

# SERVICIALIDAD DEL ESTADO

## La aplicación por el juez ordinario de las disposiciones constitucionales relativas a la libertad individual

Estudio comparado de los ordenamientos francés y español

PIERRE CAMBOT

Profesor de Derecho Público

Université de Pau et des Pays de L'Adour Pau, Francia

No se puede discutir la consubstancialidad de la protección del individuo y del Estado de derecho. Cada sociedad que se prevalece de valores democráticos tiene, en efecto, el deber de poner a disposición de los individuos que la componen los medios necesarios a su libre desarrollo.

La separación de los poderes y el dogma concomitante del absolutismo de la ley<sup>1</sup> habiendo revelado ya sus límites, es a la Constitución a la que incumbe ofrecer a la persona los medios de su pleno desarrollo. Al adherir a este postulado, los sistemas francés y español se fiaron de la ley fundamental para asegurar la protección de la persona física.

Así, la Constitución francesa del 4 de octubre de 1958, en su artículo 66, consagra la prohibición de las detenciones arbitrarias y confía la salvaguardia de la libertad individual, a la autoridad judicial. Este concepto, típicamente francés, de libertad individual, conoció un desarrollo muy importante por parte de la jurisprudencia constitucional que reagrupa bajo esta denominación genérica tanto el derecho a la libre disposición de su propio cuerpo como el derecho a no ser privado de libertad, el derecho a la intimidad y a la libertad de circulación.

La Constitución española del 27 de diciembre de 1978 quiso celebrar el regreso a la democracia con una importantísima promoción de los derechos fundamentales. Aunque no exista en España un concepto global de

\*El autor agradece a Paulina González V. y María Luisa Baltra V. por su ayuda en la corrección del texto en su versión en español.

<sup>1</sup>Sobre la cuestión, Ph. Braud, *La notion de liberté publique en droit français*. LGDJ, Paris. 1968, 279.

libertad individual, la noción francesa encuentra, sin embargo, su equivalente en la Constitución hispánica. Se trata de los artículos 15 (derecho a la vida e inmunidad corporal), 17 (derecho a no ser privado de libertad), 18 (derechos al honor y a la intimidad) y 19 (libertad de circulación).

Ya que domina la pirámide de las normas, esta posición preferencial tiene evidentemente que ser acogida. No obstante, la supremacía de la Constitución presenta un verdadero interés sólo si los preceptos de ésta recaen efectivamente sobre las autoridades subordinadas.

Así como lo demuestra la existencia de las jurisdicciones constitucionales francesa y española, la fuerza normativa de las disposiciones relativas a la libertad individual, en lo que concierne al legislador, no plantea problemas particulares. De muy distinto modo va el impacto de la norma primera en cuanto a los demás operadores jurídicos. En este aspecto, el juez ordinario desempeña un papel esencial: por la frecuencia de sus actuaciones, le pertenece asegurar la irradiación por la Constitución de los estratos jurídicos infralegislativos.

En lo que concierne a la libertad individual, esta constitucionalización tendría *a priori* que ser particularmente rotunda dado que las constituciones francesa (art. 66) y española (art. 53.2) consagran al juez ordinario como el guardián principal de este derecho fundamental. La incorporación de la Constitución en la jurisprudencia del juez ordinario es, sin embargo, mucho más institucionalizada en España que en Francia (I). A pesar de estas diferencias estructurales, la ley fundamental tiene una incidencia equiparable en los ordenamientos considerados (II).

## I. LA INTEGRACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ORDINARIA SÓLO ESTÁ INSTITUCIONALIZADA EN ESPAÑA

Tanto por la capacidad normativa de la constitución (A) como por las relaciones existentes entre el juez ordinario y el juez constitucional (B), la constitucionalización del derecho es mucho más previsible en España.

### *A. Sólo la Constitución española modifica el régimen jurídico de la libertad individual*

1. En 1958, acabándose un sistema francés gastado por la inestabilidad ministerial y la parálisis del Estado, el general De Gaulle quiso única-

mente ofrecer al poder ejecutivo los medios institucionales para desarrollar su programa político. La Constitución de la Quinta República elude entonces totalmente la protección de los derechos fundamentales, excepto en lo que concierne a la salvaguardia de la libertad individual.

