



# Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición  
de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 2, n.º 2, enero-junio, 2021  
Publicación semestral. Lima, Perú  
ISSN: 2709-6491 (online)  
DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v2i2.8>

## El acceso a la justicia administrativa de los presos en el derecho francés

The access to administrative justice for prisoners under French law

JACQUES PETIT

Universidad de Rennes 1

(Rennes, Francia)

Contacto: [jacques.petit@univ-rennes1.fr](mailto:jacques.petit@univ-rennes1.fr)

<https://orcid.org/0000-0002-7852-5988>

### RESUMEN

Este estudio se centra en el acceso de los detenidos a la justicia administrativa francesa; a propósito de ello, se evalúa la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues juega un rol determinante, especialmente cuando ejecuta las disposiciones de la Convención Europea de Derechos Humanos sobre los derechos y las libertades de los presos, quienes deben ser detenidos en condiciones compatibles con el respeto a la dignidad humana. El dualismo jurisdiccional francés (judicial y administrativo) influye en la designación del juez competente que conocerá los recursos ejercitados por los detenidos para impugnar la legalidad de las medidas adoptadas en su contra u obtener una indemnización por el daño sufrido. La distribución de competencias entre los jueces administrativos y judiciales genera, regularmente, obstáculos para que

los detenidos accedan a remedios eficaces. En ese sentido, se postula que la unificación y la institución de una jurisdicción especializada en conflictos penitenciarios permitiría un mejor acceso de los detenidos a la justicia en Francia.

**Palabras clave:** acceso a la justicia administrativa; presos; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Convención Europea de Derechos Humanos; Francia.

### ABSTRACT

This study focuses on the access of detainees to French administrative justice; in this regard, the jurisprudence of the European Court of Human Rights is evaluated, as it plays a decisive role, especially when enforcing the provisions of the European Convention on Human Rights on the rights and freedoms of prisoners, who must be detained in conditions compatible with respect for human dignity. The French jurisdictional dualism (judicial and administrative) influences the designation of the competent judge to hear appeals brought by detainees to challenge the legality of the measures taken against them or to obtain compensation for the damage suffered. The distribution of competences between administrative and judicial judges regularly creates obstacles for detainees' access to effective remedies. In this regard, it is postulated that the unification and institution of a specialized jurisdiction for prison disputes would allow detainees better access to justice in France.

**Key words:** access to administrative justice; prisoners; European Court of Human Rights; European Convention on Human Rights; France.

Recibido: 10/01/2021 Aceptado: 15/05/2021

## 1. INTRODUCCIÓN

«La justicia no puede detenerse a las puertas de las cárceles», afirma solemnemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>1</sup> y, por supuesto, tiene toda la razón; no obstante, para ejercitarla, hay que hacer justicia. Para que no se detenga en las puertas de las cárceles, es necesario que los detenidos y las organizaciones que defiendan sus intereses tengan acceso a un juez. Centraremos este estudio en dicho acceso, pero no pretendemos dar una revisión completa a la problemática; al contrario, admitimos ciertos límites de alcance que indicamos a continuación.

En primer lugar, trataremos el tema desde el punto de vista del derecho francés. Sobre ello, son pertinentes dos aclaraciones: a) las cuestiones planteadas respecto del acceso de los detenidos a la justicia en Francia son, en gran medida, de alcance general en el sentido de que pueden presentarse en cualquier sistema jurídico; y b) no es posible abordar este asunto desde una perspectiva exclusivamente francesa, porque, en este ámbito, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) juega un rol cada vez más importante. En efecto, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, también conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), «no consagra en sí mismo un derecho a tener condiciones específicas de detención» (Sudre, Milano y Surrel, 2019, p. 321). En ese sentido, se diferencia de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), cuyo artículo 5.2 establece que «Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano»<sup>2</sup>.

---

1 TEDH, 28 de junio de 1984, *Campbell c. Royaume-Uni*, A 80, § 69.

2 Cabe destacar que el párrafo 1 del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) contiene una disposición idéntica.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal ha llegado a un resultado similar al interpretar el artículo 3 de la CEDH, el cual prohíbe la tortura y las penas o los tratos inhumanos o degradantes, defendiendo el derecho de todo preso a ser detenido «en condiciones compatibles con el respeto a la dignidad humana»<sup>3</sup>.

Además, de manera directamente ligada a la temática de este estudio, el artículo 13<sup>4</sup> de la CEDH sanciona que, para la defensa de los derechos y las libertades que se desprenden de la Convención, el preso, como cualquier otra persona, tiene un recurso efectivo ante una autoridad nacional. El desconocimiento de esta disposición, en materia penitenciaria, recientemente le ha valido a Francia una rotunda condena<sup>5</sup>, hecho que da fe de la relevancia que ha adquirido la CEDH en este ámbito.

Una segunda limitación del alcance de este estudio se vincula a la propia noción de «detenido». De acuerdo con su acepción habitual, designa exclusivamente a la persona recluida en un establecimiento penal. Por lo tanto, no incorpora otras categorías de personas que también son objeto de medidas de privación de libertad y que podrían incluirse en el concepto de detenido, si este fuera ampliamente comprendido.

En el derecho francés, esto afecta a los pacientes mentales hospitalizados sin su consentimiento y a los extranjeros ilegales recluidos en centros de detención. Su acceso al juez plantea problemas específicos que no consideraremos en este trabajo, pues nos limitaremos a los detenidos *stricto sensu*. Subrayamos que estos últimos se dividen en dos categorías muy diferentes, según la base jurídica de su detención: la primera (poco más de 2/3 de la población carcelaria) agrupa a las

---

3 TEDH, Grande Chambre, 26 de octubre de 2000, Kudla c. Polonia, n.º 3210/96, § 94.

4 El artículo 25 de la CADH realiza una sanción similar.

5 TEDH, 30 de enero de 2020, J. M. B. c. Francia, n.º 9671/15.

personas declaradas culpables de un delito y condenadas a prisión, por lo que están encarceladas en «establecimientos penitenciarios». La segunda categoría (algo menos de 1/3 de los detenidos) incluye a las personas que aún no han sido sentenciadas (y, por tanto, se presumen inocentes), pero que, por decisión de un juez o razones de seguridad, han sido puestas en prisión preventiva con el fin de investigar su caso; ellas son recluidas en «centros de prisión preventiva».

En suma, discutiremos únicamente el acceso de los detenidos a la justicia administrativa. Esto requiere algunas aclaraciones. Por razones históricas que no señalaremos, la organización de la justicia en Francia se establece sobre la distinción de dos tipos de jurisdicción: la de los tribunales judiciales, que se encarga de las disputas entre particulares y ejerce la represión penal, y la de los tribunales administrativos, que conoce de los litigios que involucran a la administración. El Consejo de Estado es el órgano supremo, pero también incluye tribunales administrativos (jueces de primera instancia) y tribunales administrativos de apelación.

