

FRANCIA

DECISIONES DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL núm. 2100-14/22
QPC, de 30 de julio, y 2010-30/34/35/47/48/49/50 QPC, de 6 de agosto,
por las que se declaran inconstitucionales diversos artículos del Código de Enjuiciamiento
Criminal relativos a la detención policial incomunicada (garde à vue)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN: OBSERVACIONES PRELIMINARES Y ORDEN DE LA EXPOSICIÓN.—1.1. Preámbulo.—1.2. Partes de la exposición.—II. CONCEPTO LEGAL DE LA «GARDE À VUE».—III. PRECEDENTES DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.—IV. RESUMEN DE LA DECISIÓN NÚM. 2010-14/22 QPC.—4.1. Artículos impugnados del Código de Enjuiciamiento Criminal.—4.2. Alegaciones de los peticionarios y decisión del Consejo sobre cada una.—4.3. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad.—4.4. Fallo final.—4.5. Breve referencia a la Decisión núm. 2010-30/34/35/437/48/49/50 QPC, de 6 de agosto.—V. COMENTARIO.

I. INTRODUCCIÓN: OBSERVACIONES PRELIMINARES Y ORDEN DE LA EXPOSICIÓN

1.1. Preámbulo

Una de las cuestiones más acuciantes en las sociedades democráticas contemporáneas, acogidas y a la vez sometidas irrenunciablemente a los imperativos y a las garantías del Estado de Derecho, es la necesidad de lograr un equilibrio justo entre, por una parte, la seguridad individual del ciudadano frente a toda interferencia o coacción arbitraria del Estado, en particular de las autoridades policiales y, hasta cierto punto, las judiciales, y, por otra parte, la necesidad no menos inexcusable de dotar a esos mismos poderes de los medios no sólo técnicos, sino también jurídicos, para preservar en todo momento la seguridad colectiva (y en definitiva la individual) contra una delincuencia cada vez más organizada, más invasora y más violenta, amén de su creciente imbricación internacional. Así lo describe el siguiente pasaje de una Decisión del propio Consejo Cons-

★ Letrado de las Cortes Generales.

tucional en 2004 (a la que volveremos a referirnos) sobre dos recursos contra una ley del mismo año que reforzaba las facultades de la policía y del ministerio fiscal en materia de investigación criminal y de prevención de los delitos:

«4.—Considerando en segundo lugar que compete al legislador asegurar la conciliación entre, por un lado, la prevención de los atentados al orden público y la busca de los autores de infracciones, ambas necesarias para la salvaguardia de derechos y principios de valor constitucional y, por otro, el ejercicio de las libertades garantizadas constitucionalmente; que entre éstas figuran la libertad de ir y venir, la inviolabilidad del domicilio privado, el secreto de la correspondencia y el respeto a la vida privada...».

Uno de los ejemplos que ilustran dramática y espectacularmente la tensión jurídica y política entre los dos imperativos es la legalización y posterior evolución bajo la V República Francesa, desde el Código de Procedimiento Penal de diciembre de 1958 hasta el momento presente, de la figura acuñada por la legislación procesal del país vecino como «*garde à vue*», que podríamos traducir como detención policial incomunicada. A este proceso dedicamos el presente resumen.

1.2. Partes de la exposición

Definimos en primer lugar el concepto legal de la «*garde à vue*» (Sección II) y resumimos a continuación (Sección III) dos «decisiones» del propio Consejo Constitucional de 11 de agosto de 1993 y 2 de marzo de 2004 que cabe hasta cierto punto considerar (más la primera que la segunda) antecedentes directos de la de julio pasado. En tercer lugar, y ésta será la parte central y esencial de la exposición (Sección IV) recogeremos lo más fielmente posible (pero sin transcribirla, cosa que alargaría demasiado el texto) las Decisiones de 30 de julio y 6 de agosto pasados, precedida de una traducción íntegra de los artículos del Código de Enjuiciamiento Criminal objeto del pronunciamiento. Finalmente, dedicamos una Sección V a los comentarios que nos merecen ambas Decisiones (en rigor, sólo la primera).

II. CONCEPTO LEGAL DE LA «GARDE À VUE»

En derecho procesal francés se trata de la facultad de los funcionarios (no de los meros «agentes») de la policía judicial o de la gendarmería de detener y sobre todo de mantener incomunicada durante cierto tiempo a cualquier persona sospechosa de haber cometido «una infracción» o de quien se sospeche plausiblemente que ha intentado cometerla. La incomunicación debe en todo caso ser notificada inmediatamente al Ministerio Fiscal y no puede, en principio, durar más de veinticuatro horas.

Desde el punto de vista estrictamente legal el concepto se formula en términos casi idénticos en dos artículos, el 63 y el 77, del Código de Enjuiciamiento Criminal (*Code de procédure pénale*), ambos comprendidos en el Libro I (Del ejercicio de la acción pública y de la instrucción), Título II (De las pesquisas y comprobaciones de identidad) y Capítulos I (De los crímenes y delitos flagrantes), artículos 53 al 74.2, y II (De la investigación preliminar, arts. 75 al 78) respectivamente. La razón de esta repetición en un mismo Título estriba en que en el artículo 53 se trata de «indagaciones» (*enquêtes*) no formales, es decir, de acciones emprendidas de oficio por la policía o los cuerpos de seguridad, mientras que en el 77 nos encontramos ante «investigaciones preliminares», ordenadas por el Ministerio Fiscal o incoadas de oficio por la propia policía, si bien bajo la vigilancia en todo momento del Ministerio Fiscal.