Sin embargo, si tenemos que alegrarnos de la prohibición constitucional de las detenciones arbitrarias, podemos también dudar en el aspecto innovador del artículo 66 cuando éste apareció en el ordenamiento jurídico de 1958. Salvo en los años negros de Vichy<sup>2</sup>, la Francia metropolitana conocía, en efecto, desde hacía ya un siglo un régimen democrático en el cual los derechos y las libertades de los ciudadanos eran, desde un punto de vista general, protegidos. Más que a una disposición entendiendo modificar el orden jurídico, este primer apartado del artículo 66 correspondía más bien a una voluntad de “afirmar la legitimidad liberal de Francia”<sup>3</sup>.

En el mismo sentido, la exclusividad de la competencia de la autoridad judicial en materia de libertad individual, prevista en el apartado segundo de este mismo artículo, no constituía sino la formalización de un principio jurisprudencial repartidor de las competencias entre los dos órdenes de jurisdicción –judicial y administrativo– que existen en Francia<sup>4</sup>, principio cuya incidencia práctica era además relativa<sup>5</sup>.

La voluntad de los constituyentes españoles era radicalmente distinta.

<sup>2</sup>P. Bon, *Note sur la constitutionnalisation du droit espagnol*, Revue française de droit constitutionnel, 1991, N° 5, 35.

<sup>3</sup>M. Debré, Garde des Sceaux el principal artesano de la redacción de la Constitución de 1958, citado por T. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, Economica-PUAM. 1984, 531.

<sup>4</sup>A título ilustrativo, ver Trib. civ. Marseille, 10 julio 1876, S. 1876, II, p. 98. Sobre la génesis de esta cláusula general de competencia, ver, especialmente, Ph. Bretton, *L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée*. LGDJ, Paris, 1964, 1-12 et T. Renoux, cit., 507-512.

<sup>5</sup>C.E., 7.11.1947, *Alexis et Wolf*, note Ch. Eisenmann, Dalloz, 1948, p. 472. T.C., 27.03.1952, *Dame de la Murette*, en *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, N° 84. Sur la question, Ch. Eisenmann. “Le contentieux des atteintes arbitraires à la liberté et à la sécurité individuelles”, Revue de droit public, 1956, p. 2. T.C., 16.11.1964. *Clément*, Rec., 796. Dalloz. 1965, 668 et C.E., 2.7.1965, *Voskresensky*, Rec., p. 419. P. Amselek, *Les vicissitudes de la compétence juridictionnelle en matière d'atteintes administratives à la liberté individuelle*. Revue de droit public, 1965, pp. 801-855.

2. Al salir de casi cuarenta años de régimen dictatorial, España se dota en el año 1978 de una constitución democrática que, antes de preocuparse por la separación de los poderes y la estabilidad del régimen democrático, se empeña en consagrar y salvaguardar los derechos fundamentales que les faltaron a los ciudadanos españoles durante el franquismo. En cuanto a la libertad individual, numerosas y extensas disposiciones vienen a borrar el derecho predemocrático. La ayuda de un abogado durante la detención policial, la instauración de un proceso de habeas corpus, la necesidad de una autorización judicial antes de todo registro domiciliario, el derecho de salir y entrar libremente del territorio nacional constituyen uno de los progresos conseguidos por la Constitución de 1978 para con la protección de la libertad individual de todo español.

Por otra parte, mientras que bajo los regímenes anteriores se rehusaba todo tipo de fuerza normativa a las disposiciones de la ley fundamental sin relación con el funcionamiento de las instituciones, la Constitución de 1978, al revés, quiere ser totalmente apremiante. Así, el artículo 9.1 afirma sin matices que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución”. El artículo 53.1 insiste más en cuanto a los derechos fundamentales y confirma que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título primero “vinculan a todos los poderes públicos”.

Más allá de una sencilla recurrencia, hay que ver en esta norma la consagración de derechos fundamentales directamente aplicables<sup>6</sup> de tal manera que la norma fundamental española representa “el origen tanto mediato como inmediato de los derechos y obligaciones y no sólo la norma de las normas”<sup>7</sup>.

