castigada con una pena correccional (elemento número 3) y que la modificación del plazo es ella misma modificativa de un “elemento constitutivo del delito”; en ese momento, hay indivisibilidad entre los tres elementos y por tanto competencia legislativa para el conjunto⁴⁹.

⁴² *Les grandes décisions*, 4ª edición N° 19 p. 22.

⁴³ CF. DENISE DETRAGIACHE-TROPER, *Des prescriptions de nature réglementaire correctionnellement sanctionnées*, A.J.D.A. 1978 p. 411.

⁴⁴ Volveremos a tocar este punto con más detalle en nuestro comentario de *Les grandes décisions*, 4ª ed. pp. 236-237, así como también el estudio ya citado de D. Detragiache.

⁴⁵ D. Detragiache. *op. cit.*

⁴⁶ 31.L., 21 diciembre 1964, 35 L., 2 de julio de 1965, 44 L., 27 de febrero de 1967.

⁴⁷ Casos ya mencionados en 1964, 1965 y 1967.

⁴⁸ C.E. 22 de abril de 1970, Assoc. nat des assistances sociales, Rec. Lebon, p. 266.

⁴⁹ G.D., 4ª edición, N° 19, p. 222.

No ha habido, que sepamos, otras decisiones del Consejo Constitucional que se pronuncien sobre la competencia normativa en materia de delitos desde 1969; pero si se debiera decidir de nuevo, el Consejo Constitucional tendería nuevamente a reforzar la competencia legislativa.

II. NORMAS CONSTITUCIONALES Y PROCEDIMIENTO PENAL

No es posible examinar aquí de manera exhaustiva los diferentes casos de aplicación o de influencia de las normas constitucionales en materia de procedimiento penal, sino que simplemente haré un balance provisional, utilizando, por otra parte, trabajos anteriores⁵⁰.

A. Organización de las jurisdicciones penales

En la aplicación e interpretación de la Constitución interesan aquí esencialmente la noción de orden de jurisdicción y de independencia e inamovilidad de los magistrados.

1. La noción de orden de jurisdicción

Tanto el Consejo Constitucional como el Consejo de Estado han realizado al respecto interpretación extensiva de la Constitución con el fin de favorecer una ampliación de la competencia legislativa.

En efecto, dado que el artículo 34 reserva la competencia legislativa sólo para el caso de creación de un orden de jurisdicción, esta competencia podría haber sido demasiado reducida en materia de organización de las jurisdicciones, ya que, como lo subraya J. Moreau⁵¹, "el orden de jurisdicción, tomado en su acepción técnica, implica tradicionalmente una jerarquía completa de tribunales sometidos al control de una Corte Suprema", lo que limita a dos, o tal vez a tres, los órdenes de jurisdicción que se podrían considerar. Pero a partir de su decisión de 18 de julio de 1961⁵², el Consejo Constitucional admite que los tres tribunales de instancia que tienen competencia exclusivamente penal de París, Lyon y Marsella constituyen un orden de jurisdicción, lo que le permite mantener la competencia legislativa. Del mismo modo ha decidido, de la misma manera para los tribunales para menores encargados de juzgar únicamente a los menores de 18 años a los cuales son imputadas infracciones calificadas como crímenes o delitos⁵³. El Consejo de Estado se ha pronunciado en el mismo sentido a propósito de los tribunales militares de competencia especial⁵⁴. Finalmente, en su decisión del 20 de julio de 1977⁵⁵, el Consejo Constitucional estimó que la Corte de Casación constituía ella misma un orden de jurisdicción.

⁵⁰ RENOUX (Th.), *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, Paris, 1984.

⁵¹ *Le caractère réglementaire ou législatif des règles de procédure administrative contentieuse en droit positif*, Mélanges Waline II, p. 635.

⁵² *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*. N° 12.

⁵³ 31 L, 22 de diciembre de 1964.

⁵⁴ Consejo de Estado, 2 de marzo de 1962, Rubin de Servens, ya citado.

⁵⁵ 9 L.

La interpretación extensiva de la noción de orden de jurisdicción se ha acompañado de una definición amplia de las “reglas constitutivas” de los órdenes de jurisdicción: así las reglas relativas a la estructura y a la composición de las jurisdicciones, incluso las relativas al modo de designación de las personas llamadas a actuar en calidad de asesores en los tribunales para menores, son de competencia exclusiva de la ley, al igual que las reglas de competencia *ratione materiae*.

La importancia de esta jurisprudencia reside en el hecho de que al extenderse la competencia legislativa, el Consejo Constitucional asegura mejor la protección de las libertades, puesto que en un área tan sensible para las libertades como es la organización de las jurisdicciones penales, el legislador ofrece más garantías que el poder reglamentario.

2. El estatuto de los magistrados: independencia e inamovilidad

Esto concierne a los magistrados que ejercen funciones dentro de las jurisdicciones penales o de las jurisdicciones civiles; pero evidentemente los principios de inamovilidad e independencia consagrados por el artículo 64 de la Constitución son aún más importantes en el primer caso que en el segundo⁵⁶. Aplicados y sancionados por primera vez en las decisiones de 26 de enero de 1967 y de 9 de julio de 1970⁵⁷, estos principios se oponen no solamente a que los magistrados puedan ser despedidos, destituidos o suspendidos de manera arbitraria, sino también a que ellos sean desplazados contra su voluntad o afectados de oficio, salvo, en este último caso, si se trata de “magistrados reemplazantes”, pudiendo ser afectados bajo ciertas condiciones, por un orden del Primer presidente al interior del territorio jurisdiccional de una Corte de Apelación⁵⁸.

Incluso, ni siquiera el legislador orgánico puede, por lo tanto, atentar contra estas garantías que son de naturaleza constitucional.

3. Composición de las jurisdicciones

La cuestión de saber si existe un principio de valor constitucional imponiendo la *colegiatura* de las jurisdicciones de juzgamiento ha sido reactualizada en 1975 ante el Consejo Constitucional por los parlamentarios de la oposición a propósito de una ley que extendía el sistema de juez único en materia penal⁵⁹; pero esta pregunta no fue zanjada por el juez constitucional. En efecto, si bien se decidió la anulación del texto recurrido, lo fue únicamente por violación del principio de igualdad ante la justicia, dado que el legislador había instituido un sistema en el cual los delincuentes perseguidos por los mismos hechos podían ser juzgados por una jurisdicción colegiada o por un juez único según la decisión del presidente del tribunal de gran instancia (ver *infra*). La cuestión permanece: pero, tomando en cuenta el considerable número de excepciones que envuelve el “principio” de colegiatura, difícilmente comprendemos cómo el juez constitucio-

⁵⁶ Sobre el conjunto de la pregunta, cf. Renoux (Th.) *op. cit.* pp. 100 y sig.

⁵⁷ *Les grandes décisions* 4ª edición N° 16.

⁵⁸ 123 D.C., 24 octubre, Rec. 34; R.D.P. 1981, p. 636 nota de Favoreu.

⁵⁹ 56 D.C., 23 de julio de 1975, Rec. 22 R.D.P. 1975, p. 1313 obs., Favoreu y Philip.

nal lo podría erigir como "principio fundamental reconocido por las leyes de la República".

Otro problema ha sido implícitamente zanjado: una Corte de Apelación Penal" compuesta exclusivamente por magistrados puede ser instituida por el legislador; pero este sistema está establecido para juzgar actos terroristas y no podría ser extendido fuera de esta área en particular⁶⁰.

B. *Competencia de las jurisdicciones penales*

En este tema también nos limitaremos a efectuar algunas indicaciones, remitiéndonos a estudios más completos⁶¹.

Primeramente, en virtud del artículo 66 de la Constitución, el juez judicial es competente en todos aquellos casos en que se trate de atentados a la libertad individual, incluyendo en esta la seguridad, la libertad de ir y venir, la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de los lugares privados y el secreto de la vida privada. Esto implica, en conformidad a la última posición adoptada por la Cámara Criminal de la Corte de Casación, la plenitud de la competencia del juez penal para apreciar la regularidad de los actos administrativos, comprendidos incluso los actos administrativos individuales no sancionados penalmente⁶².

Podemos también notar el problema de la distinción policía administrativa-policía judicial, o al menos sus consecuencias en el plano de la competencia; en efecto, el contencioso de las operaciones de policía *administrativa* se desarrolla ante el juez judicial en todos aquellos casos en que estas son llevadas a cabo por agentes u oficiales de la policía judicial y en aquellos en que estas atañen a la libertad individual. Esto es lo que lógicamente ha admitido la Corte de Casación en la resolución Vuckovic y Bodgan, según las indicaciones dadas por el Consejo Constitucional en su decisión "*Seguridad y libertad*" de 19-20 de enero de 1981⁶³.

C. *Procedimiento seguido frente a las jurisdicciones penales*

Un cierto número de normas constitucionales deben ser tomadas aquí en consideración.

1. Primeramente las concernientes a los derechos de defensa

El Consejo Constitucional afirmó, por vez primera, el valor constitucional de los derechos de la defensa en su decisión de 2 de diciembre de 1976 relativa a la prevención de accidentes del trabajo⁶⁴: el hecho de que el Tribunal haga recaer en el empleador el pago de las multas que sancionaban una infracción cometida por uno de sus empleados es una medida penal y la ley que la previene

⁶⁰ 213 D.C., 3 de septiembre de 1986 (24° considerando), Rec, 122.

⁶¹ Ver a RENOUX (TH.) *op. cit.* pp. 145 y sig; también a FAVOREU (L.) *Le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et l'article 66 de la Constitution*. D. 1986. crónica p. 169.

⁶² Crim, 25 de abril de 1985, Vuckovic y Bodgan, D 1985, p. 329.

⁶³ Cf. nuestras observaciones en Dalloz 1986, p. 176.

⁶⁴ 76-70 D.C., Rec p. 39.

no podría dejar de lado el “respeto de los derechos de la defensa en cuanto ellos se originan en los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”.

Hasta aquí, el juez constitucional lo ha reconocido en un solo caso, en que el legislador vulneraba los derechos de la defensa: al permitir a un presidente de tribunal “para preservar la serenidad de los debates”, dejar de lado a un abogado que ha faltado a las obligaciones que le impone su juramento, el legislador desconoce los derechos de la defensa⁶⁵.