Es obligado advertir (aunque el Código no dice nada en este punto) que si dura más de cuatro horas la retención de una persona para su interrogatorio, su situación procesal pasa automáticamente a ser la de «*garde à vue*».

Señalemos, por último, en esta descripción introductoria que por «crimen o delito *in fraganti*» se entiende (art. 53 del propio Código) «el crimen o el delito que se comete en el momento mismo o el recién cometido», así como el supuesto de que en un lapso muy cercano al acto, el sospechoso sea perseguido por el clamor público o se le encuentre en posesión de objetos, huellas o indicios que permitan suponer que ha participado en el crimen o delito.

III. PRECEDENTES DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

En el medio siglo transcurrido desde la promulgación del Código actualizado en diciembre de 1958, se ha modificado el Código por multitud de leyes, unas para suavizar o atenuar el rigor del texto originario de 1958, otras, al contrario, para reforzar o aumentar las facultades de las autoridades de policía en materia de indagación y de represión o de prevención de actos delictivos.

Estos cambios han respondido a factores más políticos que estrictamente jurídicos. El primero ha sido la repulsa que desde el primer momento suscitó la figura misma de la «*garde à vue*» en el Consejo de Europa, el gran foro del Viejo Continente en materia de derechos humanos, por presunta incompatibilidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo Convenio Europeo de Derechos Humanos), repulsa que obligó a los sucesivos gobiernos franceses a ir ampliando las garantías para el sujeto incommunicado, especialmente en cuanto a la asistencia de abogado y a la obligación del Ministerio Fiscal de someter el caso al juez competente (siempre en uno y otro caso con las limitaciones que más adelante se expondrán).

La que podríamos llamar segunda tendencia se ha debido a la creciente preocupación de los Gobiernos sucesivos por el incremento de los delitos

graves de diversa índole, desde el tráfico de drogas hasta la actividad de grupos organizados y permanentes de apoyo desde Francia a movimientos terroristas extranjeros, pasando por las reyertas y violencia urbanas desencadenadas en localidades y zonas con fuerte implantación de masas de inmigrantes no adaptadas al estilo de vida del país de acogida.

No es del caso enumerar aquí las numerosas leyes promulgadas en los últimos cincuenta años, si bien nos permitimos señalar que la Decisión que resumimos enumera exactamente diez en sus considerandos iniciales, de las de las cuales sólo una, afecta al régimen en sí de la detención provisional incomunicada, a saber la núm. 96-647, de 22 de julio de 1996, sobre medidas de refuerzo de la represión del terrorismo, al autorizar, en los términos que más adelante se exponen, la prolongación del período de incomunicación cuando se trate de diversas formas graves de delincuencia organizada (terrorismo, narcotráfico, proxenetismo, trata de blancas, extorsión de fondos, etc.).

Como era no ya comprensible, sino prácticamente inevitable, las leyes de esta segunda tendencia han dado lugar a la interposición de recursos de inconstitucionalidad con varia fortuna. Así, la Decisión del Consejo núm. 93-326 DC, de 11 de agosto de 1993, desestimó casi en su totalidad el recurso de unos senadores contra determinados artículos, todos ellos de una ley que modificaba la núm. 93.2, de 4 de enero del mismo año, de reforma del Código de Enjuiciamiento Criminal. Los dos únicos puntos en que se dio la razón a los recurrentes fueron:

- Primero, la discriminación que suponía para los detenidos por determinados delitos (precisamente los ya citados a título de ejemplo en el párrafo antecedente) el que no pudiesen ser asistidos por un abogado hasta pasadas treinta y seis horas de la detención y que, en cambio, en el régimen por así decir normal el detenido por delitos no necesariamente menos graves tuviese asistencia de letrado al cabo de veinte horas.
- Segundo, la detención incomunicada de todo menor de trece años, fuese cual fuese la naturaleza o la gravedad del delito, era de todo punto inconstitucional.

El segundo precedente ha sido la Decisión del mismo Consejo 2004-492 DC, de 2 de marzo de 2004, por la que se resolvían sendos recursos interpuestos por dos grupos de diputados y de senadores contra otra ley, la muy extensa 2004-204, de «adaptación de la justicia a las evoluciones» (*sic*) «de la criminalidad»¹, por la que se reformaban numerosos artículos del Código. Uno de éstos, el único que se refería a la detención incomunicada, consistía en insertar un nuevo artículo 706.88, que autorizaba al «juez de las libertades y de la prisión» o, en su caso al juez de instrucción a prolon-

¹ *Nota del Autor* (en lo sucesivo *N. del Aut.*).—Se da la circunstancia de que los dos recursos se interpusieron tras haber sido aprobada definitivamente la Ley por la Asamblea Nacional el 11 de febrero, pero antes de su promulgación por el Presidente de la República, que no tuvo lugar hasta el 9 de marzo, es decir siete días después de dictar el Consejo su resolución.

gar excepcionalmente la incomunicación por dos períodos de veinticuatro horas cada uno, no sólo para el tráfico de drogas o de terrorismo, como ya estaba previsto por reformas anteriores, sino también para una lista de quince figuras (la mayoría con del denominador común de «banda organizada») enunciada en un nuevo artículo 706.73². De este modo el máximo originario de 48 (cuarenta y ocho) horas pasaba al doble, o sea 96 (noventa y seis) horas, con la agravante de que si para cinco de esos delitos el incomunicado no podía tener acceso a un abogado hasta pasadas las primeras cuarenta y ocho horas, para los demás (10 de un total de quince) este lapso se alargaba a 72 (setenta y dos) horas.