En el proceso democrático, el juez ordinario es además asociado a esa puesta en conformidad del ordenamiento jurídico. En efecto, según el apartado 3 de la disposición derogatoria de la ley fundamental, “quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la Constitución”. A partir de este fundamento normativo, el Tribunal Supremo consideró como derogada, por ser contraria al artículo 25.3, la legislación relativa a la represión del contrabando que preveía penas de prisión por impago de sanciones pecuniarias administrativas.

<sup>6</sup>E. García de Enterría, *La Constitución como norma jurídica*, en *La Constitución y las fuentes del Derecho*, Dirección general de lo contencioso del Estado, Instituto de estudios fiscales, Vol. I, 1979, 121.

<sup>7</sup>F. Rubio Llorente, *La Constitución como fuente del derecho*, en *La Constitución y las fuentes*, cit., 62.

Aparte de su fuerza normativa, la Constitución española es capaz de infiltrar el ordenamiento infralegislativo porque establece relaciones, sin equivalentes franceses, entre el juez ordinario y el juez constitucional.

### B. Sólo la Constitución española pone en relación al juez ordinario y al juez constitucional

Que se trate, ya sea de colaborar con el juez constitucional en el control de constitucionalidad de las leyes, ya sea de ser controlado por este mismo juez constitucional en el marco de un recurso de amparo, los jueces ordinarios francés y español se encuentran en situaciones absolutamente distintas.

3. En el sistema hispánico, la Constitución habilita al juez ordinario a plantear una “cuestión de inconstitucionalidad” cuando tiene dudas de la validez de la norma que tiene que aplicar. De manera imprescindible, este trámite lleva al juez a enfocar la Constitución como una fuente del derecho por completo. Bajo la iniciativa del juez ordinario, se anuló, por ejemplo, la ley sobre la protección de la seguridad ciudadana conocida bajo el nombre de ley Corcuera<sup>8</sup> –por referencia al Ministro de Asuntos Interiores que promovió dicha ley– que entendía hacer escapar a la necesidad de una previa autorización judicial los registros relativos a la lucha contra el tráfico de drogas<sup>9</sup>.

En Francia, al revés, no existe más que un control de constitucionalidad *a priori*, de tal manera que una barrera contenciosa hermética separa al juez ordinario del juez constitucional aun cuando la irregularidad de la ley discutida no hace dudas. De hecho, el juez ordinario no tiene ni la competencia de plantear una cuestión de inconstitucionalidad ni el poder de descartar *motu proprio* dicha ley. Es la teoría francesa de la ley pantalla que separa al juez de la Constitución.

En los ejemplos más notables podemos mencionar el *obiter dictum* por el cual el Consejo Constitucional negó al Gobierno el poder de fijar, por vía reglamentaria, infracciones y penas privativas de libertad. Esta competencia gubernamental reconocida por una ley (art. 465 Código Penal), pero aparentemente contraria a la Constitución, se imponía a pesar de todo

<sup>8</sup>Ley orgánica 1/1992, de 21.02.1992, sobre la protección de la seguridad de los ciudadanos.

<sup>9</sup>STC 341/1993, de 18.11.1993, BJC, N° 152.

a los dos jueces ordinarios, administrativo y judicial. El legislador, casi veinte años más tarde, puso en conformidad el estado del derecho con las exigencias constitucionales.

El problema fue idéntico a propósito de registros administrativos. El juez constitucional impuso desde 1983 que cada entrada domiciliaria por motivos administrativos fuese decidida previamente por la autoridad judicial. Sin embargo, numerosas leyes no respondían a esta condición. Así, la inconstitucionalidad del Código de aduanas (art. 64 et 454) y del Código de impuestos (art. L. 26) fue planteada ante el juez judicial quien, de conformidad con la teoría de la ley pantalla, no podía más que aplicar estas leyes. Otra vez, el Parlamento intervino unos años más tarde para regularizar dicha legislación.

Las diferencias entre los sistemas son tan claras cuando es el juez ordinario el que decide apartar la jurisprudencia constitucional.