En cambio, no son contrarios a los derechos de la defensa: el procedimiento que permite una constitución de parte civil recomendada por carta certificada sin comunicación previa a la acusación sobre la cual se funda la parte civil (127 DC, 19-20 enero de 1981); la ausencia de abogado en el momento de la presentación de una persona ante el procurador de la República, dado que este magistrado sólo dispone del derecho a decidir la vía a seguir y que el encausado tiene la garantía de ser juzgado por la misma jurisdicción y siguiendo las mismas reglas, sea cual sea la opción del estrado (127 DC, 19-20 enero de 1981); la posibilidad que ha sido ofrecida a la Cámara de Acusación de designar a uno de sus miembros para proseguir una información comenzada por un juez de instrucción, en la medida en que ella no modifique las condiciones de control de las decisiones jurisdiccionales del magistrado instructor por la aplicación de la regla del doble grado (127 DC, 19-20 enero 1981); las disposiciones relativas a las demandas de libertad en caso de detención provisoria, que tienen por objeto, en caso de demandas reiteradas, de suspender el cómputo del plazo establecido para pronunciarse sobre una nueva demanda hasta la fecha en la que haya pronunciamiento sobre la demanda precedente, en la medida en que ello no sean obstáculo para que el juez de instrucción, si se le presenta un hecho nuevo para sustentar cualquier otra demanda, decida inmediatamente (215 DC, 3 de septiembre 1986, considerando 20°).

Notaremos, también, que los derechos de la defensa deben estar asegurados de igual manera: pero nos encontraremos de nuevo con el problema más general del principio de igualdad.

2. La igualdad frente a la justicia⁶⁶

El Consejo Constitucional ha consagrado, desde su decisión “Juez único” de 23 de julio de 1975, el valor constitucional del principio de igualdad ante la justicia, al que considera como una consecuencia del principio de igualdad ante la ley afirmado por el artículo VI de la Declaración de los Derechos del Hombre. Por otra parte, ha subrayado desde esta primera decisión que este principio tiene una gran importancia en materia penal.

a) En su decisión “Juez único”, ha sancionado la violación del principio de igualdad ante la justicia, cuando los autores de las mismas infracciones podían

⁶⁵ 80-127 D.C., 19-20 de enero, 1981.

⁶⁶ Respecto de la pregunta, ver el comentario RENOUX (TH.), *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, op. cit., pp. 449-480. Desde la decisión del “juez único”, hasta la decisión “Seguridad y libertad”. “*L'évolution du principe d'égalité devant la justice du Conseil constitutionnel*”, G.P. 30/9-1° /10 1983 N° 273-74; Nota D. 1986 p. 425.

ser juzgados por una jurisdicción colegiada o por un juez único, según la decisión discrecional del presidente del Tribunal de Gran Instancia: como ha sido subrayado en la tabla analítica de las decisiones del Consejo Constitucional, "las jurisdicciones llamadas a juzgar las infracciones de una misma naturaleza deben obedecer a las mismas reglas de composición" (23 de julio de 1975). Esta jurisprudencia no ha sido cuestionada por la decisión de 3 de septiembre de 1986, la cual decide que tratándose de actos terroristas estos pueden ser juzgados por una Corte de Apelación Penal compuesta exclusivamente por magistrados, dado que "esta diferencia de tratamiento no procede de una discriminación injustificada", teniendo en cuenta las necesidades invocadas por el legislador y las garantías presentadas por esta Corte (213 DC 3 de septiembre de 1986, decimotercer considerando). Se mantiene el principio según el cual todos los individuos que se declaren culpables de los mismos actos deben ser juzgados por jurisdicciones de igual composición.

Por el contrario, las reglas de composición y de procedimiento derogatorias del derecho común que encuentran, según el legislador, su justificación en las características específicas del terrorismo "*no podrían, sin vulnerar el principio de igualdad ante la justicia, ser extendidas a infracciones que no presentan las mismas características*": aquí es condenada, como contraria al principio de igualdad, la extensión del sistema (propio de la represión de actos terroristas) a los crímenes y delitos previstos por los artículos 86 al 103 del Código Penal, es decir, los atentados, conspiraciones y otras infracciones contra la autoridad del Estado y la integridad del territorio nacional, de crímenes que tiendan a afectar al Estado por la masacre y la devastación, etc. Podemos deducir que la ausencia de un jurado popular en una Corte de Apelación Penal debe permanecer como una norma excepcional; lo que no significa necesariamente que el jurado popular no pudiera ser suprimido: pero entonces debería serlo para todas las Cortes de Apelación Penal.

b) A propósito del procedimiento de requerimiento directo del tribunal *correcional por iniciativa del procurador de la República, en los asuntos ya dilucidados* previsto por la Ley "*Seguridad y Libertad*", el Consejo Constitucional no considera la queja una violación del principio de igualdad ante la justicia, puesto que "si en virtud del artículo 7 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y del artículo 84 de la Constitución, las reglas de procedimiento penal son fijadas por la ley, el legislador tiene facultad para prever reglas de procedimiento penal diferentes, según lo sean las situaciones a las cuales estas se aplican, siempre que las diferencias no procedan de discriminaciones injustificadas y que estén aseguradas garantías iguales a los justiciables sujetos a la jurisdicción del juez" (127 DC, 19-20 de enero de 1981). Esta fórmula ha sido repetida tal cual en la decisión 213 DC del 3 de septiembre de 1986 (considerando duodécimo) con un agregado (el respeto de los derechos de la defensa) a propósito de la composición de las Cortes de Apelación Penal instituidas para juzgar los actos de terrorismo; así como en la decisión 215 del mismo día pronunciada en relación con la ley relativa a la lucha contra la criminalidad y la delincuencia (considerando decimooctavo).

Tratándose de la constitución de parte civil en causa de apelación, el Consejo Constitucional ha considerado que "el legislador no podía autorizar a una parte civil, ya constituida en primera instancia, a presentar nuevas demandas en causa de apelación ni podía permitir a una parte civil que se constituyera por vez

primera en vía de apelación, puesto que sería necesariamente generador de desigualdades frente a la justicia, porque según la actitud de la persona que pide reparación, los encausados se beneficiarían o no de un doble grado de jurisdicción en lo que dice relación con los intereses civiles” (127 DC, 19-20 de enero de 1981).

3. Doble grado de jurisdicción

Lo que precede nos permite ser bastante escuetos en este punto. En efecto, en el caso “*Seguridad y Libertad*”, los demandantes habían alegado que las nuevas demandas en apelación, al igual que el procedimiento de requerimiento directo a la iniciativa del procurador de la República⁶⁷ eran contrarios al principio de doble grado de jurisdicción.

Hemos visto que el Consejo Constitucional había preferido abordar el problema desde el punto de vista del principio de igualdad frente a la justicia. De manera que el problema sobre la naturaleza constitucional del principio de doble grado de jurisdicción no ha sido todavía resuelto⁶⁸.

4. El arraigo

Tocamos aquí los problemas de libertad individual, los cuales serán tratados en la parte siguiente, con los problemas de Derecho Penal.

III. NORMAS CONSTITUCIONALES Y DERECHO PENAL

Conviene aquí –para mayor claridad– distinguir entre las normas cuyo valor constitucional ha sido confirmado por el Consejo Constitucional y aquellas cuyo valor constitucional no está claramente establecido. Diremos, a continuación, algunas palabras sobre el concurso entre las normas constitucionales y las normas internacionales.

A. *Las normas cuyo valor constitucional ha sido confirmado*

Se trata, esencialmente, de normas contenidas en la Declaración de los Derechos de 1789, así como en el texto mismo de la Constitución de 1958.

1. La no retroactividad de las leyes penales más severas

Esta pregunta es frecuentemente tratada desde el punto de vista más general del principio de legalidad, pero como lo he señalado más arriba, el Consejo Constitucional entiende este principio en el sentido estricto y aplica la regla de no retroactividad de manera distinta.

⁶⁷ Ver la discusión senatorial en el caso *Seguridad y Libertad* (en Maus, *Textes et documents sur la pratique constitutionnelle de la V^e République*, 2^e ed., Paris 1982, p. 523).

⁶⁸ Ver en este caso a Philip (L.), nota sobre C.C. 19-20/1/1981, R.D.P. 1981, p. 660; Renoux (T.), G.P. 30 de septiembre, 1^o de octubre 1983, N^o 273-74.

a) El Consejo Constitucional consagró por vez primera el valor constitucional de la no retroactividad de las leyes penales en su decisión 109 DC del 9 de enero de 1980: los requirentes invocaron en contra de algunas disposiciones de la ley sobre la prevención de la inmigración clandestina, la violación del artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre. El Consejo Constitucional rechaza el recurso, no obstante lo cual afirma muy claramente el valor constitucional del principio:

“Considerando que las disposiciones (...) no son relativas a las medidas penales y por lo tanto no contravienen al artículo 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789”.

En una decisión anterior⁶⁹, el Consejo Constitucional simplemente le había reconocido valor legislativo al principio de no retroactividad, pero dado que no se trataba de una materia penal. El Consejo señala aquí, igualmente, que una ley no penal puede ser retroactiva sin contravenir a la Constitución.

Sin embargo, cabe señalar que en la decisión 115 DC de 30 de diciembre de 1982, el Consejo Constitucional ha estimado que la prohibición constitucional de la no retroactividad valía, incluso, para las sanciones no penales: siempre que una ley previene sanciones (administrativas o fiscales, por ejemplo), ella no puede ser retroactiva:

“Considerando que el principio de no retroactividad así formulado (por el artículo 8 de la Declaración de los Derechos Humanos) no concierne solamente a las penas aplicadas por las jurisdicciones represivas, sino que se extiende, necesariamente, a toda sanción que tenga el carácter de castigo. Incluso si el legislador ha creído que debiera dejar la tarea de pronunciarlo a una autoridad de naturaleza no judicial”.

El Consejo Constitucional ha tenido la ocasión de pronunciarse en otras cinco oportunidades sobre el valor constitucional de la prohibición de la retroactividad de las leyes penales.

En las decisiones de 22 de julio (97 DC) y de 30 de diciembre de 1982 (126 DC), ha precisado, como en la primera decisión, que el principio no tiene aplicación tratándose de leyes no penales. En la decisión de 30 de julio de 1982 (143 DC), el fundamento deducido de la violación del artículo 8 de la Declaración de Derechos del Hombre ha sido descartado como infringido. Y la decisión ya citada de 30 de diciembre de 1982 ha reafirmado el principio para extenderla más allá de las sanciones pronunciadas por las jurisdicciones represivas.

Al contrario, en el última decisión de 3 de septiembre de 1986 (215 DC), el Consejo Constitucional no solamente aplica el principio constitucional de no retroactividad, sino que incluso por primera vez sanciona su violación, después de haber considerado que este principio no dice relación solamente con las penas sino que se extiende al período de seguridad:

“Considerando que el principio así enunciado *no concierne solamente a las penas pronunciadas por las jurisdicciones represivas sino que se extiende al*

⁶⁹ 24 de octubre de 1969, Ecole Polytechnique; Rec. 62.

período de seguridad, el cual, aunque sea relativo a la ejecución de la pena, no depende menos de la decisión de la jurisdicción de primera instancia, la cual, en las condiciones determinadas por la ley, puede hacer variar su duración al mismo tiempo que decide de la culpabilidad del encausado o del acusado” (Considerando vigésimo tercero).