Los recurrentes juzgaban que estos dos últimos límites mínimos constituían una restricción injustificada al derecho de defensa. El Consejo falló, sin embargo, que el Código obliga en todo caso a la autoridad policial a dar inmediatamente cuenta de la incomunicación al Ministerio Fiscal, especificando los hechos imputados, aparte de que, tratándose de determinados delitos especialmente graves, la ampliación de esos plazos podía resultar necesaria para una debida instrucción. No había, por lo tanto (Considerando 34), «atentado injustificado ni a la libertad individual ni a los derechos de la defensa ni a las prerrogativas de la autoridad judicial»³.

² *N. del Aut.*—Dichos delitos del artículo 706.73 eran:

- 1.º homicidios cometidos por banda organizada, castigados hasta con cadena perpetua;
- 2.º torturas y actos de barbarie cometidos por bandas organizadas cuando se hubiesen perpetrado de modo habitual contra menores de quince años o personas especialmente vulnerables física o psíquicamente o en estado de embarazo, punibles todos ellos con treinta años de reclusión mayor;
- 3.º tráfico de estupefacientes, cuando fuese punible con cinco años de prisión a cadena perpetua;
- 4.º raptos y secuestro por banda organizada, punibles con treinta años de reclusión mayor o cadena perpetua;
- 5.º trata de seres humanos punible con diez años de prisión a cadena perpetua;
- 6.º proxenetismo punible con diez años de prisión a cadena perpetua;
- 7.º robo por banda organizada cuando fuese punible con 15 a 30 años de reclusión mayor;
- 8.º crímenes «agravados» de extorsión cuando hubiesen causado mutilación, invalidez, muerte o torturas o actos de barbarie o se hubiesen cometido con el uso o la amenaza de un arma y fuesen punibles con veinte años de reclusión mayor a cadena perpetua;
- 9.º destrucción o de bienes o ultraje (*dégradation*) a éstos cometido por banda organizada y, provocado mediante explosivos, incendio o cualquier otro medio susceptible de causar daños a las personas, cuando fuese punible con veinte a treinta años de reclusión mayor;
- 10.º falsificación de moneda, punible con penas de diez años de prisión a treinta años de reclusión mayor;
- 11.º actos de terrorismo cuando fuesen punibles con la pena máxima de cadena perpetua;
- 12.º delitos en materia de armas cometidos por banda organizada y punibles con diez años de prisión;
- 13.º delitos de ayuda a la entrada, circulación y permanencia irregulares de extranjeros en Francia cometidos por banda organizada y punibles con diez años de prisión;
- 14.º blanqueo de dinero o receptación punibles con cinco a diez años de prisión, y
- 15.º delitos de asociación de delincuentes (*association de malfaiteurs*) que tuviesen por objeto la preparación de cualquiera de los actos citados, y punibles con cinco o diez años de prisión.

³ *N. del Aut.*—Señalemos en cuanto a la «autoridad judicial», citada en último lugar, que según jurisprudencia del propio Consejo, el Ministerio Fiscal forma parte del Poder Judicial y que, por lo tanto, la intervención de la Fiscalía es equiparable a la del juez o tribunal competente, a efectos de garantías constitucionales.

Al no existir ninguna otra Decisión posterior en este punto, entramos en la Sección

IV. RESUMEN DE LA DECISIÓN NÚM. 2010-14/22 QPC

Conforme al esquema anunciado, reproducimos en primer lugar los,

4.1. Artículos impugnados del Código de Enjuiciamiento Criminal

Nos limitaremos en lo posible a traducir únicamente los preceptos que cita expresa y literalmente la Decisión (si bien nos permitimos señalar que el primero de ellos, a saber el art. 62, no habla en absoluto de «*garde à vue*», sino sólo de interrogatorios de posibles testigos o informantes).

Artículo 62:

«Los funcionarios de policía judicial podrán llamar y escuchar a cualesquiera personas capaces de suministrar información sobre los hechos o sobre los objetos y documentos incautados.

Las personas así convocadas deberán comparecer, pudiendo el funcionario de la policía judicial obligar a comparecer por la fuerza pública a las personas citadas en el artículo 61⁴.

(El funcionario) levantará acta (*procès-verbal*) de las declaraciones. Las personas así oídas procederán por sí mismas a leerlas, pudiendo hacer constar en ellas sus observaciones, y las firmarán. Si declaran no saber leer se les dará lectura del acta por el funcionario de policía judicial antes de que la firmen. En caso de negativa a la firma, así se hará constar en el acta.

Los agentes de la policía judicial a que se refiere el artículo 20 podrán igualmente oír, bajo el control de un funcionario de la policía judicial, a toda persona capaz de suministrar información sobre los hechos en cuestión y levantarán con este fin, del modo establecido en el presente Código, unas actas que transmitirán al funcionario de la policía judicial a quien asistan.

Las personas contra quienes no exista razón plausible de sospechar que han cometido o intentado cometer infracción alguna, sólo podrán estar retenidas el tiempo estrictamente necesario para su audición».

Artículo 63:

«Los funcionarios de policía judicial podrán, en la medida que exija la investigación, someter a detención incomunicada (*placer en garde à vue*) toda persona contra quien exista una o más razones plausibles para sospechar que

⁴ N. del Aut.—Es decir, prácticamente a cualquier persona, dado que el artículo 61 dice escuetamente: «El funcionario de policía judicial podrá prohibir a cualquier persona que se aleje del lugar de la infracción mientras no dé por cerradas sus actuaciones».

ha cometido o intentado cometer una infracción, e informarán al Ministerio Fiscal desde el comienzo mismo de la incomunicación.