4. Existe en España una unicidad evidente de las jurisprudencias ordinaria y constitucional. Esta ósmosis ejemplar tiene, primero, por origen el artículo 7.2 de la ley orgánica del Poder Judicial, del 1º de julio de 1985, según el cual los derechos y libertades consagrados en el capítulo segundo del Título Primero de la Constitución deben ser apreciados de conformidad con su “contenido constitucionalmente proclamado”. Dadas las numerosas sentencias del Tribunal Constitucional, este contenido no puede ser otro que el fijado por este último.

Además, si el juez ordinario decide alejarse de esta jurisprudencia, su disidencia subsistirá únicamente si el juez constitucional resulta convencido en el marco del recurso de amparo que cada ciudadano puede entablar frente a todo acto de los poderes públicos que infringe sus derechos fundamentales salvo cuando se trata de una ley. Por cierto, el recurso de amparo no constituye un grado más de jurisdicción pero, en los hechos, se hace difícil para el juez constitucional no apreciar el fondo del asunto. Verdadera espada de Damocles, el recurso de amparo conduce al juez ordinario a tomar en cuenta y a aplicar rigurosamente la Constitución, así como ésta es interpretada por el juez constitucional.

Aunque esta jerarquización de las relaciones entre los jueces ordinario y constitucional pueda crear cierta tensión<sup>10</sup>, contribuye, sin embargo, a favorecer la coherencia del ordenamiento jurídico español.

<sup>10</sup>Ver, A. de Alfonso Bozzo, *Las funciones del recurso de amparo constitucional*, Revista jurídica de Catalunya, Nº 3, 1983, 150. A. de la Oliva Santos, *La tensión entre el*

En Francia, al contrario, no existe ningún tipo de relación entre el juez ordinario y el juez constitucional. En toda impunidad, el primero puede en consecuencia alejarse de la jurisprudencia del segundo.

Así, una sentencia del 12 de enero de 1977 del Consejo Constitucional anuló una ley que ofrecía poderes generales e imprecisos a la Policía en materia de registros de vehículos<sup>11</sup>. De hecho, estos poderes sólo estaban tolerados en caso de un delito flagrante (Art. 56 Código de Procedimiento Penal). Pero por una interpretación muy amplia de la noción de delito flagrante –había, para el juez, delito flagrante en cuanto a un rapto durante la integralidad del delito– el juez judicial restableció de facto la ley desaparecida y negó toda influencia material a la sentencia constitucional<sup>12</sup>.

En el mismo sentido, el juez ordinario desconoce la jurisprudencia constitucional en cuanto a la definición del domicilio<sup>13</sup>. Mientras que el Consejo Constitucional tiene una extensa concepción del domicilio que reagrupa todos los “lugares privados”, el juez judicial considera el domicilio únicamente *stricto sensu* y excluye, por ejemplo, las dependencias del domicilio<sup>14</sup> y las sedes de las empresas<sup>15</sup> que no se benefician, en consecuencia, con las garantías previstas para el domicilio. Pues, en Francia, la ausencia de dinámica institucional capaz de aproximar al juez ordinario a la Constitución puede desembocar en que coexistan dos normas en contradicción, aplicadas cada una por un juez distinto.

A partir de estas diferencias estructurales, tenemos que apreciar ahora el impacto objetivo de la Constitución sobre el ordenamiento jurídico.

---

*Tribunal constitucional y la jurisdicción ordinaria*, Estudios de jurisprudencia, 1994 N° 12, 41. P. Sala Sánchez (Presidente del Consejo general del Poder Judicial y del Tribunal Supremo), *La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales*, Actualidad Aranzadi, 22.09.1994, N° 165, 1.

<sup>11</sup>Décision N° 76-75 DC de 12.01.1977, *Rec.*, 33; *G.D.*, N° 25 y bibliografía citada.

<sup>12</sup>Cass. crim., 8.11.1979, *Trignol*, *La semaine juridique*, 1980, II, 19937. D. Mayer, *Plaidoyer pour une redéfinition du flagrant délit*. *Dalloz*, 1980, *Chron.*, p. 99. J. Rivero, *Liberté individuelle et fouille des véhicules* en *Le Conseil Constitutionnel et les libertés*. Economica-PUAM, 1987, 78.