La doctrina del derecho penal ofrecerá sin duda sus apreciaciones sobre esta asimilación. Remarcaremos también que esta asimilación es una excepción a la distinción del principio establecida por el Consejo Constitucional entre las fases del pronunciamiento de la pena y de ejecución de la pena; pero una excepción que confirma la regla, ya que ha quedado claro que la duración del período de seguridad depende, como el pronunciamiento de la pena, de la jurisdicción de primera instancia.

Después de haber asimilado el pronunciamiento de la pena y la fijación de la duración del período de seguridad (o al menos de su máximo) el juez constitucional afirma que “la apreciación de esta culpabilidad no puede, *en conformidad al principio de la no retroactividad de la ley penal más severa*, ser efectuada más que en observancia de la legislación vigente a la fecha de los hechos”. Pero en lugar de declarar la anulación de la disposición correspondiente, el Consejo Constitucional prefiere (según un método que examinaremos más adelante) declarar la ley como conforme a la Constitución, bajo la reserva de la interpretación según la cual “la referencia hecha por el legislador (...) a las condenas pronunciadas posteriormente a la entrada en vigor de la ley, *deben entenderse a las condenas pronunciadas por hechos cometidos con posterioridad a esa fecha*”.

El legislador está por tanto claramente, en la especie, sujeto al respeto del principio de la no retroactividad tratándose de leyes penales más severas. Está, por el contrario, invitado a aplicar el principio de retroactividad cuando se trata de leyes penales más favorables.

2. La aplicación inmediata de leyes penales más favorables:
la retroactividad *in mitius*

La regla según la cual la ley nueva más favorables se aplica no sólo a los actos cometidos antes de su entrada en vigor y todavía no juzgados, sino que también a los hechos juzgados en primera instancia y que puedan todavía ser sometidos a la jurisdicción de apelación o a Corte de Casación⁷⁰, es generalmente admitida en derecho penal. La pregunta es saber cuál es el valor de esta regla y sobre todo si esta se impone al legislador.

Este problema fue resuelto de manera particularmente clara por el Consejo Constitucional. Este, en efecto, censuró una disposición de la ley “Seguridad y Libertad” debido a que ella desconocía esta regla:

“Considerando que estas disposiciones tienden a limitar los efectos de la regla según la cual la ley penal nueva debe, cuando pronuncia penas menos severas que la ley antigua, aplicarse a infracciones cometidas antes de su entrada en vigor, y no habiendo dado lugar a condenaciones pasadas con fuerza de cosa juzgada, que desde entonces deben ser miradas como con-

⁷⁰ Cf. MERLE Y VITU, *op. cit* p. 315 y sig.

trarias al principio formulado por el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, según la cual la ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias” (Considerando 76).

El Consejo Constitucional fundamentó su decisión sobre la exigencia constitucional de la necesidad de las penas contenidas en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y es, al parecer, sobre este punto que ha incitado un cierto número de críticos⁷¹. Pero a nuestro juicio, esta motivación no carece de fuerza y de pertinencia; y además presenta la ventaja —sin duda menos evidente a los ojos de los penalistas— de fundar la decisión del Consejo Constitucional en un texto (artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre).

Veremos más adelante que este reconocimiento constitucional ha tenido ciertas consecuencias.

3. Proporcionalidad y necesidad de las penas

Ya aplicado el caso anterior, el citado artículo 8 sirve también como soporte a la afirmación del valor constitucional del principio de necesidad y de proporcionalidad de las penas, formulado por primera vez en la decisión “*Seguridad y Libertad*”.

En efecto, el Consejo Constitucional procede en forma prudente: ciertamente, admite que el legislador deba respetar las prescripciones ya mencionadas del artículo 8 de la Declaración; pero considera que el legislador debe disponer de la más amplia libertad para apreciar la necesidad de las penas ligadas a las infracciones que define y que, salvo un error manifiesto de apreciación, el Consejo no censurará esta apreciación. Dicho de otro modo, en este caso el Consejo Constitucional lleva a cabo un control mínimo ya que “*no es de su competencia sustituir su propia apreciación a la del legislador*”. Sin embargo, esto no quiere decir que el principio establecido por el artículo 8 quede sin sanción, porque el Consejo Constitucional ya ha mostrado, en una decisión de 8 de agosto de 1985⁷², que podía invalidar una disposición legislativa debido a un error manifiesto de apreciación.

El juez constitucional ha adoptado la misma actitud para rechazar las pretensiones de los requirentes fundadas en el principio de necesidad y proporcionalidad de las penas en las causas siguientes: de 25 de julio de 1984 (176 DC) y de 3 de septiembre de 1986 (215 DC). En otra decisión de 29 de diciembre de 1984 (184 DC), lo estima infringido. Finalmente, en una decisión de 3 de julio de 1986 (209 DC), considera que las prescripciones del artículo 8 de la Declaración no fueron consideradas en las disposiciones criticadas.

Constataremos, por lo tanto, que si el Consejo Constitucional no ha pronunciado aún ninguna anulación por violación del artículo 8 de la Declaración (necesidad), este fundamento es invocado con bastante frecuencia, lo cual lleva al juez constitucional a ejercer su vigilancia sobre el legislador^{72 bis}.

⁷¹ Ver por ejemplo a Dekeuver nota al D. 1982, J.p. 442.

⁷² Ver *Les grandes décisions* 4^a ed N° 42.

^{72 bis} *Actualización*: En la decisión N° 87.237 c del 31 de diciembre de 1987, el Consejo Constitucional invalidó, por ser manifiestamente desproporcionada, una sanción fiscal ocurrida en un caso de divulgación del monto de los ingresos de un contribuyente con infracción a la ley: en ese caso, la multa prevista no podía nunca sobrepasar el monto de los ingresos declarados.

4. La presunción de inocencia

Recordemos que según el artículo 9 de la Declaración de Derechos del Hombre, “*todo hombre (es) presumido inocente hasta que haya sido declarado culpable*” (se entiende que la declaración de culpabilidad debe ser hecha por un tribunal).

Invocado por primera vez en la decisión de 9 de enero de 1980 (109 DC), el artículo 9 de la Declaración no es aplicado por el Consejo Constitucional, en la medida en que este rechaza la argumentación debido a que la medida atacada es una medida policial y no una medida penal. En cambio, en la decisión “*Seguridad y Libertad*”, aplica este texto y se sirve de la presunción de inocencia para limitar, por ejemplo, el recurso al procedimiento directo:

“(Considerando) que un recurso no pertinente del procurador de la República a uno de los procedimientos de requerimiento directo, tendría necesariamente como consecuencia, *en virtud de la presunción de inocencia de la cual se beneficia el encausado*, sea la libertad de este, sea la decisión de la jurisdicción de primera instancia de proceder a un suplemento de información”.

Es una directiva que el Consejo Constitucional envía de este modo a los magistrados encargados de velar por una correcta aplicación de la ley⁷³.

5. La igualdad ante a la ley penal

La igualdad ante la justicia penal evocada más arriba dice obviamente relación con la igualdad ante la ley penal; pero para mayor claridad de la exposición, ambos desarrollos se harán por separado.

El artículo 6 de la Declaración de los Derechos declara que la ley “debe ser la misma para todos sea que esta proteja, sea que esta castigue”. El Consejo Constitucional tuvo la ocasión de aplicar este artículo en cuatro oportunidades; pero ninguna anulación fue pronunciada sobre este punto.

Habiendo sido cuestionada la institución de cuarteles de alta seguridad como contraria al principio de igualdad, el Consejo Constitucional estima que la individualización de las penas, “si ella conduce a aplicar a ciertos condenados condiciones de detención estrictas y a otros un régimen liberal, esto no es contrario al artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre, pudiendo todos los condenados a una misma pena acceder a los mismos regímenes siempre que cumplan con las condiciones requeridas”, (97 DC, 27 de julio de 1978). Notaremos que si bien el Consejo Constitucional se niega a darle razón a los requirentes, no deja de reconocer al menos la posibilidad de invocar el principio de igualdad en beneficio de los condenados, incluso en contra de una ley (en este sentido, Puech, *op. cit.* p. 349). Igualmente, el legislador no desconoce el principio de igualdad, si distingue, para la protección de menores, los actos cometidos entre personas del mismo sexo y los que son cometidos entre personas de distinto sexo, siempre y cuando una sanción idéntica sea establecida para el autor del

⁷³ En este sentido, L. Philip, R.D.P. 1981, p. 679.

delito (sea que este sea del sexo masculino o femenino) y que una protección idéntica se garantice a los menores de ambos sexos (125 DC, 19 de diciembre de 1980). Finalmente, tratándose de la amnistía (que el Consejo Constitucional define como la competencia otorgada al legislador por el artículo 34 “de borrar ciertas consecuencias penales de actuaciones que la ley reprime”), el juez constitucional estima que el legislador puede delimitar el ámbito de esta, definiendo las categorías de infracción o de personas a las cuales ella se aplica, “siempre que las categorías que la ley contiene sean definidas en forma objetiva” (138 DC, 25 de febrero de 1982).

6. La libertad individual (art. 66 de la Constitución)

Ya fue analizada más arriba la libertad individual desde el punto de vista de la competencia de los tribunales judiciales; pero cabe también considerar el problema desde el punto de vista del fondo, puesto que el artículo 66 de la Constitución es mayoritariamente invocado como atributivo de competencia a la autoridad judicial, para asegurar el respeto de la libertad individual; por lo que no hay que olvidar el inciso primero según el cual: “nadie puede ser arbitrariamente detenido”.

a) Noción de libertad individual

El Consejo Constitucional ha pronunciado, hasta ahora, diez decisiones acerca de este tema⁷⁴; después de haber, en la primera de estas decisiones (75 D.C. 12 de enero de 1977, Registro de vehículos), considerado que se trataba de un principio fundamental reconocido por las leyes de la República, “reafirmado por el artículo 66 de la Constitución”, el Consejo Constitucional, en todos los siguientes pronunciamientos, a partir de su segunda decisión (109 DC, 9 de enero de 1980, “Prevención de la inmigración clandestina”), ha invocado exclusivamente el artículo 66 de la Constitución. Esto es lógico, puesto que en los trabajos preparatorios de la Constitución aparece el intento de crear un *habeas corpus* a la manera británica⁷⁵; ciertamente, el promotor de esta innovación, el profesor Marcel Waline, no fue enteramente seguido; pero como ya lo subrayó en 1974 Luchaire (antiguo miembro del Consejo Constitucional)⁷⁶, después de

⁷⁴ 12/1/77 (75 D.C.); 9/1/1980 (109 D.C.); 19,20/1/1981 (127 D.C.); 29/12/1983 (164 D.C.); 10-11/10/1984 (181 D.C.); 29/12/1984 (184 D.C.); 17/7/1985 (189 D.C., 2º y 3º considerando); Rec. 49; R.D.P. 1986 N° 2 p. 395 obs. Favoreu; 26/8/1986 (211 D.C.); 3/9/1986 (213 D.C.); 3/9/1986 (212 D.C.). Podemos también agregar la decisión 107 D.C. del 12 de julio de 1979 (Plazas de Peaje, Rec. 31), la cual consagra la libertad de ir y venir como derivada del principio de libertad individual.