No podrá dicha persona ser retenida durante más de veinticuatro horas, si bien podrá prolongarse la incomunicación por un nuevo lapso de veinticuatro horas como máximo en virtud de autorización por escrito del Ministerio Fiscal, quien está facultado para supeditar la autorización a la previa presentación del incomunicado.

Según instrucciones del Ministerio Fiscal, al final de la detención incomunicada las personas respecto a quienes los indicios obtenidos sean susceptibles de dar lugar a la incoación de procedimiento serán puestas en libertad o bien presentadas ante el propio Ministerio Fiscal.

... (breve párrafo estrictamente relativo a la jurisdicción territorial de determinados tribunales).

1. Toda persona en detención incomunicada será inmediatamente informada por un funcionario de policía judicial o bien, bajo el control de éste, por un agente de la policía judicial, sobre la naturaleza de la infracción objeto de la investigación, de los derechos que se especifican en los artículos 63.2, 63.3 y 63.4, así como sobre lo dispuesto en el artículo 63 en cuanto a la duración de la detención incomunicada.

La notificación se hará constar en el atestado (*procès-verbal*) y será firmada al margen por el incomunicado. Si éste se negare a firmar, así se hará constar.

Las informaciones especificadas en el primer párrafo se notificarán al incomunicado en un idioma que entienda, y en su caso mediante formularios impresos.

Si dicha persona estuviere aquejada de sordera y no supiere leer ni escribir, deberá ser asistida por un intérprete en lenguaje de signos o por cualquier persona cualificada que domine un idioma o un método que permita la comunicación con sordos. Se podrá asimismo recurrir a cualquier dispositivo técnico que permita comunicar con personas aquejadas de sordera.

... (breve párrafo sobre determinados derechos del incomunicado puesto definitivamente en libertad).

Salvo caso de dificultad insuperable, las diligencias a las que dé lugar para los investigadores la notificación de los derechos especificados en los artículos 63.2 y 63.3, se cumplimentarán a más tardar en un lapso de tres horas desde el momento en que una persona haya quedado en detención incomunicada.

... ..

4. El incomunicado podrá, desde el comienzo de la detención, pedir que se le permita hablar con un abogado. Si no pudiese designarlo o no fuere posible el contacto con el abogado elegido, el incomunicado podrá pedir que el Letrado de servicio del Colegio de Abogados (*le bâtonnier*)⁵ designe abogado de oficio.

⁵ N. del Aut.—La palabra «*bâtonnier*» (literalmente portador del bastón), de origen claramente medieval, tiene en rigor dos significados: primero y originario, el de presidente del Colegio de Abogados; Gor-

El Letrado de servicio será informado de la petición por todos los medios posibles y sin dilación.

El abogado designado de oficio podrá entrevistarse con el incomunicado en condiciones que garanticen la confidencialidad de la conversación. Será informado por el funcionario de la policía judicial o, bajo el control de éste, por un agente de la policía judicial sobre la naturaleza y la fecha presunta de la infracción objeto de la investigación.

Al final de la entrevista, cuya duración podrá exceder de treinta minutos, el abogado entregará, si procede, unas observaciones por escrito que se incorporarán al expediente.

No podrá el abogado dar parte a nadie de la entrevista mientras dure la detención incomunicada.

En caso de prórroga de la detención incomunicada el detenido podrá asimismo solicitar una entrevista con un abogado en cuanto dé comienzo la prórroga, en las condiciones y del modo previstos en los párrafos precedentes.

Si el detenido estuviere incomunicado por alguna de las infracciones especificadas en los ordinales 4.º, 6.º, 7.º, 8.º y 15.º del artículo 706-73⁶, la entrevista con el abogado sólo podrá tener lugar transcurridas cuarenta y horas. El Ministerio Fiscal será informado de la calificación de los hechos por quienes tengan a su cargo la investigación en el mismo momento en que éstos le informen de la detención incomunicada».

Capítulo II: De la investigación preliminar (*De l'enquête préliminaire*)

Artículos 75 al 76.3

... ..

Artículo 77:

«Los funcionarios de policía podrán, para las necesidades de la investigación, retener (*garder à.....disposition*) a toda persona contra quien exista una o más razones plausibles de sospechar que ha cometido o intentado cometer una infracción. Deberán informar al Ministerio Fiscal (*procureur de la République*). La persona sometida a detención incomunicada no podrá quedar retenida más de veinticuatro horas.

Podrá el Ministerio Fiscal, antes de expirar el lapso de veinticuatro horas, prorrogar la detención incomunicada por un nuevo lapso de veinticuatro horas como máximo. La prórroga sólo podrá acordarse previa presentación del detenido a dicho magistrado, si bien podrá excepcionalmente decidirse en auto por escrito y

dos; segundo, quizá el más usual en los textos legales, el Letrado designado por sus colegas para representar al Colegio y hacer que sus miembros observen la disciplina profesional. A falta de equivalencia exacta en España, hemos optado que nos parece funcionalmente más aproximada, la de Letrado de servicio.

⁶ *N. del Aut.*— Es decir, como se recordará, el rapto y secuestro por banda organizada (ord. 4.º), el proxenetismo (ord. 6.º), el robo por banda organizada (ord. 7.º), la extorsión acompañada de mutilación, muerte, invalidez o torturas actos bárbaros (ord. 8.º) y, por último, la asociación de delincuentes con el fin de cometer alguno de los delitos del propio artículo 706.73.

motivado sin el requisito de dicha presentación. Si prosigue la investigación en jurisdicción que no sea la del Ministerio Fiscal que entienda de los hechos, podrá acordarse la prórroga por el fiscal del lugar de ejecución de la medida.