Este dualismo jurisdiccional tiene importantes consecuencias para la designación del juez competente que va a conocer de los recursos ejercitados por los detenidos con el fin de impugnar la legalidad de las medidas adoptadas en su contra u obtener una indemnización por el daño sufrido. En la mayoría de los casos, la competencia recae en el juez administrativo, porque las medidas o los daños en cuestión están vinculados al funcionamiento del servicio público penitenciario, un servicio puramente administrativo, incluso si está, por definición, relacionado con la justicia penal. Sin embargo, determinadas medidas relativas a los detenidos son de la competencia del juez judicial por el vínculo directo que tienen con la ejecución de la condena o la investigación penal. Este es el caso, por ejemplo, de la decisión por la cual un juez de instrucción suspende o retira el permiso que

ha otorgado a una persona para que pueda visitar a su acompañante, quien se encuentra en prisión preventiva (Consejo de Estado, 2011, p. 165).

Esta distribución de competencias genera ciertas problemáticas, las cuales constituyen, sin duda alguna, un obstáculo para acceder a un juez de manera debida. Desde este punto de vista, al parecer, en las circunstancias específicas de un caso, el TEDH consideró que «la extrema complejidad de las reglas de competencia» (Moreau, 1980, p. 260) privó al interesado de un remedio eficaz. Esta hipótesis no se puede descartar, puesto que el Tribunal se ha pronunciado en este sentido respecto a la internación forzosa de enfermos mentales<sup>6</sup> cuyo control judicial fue tradicionalmente compartido entre los dos niveles de competencia. Esta decisión del Tribunal también ha conducido al Legislador francés a unificar este conflicto en beneficio del juez judicial (Ley del 5 de julio de 2011).

En materia de conflicto penitenciario, tanto dicha unificación como la institución de una jurisdicción especializada en estos conflictos (que existe en determinados Estados europeos<sup>7</sup>) posibilitarían que los detenidos tengan un mejor acceso al juez. Pese a que ello se ha sugerido dentro del propio Consejo de Estado (Frydman, citado en Cassin y Waline, 2019, pp. 875-877), nunca se ha llevado a cabo una reforma de este tipo en Francia, lo cual es una lástima.

---

6 TEDH, 18 de noviembre de 2010, n.º 35903/35, Balduino c. Francia, §108: «El Tribunal llega a la conclusión de que, en las circunstancias muy específicas del caso, la articulación entre la competencia del juez judicial y la del juez administrativo en cuanto a los recursos ofrecidos [en materia de hospitalización forzosa de enfermos mentales] no permitió al demandante obtener una decisión de un tribunal que pudiera pronunciarse sobre la legalidad de su detención y ordenar su liberación si la detención es ilegal», como lo exige el artículo 5, § 4, de la CEDH.

7 Por ejemplo, en España, las impugnaciones de las medidas adoptadas en relación con los detenidos son, en principio, responsabilidad del juez de vigilancia de la prisión (juez de vigilancia penitenciaria). Esta jurisdicción, establecida por la Ley Orgánica General Penitenciaria del 26 de septiembre de 1979 (Título V), forma parte del sistema de justicia penal.

Ahora bien, luego de determinar el alcance de nuestro estudio, es fundamental especificar en qué circunstancia concreta surge en Francia el problema del acceso de los detenidos a los jueces administrativos. Este contexto se reconduce a la deplorable situación de las cárceles francesas, las cuales han sufrido un hacinamiento crónico durante muchos años.

Según cifras facilitadas por la Dirección de Administración Penitenciaria del Ministerio de Justicia, el 1 de enero de 2020, en las cárceles francesas fueron detenidas 70 651 personas para 61 080 puestos operativos. Como resultado, la tasa de ocupación de los centros penitenciarios fue del 116 % (138 % en los centros de prisión preventiva). Tal situación significa que dos, tres o a veces más personas tienen que compartir celdas de 9 m<sup>2</sup>, mientras que más de 1600 personas duermen cada noche en colchones colocados en el suelo. A ello se suma, para muchos establecimientos, el estado ruinoso, sucio e insalubre del local, actividades insuficientes, mala higiene, ruido permanente y dificultades para acceder a la atención. En efecto, hay diversos factores de tensión y violencia. No es exagerado afirmar que algunos establecimientos son un verdadero infierno<sup>8</sup>. En estas condiciones, no es de extrañar que el TEDH haya condenado en múltiples ocasiones a Francia por sus condiciones de detención, pues violaban el artículo 3 de la CEDH.

Evidentemente, este contexto revela que la tutela judicial efectiva de los derechos de los detenidos, sobre todo de sus derechos fundamentales, es especialmente necesaria. A propósito de ello, nos interesan dos problemáticas: la primera alude a la existencia de recursos disponibles para los presos ante los tribunales administrativos, mientras que la segunda se refiere a si estos recursos garantizan efectivamente los derechos fundamentales de las personas en prisión.

---

8 Véase la descripción alucinante de las condiciones de vida en el centro penitenciario de Ducos (Martinica) en la sentencia de la TEDH del 30 de enero de 2020, J. M. B. y otros contra Francia, antes citada, §16.

## 2. EL ACCESO A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA DE LOS DETENIDOS

En este primer campo, la situación ha cambiado drásticamente desde finales del siglo XX: hasta ese momento, el acceso de los internos al juez administrativo era, si no inexistente, al menos muy limitado; parafraseando la frase del TEDH citada al comienzo de este estudio, la justicia administrativa se detuvo a las puertas de las cárceles. Desde la década de 1990, por el contrario, ha ido entrando cada vez más en el mundo carcelario. Estos dos puntos merecen ser retomados sucesivamente para aclarar por qué y cómo ocurrió tal cambio y medir su magnitud.

### 2.1. La tradicional debilidad del acceso de los reclusos a los jueces administrativos

Por idénticas razones, pero según distintas modalidades legales, esta debilidad se refería a las posibilidades de impugnar la legalidad de las medidas tomadas por la Administración penitenciaria en relación con los reclusos y obtener una indemnización por los daños a causa del mal funcionamiento del servicio público penitenciario.

#### 2.1.1. La débil posibilidad de impugnar la legalidad de las medidas adoptadas por la Administración penitenciaria en relación con los presos

Según la jurisprudencia de larga data del Consejo de Estado, los actos de la Administración que constituyan «medidas internas» no son susceptibles de recurso por abuso de poder. Por tanto, es imposible impugnar su legalidad ante el juez administrativo. La calificación jurídica de «orden interno» excluye, por ende, cualquier acceso a este juez, al menos en el ámbito de los conflictos de legalidad.