⁷⁵ La enmienda que envió M. Waline al Comité Consultivo Constitucional estaba expresado en estos términos (*travaux et débats du Comité Consultatif Constitutionnel, La documentation française* 1960, p. 164): “Ningún ciudadano puede ser detenido o arrestado sin que, en un plazo de 24 horas, sea presentado al juez instructor del lugar de detención, el cual podrá ordenar su puesta en libertad inmediata”. Dicha enmienda (a pesar de las reticencias del comisario de gobierno, debido sobre todo a la compatibilidad de la ley de los poderes especiales en Algeria con este texto) fue adoptado por el Comité Consultivo Constitucional: pero no fue retenido por el gobierno. Sin embargo, el gobierno la retomó con posterioridad, en el artículo 66 de la Constitución.

⁷⁶ *Le Conseil Constitutionnel et la protection des droits et libertés du citoyen*. Mélanges Waline II p. 563.

haber apuntado que la enmienda de Marcel Waline, si bien fue votada por el Comité consultativo constitucional, no fue en definitiva retenida por el gobierno: "sin embargo la reciente jurisprudencia del Consejo Constitucional se inscribe directamente en la línea de pensamiento de Marcel Waline". Agregaremos que el artículo 66 es la consecuencia directa de esta enmienda, puesto que este texto no figuraba en el anteproyecto de la Constitución: fue agregado en el momento del examen ante el Consejo de Estado y con el espíritu ya mencionado, como lo subraya el Ministro de Justicia, Michel Debré, en su discurso de presentación ante el Consejo de Estado⁷⁷.

Esto explica que la noción de libertad individual deba ser entendida en un sentido más preciso⁷⁸: no se trata aquí del conjunto de las libertades concernientes al individuo; y el Consejo Constitucional llega incluso a afirmar que el artículo 66 "guarda relación con la libertad individual y no con el derecho de propiedad". Entendida de esta manera, la noción de libertad individual abarca la seguridad, el derecho de ir y venir (107 DC 12 de julio de 1979), el derecho al respeto de la vida privada (75 DC, 12 de enero de 1977), la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de los "lugares privados" (164 DC, 29 de diciembre de 1983)⁷⁹.

El Consejo Constitucional ha precisado progresivamente las garantías constitucionales y la libertad individual a través de una jurisprudencia elaborada a lo largo de los últimos diez años. Ciertamente, esta jurisprudencia será con seguridad complementada y enriquecida; pero aun ahora, y más allá de los elementos concretos que vamos a indicar, ella ha creado una dinámica de transformación del contenido del derecho positivo (ver *infra*).

Subrayaremos, en primer lugar, que desde su decisión de 9 de enero de 1980, el Consejo Constitucional ha admitido que tanto los no-ciudadanos como los ciudadanos se beneficiaban de la protección de este derecho fundamental. Notaremos en seguida, de manera general, que una de las garantías esencialmente ligadas con esta libertad es la protección asegurada por la autoridad judicial, cuya competencia de principio está prevista por el mismo art. 66. Pero otras garantías son igualmente impuestas al legislador debiendo hacerlas figurar en las mismas leyes que él dicte.

Nos limitaremos a exponer algunas exigencias constitucionales destacadas por el juez constitucional y que conciernen esencialmente al arraigo y a la retención administrativa; a las verificaciones de identidad así como a las pesquisas y a la revisión de vehículos.

b) Arraigo y retención administrativa de los extranjeros

El Consejo Constitucional ha debido pronunciarse, sobre todo, sobre leyes relativas a los ciudadanos (ley Bonnet en 1980 y ley Chalandron en 1986) o a los terroristas (ley Chalandron en 1986), pero tuvo también que examinar ciertas disposiciones relativas a la ley "*Seguridad y Libertad*" concerniente al arraigo.

⁷⁷ Reproducido en Maus, *op. cit.*, 2ª edición, p. 9.

⁷⁸ 189 D.C., 17/7/1985 ya citado.

⁷⁹ Ver nuestras observaciones al D. 1986 Chron p. 175, así como al desarrollo de P. KAYSER, *Le Conseil Constitutionnel protecteur du secret de la vie privée à l'égard des lois*, Mélanges Raynaud 1985, pp. 329-348.

El arraigo no puede ser prolongado sin la autorización de un magistrado de juzgado, pero no es necesario que sea un juez instructor (127 DC, 19-20 de enero de 1981); el arraigo de una persona mayor puede ser prolongado si se cumplen cuatro condiciones: que se trate de una investigación sobre actos terroristas; decisión del magistrado del tribunal; vigilancia médica; y, observancia de las reglas de alcance general del Código de Procedimiento Penal que previenen un control del procurador de la República y examen médico (213 DC, 3 de septiembre de 1986).

La retención administrativa de extranjeros en curso de expulsión requiere la intervención de un juez judicial (magistrado de tribunal) en "el más breve plazo posible".

Así, una duración de 7 días no sería tolerable (109 DC, 9 de enero de 1980); una prolongación de 3 días de una medida de retención de 6 días (antes de la expulsión), incluso si se encuentra bajo vigilancia del juez, no puede ser prevista por el legislador, pues esto sería "un menoscabo excesivo a la libertad individual garantizada por la Constitución", salvo en caso de "urgencia absoluta y de amenaza de particular gravedad contra el orden público" (216 DC, 3 de septiembre de 1986, considerando 22).

Ha sido también decidido que el legislador no está obligado a reservar a la autoridad judicial la decisión de expulsar a un extranjero, puesto que, si la confió a la autoridad administrativa, el extranjero expulsado tiene un recurso ante la jurisdicción administrativa y una posibilidad de sobreseimiento de la ejecución (216 DC, 3 de septiembre de 1986, considerando 20). Esto no está completamente en armonía con el principio de la competencia exclusiva de la autoridad judicial en materia de libertad individual.

c) Controles y verificaciones de identidad

Los controles de identidad pueden ser considerados como impedimentos a la libertad de ir y venir y, por lo tanto, a la libertad individual. Esto es lo que admite el Consejo Constitucional, pero subrayando que esto es "necesario para la puesta en marcha de los principios y derechos que tienen valor constitucional" y que los controles se efectúen con todas las garantías indispensables. Estas garantías son enumeradas por la ley y aprobadas por el Consejo Constitucional. Ellas contienen muchos puntos de referencia, incluso cuando la ley es derogada o modificada; siempre que en virtud de la jurisprudencia llamada familiarmente de "palanca antirretorno"⁸⁰, la nueva ley no puede contener menos garantías que la ley precedente.

Es en este sentido que el Consejo Constitucional ha decidido, el 26 de agosto de 1986, que si en las disposiciones de la ley relativa a los controles y verificaciones de identidad comparadas con las de la ley anterior, que están todavía vigentes, no están "todas las condiciones de forma y de fondo enunciadas por ambos textos y tomando particularmente en cuenta el papel confiado a la autoridad judicial", el acto legislativo es contrario a la Constitución (211 DC).

⁸⁰ Ver respecto de esta jurisprudencia, "*Les grandes décisions*". 4ª ed. N° 39 y especialmente p. 641.

d) Pesquisas domiciliarias y registro de vehículos

Sabemos que sobre estos dos puntos el esfuerzo del Consejo Constitucional ha consistido en "judicializar" de alguna forma el procedimiento: es decir, privarlo de su carácter administrativo o fiscal, para conferirle los rasgos de un procedimiento conducido bajo la responsabilidad del juez judicial.

Esto se produjo primero con el registro de vehículos en 1977 (73 DC, 12 de enero de 1977): el Consejo constitucional rechaza, con la ley Poniatowski, las prácticas anteriores. Ciertamente, las diversas garantías que había exigido no fueron en lo inmediato llevadas a cabo, y la misma Corte de Casación en el caso Trignol⁸¹ no quiso en un primer momento desconocer estas prácticas; pero es posible estimar que hoy su actitud sería diferente.

En lo que concierne a las pesquisas y visitas domiciliarias, son dos las decisiones relativas a los procedimientos fiscales las que han hecho progresar muy notablemente las cosas (164 DC, 29 de diciembre de 1983; 184 DC, 29 de diciembre de 1984: se dijo que, aunque se trate de una instancia penal *stricto sensu* el juez judicial debía intervenir para garantizar la protección de la libertad individual.

En todo caso, como lo subrayan Drago y Decocq, la decisión de 29 de diciembre de 1983 (y la que la complementa y la confirma, de 29 de diciembre de 1984) va mucho más allá del caso tratado en la ley que examina: el Consejo Constitucional precisa no solamente que "el artículo 66 de la Constitución confía a la autoridad judicial el amparo de la libertad individual en todos sus aspectos y sobre todo el de la inviolabilidad del domicilio", sino también señala las condiciones precisas exigidas para que una pesquisa domiciliaria sea regular, lo que tiene un alcance general y se aplica a toda otra pesquisa⁸².

B. Normas cuyo valor constitucional no ha sido confirmado

1. Principios que carecen de valor constitucional

El Consejo Constitucional no ha afirmado el valor constitucional de ciertas normas, y por este motivo ha sido víctima de críticas bastante fuertes⁸³: ha sido el caso, de una parte, de los principios de personalidad de las penas y de responsabilidad personal, y, por otra, de los principios de individualización de las penas y de la separación de jurisdicciones de instrucción y de juicio.

a) Personalidad de las penas y responsabilidad personal

En una primera decisión, del 2 de diciembre de 1976 (70 DC, Prevención de accidentes del trabajo), los requirentes sostenían que el legislador había desconocido, simultáneamente, los principios de personalidad de las penas y de responsabilidad personal, a las cuales se les debía reconocer su valor constitucio-

⁸¹ Crim 8 de noviembre. 1979 J.C.P. 1980 II 19337 nota de Davia.

⁸² Todavía podemos preguntarnos cuál era la naturaleza de las "infracciones" tratadas en esta ley.