Por instrucción del Ministerio Fiscal que entienda de los hechos, las personas respecto a quienes los indicios obtenidos sean susceptibles de dar lugar a la incoación de procedimiento serán, al final de la detención incomunicada, puestas en libertad o bien presentadas ante el propio Ministerio Fiscal.

... (breve párrafo estrictamente relativo a la jurisdicción territorial de determinados tribunales).

Será aplicable a las detenciones incomunicadas en el marco del presente capítulo lo dispuesto en los artículos 63.1, 63.2, 63.3, 63.4, 64, 64.1 y 65».

Pasamos ya a la subsección

4.2. Alegaciones de los peticionarios y decisión del Consejo sobre cada una

Señalemos ante todo que nos hallamos ante de uno de los primeros casos de aplicación, mejor dicho utilización, de la nueva introducida por la última reforma constitucional del 2008 (nuevo art. 61.1) a saber, «la cuestión prioritaria de constitucionalidad», que consiste en la posibilidad de que alguna de las partes en litigios ante el Consejo de Estado o ante el Tribunal de Casación (equivalente *grosso modo* a nuestro Tribunal Supremo), antes de que se dicte respectivamente decisión o sentencia, invoque presunta violación de derechos o libertades fundamentales por una disposición legislativa determinada. El órgano juzgador suspende su fallo y eleva consulta al Consejo Constitucional. Si éste declara constitucional la ley impugnada, nada se opone a que el órgano *a quo* pueda dictar resolución o sentencia apoyándose en esa disposición; si, por el contrario, declara la inconstitucionalidad, se anula toda posibilidad de decisión o sentencia basada en dicha ley.

Recordemos que han sido dos, con diferencia de once días, las cuestiones presentadas, pero, al ser sus motivos casi idénticos y mucho más detallada la primera (1.º de junio de 2010), y bastante más numerosos sus firmantes, el Consejo sólo ha hecho un análisis en profundidad en su primera Decisión, fechada el 30 de julio, y la segunda, muy breve, dictada seis días después, el 6 de agosto, se ha remitido en bloque a la primera respecto a todos los artículos impugnados menos uno, el 64, sobre el cual se ha limitado a fallar sumarisísimamente, si se nos permite la expresión.

Entramos ya en la exposición de cada uno de los alegatos y la respectiva apreciación del Consejo, siguiendo en lo posible el orden de los «considerandos».

a) Alegato genérico (es decir, sin especificar los preceptos presuntamente inconstitucionales).

Los consultantes o más bien «peticionarios» (*requérants*) empiezan afirmando (Consid. núm. 8) que «las condiciones materiales en que se desarro-

lla la *garde à vue* desconocen la dignidad de la persona» (dicho sea incidentalmente y sin ánimo de tomar partido, al menos de momento, no se dice en qué consisten esas «condiciones materiales»).

Se dice en segundo lugar (Consid. núm. 9) que:

- la facultad de los funcionarios de policía judicial de detener a alguien en régimen de incomunicación desconoce el principio según el cual «la autoridad judicial es el guardián de la libertad individual»;
- el Ministerio Fiscal (*le procureur de la République*) «no es una autoridad judicial independiente»;
- sólo se informa al Ministerio Fiscal *ex post*, es decir, una vez que la policía ha decidido la detención incomunicada;
- el Ministerio Fiscal goza de la facultad de prorrogar la detención incomunicada, incluso sin necesidad de que se le presente al detenido.

Se alega en tercer lugar (Consid. núm. 10) que la facultad concedida a los funcionarios de la policía judicial de detener e incomunicar todo sospechoso constituye un «poder arbitrario» que atenta al principio del artículo 9.º de la 10.ª Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que prohíbe «todo rigor que no sea necesario para asegurarse de la persona del encausado».

Se aduce en cuarto y último término (Consid. núm. 11) que:

- el incomunicado sólo tiene derecho a una entrevista inicial de treinta minutos con un abogado y no «a la asistencia» de este último;
- el abogado no tiene acceso a la documentación del expediente y no asiste a los interrogatorios;
- no se notifica al incomunicado su derecho a guardar silencio;
- en consecuencia, el régimen mismo de *la garde à vue* desconoce los derechos de la defensa, las exigencias de un procedimiento justo y equitativo, la presunción de inocencia y la igualdad ante la ley y la (administración de) justicia, y además que
- el hecho de que en las investigaciones referentes a determinadas infracciones, el derecho a entrevistarse con un abogado se aplaze hasta las 48 (cuarenta y ocho) a las 72 (setenta y dos) horas de la detención infringe las citadas exigencias.

Contrariamente al método de la Decisión a propósito de las alegaciones concretas (las que especifican los artículos presuntamente inconstitucionales del Código), que van siempre seguidas de la contestación del Consejo, aquí el texto no se ocupa de estos argumentos iniciales hasta después de comentar el segundo grupo de alegatos, y se hace en los términos (Consids. núms. 19 y 20) que a continuación se resumen.

Por lo que se refiere al «atentado a la dignidad de la persona», se empieza reconociendo que el Preámbulo de la Constitución de 1946 (al que se

remite expresamente la vigente de 1958 en lo referente a derechos y libertades) ha reafirmado, entre otros principios, el de la dignidad de la persona contra toda forma de servidumbre y de «degradación». Este principio tiene, pues, «valor constitucional».