Las razones de la falta de justificabilidad de esta categoría de medidas administrativas surgen de la definición clásica planteada por

Raymond Odent (2007, p. 982, t. I), la cual no es unánime dentro de la doctrina francesa; en realidad, la teoría jurídica del orden interno da lugar a controversias. Sin embargo, dicha definición merece tenerse en cuenta, principalmente por la calidad profesional de su autor, quien fue presidente de la sección procesal del Consejo de Estado, ejerció cierta influencia en su jurisprudencia y la sintetizó en la definición aludida. Según esta última, las medidas internas son medidas individuales que tienen tres características: a) son exclusivamente internas de la administración que las implementa; b) no tienen algún efecto sobre la situación jurídica de sus destinatarios y c) se subordinan al poder discrecional de la Administración.

Junto con el ejército y la escuela, la prisión ha sido históricamente uno de los campos de elección para la noción de «orden interno». En otras palabras, desde hace mucho tiempo se considera que las medidas de la Administración penitenciaria con respecto a los presos satisfacen plenamente los tres criterios de este concepto. Primero, son aplicadas por los jefes de los establecimientos penitenciarios (o sus delegados) para asegurar el orden dentro de ellos. Esta idea fue expresada mediante la Ordenanza Real del 23 de diciembre de 1832 sobre las penitenciarías militares; dicho documento presentó estas penas como «medios de orden y policía interna». Luego, durante un largo período, las leyes y los reglamentos limitaron muy poco la actividad de los centros penitenciarios. De ello se derivaron dos consecuencias: un amplio poder discrecional en beneficio del jefe del establecimiento y la falta de una verdadera personalidad jurídica del detenido, hecho que llevó a considerar que las medidas tomadas respecto de su persona no afectaron de forma alguna su situación jurídica.

En estas condiciones, no parece nada extraño que el Consejo de Estado haya dictaminado que la sanción<sup>9</sup>, la prohibición de la

---

9 CE, 28 de julio de 1932, *Sieur Brunaux*, *Compil.*, p. 816; CE, sect., 4 de mayo de 1979, *Comité de Acción de Prisioneros*, *Compil.*, p. 182.

correspondencia con determinadas personas<sup>10</sup> o incluso el traslado de un interno de un establecimiento a otro<sup>11</sup> no fueran decisiones apelables. Esta posición aún se mantuvo en 1984<sup>12</sup> en lo que se refiere a la ubicación de un detenido en un «distrito de mayor seguridad», hecho que ocasionó un aislamiento casi total y se realizó de una manera contundente: la sentencia fue dictada por el más alto nivel del Consejo de Estado (la Asamblea del Contencioso), mientras el comisionado de Gobierno había fallado a favor de la admisibilidad del recurso por exceso de poder.

Por supuesto, como todas las categorías jurídicas, aquella de «medida interna» está «impulsada ideológicamente» (Bienvenu, 1985, p. 158), al igual que su aplicación a la prisión. Esta sustancia ideológica comprende tres componentes vinculados: la concepción global del derecho administrativo, la idea del juez sobre la misión de la Administración penitenciaria y la representación social dominante del preso.

En la tradición francesa, el objetivo prioritario del derecho administrativo (y del juez administrativo que, en gran medida, ha desarrollado esta ley y supervisa su cumplimiento) no es tanto limitar las prerrogativas del Gobierno para proteger los derechos individuales, sino, más bien, que posibilite a la Administración ejercer eficazmente los deberes de interés general que le competen. Por tanto, el régimen jurídico y el control judicial aplicable a la Administración penitenciaria dependen, principalmente, del modo en el cual el juez concibe el deber de esta última. Este diseño se puede presentar, a grandes rasgos, de la siguiente manera: debido a su peligrosidad,

---

10 CE, 2 de marzo de 1938, Abet, Compil., p. 224.

11 CE, 8 de diciembre de 1967, Kayanakis, Compil., p. 475.

12 CE, ass., 27 de enero de 1984, Caillol, concl. B. Genevois, Compil., p. 28, RDP, 1984, p. 483 et s.

los detenidos han sido apartados de la sociedad civil y sus reglas, de modo que conforman una comunidad separada.

De acuerdo con lo anterior, el papel de la Administración penitenciaria es, fundamentalmente, garantizar la disciplina dentro de las cárceles para que el orden y la seguridad sean respetados. En ese sentido, el director está en una posición mucho mejor que el juez para evaluar lo que se debe hacer con este fin; por ello, es imprescindible dejarle una gran libertad de acción sin obstaculizarlo ni por un marco jurídico preciso de sus competencias, ni por la consagración de derechos en beneficio de los detenidos (que, además, no podrían beneficiarse de los derechos reconocidos a los miembros de la sociedad civil de la que ya no son parte), ni permitir impugnaciones legales a sus decisiones. Dicho control corre el riesgo de socavar su autoridad.

Así, la inmunidad jurisdiccional frente a los actos de la Administración penitenciaria fue consagrada por el Consejo de Estado porque le pareció «esencial para el mantenimiento del orden interno en los establecimientos penitenciarios» (Péchillon, 1998). Cabe recalcar que estas consideraciones también se encuentran en la base de la limitación de la responsabilidad de la Administración penitenciaria.

### **2.1.2. La débil posibilidad de obtener una indemnización del juez por los daños causados por el mal funcionamiento del servicio público penitenciario**

En primer lugar, para evitar cualquier ambigüedad, conviene enfatizar que, en términos de responsabilidad, la limitación tradicional del acceso de los detenidos a los tribunales administrativos no se basa en el mismo fundamento jurídico de los conflictos de legalidad. A diferencia del recurso por exceso de poder, la acción de responsabilidad nunca ha sido considerada inadmisibles en materia penitenciaria, excepto cuando su objeto haya sido obtener una indemnización por los daños

ocasionados por una medida interna de la cual el demandante invocó el carácter ilegal y, por tanto, defectuoso<sup>13</sup>. No obstante, en el fondo, tenía muy pocas posibilidades de éxito, ya que las condiciones para responsabilizar al Estado por los daños causados por su actividad carcelaria eran muy estrictas. En otras palabras, se le habría de remitir al juez administrativo, pero, en la mayoría de los casos, cuando esto sucedió, esta remisión resultó ser un rechazo sobre el fondo.

Los fundamentos de esta limitación de la responsabilidad pública en materia penitenciaria son los mismos que los de la política jurisprudencial del Consejo de Estado sobre el orden interno. En lo que corresponde a la responsabilidad, la tradición francesa del derecho administrativo centrada en la administración sigue el criterio de que el régimen de responsabilidad sea aplicable a un servicio público con variación según su naturaleza y el equilibrio adecuado para equilibrar los «derechos del Estado» y los «derechos de los privados» con el fin de utilizar las fórmulas fundacionales de la sentencia Blanco<sup>14</sup>. ¿Qué aporta esta lógica cuando se aplica al servicio público penitenciario? Como hemos visto, en su concepción clásica, este último tiene como objetivo garantizar el orden y la seguridad en las cárceles. Se consideró que esta función tenía tres características: está vinculada a las atribuciones de soberanía del Estado (justicia y policía), responde a un interés social primario y, por último, es muy complejo de cumplir. Por ende, se trata de un ámbito donde es necesario ampliar los «derechos estatales», a los cuales difícilmente se pueden oponer los «derechos de los privados», ya que los detenidos no tienen un estatus jurídico que les garantice dichos derechos.