⁸³ Cf. M. PUECH, *Les principes généraux du droit (aspect pénal)*, Journées franco-hongroises de la Société de législation comparée, Vol. 1980 p. 341.

nal en cuanto son principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República.

El Consejo Constitucional no ha reconocido verdaderamente el valor constitucional de ninguno de estos dos principios. Ha admitido, en el primer caso (personalidad de las penas), que el legislador lo podía menoscabar cuando se tratase de la transferencia de una condenación *pecuniaria* y siempre que sean respetados los derechos de la defensa; y, en el segundo caso (responsabilidad personal), ha señalado que la transferencia de la condena al empleador no se efectuaba de manera automática teniendo el tribunal la facultad de decidir "tomando en cuenta las circunstancias de hecho y las condiciones de trabajo del interesado", lo que implica que el empleador haya cometido él mismo una falta o negligencia, o al menos haya tenido un comportamiento no satisfactorio⁸⁴. Varias objeciones fueron hechas a este razonamiento sobre el primer punto⁸⁵. Seguramente ellas tienen cierto valor; pero, como veremos más adelante, cabe enfocar nuevamente el problema dentro de su contexto: esto es, el proceso de reconocimiento por el Consejo Constitucional del valor constitucional de las normas que se imponen al legislador.

b) Individualización de las penas y separación de jurisdicciones de instrucción y de juicio

El mismo problema nace para los otros dos principios, en una decisión de 22 de noviembre de 1978 (97 DC), a la cual responde la decisión de 19-20 de enero de 1978 (97 DC). Se sostuvo, en la primera decisión, que el legislador había violado el principio de individualización de las penas, principio fundamental reconocido por las leyes de la República. El Consejo Constitucional no ha respondido en forma directa a este motivo, pero se habría podido pensar que había admitido implícitamente el valor constitucional del principio.

En realidad, la decisión de 19-20 de enero de 1981 iba a demostrar que en ningún caso se trataba de eso, al emplear el Consejo Constitucional la siguiente significativa fórmula: "al suponer que el principio de individualización de las penas (...) pueda ser mirado como un principio fundamental reconocido por las leyes de la República".

De igual forma, en la decisión de 22 de noviembre de 1978, el Consejo evita pronunciarse sobre el punto de saber si el principio de separación de las jurisdicciones de instrucción y de juicio es un principio fundamental reconocido por las leyes de la República.

2. Crítica doctrinal a las dudas del Consejo Constitucional

Se le criticó al Consejo Constitucional de mostrarse un poco pusilánime⁸⁶ o bien de complacerse en "la impresión" o al menos "dudar"⁸⁷. A decir verdad, las cosas son un poco más complicadas y habría que preguntarle a los que desapruban la jurisprudencia del Consejo Constitucional de volver a situarse en el contexto del conjunto de esta jurisprudencia.

⁸⁴ Ver, en esta interpretación, nuestras observaciones en R.D.P. 1978 p. 817 y sig.

⁸⁵ Ver el estudio de M. PUECH, *op. cit.* p. 347.

⁸⁶ M. PUECH, *op. cit.*

⁸⁷ M. DELMAS-MARTY, "Le flou du droit". Paris P.U.F. 1986 p. 311.

Notaremos, en primer lugar, que todos los casos aludidos dicen relación con lo que yo llamaría la parte blanda del bloque de constitucionalidad, es decir, los principios fundamentales reconocidos por las leyes fundamentales de la República (ver *supra*). El Consejo Constitucional ha sido siempre reacio para admitir la existencia de este tipo de principios de valor constitucional⁸⁸, mientras que como fue constatado más arriba, el Consejo da vida con bastante soltura a las normas contenidas en la Declaración de los Derechos. Y en esta materia el Consejo ha sido incluso más reservado dado que las "leyes de la República" sobre las cuales habría podido apoyarse no los contenían claramente; y, porque, por otra parte, estos mismos principios no parecían ser reconocidos como tales por el conjunto de la doctrina, en especial por la del derecho penal: en lo que respecta a los principios de responsabilidad personal y de personalidad de las penas a los cuales se otorgan numerosas excepciones o limitaciones; y en lo que respecta al principio de individualización de las penas, al cual se opone el principio de legalidad de los delitos y de las penas⁸⁹.

No debemos olvidar que el legislador, es decir el Parlamento, debe disponer de la más amplia libertad de apreciación y que las normas constitucionales sólo deben limitarlo excepcionalmente; no es labor del Consejo Constitucional la de imponer al legislador una política penal que este no desee. Por otra parte, ¿cómo reprocharle al juez constitucional el no pronunciarse sobre el valor constitucional de algunos principios cuando la doctrina y la práctica no están seguras de la existencia de estos principios? Es aquí en donde se plantea el problema que estudiaremos más adelante.

3. Normas constitucionales y normas internacionales: el caso de la prohibición de la pena de muerte

Explicaremos rápidamente un problema jurídico bastante curioso, ocasionado por la prohibición internacional de la pena de muerte.

Francia, habiendo decidido ratificar el protocolo número 6 adicional a la convención europea de protección de los derechos humanos, relativo a la prohibición de restablecer la pena de muerte durante cinco años, el Presidente de la República requirió del Consejo Constitucional, antes del depósito del proyecto de ley que autorizaba la ratificación para que, como juez constitucional, verificara que este compromiso internacional no implicaba alguna cláusula contraria a la Constitución.

Por decisión de 25 de mayo de 1985 (188 DC) el Consejo Constitucional declaró que el compromiso internacional era conforme con la Constitución; el Parlamento votó la ley de autorización y el Jefe de Estado ratificó el protocolo N° 6.

Supongamos, sin embargo, que el Parlamento vote una ley que restablezca la pena de muerte. Tal ley seguramente sería deferida al Consejo Constitucional para que la examine, pero este se declararía incompetente para verificar la conformidad de una ley con un tratado en conformidad con una jurisprudencia

⁸⁸ Recordemos que de 1959 a 1987 no se han admitido más que 7 Principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República.

⁸⁹ Cf., por ejemplo, M.L. RASSAT, *Droit pénal et procédure pénale* Mémento Thémis, P.U.F. 1986 p. 13.

constante iniciada el 15 de enero de 1975 con respecto a la Ley Veil. Pero en este caso el juez penal se sustituiría al Consejo Constitucional en el caso en que hubiera que aplicar una ley de este tipo, porque, después del fallo de la Corte de Casación, del 25 de mayo de 1975, emitido después de la decisión ya citada del Consejo Constitucional, se ha reconocido el poder de descartar una ley contraria a un tratado, incluso si esta ley es posterior a este.

Es un caso de sustitución de la norma constitucional (inexistente) por la norma internacional.

IV. LA EFECTIVIDAD DE LAS PRESCRIPCIONES CONSTITUCIONALES

La mayor parte de la doctrina del derecho penal considera que las normas constitucionales, y por ende la jurisprudencia del Consejo Constitucional que las aplica, no tienen más que un interés teórico: en la medida en que en efecto el juez penal no puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes, la *utilidad* de la afirmación de la supremacía de las normas constitucionales parece ser muy reducida: a decir verdad, la ineffectividad de las prescripciones constitucionales se deduce de la ausencia de control de las leyes por parte de los tribunales ordinarios⁹⁰. Esta idea, comúnmente aceptada a raíz de la ausencia de una Corte Suprema (a la americana), ha llevado en la mayoría de los casos a considerar con indiferencia y hasta con desdén, o simplemente a ignorar esta institución o este "órgano" denominado Consejo Constitucional, cuyos esfuerzos nos parecen insignificantes teniendo en cuenta los escasos resultados que puede obtener.

Con certeza, los juristas italianos, alemanes, austriacos o españoles —en cuyos países tampoco se conoce un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes por parte de los tribunales ordinarios— quedarían bastante extrañados si se les dijera que no existe una supremacía efectiva de las normas constitucionales en sus sistemas jurídicos. Nosotros les habíamos dado la palabra hace ya casi siete años en un coloquio consagrado a los derechos fundamentales⁹¹ y ellos habían insistido en mostrar la influencia decisiva de las normas constitucionales en las diferentes ramas del derecho. Desde entonces, sea a través de las jornadas de derecho comparado, sea a través de estudios publicados en las revistas, los aportes del derecho comparado han mostrado lo que podría llegar a ser la supremacía y la efectividad de las normas constitucionales en la mayoría de los países de Europa dotados de una justicia constitucional organizada, con un modelo diferente del americano, pero tan eficaz: el modelo kelseniano de Cortes constitucionales⁹².

⁹⁰ Cf, por ejemplo, M.L. RASSAT, (*op. cit.* p. 15) quien, después de mencionar una posible subordinación del legislador a la Constitución, declaró según sus propias palabras: "Esta concepción ha sido obviamente reforzada desde que las Constituciones de 1946 y 1958 han integrado la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en su preámbulo. Tiene sin embargo, un interés práctico limitado. En el Derecho francés, en efecto, los jueces no pueden juzgar la constitucionalidad de las leyes, debiendo aplicarlas, aunque las encuentren manifiestamente inconstitucionales. Y aunque pensemos que el principio de legalidad impone al legislador ciertas obligaciones, no se trata más que de una obligación meramente moral, y desprovista de toda sanción."

⁹¹ *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux* (Coloquio de Aix-en-Provence, 19-21 de febrero de 1981) Economica et Presses Universitaires d'Aix-Marseille 1982; publicado también (aunque sin los debates) en R.I.D.C. 1981 N° 2.

⁹² Ver, para más detalles sobre este modelo y estos cursos, nuestra obra: *Les Cours constitutionnelles*, P.U.F. 1986.

Por cierto, en los países ya mencionados, los tribunales ordinarios (judiciales o administrativos), si bien no pueden apreciar la constitucionalidad de las leyes, tienen la posibilidad de reenviar la pregunta a la Corte constitucional; pero, aparte de que esta posibilidad es desigualmente utilizada, debemos notar que, por diferentes medios, el sistema francés, tal como está progresivamente implantándose, es susceptible de llegar a resultados equivalentes, si los practicantes al menos se ponen a aplicar y a utilizar el derecho constitucional en la forma en que lo hacen sus homólogos europeos.

Es lo que nosotros quisiéramos mostrar al exponer las diversas modalidades de penetración y de difusión de las normas constitucionales en el orden jurídico penal.

A. *Los efectos indirectos*

Todo un estudio debe hacerse sobre los efectos indirectos de las normas y de la jurisprudencia constitucional. A nosotros nos bastará formular algunas observaciones, o reflexiones, aplicables esencialmente al derecho penal, pero que siguen un método que encontramos en otras disciplinas. La afirmación y la aplicación de normas constitucionales tienen efectos de "perturbación" tanto para la autoridad normativa como para la misma doctrina.