<sup>13</sup>M. Brieuc de Mordant de Massiac, *L'application du principe constitutionnel l'autorité judiciaire: gardienne de la liberté individuelle*, en *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, colloque des 9 et 10.12.1994, Paris, 3.

<sup>14</sup>Cass. crim., 26.09.1990, *bull.*, N° 321.

<sup>15</sup>Cass. crim., 27.09.1984, *bull.*, N° 275; Cass. crim., 12.07.1994, Besson.

## II. LA INTEGRACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ORDINARIA ES UNA REALIDAD TANTO EN ESPAÑA COMO EN FRANCIA

Como era previsible, el examen de las jurisprudencias ordinarias revela una mayor utilización de la Constitución en España (A). Sería, no obstante, un error concluir que el juez ordinario francés desconoce a menudo la Constitución, porque la jurisprudencia voluntarista del Consejo Constitucional, asociada a la sensibilización progresiva de los jueces ordinarios, permite limitar las disfunciones antes referidas (B).

### A. *La Constitución es invocada más a menudo en España*

1. El juez ordinario español, después de unas dudas en cuanto a su valor normativo<sup>16</sup> y tras haber sido denunciado por el juez constitucional<sup>17</sup> manifiesta ahora su adhesión a la Constitución, fundándose en ésta en numerosas sentencias.

El artículo 15 CE es invocado, por ejemplo, en materia de aborto, de tratos inhumanos o degradantes, de tortura y de investigación de paternidad.

En lo que se refiere al artículo 17 CE, su utilización concierne principalmente a los litigios relativos a la violación de los derechos garantizados a la persona puesta en detención policial.

A propósito del artículo 18 CE, la conciliación de los derechos al honor y a la intimidad con los derechos a la libre expresión y a la libre comunicación es fuente de una amplia constitucionalización del derecho ordinario. También se utiliza, por ejemplo, durante pleitos relativos a conflictos fiscales o a la recopilación informática arbitraria de datos personales.

La libertad de circulación consagrada en el artículo 19 CE es, por su parte, particularmente desarrollada en materia de entrada y salida de los extranjeros del territorio nacional. Su conciliación con los derechos de huelga y de manifestación en la vía pública fue, en el mismo sentido, examinada por el juez.

<sup>16</sup>En su sentencia de 16.10.1979, Ar., 3369, el Tribunal Supremo había considerado que la Constitución no tenía sino un "contenido simplemente programático". En el mismo sentido, la sentencia de 2.5.1980, Ar., 1917, precisa que se trataría de una "declaración de principios".

<sup>17</sup>STC 80/1982 dr 20.12.1982, J.C., T. IV, 519.

Como lo dice el profesor Rubio Llorente, ex Vicepresidente del Tribunal Constitucional, el ejercicio de la jurisdicción constitucional “pertenece a todos los órganos jurisdiccionales y no sólo al Tribunal constitucional”<sup>18</sup>.

2. En cambio en Francia, no es nada sorprendente notar en un estudio realizado para los años 1958-1992 que el artículo 66 de la Constitución se utiliza de manera muy puntual. En más de treinta años, menos de diez sentencias de los jueces supremos invocan la Constitución en temas tan variados como la extradición, los controles de identidad, los registros domiciliarios<sup>19</sup>, la retención de extranjeros a punto de ser expulsados<sup>20</sup> o las intervenciones telefónicas<sup>21</sup>.

Mientras que la referencia constitucional se impone en España como una evidencia –aun cuando ésta no tiene consecuencias jurídicas inmediatas– el juez ordinario francés se considera a regañadientes como una autoridad subordinada integrada en un orden jurídico patrocinado por la Constitución. Sin embargo, a pesar de las apariencias, la constitucionalización de la jurisprudencia ordinaria es una realidad que no se puede poner en tela de juicio.

## B. *La integración subyacente de la Constitución francesa en la jurisprudencia ordinaria*

1. Por la técnica de la declaración de conformidad bajo reserva, el Consejo Constitucional incita al juez ordinario a tomar en cuenta la jurisprudencia constitucional cuando éste debe aplicar la ley.