---

13 Véase CE, 10 de marzo de 1982, Taddei, ECR p. 534; CE, 20 de febrero de 1989, Mollaret, Dr. Adm. 1989, n.º 178. El Consejo de Estado pareció decidir lo contrario en su sentencia sobre Speyer (CE, sect., 9 de junio de 1978, ECR, p. 237), pero no se le dio seguimiento a esta.

14 Tribunal des Conflits, 8 de febrero de 1873, D. 1873, 3, 20, concl. David.

En estas condiciones, el régimen de responsabilidad aplicable al servicio público penitenciario solo podría ser muy restrictivo. Por supuesto, a partir de 1918, el Consejo de Estado renunció al principio de irresponsabilidad que había imperado hasta entonces, pero subordinó la responsabilidad así admitida a la existencia de «falta manifiesta y particularmente grave»<sup>15</sup>. Como era previsible, esta condición se ha cumplido en casos excepcionales (maltratos graves<sup>16</sup> o ejecuciones sumarias de presos) cometidos por personas ajenas al servicio, bajo la vigilancia pasiva de sus agentes<sup>17</sup>. Desde mediados de la década de 1950, el Consejo de Estado suavizó un poco su posición, reemplazando el requisito de «falta manifiesta y particularmente grave» por el de «falta grave»<sup>18</sup>; no obstante, el compromiso de la responsabilidad estatal ha sido raro.

## 2.2. El desarrollo reciente del acceso de los reclusos a los jueces administrativos

Este desarrollo puede explicarse por los conflictos de legalidad y responsabilidad; sin embargo, no se manifiesta de la misma manera en estos dos ámbitos: en el primero, se perfila como la reducción del alcance del concepto de orden interno, mientras que en el segundo, como el abandono por negligencia grave.

### 2.2.1. Contencioso de legalidad: reducción del ámbito de aplicación de las medidas de orden interno

El punto de partida para cuestionar la jurisprudencia tradicional del Consejo de Estado que impidió a los detenidos acceder al juez

---

15 CE, 4 de enero de 2018, Mineur Zulemaro, Compil., p. 6; CE, 4 de enero de 2018, Mineur Duchesne, Compil., p. 8.

16 Véase CE, 9 de enero de 1953, demoiselle Courtieu, Compil., p. 11.

17 Por ejemplo, véase CE, 10 de noviembre de 1950, Dame veuve Desjardins, Compil., p. 549.

18 CE, sect., 3 de noviembre de 1958, Rakotoarinovy, Compil., p. 470.

encargado de ver los recursos por exceso de poder, al calificar las medidas adoptadas en su contra como medidas de orden interno, se encuentra en la sentencia Marie, dictada por la Asamblea del Contencioso el 17 de febrero de 1995<sup>19</sup>. Es necesario precisar el significado y el alcance de la jurisprudencia que se ha desarrollado a partir de esta decisión de principio. La noción de «medidas de orden interno» no ha desaparecido del derecho administrativo francés en general, ni del régimen jurídico del servicio público penitenciario en particular. No obstante, su ámbito de aplicación se ha reducido considerablemente, lo que significa que cada vez más decisiones tomadas por la Administración penitenciaria han sido consideradas susceptibles de apelación por exceso de poder; correlativamente, en cuanto a sus actos, se han redefinido los criterios que permiten distinguir las medidas de orden interno y las decisiones objeto de recursos.

A continuación, se especificarán las razones de este desarrollo jurídico; luego, explicaremos cómo surgió.

### **a) Las razones de la reducción del alcance de las medidas de orden interno**

Como se ha evidenciado, el estado del debate jurídico anterior a la sentencia Marie (1995) fue parte de una política jurisprudencial contraria a la intervención del juez administrativo en materia penitenciaria; a partir de ello se concluye que todas las medidas administrativas tomadas en este ámbito presentan características que justifican su injusticiabilidad (objetos puramente internos, ausencia de efectos sobre la situación jurídica y poder discrecional). Esta política jurisprudencial incluía tres elementos estrechamente vinculados, propios de la concepción global del derecho administrativo, el papel de la prisión y la situación del recluso.

---

19 CE, ass., 17 de febrero de 1995, *Compil.*, p. 82, concl. P. Frydman.

Dos acontecimientos jurídicos y políticos han imposibilitado que esta tradicional reticencia del Consejo de Estado «ingrese en el mundo carcelario» (Guyomar, 2009, p. 471). El primero, muy global, radica en la dinámica del desarrollo de los derechos individuales y, en particular, de los derechos fundamentales. En el derecho administrativo, esto se traduce de dos maneras: en principio, tiende a cambiar la concepción general del derecho administrativo sustantivo, ya que el centro de gravedad de este último está pasando de las prerrogativas administrativas a los derechos de los ciudadanos. Por otro lado, en el ámbito contencioso, la exigencia de una garantía efectiva de derechos conlleva una ampliación del control judicial de la acción administrativa. La pérdida generalizada de valor de las medidas de orden interno no solo se manifiesta en materia penitenciaria, sino también en el ejército y las instituciones educativas.

A este cambio se suma uno segundo, que se refiere a la naturaleza de la institución penitenciaria y su rol, así como a la representación social dominante del recluso. En general, se ha cuestionado la idea de que la prisión sea una institución ajena a la sociedad y su ordenamiento jurídico. Este desarrollo incluye varios elementos. A una primera concepción según la cual el recluso, por su peligrosidad, debe estar sujeto al poder de la Administración penitenciaria y no puede reclamar el beneficio de los derechos de los miembros de la sociedad que lo excluyó le sucede una nueva concepción, muy diferente, la cual sostiene que el preso, con excepción de la libertad de ir y venir, conserva todos los derechos inherentes a la calidad de persona humana. Esta posición se encuentra en la base de la jurisprudencia del TEDH en materia penitenciaria.

Naturalmente, esto implica que los detenidos puedan ejercer los recursos jurisdiccionales necesarios para proteger sus derechos fundamentales. Esta concepción de un «ciudadano-presos» ha dado lugar a un marco jurídico creciente de las competencias de la Administración

penitenciaria, que incluye un desarrollo de las garantías y los derechos ofrecidos a los presos. En estas circunstancias, ya no es posible argumentar que las medidas adoptadas puedan ser totalmente discrecionales.