Ahora bien, el Consejo añade que es a las autoridades judiciales y a las autoridades competentes de la policía judicial a quienes corresponde «velar para que la detención incomunicada se aplique en cualesquiera circunstancias dentro del respeto a la persona», y que incumbe además a las autoridades judiciales, en el marco de los poderes que les confiere el Código de Enjuiciamiento Criminal, prevenir y reprimir todo acto que atente a la dignidad personal del incomunicado y ordenar, en su caso, la reparación de los años sufridos. Se observa asimismo que el desconocimiento eventual de este imperativo en la aplicación de la ley no tiene por efecto que la ley misma resulte inconstitucional.

En conclusión (Consid. núm. 20 *in fine*) «los preceptos sometidos a examen del Consejo no atentan a la dignidad de la persona».

b) alegatos referentes a los artículos 63.4, párrafo 7, y 706.73 del Código (Consids. núms. 12 y 13).

El Consejo empieza recordando que, según su propia legislación orgánica, no se le pueden someter cuestiones prioritarias relativas a preceptos legislativos que ya hayan sido declarados conformes a la Constitución en decisiones precedentes del propio Consejo («salvo cambios en las circunstancias»). En consecuencia, al haber declarado la Decisión ya reseñada de 2 de marzo de 2004 que el artículo 706.73, introducido por la ley del mismo mes y años como nuevo Título XXV en el Libro IV con el título «Del procedimiento aplicable a la criminalidad y a la delincuencia organizadas», no violaba la Constitución, y al no haber cambiado las circunstancias desde entonces en materia de lucha contra estos dos fenómenos sociales, no ha lugar (Consid. núm. 13 *in fine*) a un «nuevo examen» de las disposiciones citadas (es decir, que se mantiene por un lado, la declaración de constitucionalidad del párrafo séptimo del artículo 63.4, según el cual, si el detenido lo está por determinados delitos de los comprendidos en el artículo 706.73, la entrevista con el abogado no puede tener lugar hasta pasadas durante y ocho horas, y si la detención es por otros dos tipos del mismo artículo, hasta pasadas setenta y dos horas. Se mantiene igualmente la constitucionalidad del citado artículo 706.73, o sea de la lista de los delitos de delincuencia organizada susceptibles de dar lugar a la aplicación de la «garde à vue»).

c) alegatos relativos a los artículos 63, 63.1, 63.4 en sus seis primeros párrafos, y 77 del Código (Consids. núms. 14 al 29).

Hay que sustraer del análisis los considerandos 19 y 20 ya analizados que, como hemos visto, responden únicamente al argumento genérico de atentado a la dignidad humana. Nos limitamos, pues, a las alegaciones de contenido concreto.

En este punto el Consejo hace a guisa de introducción un breve resumen cronológico de su propia jurisprudencia, del que se deduce lo siguiente:

- en su Decisión (ya citada en el presente resumen) de 11 de agosto de 1993, el Consejo no examinó específicamente los artículos 63 (definición de la detención incomunicada), 63.1 (derecho del incomunicado a ser informado de los motivos de su detención y de la posible duración de ésta), seis primeros párrafos del 63.4 (régimen de entrevistas con el abogado) y 77 (definición de *la garde à vue* en el marco de investigaciones preliminares), pero sí declaró conformes a la Constitución las modificaciones introducidas en dichos preceptos por una ley del mismo año 1993, objeto precisamente de los dos recursos entonces presentados;
- ahora bien, aun siendo cierto que desde 1993 se han introducido en el Código de Enjuiciamiento Criminal varias modificaciones (no se dice cuáles) inspiradas en la finalidad de ampliar las garantías del incomunicado, no lo es menos que también desde 1993 algunos cambios (que tampoco se especifican) en materia de procedimiento penal, así como en las condiciones de aplicación efectiva, «han conducido a un recurso cada vez más frecuente a la *garde à vue* y modificado el equilibrio de los poderes y derechos fijados por el Código de Enjuiciamiento Criminal». Se citan diversas leyes ordinarias promulgadas entre 1978 y 2006, en virtud de las cuales no sólo ha aumentado la lista de las personas con calidad de funcionario de «policía judicial» y habilitadas, por tanto, para imponer la detención incomunicada, sino que también se han reducido los requisitos para la obtención de dicha categoría, con el resultado de que entre 2003 y 2009 ha pasado de 25.000 (veinticinco mil) a 30.000 (treinta mil) el número de funcionarios civiles (policía judicial) y militares (gendarmería) con rango de policía judicial;
- como consecuencia en buena parte de lo anterior, ha ido aumentando sin cesar el número de detenciones incomunicadas, por ejemplo más de 790.000 (setecientos noventa mil) en 2009⁷, y al mismo tiempo la proporción de los procedimientos sometidos a instrucción preparatoria” no ha dejado de disminuir, hasta el punto de representar menos del 3 (tres) por ciento de las sentencias y autos dictados en virtud de acción pública en el ámbito de lo «correcional» (delitos de gravedad media, que no llegan a la calificación de «crímenes»);
- con posterioridad a la ley citada de 1993, se ha generalizado la práctica llamada del tratamiento «en tiempo real» de las causas penales, que ha abocado a que la decisión del Ministerio Fiscal se tome

⁷ N. del Aut.—Según las estadísticas oficiales, en el año 2001 se dieron sólo un poco más de 336.000 (trescientos treinta seis mil) casos, y desde entonces la cifra global ha crecido sin cesar. Los 900.000 del año 2009 suponen, pues, casi el 1,5 (uno coma cinco) 045 100 (ciento) de la población francesa.

sobre la base del atestado policial antes de que se haya puesto fin a la detención incomunicada. Si todo esto, se añade, ha hecho posible una respuesta penal más rápida y más diversificada, no es menos cierto que incluso en los procedimientos relativos a «hechos complejos o especialmente graves», las personas son juzgadas las más de las veces únicamente sobre la base de las pruebas reunidas antes de expirar la detención incomunicada, y en particular sobre las confesiones que el detenido haya podido hacer mientras tanto. La *garde à vue* se convierte, así, a menudo en la «fase principal de constitución del procedimiento para juzgar al encausado»;

- por lo tanto «estas modificaciones de derecho y de hecho justifican un reexamen de la constitucionalidad de los preceptos impugnados».