Elaborada por el juez administrativo, esta técnica permite al juez constitucional validar una norma legislativa después de haberle “quitado su veneno”, es decir, después de haber puesto unas condiciones a su indulgen-

<sup>18</sup>Rubio Llorente, *Sobre la relación entre Tribunal constitucional y Poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, Revista española de Derecho constitucional, Nº 4, 1982, 42. En el mismo sentido, S.T.C. 50/84 du 5.4.1984.

<sup>19</sup>Cass. Ch. mixte, 15.12.1988, *MM. Farnaud et Magri contre Directeur des Impôts*, Bull., Nº 4, 3.

<sup>20</sup>Cass., deuxième Ch. civile, 24.10.1990 y 26.11.1990, *Chabda*, Bull., Nº 246, 125.

<sup>21</sup>Cour de cassation (Assemblée plénière), 24.11.1989. *Baribeau*, P. Kayser et Th. Renoux, *La Cour de cassation et l'article 66 de la Constitution*, Revue française de droit constitutionnel, 1990, 141.

cia<sup>22</sup>. En virtud del artículo 62 de la Constitución, esta interpretación se impone a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales.

El control de constitucionalidad supera así el marco del único examen *a priori* para incidir sobre la aplicación *in concreto* de la ley declarada conforme a la Constitución.

El juez ordinario se convierte, pues, en garante de la efectividad de las decisiones del Consejo Constitucional vigilando la conformidad de las medidas de ejecución de la ley con las directivas establecidas por el Alto Tribunal. Siendo el último eslabón de la cadena, desempeña el papel de colaborador y complemento del Consejo Constitucional.

Aunque el recurso a esta técnica puede aparecer como bastante discutible dado que comporta un riesgo de invadir el dominio del legislador<sup>23</sup>, tenemos que admitir, no obstante, que contribuye de manera muy útil a la constitucionalización de las distintas ramas de nuestro derecho. De la misma manera, el Tribunal Constitucional español no rehusa emplear este particular método.

Entre los numerosos ejemplos relativos a la libertad individual podemos extraer algunos muy recientes que tuvieron una incidencia esencial en el derecho positivo.

Por una parte, resulta interesante la sentencia 92-307 DC, del 25 de febrero de 1992, relativa a la retención de los solicitantes de asilo. Esta privación de libertad prevista en la ley para cada extranjero candidato al asilo que se presentaba a las fronteras francesas fue limitada por el juez constitucional a las únicas personas que tenían una solicitud manifiestamente infunda-

<sup>22</sup>F. Moderne, *La déclaration de conformité sous réserve*, in Le Conseil constitutionnel et les partis politiques, Economica-PUAM, Paris, 1988, 94. L. Favoreu, *L'effet des décisions du conseil constitutionnel à l'égard du juge administratif français*, Journées de la Société de législation comparée, N° 9, 1987, 464; *La décision de constitutionnalité*, Revue internationale de droit comparé, 1986, N° 2, 611; Rapport français en *L'effectivité des décisions de justice*, Travaux de l'Association H. Capitant, Tome XXXVI, 1985, Economica, 601. L. Favoreu et T. Renoux, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Sirey, Paris, 1992, espec. N° 298-340. G. Drago, *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel. L'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois*. Economica-PUAM. 1991.

<sup>23</sup>F. Moderne, art. cit., 117, también, *Complémentarité et compatibilité des décisions du Conseil constitutionnel et des arrêts du Conseil d'Etat?*, in Conseil Constitutionnel et Conseil d'Etat, LGDJ. 1988, Paris.

da<sup>24</sup>. La aplicación literal de la ley hubiera, en efecto, infringido el derecho fundamental al asilo territorial reconocido en Francia por el Preámbulo de la Constitución de la Cuarta República.

Por otra parte, a propósito de los controles de identidad persiguiendo una finalidad administrativa –y no represiva–<sup>25</sup>, el Consejo Constitucional limitó los poderes de la policía prohibiendo los controles generalizados y discrecionales y exigiendo un riesgo efectivo para el orden público<sup>26</sup>.

Estas reservas de interpretación tienen un impacto tan importante que el Gobierno consiguió una revisión de la Constitución<sup>27</sup> para escapar a la obligación de acoger a ciertos solicitantes de asilo que le imponía el juez constitucional y poder aplicar acuerdos europeos cuya finalidad era limitar este tipo de inmigración<sup>28</sup>.