El desarrollo aquí descrito también ha motivado un cambio en la concepción del papel de la Administración penitenciaria. En el estado actual del debate jurídico, la misión de esta última está definida en el artículo 1 de la Ley de Prisiones del 24 de noviembre de 2009, según el cual:

El servicio público penitenciario participa en la ejecución de las decisiones penales. Contribuye a la integración o reintegración de las personas que le encomiende la autoridad judicial, a la prevención de la reincidencia y a la seguridad pública, respetando los intereses de la sociedad, los derechos de las víctimas y de las personas detenidas. Esto es organizado de tal manera que se asegure la individualización y adecuación de las penas de los condenados.

Esta definición muestra claramente que el servicio público penitenciario debe conciliar los fines de interés general que se persiguen con el respeto a los derechos de los presos. Este requisito es desarrollado en el artículo 22 de la misma ley, el cual establece que

la Administración penitenciaria garantiza a todas las personas detenidas el respeto a su dignidad y sus derechos. El ejercicio de estas potestades no podrá estar sujeto a restricciones distintas de las derivadas de las limitaciones inherentes a la detención, el mantenimiento de la seguridad y el buen orden de los establecimientos, la prevención de la reincidencia y la protección de los intereses de las víctimas. Estas restricciones tienen en cuenta la edad, el estado de salud, la discapacidad y la personalidad del detenido.

Cabe destacar que estas fórmulas se inspiran directamente en la jurisprudencia de la Corte. Este último ha sido un factor esencial en

el cambio de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Por lo tanto, merece ser considerado, sobre todo porque se ha ido incrementando su influencia en la determinación de los recursos judiciales que deben estar disponibles para los detenidos.

Subrayamos que los detenidos son, en principio, titulares de los derechos establecidos por la CEDH y, en especial, del derecho a la vida (artículo 2) y el derecho a no ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes (artículo 3). El TEDH adopta una concepción amplia de las obligaciones que estos dos derechos conllevan para los Estados. Así, el derecho a la vida les impone no solo la obligación negativa de abstenerse de matar «intencionalmente» o mediante un «uso de la fuerza» (artículo 2 de la CEDH), sino también la obligación positiva de implementar las medidas necesarias para proteger la vida de las personas bajo su jurisdicción, incluso frente a riesgos o conductas que no les sean imputables.

En el mismo sentido, en virtud del artículo 3, el Estado tiene el deber de no someter a las personas a los tratamientos prohibidos por este texto y aplicar todas las medidas para cumplir efectivamente esta prohibición, inclusive en las relaciones entre particulares. Este concepto amplio se implementa de manera específica con respecto a los detenidos, porque, según las fórmulas constantes de la jurisprudencia del TEDH, ellos están «enteramente bajo el control de las autoridades» y, «dada su vulnerabilidad», estas tienen «el deber de protegerlos».

Advertimos la completa inversión de perspectiva de tal representación del preso, en comparación con la concepción tradicional del derecho francés, dado que el Estado de derecho protege a la sociedad del preso, pero él es también una persona vulnerable que debe ser protegida. De esta forma se refuerzan las obligaciones positivas de este último. En el campo del derecho a la vida, el Tribunal requiere que el Estado proteja a las personas vulnerables tanto de las acciones

de otros (especialmente, las de los codetenidos) como de las de ellas mismas, evitando sus suicidios<sup>20</sup>. Con respecto al artículo 3, la Corte lo interpretó en el sentido de exigir al Estado

asegurar que todo preso sea detenido en condiciones compatibles con el respeto a la dignidad humana, que los métodos de ejecución de la medida no sometan a la persona en cuestión a angustias o penurias de una intensidad que supere el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención y que, habida cuenta de los requisitos prácticos de encarcelamiento, salud y bienestar del preso, están adecuadamente asegurados, en particular mediante la administración de la atención médica requerida<sup>21</sup>.

En el concepto de orden interno, el impacto de reconocer a los detenidos como titulares de derechos garantizados por la CEDH se deriva del artículo 13 de la misma. Según esta disposición, «toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en la Convención hayan sido violados tiene derecho a un recurso efectivo ante un organismo nacional». Cabe señalar que son estos recursos internos efectivos los que deben agotarse antes que cualquier remisión a la Corte (artículo 35 §1 de la CEDH). Por supuesto, el foro al que se refiere el artículo 13 no tiene por qué ser un tribunal, pero lo es en la mayoría de casos.

Ahora bien, en sus conclusiones sobre la sentencia Marie (1995), Frydman, el comisionado del Gobierno, señaló que todo preso que sostenga de manera plausible que una medida adoptada por la Administración penitenciaria ha violado sus derechos convencionales debe poder impugnar su validez, en la práctica, ante un juez. Así, incluso después de la revocación de la jurisprudencia provocada por la sentencia Marie<sup>22</sup>, Francia fue condenada por ignorar el artículo 13,

---

20 Véase TEDH, 16 de noviembre de 2000, Tanribilir c. Turquía, § 70.

21 TEDH, Grande Chambre, 26 de octubre de 2000, Kudla c. Polonia, n.º 3210/96, § 94.

22 *Compil.*, p. 91.

la calificación de determinadas medidas susceptibles de infringir el artículo 3<sup>23</sup> o el 8<sup>24</sup> de la Convención (derecho al respeto de la vida privada y familiar) como medidas internas. Esto significa que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ejerce una presión constante sobre el alcance de este concepto y la definición de sus criterios.

### **b) Las modalidades de reducción del alcance de las medidas internas**

En el estado actual del debate jurídico, según se desprende de la sentencia Marie, aclarada en el 2007<sup>25</sup>, el juez, para determinar si una medida constituye o no una medida interna, considera dos elementos: la gravedad de sus efectos tanto en la situación jurídica (vulneración de derechos y libertades) como en la situación material del detenido y la «naturaleza» de la medida, que incluye su objeto, su calificación jurídica (sanción disciplinaria o medida adoptada en interés del servicio, por ejemplo) y el grado de precisión de su marco jurídico. La implementación de estos criterios ha tenido como resultado un claro declive en el alcance de la noción de «medidas de orden interno».

Además, con el objetivo de que las soluciones de la jurisprudencia sean más seguras y previsibles, sobre todo para los detenidos y sus abogados, el juez, sobre la base de los dos criterios, trata de determinar las categorías de actos que son siempre susceptibles de apelación. Este es el caso, por ejemplo, de las decisiones de aislar a un recluso con fines disciplinarios<sup>26</sup> o preventivos<sup>27</sup>; las medidas para el traslado de un recluso de una institución penitenciaria a un centro de prisión

---

23 TEDH, 27 de enero de 2005, Ramírez Sánchez c. Francia.

24 TEDH, 12 de junio de 2007, Frérot c. Francia.

25 CE, ass., 14 de diciembre de 2007, *Ministre de la Justice c. Boussouar*, *Compil.*, p. 495, RFDA, 2008, p. 87, concl. M. Guyomar.