1. Efectos de "perturbación" para la autoridad normativa

En lo que concierne a la *autoridad normativa*, el primer efecto es el de incitar al gobierno a utilizar esencialmente la vía legislativa para sus reformas, lo que es lógico tratándose del derecho penal y del procedimiento penal, pero que incluso es reforzado por el temor a la censura del juez constitucional.

Estando la vía legislativa cada vez más vigilada por el juez constitucional cuando se trata de la iniciativa de parlamentarios de oposición, se produce un fenómeno de autolimitación, a la que también se puede llamar "efecto-río arriba": con el fin de no arriesgarse a desconocer las normas constitucionales, el legislador —y sobre todo el gobierno, que propone los proyectos de ley— prescinde en sus textos de disposiciones cuya constitucionalidad es dudosa, y este fenómeno puede alcanzar una amplitud bastante grande. De manera que las leyes que son votadas y son después aplicadas por el juez penal no tienen el tenor que ellas habrían tenido en la ausencia de un juez constitucional. Este fenómeno ha funcionado plenamente, y en particular en la elaboración de leyes sucesivas sobre los controles de identidad.

Este efecto puede manifestarse con más fuerza cuando lleva al gobierno, ya sea a incorporar los datos constitucionales en la preparación de una reforma que aún no ha sido enviada al Parlamento (como por ejemplo el caso del anteproyecto del Código Penal, el cual tiene expresamente en cuenta las normas constitucionales, explicitadas por la jurisprudencia del Consejo Constitucional); o, ya sea incluso a prever una reforma especialmente sacando provecho de las enseñanzas de un cuestionamiento resultante de una jurisprudencia del Consejo Constitucional. En este último punto subrayaremos simplemente aquí las repercusiones de las decisiones de 29 de diciembre de 1983 y de 29 de diciembre de 1984 sobre los procedimientos fiscales: Drago y Decocq habían indicado en sus comentarios de la primera decisión que a su parecer gran cantidad de la legislación fiscal debía ser revisada, puesto que resultaba incompatible con las normas

constitucionales afirmadas por el Consejo Constitucional⁹³; Fouquet había señalado igualmente con vigor que: “La decisión del Consejo Constitucional tiene el interés de poner de relieve el carácter arcaico de las legislaciones heredadas, ya sea del Antiguo Régimen, o de la última guerra, las cuales parecen ser incompatibles con el estado de derecho que debe existir en una democracia moderna. El juez, que no juzga la constitucionalidad de las leyes, no puede expresar plenamente las consecuencias de esta jurisprudencia. *Esperamos que el legislador lo haga*⁹⁴. Y efectivamente el legislador lo ha hecho, puesto que votó el 8 de julio de 1987 la ley que modifica los procedimientos fiscales y aduaneros.

Podemos también acotar que las exigencias manifestadas por parte del Consejo Constitucional en lo referente a la precisión de los textos de derecho penal (ver *supra*) van a conducirnos progresivamente a revisar sectores enteros de este derecho: “La alta exigencia del Consejo Constitucional invita a interrogarse con respecto a la conformidad a la Constitución de grandes partes del derecho penal (...)”⁹⁵.

Es lo que se produjo en Alemania Federal hace ya algunos años bajo la influencia de la jurisprudencia constitucional y que provocó la refundición de ciertos textos. De igual forma en Italia, la legislación anterior a la Constitución ha sido transformada progresivamente bajo la influencia de la jurisprudencia constitucional.

Y en derecho penal francés ya sería bastante fácil indicar cuáles son los sectores que necesitan de una “limpieza”, comenzando por la fracción de las contravenciones. La doctrina podría ayudar al respecto.

2. Efectos de “perturbación” para la doctrina

La doctrina también se ha visto “perturbada” debido a la intrusión de normas constitucionales en el ordenamiento jurídico, y a que con cierta frecuencia las decisiones del Consejo Constitucional ponen en duda si no algunas certezas, por lo menos algunas doctrinas que se consideraban como ciertas.

El primer remezón fue incuestionablemente causado por la decisión de 28 de noviembre de 1973, la cual vino a afirmar la competencia exclusiva del legislador para establecer penas privativas de libertad. Es difícil hoy en día negar que la competencia reglamentaria está impedida para fijar penas contravencionales privativas de libertad, aun cuando bastaría para esto con modificar una ley ordinaria, sin necesidad de tocar la Constitución.

La decisión del 23 de julio de 1975 sobre el “*Juez único*” provocó una reflexión acerca de la existencia o la inexistencia de un principio de colegialidad y las consecuencias de una generalización del juez único, a pesar que la decisión provocó el cuestionamiento de la elección discrecional del presidente del tribunal de gran instancia y la desigualdad ante la justicia. La toma de posición frente al registro de vehículos (12 de enero de 1977) en un principio no fue tan bien aceptada por parte de la doctrina; pero, hoy en día, nos parece dudoso que muchos sostengan la noción de flagrancia tal como esta fue entendida en el caso Trignol⁹⁶. De igual forma las decisiones sobre las pesquisas fiscales seguramente

⁹³ *Op. cit.*

⁹⁴ O. FOUQUET, Comentario de la decisión del 29 de diciembre de 1983, *Rev. Sc. Crim.*, 1984, p. 477.

⁹⁵ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.* p. 307.

⁹⁶ Ver nota 81.

van a conducir a poner en duda los poderes de las administraciones fiscales y aduaneras y a reflexionar sobre el papel del Poder Judicial en esta materia, función que no puede ser meramente formal⁹⁷. Podemos observar que las exigencias de estricta precisión de los textos de incriminación formuladas en las recientes decisiones del Consejo Constitucional, en especial su rechazo a la definición del delito de malversación, estimando que adolecía de vaguedad, están destinadas a alimentar una seria discusión en la doctrina. Discusión o controversia que existe desde antes con respecto a la aplicación de la regla de retroactividad *in mitius*, la que recibió el apoyo del Consejo Constitucional pero que fue duramente atacada en su aplicación por algunos sectores de la doctrina: así, nuestro colega F. Derrida⁹⁸ combate la jurisprudencia de la Cámara criminal de la Corte de Casación dados los términos en que esta aplicó la ley de 25 de enero de 1985 a las infracciones cometidas antes de su entrada en vigor; él se ha erguido contra lo que considera como un menoscabo del principio de legalidad de los delitos y de las penas y constata que está solo en esta lucha, “*no habiendo reaccionado los universitarios especialistas en derecho penal*”⁹⁹ (en efecto, estos, como lo veremos más adelante, aprueban la decisión de la Corte de Casación). Esta controversia fue provocada en definitiva por dos decisiones del Consejo Constitucional: la primera, que constitucionaliza la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable (19-20 de enero de 1981), y la otra, que anula en la ley del 25 de enero de 1985 las disposiciones relativas al delito de malversación (18 de enero de 1985). Esta última decisión provocó una discusión sobre el carácter estricto de las exigencias del Consejo Constitucional en cuanto a la precisión de los textos de incriminación.

Este “acondicionamiento” de la doctrina no puede más que ir acentuándose en la medida en que sean mejor conocidas las normas constitucionales aplicables al derecho penal.

B. *Los efectos directos*

Sin retomar la problemática relativa a la ejecución de las decisiones del Consejo Constitucional, la cual ya fue tratada¹⁰⁰, utilizaremos aquí un cierto número de sus antecedentes para estudiar los efectos directos con respecto a los actos administrativos, legislativos y jurisdiccionales.

1. Respecto de los actos legislativos

Las obligaciones constitucionales que pesan sobre el legislador no son puramente “morales”: sus actos pueden ser anulados (parcial o totalmente) por violación de las normas constitucionales; también pueden ser sometidos a una interpretación que los deje conformes a la Constitución, interpretación que transforma las normas que tales actos legislativos contienen.

Es cierto que la efectividad del respeto de las normas constitucionales por parte de los actos legislativos no puede ser directamente asegurada por el juez

⁹⁷ Ver en este sentido, las observaciones de J. Lamarque, en D.1987 p. 60.

⁹⁸ D. 1987 p. 396.

⁹⁹ Cf., sobre todo, O. Roujou de Boubée, D.1986 J-R.407; B. Bouloc Rev. Sc.crim. 11985 - 613 y 1986-41.

¹⁰⁰ FAVOREU (L) *La décision de constitutionnalité*, R.I.D.C. 1986 N° 2.

ordinario y en particular por el juez penal: el camino seguido por el Tribunal de Gran Instancia de Marsella¹⁰¹ que declaró inconstitucional una disposición legislativa —en el caso de los incisos 1 y 2 del artículo 50 del Código de Procedimiento Penal— no puede ser seguido, puesto que nuestro sistema constitucional excluye, como lo hace normalmente todo país que haya adoptado el modelo europeo de justicia constitucional, la competencia de los tribunales ordinarios en materia de control de la constitucionalidad de las leyes¹⁰². Y eso que la mayoría en el poder era de tendencia socialista o liberal¹⁰³.

Pero existen muchas otras vías posibles, como lo vamos a mostrar.

a) En primer lugar, tratándose de leyes (o, en sentido amplio, de actos legislativos) anteriores a la Constitución del 4 de octubre de 1958, el juez penal tiene la posibilidad de constatar la caducidad de las disposiciones legislativas que no concuerdan con las normas constitucionales aplicables.

Esto es lo que proponen por ejemplo Drago y Decocq en su comentario a la decisión del Consejo Constitucional de 28 de noviembre de 1973, a propósito de varios textos relativos a las pesquisas aduaneras y fiscales que no concuerdan con el artículo 66 de la Constitución, tal como lo ha interpretado el Consejo Constitucional:

“El juez judicial o administrativo, que de ahora en adelante deba conocer de procedimientos iniciados en ejecución de las leyes ya mencionadas, deberá por tanto anularlos, junto con todos los actos que se deriven de ellos, debido a la caducidad de estas leyes por su incompatibilidad con el artículo 66 de la Constitución, aclarado por la decisión aquí comentada del Consejo Constitucional”.

Y estos autores agregan:

“Cabe insistir que la caducidad puede provenir a partir de los términos de una ley, y la prohibición para el juez de apreciar la constitucionalidad de una ley no tiene relación con este problema; dado que la caducidad plantea un problema no de validez sino de *existencia* de la norma considerada (ver R. Drago, nota RDP 1982, pág. 84)”.

Por cierto que hasta el momento la Corte de Casación no parece haber adoptado tal posición, pero esta actitud tiene la ventaja incontestable de provocar una reforma legislativa, siempre que el gobierno anticipe las posibles declaraciones de caducidad: es lo que se produjo en materia de pesquisas fiscales.