En consecuencia, al aplicar la jurisprudencia constitucional en este marco especial, el juez ordinario se aproxima de una manera general al juez constitucional, lo que contribuye más a la coherencia del orden jurídico<sup>29</sup>.

2. Por una parte, los fiscales y abogados del Estado han superado la noción de autoridad de la cosa juzgada para asimilar la jurisprudencia constitucional a una norma de alcance general<sup>30</sup>. Sus planteamientos analizan así de manera muy extensa la jurisprudencia constitucional y enfocan en

<sup>24</sup>Décision N° 92-307 DC, de 26.02.1992, *Rec.*, 48, cons. N° 32, para más detalles sobre el tema de las reservas de interpretación, ver B. Genevois, *L'entrée des étrangers en France: le rappel des exigences constitutionnelles*, *Revue française de droit administratif*, 1992, N° 2, 185.

<sup>25</sup>En el ordenamiento francés se distinguen los controles administrativos, que se practican independientemente de un delito particular y cuya finalidad es el mantenimiento general del orden público, de los controles judiciales ejercidos en el marco de una investigación relacionada con un delito.

<sup>26</sup>Décision N° 93-323 DC, de 5.08.1993, cons. N° 10. *J.O.*, 7.08.1993, 11193.

<sup>27</sup>Ley constitucional de 25.11.1993. Sobre el tema, F. Luchaire, *Le droit d'asile et la révision de la Constitution*, *Revue de Droit public*, 1994, 9.

<sup>28</sup>Décision N° 93-325 DC de 12 y 13.08.1993 cons. N° 88; *G.D.*, N° 47.

<sup>29</sup>H. Dontenwille, *De l'effet des décisions des juridictions constitutionnelles à l'égard des juridictions ordinaires en droit français*, *Journées de la Société de législation comparée*, N° 9, 1987, 438.

<sup>30</sup>L. Favoreu, *L'application des décisions...*, *cit.* 277-278; *L'effet des décisions*, *cit.* 481.

términos constitucionales problemas de legalidad ordinaria<sup>31</sup>. Y aunque esta dimensión suprema no aparece expresamente en la sentencia, el derecho material sí que hace aplicación del derecho jurisprudencial constitucional.

Por otra parte, se nota que las pocas sentencias que se refieren a la Constitución emplean esta vía jurídica para dar un peso suplementario a su solución. Es decir, si el juez ha ignorado tradicionalmente la Constitución en beneficio de la ley, el recurso a la ley fundamental tiene casi sistemáticamente una incidencia particular sobre el orden jurídico<sup>32</sup>. Como un *deus ex machina*, el artículo 66 no aparece más que cuando las normas infraconstitucionales no son operacionales. La dimensión constitucional del derecho surge cada vez que presenta una necesidad especial<sup>33</sup>.

En efecto, bajo la impulsión del juez constitucional, esta disposición se convirtió en una norma esencial para la protección de la libertad individual sobre la cual puede justificar evoluciones notables de la jurisprudencia.

En suma, a pesar de las diferencias cuantitativas antes expuestas, el trámite intelectual de los jueces ordinarios francés y español no es realmente diferente<sup>34</sup>.

<sup>31</sup>Concl. H. Dontenville, Cass. crim. 25.4.1985 *Bogdan et Vuckovic* (deux arrêts), note W. Jeandidier, La semaine Juridique, 1985, 20465. E. Robert, concl. sur Cass. Ass. plénière, 24.11.1989. *Baribeau, Rapport de la Cour de cassation*, 1989, 143. S. Kehrig, réquisitions sur C.A. de Paris, 18.10.1990. *Dalloz*, 1990, 539. M. Fornacciari, concl. sur *Ville de Paris*, 9.6.1986. *Revue française de droit administratif*, 1987, 281. J. Krulic, concl. sur T.A. Versailles, 6.12.1994 (3 espèces), *Revue française de Droit administratif*, 1995, 374.