26 CE, 30 de julio de 2003, *Ministre de la Justice c. Remli*, *Compil.*, p. 366.

27 CE, 17 de diciembre de 2008, sección francesa de l'Observatoire international des prisons, JCP 2009.II.10049.

preventiva, donde las condiciones de detención son más estrictas<sup>28</sup>; o las decisiones por las cuales el titular de un centro penitenciario establece las modalidades esenciales para la organización de las visitas a los detenidos<sup>29</sup>.

Por el contrario, la jurisprudencia identifica categorías de actos que, normalmente, son medidas internas no sujetas a un recurso de apelación, como los cambios en la asignación de un interno entre establecimientos de la misma naturaleza que, *a priori*, no modifican las condiciones de detención<sup>30</sup>. Sin embargo, una medida que pertenezca a dicha categoría puede eludir la calificación de medida interna si, tras un análisis en concreto, parece que conduce, en las circunstancias del caso, a un cuestionamiento de los derechos y las libertades fundamentales de los detenidos<sup>31</sup>.

### **2.2.2. Contencioso de responsabilidad: abandono por negligencia grave**

En este ámbito, las posibilidades de éxito de un recurso judicial, minimizadas por el requisito de negligencia grave, se han mejorado al abandonar este último en favor de cualquier falta. Esta evolución es el resultado de una serie de sentencias dictadas a partir de 2003. En cuanto al suicidio de los detenidos por las condiciones de detención o la falta de supervisión, el Consejo de Estado ha aceptado asumir la responsabilidad del Estado por una sucesión de faltas que, aisladamente, no eran de especial gravedad<sup>32</sup> y, luego, a razón de una falta simple<sup>33</sup>. Esta solución no se limitó al supremo daño máxime que es la muerte

---

28 CE, ass., 14 de diciembre de 2007, *Ministre de la Justice c. Boussouar*, préc.

29 CE, 26 de noviembre de 2010, *Ministre de la Justice c. Bompard*, AJDA 2010, p. 678.

30 CE, ass., 14 de diciembre de 2007, *Boussouar*, préc.

31 Por ejemplo, véase CE, 9 de abril de 2008, *Rogier*, *Compil.*, p. 800.

32 CE, 23 de mayo de 2003, *Mme Chabba*, n.º 244663, *Compil.*, p. 240.

33 CE, 9 de julio de 2007, *M. Calude D*, n.º 281205.

del recluso; más bien, se amplió incluso a los daños a la propiedad de los detenidos; por consiguiente, su alcance es general.

Las causas de este cambio muy afortunado en el estado del debate jurídico son dos: en primer lugar, las razones que explican la reducción del alcance del concepto de orden interno también justifican el abandono de la negligencia grave y, en segundo lugar, este abandono forma parte de un movimiento para reducir el ámbito de aplicación de este requisito, pues el Consejo de Estado también ha renunciado a la negligencia grave en actividades que, como la de la gestión penitenciaria, se consideraban difíciles y presentaban un carácter regio (policía administrativa y servicio público fiscal).

Cabe recalcar que este desarrollo jurisprudencial no significa que la consideración de las características del servicio público y la búsqueda del equilibrio entre las prerrogativas del Estado y los derechos de los particulares haya desaparecido del ámbito penitenciario.

El juez tiene en cuenta las «condiciones especiales para el desempeño de las funciones de la Administración penitenciaria» (Conseil d'Etat, 2017, p. 9) para determinar si la conducta de esta última fue o no culpable. Por ejemplo, en un caso juzgado el 2008<sup>34</sup>, un centro penitenciario implementó un método de detención consistente en dejar las celdas abiertas durante el día para promover un clima de relajación. En este contexto, se robaron los bienes que un detenido guardaba en su celda. Este solicitó una reparación al Estado invocando la culpa que habría cometido la Administración al no poner en marcha medidas especiales de protección a los bienes de los detenidos (solo se habían realizado patrullajes en el edificio donde se encontraba la celda del interesado). La sentencia se niega a ver en este hecho una falta, argumentando que «dadas las limitaciones que pesan sobre el

---

34 CE, 9 de julio de 2008, *Ministre de la Justice c. M. miloud B*, n.º 306666.

servicio público penitenciario, la organización de métodos de detención consistente en dejar las celdas abiertas durante el día [...] no podía subordinarse a la asignación permanente de supervisores a cada piso».

El juez también analiza la situación específica de los detenidos y sus derechos. La jurisprudencia sobre la responsabilidad del Estado por las condiciones de detención que atentan contra la dignidad humana ofrece un buen ejemplo. Se trata tanto de la culpa como del daño; la culpa existe cuando se establece un atentado contra la dignidad humana. Esta situación traslada la problemática a los criterios para evaluar tal infracción. En primer lugar, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, esta valoración se basa en «la situación de total dependencia de las personas detenidas frente a la Administración penitenciaria»<sup>35</sup>.

Sobre esta base, al determinar si las condiciones de detención son incompatibles con la dignidad humana, el juez considera dos conjuntos de factores: los primeros se refieren a la vulnerabilidad del preso a causa de su edad, su estado de salud, su personalidad, y su posible minusvalía; mientras que los segundos, a la naturaleza y la gravedad de los incumplimientos cometidos, puesto que deben ser condiciones de encarcelamiento respetuosas con la dignidad (por ejemplo, el área de las celdas en relación con el número de personas que las ocupan, las condiciones higiénicas, la ventilación y la iluminación, etc.). Para valorar estas deficiencias, el juez también tiene en cuenta, en concordancia con la lógica del equilibrio imperante en materia de responsabilidad, «las limitaciones que implica el mantenimiento de la seguridad y el orden en los establecimientos penitenciarios»<sup>36</sup>. En definitiva, «estos propósitos tan amplios permiten [...] al juez, casuísticamente, llegar a limitar la responsabilidad del

---

35 CE, sect., 3 de diciembre de 2018, n.º 412010, AJDA 2019, p. 279.

36 CE, sect., 3 de diciembre de 2018, op. cit.

Estado»<sup>37</sup>; sin embargo, en el ámbito del daño, el compromiso de esta responsabilidad es facilitado por la solución jurisprudencial según la cual un atentado a la dignidad genera «por sí mismo, un daño moral a la persona víctima»<sup>38</sup>. Esto significa que no hay razón para exigirle «elementos que demuestren el alcance y la realidad del daño [...]». Dichos elementos solo podrían ser los mismos que se tomaron en cuenta para valorar y establecer»<sup>39</sup> un atentado a la dignidad; en otras palabras, el daño se fusiona con la culpa.