¹⁰¹ Juicio sobre el T.G.I de Marsella (6ª cámara) el 21 de enero de 1985 (caso Zemmour) parcialmente publicado en un estudio de M. Duverger, *Pour affermir l'Etat de droit*, revista *Commentaire* N° 36 (invierno 1986-87), p. 709.

¹⁰² Ver mi estudio en *Commentaire* N° 36 p. 682. Es importante constatar que en el debate abierto por Maurice Duverger en la revista *Commentaire* (N° 35 y 36 otoño 1986 e invierno 1986-87), ninguno de los 14 especialistas consultados (Ph. Ardant, P. Abril, P. Delvolvé, R. Drago, O. Duhamel, R. Herrera, L. Favoreu, F. Goguel, R. de Lacharrière, A. Mathiot, Y. Mény, L. Philip, J. Rivero, D. Turpin) se mostró favorable por un sistema de control (del tipo americano) por parte de los tribunales ordinarios; y sólo cuatro de entre ellos se mostraron partidarios del sistema italiano.

¹⁰³ J.P. DOUCET. *Les tribunaux répressifs peuvent-ils prononcer une condamnation pénale en s'appuyant sur une incrimination légale formulée en termes inconstitutionnels?* G.P. enero de 1986.

b) Para el caso de leyes posteriores al 4 de octubre de 1958, puede ocurrir que el Consejo Constitucional haya invalidado algunas disposiciones parecidas o idénticas a otras disposiciones que permanezcan vigentes. Es lo que ocurrió, por ejemplo, en el caso del "Juez único" en 1975, o recién en el caso relativo al proceso de quiebra de las empresas, en 1985. En este último caso, el Consejo Constitucional anuló una definición de delito de malversación exactamente igual a la que figura en el artículo 146 de la ley de 13 de julio de 1967 (ley que debía reemplazar a la ley parcialmente anulada): de hecho, a partir de la anulación pronunciada, el artículo 146 queda vigente con una definición de delito de malversación contraria a la Constitución. Esta situación provocó encendidas protestas por parte de miembros de la doctrina¹⁰⁴ cuando la Cámara Criminal, decidiendo el 24 de julio de 1985¹⁰⁵, condenó a un síndico tomando como base el artículo 146 de la ley de 1967. Sin embargo el titular de la crónica legislativa de la Revista de Ciencia Criminal había dado la solución, cuyos términos merecen ser reproducidos aquí:

"El problema dice principalmente relación con los procesos en curso. Podríamos pretender por cierto que la nueva ley de 25 de enero de 1985 sólo entrará en vigor en una fecha fijada por decreto y a más tardar el 1 de enero de 1986. Pero esto sería olvidar que la nueva ley penal más favorable retroactúe y que se trate de un principio de orden constitucional (Cf. Consejo Constitucional, 19-20 de enero de 1981). Por ese motivo la ley está destinada a regir todas las situaciones nacidas antes de su entrada en vigor. Puesto que la ley de 25 de enero de 1985, a la cual le fue amputado su artículo 207, no incrimina el delito de malversación, se trata de una ley penal más favorable, susceptible de aplicarse inmediatamente. Es decir, que los procesos fundados en el artículo 146 de la ley de 13 de julio de 1967, *se encuentran desprovistos de toda base legal debido a la decisión del Consejo Constitucional*"¹⁰⁶.

Esto condujo a un cambio jurisprudencial por parte de la Corte de Casación¹⁰⁷: en un fallo de 20 de octubre de 1986, la Cámara criminal, resolviendo un recurso en el cual había sido retomada la argumentación ya mencionada, aplicó el principio de la retroactividad *in mitius* y decidió que la condena pronunciada en base al artículo 146 de la ley de 1967 carecía de ahora en adelante de una base legal. Como dijo un comentarista autorizado¹⁰⁸, "el fallo de casación de 24 de julio de 1985 demuestra la voluntad de la alta jurisdicción para mantener la incriminación penal del delito de malversación de un síndico prevista por el artículo 146 de la ley de 13 de julio de 1967 y de no alinearse con la decisión del Consejo Constitucional número 84-183 DC de 18 de enero de 1985 ...". Podemos decir que el fallo del 20 de octubre de 1986 muestra una voluntad inversa y esto es bastante notable¹⁰⁹ porque terminó dándole una aplicación

¹⁰⁴ Observaciones J. P. Doucet ya citadas.

¹⁰⁵ Crim. 24 de julio de 1985 B... y Proc. gén. près Cour de Poitiers, D. 1986 p. 220 nota J. P. Marchi.

¹⁰⁶ B. Bouloc, Rev. Sc. Crim, 1985 p. 610.

¹⁰⁷ Crim. 20 de octubre 1986, Henry, Bullet. crim 1986 N° 296 p. 758.

¹⁰⁸ J.P. Marchi, observaciones ya citadas p. 220.

¹⁰⁹ No es mucha coincidencia que el abogado general en el segundo asunto, sea M. Dontenville, quien ya antes fue el causante de una aplicación por parte de la Corte de Casación, de una jurisprudencia del Consejo Constitucional (ver nuestra crónica ya citada, D. 1986).

concreta a una norma constitucional puesta en evidencia por el Consejo Constitucional, confiriendo un alcance muy interesante a la decisión de anulación del Consejo.

Pero más destacable aún es la jurisprudencia establecida por la Cámara criminal a propósito de otro artículo de la misma ley de 1967, el artículo 129, el cual reprimía el delito de malversación de activos¹¹⁰: la Cámara criminal aplicó a los desvíos de activos efectuados antes de la ley de 25 de enero de 1985 las disposiciones de la nueva ley, a pesar de que estas, en el artículo 240, excluyen la aplicación de la nueva ley a los hechos cometidos anteriormente. Es así que Derrida constatando con exactitud al problema, observa¹¹¹:

“Sin duda que este texto (el artículo 240) es contrario a la Constitución, puesto que el Consejo Constitucional dio al principio de retroactividad *in mitius* un valor constitucional, pero no es tarea de la Corte de Casación apreciar la constitucionalidad de una disposición legislativa; en tanto que en este caso el Consejo Constitucional no había comprendido el artículo 240 en las disposiciones de la ley de 1985, dado que el Consejo las había *de oficio* declarado como no conformes con la Constitución”¹¹².

A pesar de esto, la Cámara Criminal, en una decisión de 10 de marzo de 1986, aplicó la regla de la retroactividad *in mitius* y decidió que “los hechos (...) aunque hayan sido cometidos bajo la influencia de las disposiciones anuladas de la ley de 13 de julio de 1967, quedan comprendidos dentro de la previsión de la ley del 25 de enero de 1985”.

Como lo subraya Derrida “al ignorar este artículo 240 en la discusión, la Cámara Criminal llega exactamente al mismo resultado que si hubiera declarado ese artículo como no constitucional”. Y podemos también añadir que de esta forma la Corte de Casación corrigió la omisión del Consejo Constitucional, el cual, en su decisión de 18 de enero de 1985, no había incluido en las disposiciones declaradas de oficio inconstitucionales al artículo 240, por ser contrario a la regla de la retroactividad *in mitius*. Esta jurisprudencia ha sido sucesivamente confirmada por varias sentencias¹¹³ y está por tanto bien asentada, a pesar de la reticencia de algunas jurisdicciones de primera instancia o de apelación.

De esta manera, la Corte de Casación ha demostrado: por una parte que aplica las decisiones del Consejo Constitucional¹¹⁴; y que, por otra, ella puede

¹¹⁰ Crim. 10 de marzo de 1986, Iman, D.1986 p. 182, nota de F. Derrida.

¹¹¹ Nota ya citada.

¹¹² En la decisión 182 DC del 18 de enero de 1985.

¹¹³ Sentencia citada por M. Derrida en nota al D. 1987, p. 348 nota 2.

¹¹⁴ El autor de una crónica (A. Huet, J.C.P. 1987, I 3293) alegó que la Cámara Criminal había desconocido a la vez la regla constitucional establecida por el Consejo constitucional en su decisión *Seguridad y Libertad* y una regla internacional contenida en el Pacto relativo a los derechos políticos y civiles, reutilizando en sus fallos que aplican la retroactividad *in mitius* la fórmula “en ausencia de disposiciones contrarias expresas”, en especial en el fallo del 10 de marzo de 1986 ya citado: pero M. Derrida criticó esta decisión justamente por haber descartado una “disposición expresa” (el artículo 240), lo cual establece exactamente opuesta a lo sustentado por la Cámara criminal. Esto a menos de que consideremos, como lo hace otro autor (J.P. Laborde en *Revue des procédures collectives*, N° 1, 1987, p. 17), que M. Derrida ha desconocido gravemente el sentido del artículo 240, el cual sólo dice relación a las “disposiciones extra-penales”: Pero M. Derrida opina que no es posible” introducir una disposición arbitraria entre lo “extra penal” y lo “penal” (D. 1987, Somm. commentés, p. 5).

deducir el máximo de consecuencias utilizando con habilidad las normas constitucionales así confirmadas, y cuya efectividad queda de este modo establecida. Tenemos aquí una vía extremadamente novedosa y prometedora.

A esto se agrega el procedimiento seguido por el Consejo de Estado para neutralizar las disposiciones legislativas que, si bien no han sido declaradas formalmente inconstitucionales por el Consejo Constitucional, poseen el mismo contenido que las disposiciones declaradas inconstitucionales. Así, en un caso juzgado en 1980, el juez administrativo adoptó la recomendación del fiscal del gobierno: no pudiendo declarar inconstitucional una ley local relativa a la constitución de asociaciones en Alsacia, que reconocían al Prefecto un poder de autorización previa —lo que contradecía la decisión del Consejo Constitucional de 16 de julio de 1971¹¹⁵, emitida a propósito de una ley no aplicable en Alsacia—, el Consejo de Estado redujo tanto como pudo el poder discrecional del Prefecto con el fin de que “su aplicación no contraste la ausencia de control previo consagrado, en lo que dice relación con la declaración, por medio de la decisión de 1971”¹¹⁶.

c) Tratándose por fin del caso en el que los efectos de las normas constitucionales han sido incorporados de alguna forma a la ley misma, mediante aquellas decisiones que declaran la conformidad de la ley a la Constitución bajo reserva del Consejo Constitucional. La efectividad de estas normas debería ser aún más amplia, puesto que ellas se benefician de la autoridad de cosa juzgada.