<sup>32</sup>Voir notamment, Cass. crim. 25.4.1985 *Bogdan et Vuckovic*, cit. L. Favoreu, *La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et l'article 66 de la Constitution*. *Dalloz*, 1986, chron., 169-176. Recientemente véase la Décision Cass. civ., 28.06.1995. *Bechta*, caso en el cual el juez del orden judicial se ha reconocido competente para poner término a la retención de un extranjero, a quien se va a expulsar, cuando tal retención es la consecuencia de un control de identificación ilegal.

<sup>33</sup>Podría citarse tal actitud en los jueces de primera instancia, por ejemplo, en materia de internaciones siquiátricas. T.G.I. *Bar-le-Duc*, deux ordonnances: 21.6.1982, C., 13.10.1982, L., *Dalloz*, 1983, J., p. 94, note J. Prévault. S. Tsikliras, *La protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire en droit français*. LGDJ, Paris, 1991, 45.

<sup>34</sup>L. Favoreu, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit public*, *Pouvoirs*, N° 13, 1980, 17, *L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit*, en *Itinéraires - Mélanges L. Hamon*, *Economica*, 1982, 235; *Le juge constitutionnel, le juge administratif et le juge des conflicts: vers une harmonisation des jurisprudences*, *Revue*

No obstante, a mi juicio, la introducción en Francia de una cuestión de inconstitucionalidad –que fracasó ya dos veces en pocos años por razones políticas– permitiría rematar esa evolución<sup>35</sup>. Por una parte, esta relación podría contribuir a reforzar la dinámica de colaboración que existe de manera empírica entre el juez ordinario y el juez constitucional. Y, por otra, esta técnica contenciosa tendría, también, la ventaja de aproximar al ciudadano a la Constitución que, hasta ahora, no goza de ningún tipo de adhesión popular.

---

française de droit administratif, 1984, 279; *La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et l'article 66 de la Constitution*, Dalloz, 1986, 169; *L'application des décisions du Conseil constitutionnel, par le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits (bilan provisoire)*, Revue française de droit administratif, 1987, 269; *L'effet des décisions du conseil constitutionnel*, cit.; *Consideraciones comparadas sobre la "revolución" jurídica francesa*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Nº 1, 1988, 235; *Dualité ou unité d'ordre juridique: Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat participent-ils de deux ordres juridiques différents?*, en Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, LGDJ, 1988; *Vers un droit constitutionnel pénal*, Mélanges Vitu, 1989, 169; *L'application des normes constitutionnelles et des décisions du Conseil constitutionnel par le juge administratif (nouveaux développements)*, Revue française de droit administratif, 1989, 142; *Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit*, Revue française de Droit constitutionnel, 1990, 72; avec T. Renoux, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, cit. Par ailleurs. Ch. Eisenmann, *La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif*, Revue de Droit public, 1972, 1345. F. Luchaire, *Les fondements constitutionnels du droit civil*, Revue trimestrielle de Droit civil, 1982, 245. L. Philip, *La constitutionnalisation du droit pénal français*, Revue de Sciences criminelles, 1985, 711; *Droit fiscal constitutionnel*, Economica, 1990. F. Loloum et P. Nguyen Huu, *Le Conseil constitutionnel et les réformes du droit pénal en 1986*, Revue de science criminelle, 1987, 566; A.S. Ould Boubout, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Economica, 1987. J. Robert, *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, Revue de Droit public, 1987, 1.151. D. Mayer, *L'apport du droit constitutionnel au droit pénal en France*, Revue de Sciences criminelles, 1988, 439. B. Genevois, *Continuité et convergence des jurisprudences constitutionnelle et administrative*, Revue française de Droit administratif, 1990, 143. D. Rousseau, *Une résurrection, la notion de Constitution*, Revue de Droit public, 1990, 5; *Droit du contentieux constitutionnel* (3<sup>e</sup> éd.). Montchrestien, Paris, 1993. M. Frangi, *Constitution et droit privé*, Economica-PUAM, 1992. O. Schrameck, *Droit administratif et droit constitutionnel*, Actualité juridique de Droit administratif, 1995, Nº spécial, 34.

<sup>35</sup>Sobre la excepción de inconstitucionalidad, L. Favoreu, *L'exception d'inconstitutionnalité est-elle indispensable en France?*, Annuaire international de justice constitutionnelle, Vol. VIII, 1992, 11.