Como veremos ahora, esta jurisprudencia fue considerada por el TEDH para determinar si la acción de responsabilidad iniciada por la ley francesa era, con vistas a la protección del artículo 3 de la CEDH, un recurso efectivo en el sentido del artículo 13 de esta convención.

### 3. LA EFECTIVIDAD DEL ACCESO A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA DE LOS DETENIDOS

La problemática central aquí es si los recursos disponibles para los detenidos por el derecho francés, ante el juez administrativo, posibilitan la protección efectiva de sus derechos fundamentales, sobre todo en lo que respecta a la forma bajo la cual el TEDH considera la efectividad del recurso requerido por el artículo 13 de la CEDH.

Esta cuestión, que puede parecer puramente técnica en un litigio, es, en primer lugar, política: depende de la concepción de la función del juez administrativo y la relación de este con el Parlamento, el Gobierno y la Administración; es decir, como siempre sucede en el derecho, las soluciones de la técnica jurídica nunca son neutrales y reflejan opciones ideológicas.

---

37 Schmitz, J. «Responsabilité de l'Etat en raison de conditions de détention», AJDA 2017, p. 637.

38 CE, sect., 3 de diciembre de 2018, op. cit.

39 Concl. E. Bokdam-Tognetti sur CE, 5 de junio de 2015, n.º 370896.

Desde esta perspectiva y tratando de no separar los datos técnicos de su sustrato político, se examinará la cuestión de la eficacia de los remedios. Es indiscutible que, en este ámbito, se han realizado importantes avances, estrechamente ligados a un cambio profundo en el modelo francés de justicia administrativa; no obstante, a los ojos del Tribunal, siguen siendo insuficientes respecto a la garantía del derecho de los presos a no pasar por condiciones de detención incompatibles con la dignidad.

### 3.1. Progresos en la efectividad

Las respuestas clásicas a las problemáticas políticas expuestas anteriormente (función del juez administrativo, relación de este último con los poderes Legislativo y Ejecutivo) fundaron el modelo francés de justicia administrativa, el cual se desarrolló hasta fines del siglo XX. Con este se vincula la organización técnica de un sistema de denuncias que, a pesar de sus méritos, reveló graves deficiencias en la protección de los derechos fundamentales, al menos en lo que respecta a requisitos contemporáneos.

Desde finales del siglo XX, los poderes públicos y el Consejo de Estado han querido remediar esta situación, estableciendo nuevos recursos legales y ampliando las competencias del juez. Las reformas técnicas que tuvieron lugar son inseparables de una nueva concepción de la función del juez y su relación con el poder político y administrativo. De esta forma, demuestran el establecimiento de un nuevo modelo de justicia administrativa, aunque la profundidad del cambio está abierta a discusión.

#### 3.1.1. Las deficiencias de los remedios tradicionales

Los remedios clásicos en cuestión son los antes mencionados: remedios por exceso de poder y responsabilidad. Desde el punto de vista de la protección efectiva de los derechos fundamentales y de los

detenidos, sus deficiencias no se deben al azar, sino que simplemente no fueron diseñados para este propósito.

Así como en la tradición francesa el derecho administrativo sustantivo se centra en la administración, en el modelo clásico francés de justicia administrativa, la función de esta última no es principalmente proteger los derechos y las libertades, sino regular la actuación de la administración en el interés público. Por ello, el juez administrativo, aunque distinto e independiente del Gobierno, está relacionado con él (sobre todo a través de la función consultiva del Consejo de Estado): este vínculo es la garantía de que el juez cumplirá correctamente su función reguladora.

El recurso judicial imprescindible al servicio de esta función es el recurso por exceso de poder. En una frase célebre, Gaston Jèze (1929) lo presentó como «el arma más eficaz, más económica y más práctica que existe en el mundo para defender las libertades individuales» (p. 180). Este entusiasmo delata un error de perspectiva. Según su concepción clásica, implementada a principios del siglo XX, durante el establecimiento de la Tercera República, el recurso al exceso de poder no es una institución liberal, destinada específicamente a defender las libertades de los individuos; más bien, constituye una vía de derecho de espíritu republicano, es decir, un instrumento puesto a disposición de los ciudadanos para asegurar, en el interés general, el sometimiento de la administración a la ley. De hecho, solo de forma indirecta, a partir de la Tercera República y, en especial, debido a que el Legislador consagró las libertades, el remedio por exceso de poder consiguió una protección de estas libertades; sin embargo, ya que este instituto no fue diseñado para tal finalidad, generó deficiencias importantes.

En efecto, el remedio por exceso de poder permite obtener la nulidad de una decisión administrativa que hace ilícita la expectativa de

un derecho fundamental, pero no es suspensivo y, dados los plazos para la sentencia, la anulación se realiza mucho después de que la decisión se haya ejecutado en su totalidad; por consiguiente, es frecuente que se produzca una violación irreversible de un derecho fundamental. Al respecto, resulta muy revelador que un argumento comúnmente esgrimido a favor del mantenimiento de la jurisprudencia tradicional del Consejo de Estado, en materia de medidas internas, consistiera en decir que, teniendo en cuenta el momento en que se interviene, el control de legalidad difícilmente sería útil de todos modos. En el caso de Marie, la demandante apeló contra una decisión del 29 de junio de 1987 que impuso la sanción de prisión por un período de ocho días. El juzgado administrativo, en primera instancia, había fallado el 29 de febrero de 1988 y el Consejo de Estado pronunció la nulidad varios años más tarde, el 17 de febrero de 1995.

No obstante, en materia penitenciaria, el recurso de abuso de poder no es del todo inútil por tres razones, que detallamos: en primer lugar, puede tener una virtud educativa y disuasoria en la medida en que

cuando se dicta una decisión judicial y parece apuntar a una disfunción de la Administración penitenciaria, la decisión se difunde a través de la jerarquía interna a todos los establecimientos, acompañada de una nota que explique las disposiciones a implementar (Bouju, 2005, p. 605).

En segundo lugar, la escasa eficacia del remedio por exceso de poder se debe a medidas individuales. Por el contrario, de acuerdo con su naturaleza «objetiva», el remedio por exceso resulta útil para impugnar las medidas regulatorias relativas a la organización y el funcionamiento del servicio público penitenciario. Ello se debe a que la concepción muy amplia del interés de actuar en el litigio de la extralimitación de poder facilita que las organizaciones que defienden los intereses colectivos de los presos actúen de esta manera contra este

tipo de medidas. Esto es lo que hace habitualmente la sección francesa del Observatorio Internacional de las Prisiones<sup>40</sup>.

Por último, en términos de decisiones individuales, la determinación, incluso tardía, de una ilegalidad por parte del juez de exceso de poder puede invocarse en apoyo de una acción de responsabilidad y dar lugar a una indemnización para el interesado, especialmente porque este hallazgo tiene la autoridad absoluta de cosa juzgada y, por lo tanto, requiere un juez de responsabilidad.