Hasta aquí, los considerandos de orden general. Más adelante, se abordan (Consids. núms. 26 al 29) las alegaciones relativas a cada uno de los preceptos impugnados, en los términos siguientes:

- 1.º sobre la afirmación de que el Ministerio Fiscal no es una autoridad independiente, «la autoridad judicial comprende a la vez los magistrados de la judicatura (*du siège*) y los de la Fiscalía (*du parquet*)»;
- 2.º acerca de la intervención del Ministerio Fiscal a lo largo del procedimiento, dicho órgano, en virtud de los artículos 63.7 y 77 del Código, está informado desde el comienzo mismo de la detención y controla en consecuencia el desarrollo de la situación;
- 3.º respecto a la afirmación de que el Ministerio Fiscal puede decretar la prórroga de la detención por otras veinticuatro horas sin que se le presente al detenido, dicho órgano puede en todo momento ordenar dicha presentación o bien la puesta en libertad;
- 4.º la prórroga eventual de la detención, criticada en sí misma por los autores de la cuestión prioritaria, es una medida necesaria para la investigación «y proporcionada a la gravedad de los hechos»;
- 5.º (Consid. núm. 26) por lo tanto, procede desestimar el argumento de que la *garde à vue* viola en ese punto el artículo 66 de la Constitución⁸ sobre prohibición de toda detención arbitraria (dicho sea incidentalmente, no consta la invocación de este precepto por los peticionarios, a juzgar por el resumen inicial que hace la Decisión (que ya hemos expuesto);
- 6.º ahora bien no cabe ignorar (Consid. núm. 27) que en virtud de los citados artículos 63 y 77 del Código de Enjuiciamiento Criminal cualquier persona puede ser detenida por un funcionario de la policía judicial y quedar incomunicada durante veinticuatro horas «...sea cual fuere la gravedad de los hechos...», ni desconocer tam-

⁸ *N. del Aut.*—El artículo 66 Constit. dice en efecto: «Nadie puede ser detenido arbitrariamente. La autoridad judicial, guardián de la libertad individual, asegurará el respeto de este derecho en las condiciones previstas por la ley».

- poco que toda incomunicación puede ser prorrogada otras veinticuatro horas «sin que esta facultad quede reservada a infracciones de cierta gravedad»;
- 7.º (Consid. núm. 28), el juego combinado de los artículos 62 y 63 del Código permite el interrogatorio del incomunicado y el artículo 63.4 «no permite a la persona así interrogada, a pesar de que se la retiene contra su voluntad, gozar de la asistencia efectiva de un abogado». A mayor abundamiento «esta restricción de los derechos de la defensa se impone de modo general sin consideración a las circunstancias particulares susceptibles de justificarla para reunir o conservar las pruebas o asegurar la protección de las personas». Finalmente, el incomunicado «no recibe notificación de su derecho a guardar silencio»;
- 8.º (Consid. núm. 29), en estas condiciones los artículos impugnados no establecen las garantías adecuadas al uso que se hace de la *garde à vue* y por consiguiente ya no puede considerarse como «equilibrada» la «conciliación entre, por un parte, la prevención de los atentados al orden público y la busca de los autores de las infracciones y, por otra, el ejercicio de las libertades constitucionalmente garantizadas». En conclusión, «estos preceptos desconocen los artículos 9 y 16 de la Declaración de 1789⁹ y deben ser declarados contrarios a la Constitución».

4.3. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad

El Consejo señala en su último considerando (el 30) que, al no disponer «de un poder general de apreciación de la misma naturaleza que el del Parlamento», no le corresponde «indicar las modificaciones de las normas de enjuiciamiento criminal que deban escogerse para poner remedio a la inconstitucionalidad observada». Pero, añade inmediatamente, si bien una declaración de inconstitucionalidad debe beneficiar en principio a la parte que ha presentado la cuestión, «la derogación inmediata de los preceptos impugnados desconocería los objetivos de prevención de los atentados al orden público y de busca de los autores de infracciones y acarrearía consecuencias manifiestamente excesivas». El Consejo concluye que «procede en consecuencia aplazar al 1.º de julio de 2001 la fecha de la derogación para permitir al legislador remediar esta inconstitucionalidad»; de este modo ninguna medida que se adopte antes de esa fecha en aplicación de los preceptos impugnados podrá ser impugnada por inconstitucionalidad.

⁹ *N. del Aut.*—El artículo 9.º de la Declaración de 1789 dice en efecto: «Se presume que todo hombre es inocente hasta que haya sido declarado culpable; si se juzga indispensable detenerle, todo rigor que no sea necesario para asegurarse de su persona deberá ser severamente reprimido por ley».

El artículo 16 dice: «Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución».