No trataré aquí el tema de la tipología de las decisiones de conformidad bajo reserva de interpretación constructiva directa o neutralizante, el cual ya he abordado en otro sitio, y al cual nos remitiremos¹¹⁷. Subrayaremos simplemente, en primer lugar, que en virtud del artículo 62-2 de la Constitución, tal como este fue interpretado por el Consejo Constitucional en su decisión de 16 de enero de 1962¹¹⁸, las motivaciones que forman parte del fundamento necesario de la parte dispositiva tienen también autoridad de cosa juzgada; además de esto, desde la decisión de 10 de octubre de 1984 (181 DC), el Consejo Constitucional reforzó el carácter restrictivo de sus interpretaciones, insertando en la parte dispositiva de algunas de sus decisiones, la mención de estrictas reservas de interpretación, las cuales condicionan la conformidad de la ley con la Constitución¹¹⁹.

Esto significa claramente que las leyes cuya conformidad hayan sido reconocidas bajo reserva, sólo pueden ser aplicadas por el juez penal respetando las reservas e interpretaciones formuladas por el Consejo Constitucional. Este ha emitido, hasta el momento, cerca de treinta decisiones de este tipo, lo que equivale a decir que cerca de treinta leyes son aplicables sólo en la medida que se tengan en cuenta las reservas de interpretación. Así sucede por ejemplo, en materia penal, en el caso de la ley de 6 de diciembre 1976, relativa a la prevención de accidentes en el trabajo; de la ley “*Seguridad y Libertad*”; de las leyes sobre la comunicación y la prensa; de las leyes Chalandon, etc.

¹¹⁵ *Les Grandes Décisions*, 4^a ed., N° 20.

¹¹⁶ Conclusiones Galabert, sobre CE. sect. 25 de julio de 1980, Ministère de l'Intérieur c/ Eglise évangélique de Colmar, A.J.D.A., 1981, 493.

¹¹⁷ Ver nuestro estudio ya citado en R.I.D.C. 1986.

¹¹⁸ Ver en ese sentido, nuestras observaciones en R.I.D.C. 1986 N° 2.

¹¹⁹ Por ejemplo en muchas decisiones de 1986.

El problema consiste en saber si el juez conoce las reservas de interpretación. Y podemos pensar al respecto en las circulares del Ministro de la Justicia, que normalmente deben dar a conocer estas interpretaciones.

2. Respecto de los actos administrativos

La efectividad de las prescripciones constitucionales puede medirse también por el hecho de que el juez penal aplique o pueda aplicar estas normas a los actos administrativos cuya regularidad controle.

a) Con frecuencia se olvida, en efecto, que las normas constitucionales se imponen directamente a todos los actos administrativos y en especial a los decretos y ordenanzas.

Y es aquí donde apreciamos la importancia de una clara definición de las normas de referencia. Las normas de valor constitucional se imponen por ellas mismas desde el momento en que provienen de la Declaración de los Derechos del Hombre, o del texto mismo de la Constitución, tal como lo hemos visto más arriba. Por el contrario, si se trata de "*principios generales de derecho penal*", el valor de estos principios es mucho más vago: ellos pueden tener un mayor valor que un decreto, o simplemente el mismo valor. En el primer caso, el reglamento se debe conformar al principio general, pero no en el segundo. Por lo tanto es importante que el juez penal se refiera directamente a las reglas de derecho constitucional expuestas anteriormente, en vez de recurrir a principios: pero esto es difícil de aceptarse, ya que hasta el momento, si bien la Corte de Casación ha seguido la jurisprudencia del Consejo Constitucional, hasta donde yo sé, nunca ha hecho referencia a una regla constitucional confirmada por el Consejo Constitucional.

b) A veces la ley sirve de pantalla entre los actos administrativos que deben ser controlados y la Constitución. Así, por ejemplo, en 1974 la Corte de Casación se negó a aplicar la jurisprudencia del Consejo Constitucional en lo relativo a penas privativas de la libertad, debido a que las disposiciones legislativas del Código Penal que autorizaban la potestad reglamentaria para establecer estas penas, actuaba como una "pantalla" entre los actos administrativos que debían ser controlados y la Constitución: este obstáculo, al que llamamos "ley pantalla", es también invocado por el Consejo de Estado. En realidad, en un fallo reciente, el juez administrativo admitió que las disposiciones de un decreto podían ser confrontadas directamente con las estipulaciones de un tratado y esto aunque una ley (posterior) se haya interpuesto entre el decreto y el tratado: por eso, cuando "la ley posterior al tratado es una simple ley-marco, en cuyo caso ella se limita a atribuirle al poder reglamentario una competencia, sin fijarle líneas directrices para el ejercicio de tal competencia, la pantalla es en cierta forma transparente: el juez puede, sin tener en ningún momento que transformarse en juez de la ley, apreciar la conformidad del tratado con las disposiciones reglamentarias"¹²⁰. Podemos transponer la solución a las relaciones entre decreto y

¹²⁰ Observaciones de Azibert y de Boisdeffre (letrados en el Consejo de Estado) bajo el fallo del Consejo de Estado (Sección). 13 de diciembre de 1985 Soc. international Sales, A.J.D.A. 1986-174, conclusión M. Laroque.

Constitución, tratándose en particular de penas privativas de libertad, puesto que las disposiciones legislativas del Código Penal no son más que disposiciones que leyes-marco.

c) Se constatará entonces la importancia de que el juez penal identifique bien los actos administrativos que puede controlar, por lo que acá también cabe referirse a la interpretación de la Constitución que hace el Consejo Constitucional.

Ya mencionamos las equivocaciones y malentendidos que parecían existir (ver *supra*). Debemos dejar en claro que, a priori, todo acto emitido por una autoridad ejecutiva es controlable, con la sola excepción de las ordenanzas aprobadas en virtud del artículo 92 de la Constitución: esto es, los decretos, sin importar si son o no autónomos; las medidas del artículo 16; las ordenanzas del artículo 38 que no se transforman en actos legislativos más que con la ratificación, etc.

La aplicación de las normas constitucionales en el orden jurídico, realizada por el juez penal, puede tener una gran importancia porque: por una parte, este algunas veces carece de las normas de referencia necesarias para censurar los actos de la administración; y porque, de otra parte, el juez penal, al extender su competencia en materia de atentados a la libertad individual¹²¹ hará que el número de actos o comportamientos sometidos a control sea creciente.

3. Respecto de los actos jurisdiccionales

La idea es, en este caso, que bajo la influencia y autoridad de la Corte de Casación los jueces penales deben aplicar las normas constitucionales, no solamente interpretando las leyes en conformidad a las directivas del Consejo Constitucional o apreciando la regularidad de los actos administrativos según su conformidad con la Constitución, sino que también deben aplicar directamente estas normas constitucionales en el proceso penal.

El juez penal también debe hacer el esfuerzo de interpretar una ley que no haya sido sometida al Consejo Constitucional con el fin de constatar su conformidad con las normas constitucionales. De esta forma, a propósito de una disposición legislativa, la cual reconocía a la administración fiscal el derecho de proceder a visitas domiciliarias, fue desarrollado un razonamiento muy convincente, el cual puede ser resumido de la manera siguiente: cuando el juez "aplica disposiciones de carácter legislativo, debe interpretarlas necesariamente en un sentido conforme con la Constitución, siempre y cuando esta interpretación no sea directamente contraria a la letra misma de la ley"¹²². En la práctica, esto consiste en interpretar las disposiciones legislativas concernientes a la luz del artículo 66 de la Constitución, y a exigir que la visita domiciliaria sea acompañada por todas las garantías precisadas por el Consejo Constitucional en su jurisprudencia de 1983-84.

Aún falta que los jueces tomen conciencia de esta necesidad; mas, por sobre todo, es necesario que la jurisprudencia de la Cámara Criminal, evocada más arriba, los incite a tomar en cuenta constantemente las normas constitucionales, como lo hacen desde hace ya bastante tiempo los tribunales americanos y, desde hace poco, las jurisdicciones de los países europeos vecinos.

¹²¹ Ver los fallos Bogdan y Vuckovic de los 25 de abril de 85.

¹²² Cf. J. LAMARQUE, nota sobre T.G.I. Bordeaux, 29 de enero. D. 1987 p. 64.

Diremos, para terminar, que lo que finalmente importa es la “impregnación constitucional” de aquellos que están encargados de aplicar el derecho.

* * *

No nos ha sido posible estudiar los diferentes puntos de vista de una forma más profunda, pues este trabajo no es más que un intento de explorar una nueva área del derecho, en la conjunción o donde confluyen el derecho constitucional y el derecho penal. Un vasto campo de búsquedas se abre a los investigadores, dado que la jurisprudencia de los tribunales judiciales va seguramente a enriquecerse muy rápido con numerosos casos, puesto que existe una dinámica de desarrollo de nuevos litigios cuyo interés no escapará a los practicantes del derecho.

Esta evolución sin embargo corre el riesgo de ser frenada, ciertamente, por un hecho patente que recordaré sin temor de repetirme: esto es, que en su estado actual y a diferencia de otros países vecinos dotados de un sistema constitucional —como, por ejemplo, Alemania Federal e Italia— el derecho constitucional jurisprudencial prácticamente no se enseña ni en las facultades de derecho —salvo algunas excepciones— ni en las escuelas de formación de los futuros magistrados del orden judicial o administrativo. Es un problema de programas, pero también, hay que decirlo, de los formadores: en efecto, la enseñanza del derecho constitucional jurisprudencial —a diferencia de la de nuestro derecho constitucional clásico— exige una sólida formación en el ámbito procesal, de la cual muchas veces carecen los que están encargados de enseñar el derecho constitucional. Será permitido al presidente de la asociación nacional de decanos de las facultades de derecho señalar que una revisión de los contenidos de los diversos programas se impone: de lo contrario, tendremos un desfase cada vez más grande entre el derecho positivo y el derecho que se enseña; en tal caso los mismos practicantes encontrarán los medios para paliar esa carencia.

Por eso, terminaría con una invitación al diálogo entre las diversas disciplinas. Como traté de demostrarlo en este ensayo —y como nos lo enseña el derecho comparado—, no es posible que en el nuevo sistema jurídico que se está implementando desde hace ya casi 15 años, se ignore y se pretenda construir, cada uno por su lado, su propia disciplina. Como en los otros países en donde la Constitución es fuente de las normas jurídicas sancionadas, existe una interdependencia entre las ramas del derecho, debido al desarrollo de normas constitucionales comunes a las diferentes ramas. Podemos deplorar tal fenómeno, pero no podemos seguir negándolo, so pena de agrandar el hiato ya mencionado más arriba.

Mi conclusión será por tanto la siguiente: el derecho constitucional penal debe ser estudiado en forma común entre los especialistas de la jurisprudencia constitucional penal y los especialistas de la jurisprudencia penal, con el fin de que a la brevedad una enseñanza satisfactoria sea dada a los juristas de las nuevas generaciones.