4.4. Fallo final

Consta de tres pronunciamientos sustantivos:

- 1.º se declaran inconstitucionales los artículos 62, 63, 63.1 y 77 del Código de Enjuiciamiento Criminal y los seis primeros párrafos de su artículo 63.4;
- 2.º la declaración de inconstitucionalidad surtirá efecto a partir del 1.º de julio del 2011 (dos mil once), y
- 3.º no ha lugar a que el Consejo Constitucional se pronuncie sobre el artículo 706.73 del mismo Código ni sobre el párrafo séptimo de su artículo 63.4.

4.5. Breve referencia a la Decisión núm. 2010-30/34/35/437/48/49/50 QPC, de 6 de agosto

Es un texto muy breve por el que se resuelven siete consultas transmitidas por el Tribunal de Casación acerca, por un lado, de los mismos artículos del Código que los analizados y resueltos en la Decisión precedente, es decir 62, 63, 63.1, 63.4 y 706.83, y, por otro, del artículo 64.

En el primer punto se falla (como no podía ser de otro modo en virtud de la regla *non bis in idem* proclamada en este punto, con otras palabras, por la propia Constitución) que no ha lugar a pronunciarse sobre los artículos citados.

En cuanto a la presunta inconstitucionalidad del artículo 64, sobre la obligación del funcionario de la policía judicial de hacer constar en el acta del interrogatorio la duración de éste, los intervalos, las horas a las que el detenido haya podido alimentarse, el día y hora en que haya dado comienzo *la garde à vue* y el día y hora en que el detenido haya sido puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial, así como las peticiones formuladas en aplicación de los artículos 63.2, 63.3 y 63.4 y el curso que se les haya dado, el Consejo estima escuetamente (Consid. núm. 4 y último) que «estos preceptos, que se limitan a imponer al funcionario de policía judicial el levantamiento de acta de las condiciones de desarrollo de la detención incomunicada, no desconocen ningún derecho ni libertad garantizado por la Constitución». Se falla, en consecuencia, que el artículo 64 «es conforme a la Constitución».

V. COMENTARIO

Empezaremos por unas observaciones meramente formales, limitadas estrictamente a la decisión 2010-14/22 (la única que realmente justifica un comentario) para continuar y terminar con unas consideraciones sobre el fondo.

A) *En cuanto a la forma*

El método de exposición es el normal de las Decisiones del Consejo. Ninguna objeción, pues, de principio, pero sí nos permitimos apuntar dos de menor cuantía, en la medida en que suponen cierta dificultad para el seguimiento de los antecedentes y del hilo argumental.

En primer lugar, la enumeración de los diez antecedentes legislativos en las páginas iniciales peca de parquedad en la indicación del nexo entre algunos de ellos y el régimen legal de la *garde à vue*, dejando así al lector en incertidumbre sobre la relación entre esas leyes y los preceptos que se impugnan del Código de Enjuiciamiento Criminal. Bien es verdad que esta impresión se disipa en el Considerando 17, donde se vuelven a citar (muy brevemente) ocho de las disposiciones, cifrando su denominador común progresiva ampliación de las categorías de funcionarios habilitados de la policía judicial, pero esto se habría podido decir sin dificultad desde el principio.

El segundo reparo es que el concepto de «atentado a la dignidad personal» que sirve de encabezamiento a los considerandos 19 y 20, no aparece en la lista de alegatos de los peticionarios. Es cierto que se podría deducir implícita y genéricamente del alegato de restricción de libertad personal que esgrimen los peticionarios, pero así se habría debido hacer constar de modo expreso.

B) *En cuanto al fondo*

Parece correcta y equilibrada la Decisión por cuanto, sin caer en descalificaciones globales y simplistas, como habría sido precisamente la de «atentado a la dignidad personal», deja a salvo el principio de la detención incomunicada, pero al mismo tiempo estima excesivas y contrarias a la Constitución, algunas de las restricciones que dicho régimen impone a la libertad personal.

Ahora bien, tenemos aquí un reparo de cierta entidad, y es que no parece correcto en términos rigurosamente jurídico-constitucionales apelar a dos argumentos puramente cuantitativos (el aumento de los funcionarios habilitados para imponer la *garde à vue* y la proporción de los casos de aplicación de ésta) para apoyar una declaración de inconstitucionalidad. En buena lógica jurídica los preceptos son constitucionales o no con independencia de la frecuencia o intensidad con que se apliquen en cada momento. No es éste lugar para juicios presuntivos sobre los motivos últimos del Consejo en su declaración, pero el lector difícilmente puede evitar la sospecha de que sus componentes se han sentido comprensiblemente, si no coaccionados, al menos influidos por consideraciones socio-políticas, dicho más claramente, por el clamor de una masa creciente de opinión contra el aumento de la delincuencia de todo tipo.

En definitiva, estamos una vez más ante un caso de virtual imposibilidad de aplicar lo que en términos kelsenianos habría que llamar una «teo-

ría pura del derecho», es decir criterios estricta y abstractamente jurídicos o legalistas a usos y prácticas procesales que responden de modo punto menos que obligado a factores y circunstancias sociales. El Consejo (cuyo presidente Jean-Louis Debré ha sido por cierto Ministro del Interior bajo el mandato del ex Presidente Jacques Chirac, y ha atesorado amplios conocimientos en materia de actuación policial) ha optado en definitiva por la única solución viable tanto para las necesidades de la policía judicial como para las garantías de la libertad personal: mantener la *garde à vue* por un lado y, anular, por otro, algunos de sus aspectos, forzando así al legislador a reformar en el plazo de un año las disposiciones pertinentes. De hecho el Gobierno francés está preparando ya un proyecto de ley con este fin.