Esto conduce al segundo recurso «clásico»: el recurso de responsabilidad. Por supuesto, no es inútil en la medida en que posibilita compensar los efectos nocivos de una vulneración de los derechos fundamentales, pero impide prevenir o finalizar un ataque en curso. También encontraremos la cuestión sobre recursos efectivos en términos de condiciones indignas de detención.

Cabe añadir que los procedimientos de emergencia, que habrían permitido proteger los derechos fundamentales a la espera de que el juez se pronunciara sobre el fondo, resultaron ineficaces. Este fue el caso, en especial, de la suspensión de la ejecución, la cual faculta al juez por exceso de poder para suspender la ejecución de la decisión impugnada ante él. Sujeto a condiciones estrictas, esta suspensión se concedió muy raramente.

Las autoridades públicas y el juez estaban motivados por la preocupación de no debilitar las prerrogativas administrativas. Esta preocupación contribuyó a explicar una segunda insuficiencia del recurso por exceso de poder, la cual se derivó de la negativa del juez a reconocer un poder de medida cautelar para asegurar la ejecución de las nulidades dictadas. Ahora bien, este rechazo fue coherente con la función, principalmente asignada al recurso por exceso de poder,

---

40 Véase, por ejemplo, CE, 12 de diciembre de 2018, n.º 417244.

de defender la legalidad objetiva, ya que, para restablecerla, basta con aniquilar aquello que es ilegal. Sin embargo, desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales, puede ser muy útil prescribir positivamente las medidas que implica la cancelación, cuando son necesarias para la realización de estos derechos. En esa línea, el otorgamiento al juez administrativo de la medida cautelar fue una de las reformas destinadas a hacer más efectivos los recursos interpuestos ante los tribunales administrativos.

### **3.1.2. El establecimiento de los remedios más eficaces**

El modelo clásico de justicia administrativa francesa ha sufrido un cambio profundo desde finales del siglo XX. Las razones son bien conocidas: una demanda social de mayor protección de los derechos individuales, transmitida por los derechos europeos, especialmente la ley de la CEDH (la exigencia del derecho a un recurso efectivo es central), y por la jurisprudencia del Consejo Constitucional. Asimismo, otros motivos fueron la competencia del juez jurisdiccional y, en reacción, la voluntad del Consejo de Estado de asegurar la sostenibilidad de la jurisdicción administrativa, dotándola de los medios para cumplir con aquello que puede aparecer como un nuevo criterio de legitimidad del juez, esto es, su capacidad para garantizar la protección de las libertades fundamentales.

Estos factores han provocado un cambio en la concepción de la función del juez administrativo y su relación con otros poderes, sobre todo con el Gobierno y la Administración. En síntesis, de una «justicia objetiva», preocupada únicamente por regular la acción administrativa y asegurar su sometimiento a la ley, se pasa a una «justicia subjetiva» cuyo objetivo es garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales. Este nuevo juez administrativo tiene un control mucho más directo y fuerte sobre la acción administrativa.

El contenido técnico de la mutación incluye dos elementos principales. En primer lugar, la ley del 8 de febrero de 1995 (artículos L. 911-1 y siguientes del Código de Justicia Administrativa, CJA) otorgó al juez administrativo la potestad de utilizar la medida cautelar para asegurar la ejecución de sus decisiones. Así, en su mayoría, los tribunales administrativos pueden ordenar a la Administración (previa solicitud o, desde la ley del 23 de marzo de 2019, de oficio) tomar las medidas necesariamente implícitas en las sentencias que dicten.

La ley del 30 de junio de 2000 otorgó a la justicia administrativa dos procedimientos de emergencia efectivos. El primero de ellos es el procedimiento de suspensión sumaria (artículo L. 521-1, CJA), según el cual quien ejercita un recurso de apelación que busca la nulidad o la reforma de una decisión administrativa puede solicitar al juez de procedimiento sumario suspender la ejecución de esta decisión, a más tardar, hasta que se adopte una decisión sobre el recurso principal. Esta suspensión se concede bajo dos condiciones: existen serias dudas sobre la legalidad de la decisión; la urgencia justifica la suspensión, que presupone que la ejecución de la decisión impugnada puede ocasionar un perjuicio suficientemente grave e inmediato para el interés público, la situación del demandante o los intereses que se propone defender. La innovación más importante de la ley del 30 de junio de 2000 es la creación del procedimiento sumario (artículo L. 521-2 de la CJA), el cual permite remitir el asunto al juez sumario cuando la Administración infringe grave y manifiestamente de manera ilícita una libertad fundamental que debe ser detenida con urgencia. Entonces, el juez, dentro de las 48 horas, puede tomar todas las medidas necesarias para salvaguardar la libertad no reconocida. A tal efecto, tiene la facultad de suspender la ejecución de decisiones administrativas y dictar mandamientos judiciales a la Administración.

### 3.1.3. ¿Cómo se están aplicando estos nuevos procedimientos en materia penitenciaria?

A primera vista, es probable que atribuir al juez una facultad de medida cautelar y establecer un procedimiento sumario refuercen la eficacia del recurso por exceso de poder, ya que estas reformas remedian las dos principales debilidades de este último. En primer lugar, cabe señalar que el juez que conoce de la solicitud de medidas cautelares tarda, en promedio, unas dos semanas en tomar una decisión; por consiguiente, actualmente es mucho más fácil obtener la suspensión de la ejecución de la decisión impugnada. En segundo lugar, si el juez de exceso de poder considera que la decisión impugnada es ilícita, tras anularla, puede ordenar a la Administración que adopte las medidas que implica dicha anulación.

No obstante, a pesar de estos progresos, el recurso por exceso de poder es poco utilizado en los contenciosos penitenciarios con respecto a las medidas individuales; en contraste, todavía es empleado para impugnar medidas generales y es seguro que este último desafío se haya vuelto más efectivo. Por ejemplo, en un caso reciente, un municipio, en cuyo territorio se ubica un centro penitenciario (esto le da interés en actuar), había solicitado al ministro de Justicia que se aperturase el estacionamiento del establecimiento (reservado para el personal y los funcionarios judiciales) a las familias y los visitantes de los detenidos. El ministro se negó. El municipio pudo, por consiguiente, presentar tres solicitudes al juez: nulidad de la decisión de denegación por su ilegalidad; suspensión de esta decisión en espera de la sentencia del juez sobre este punto y, para asegurar la ejecución de la suspensión, una orden de reapertura del estacionamiento<sup>41</sup>.

---

41 CE, 6 de noviembre de 2019, n.º 432937.

Lo más espectacular de todo esto es el desarrollo, a partir de 2012<sup>42</sup>, de la utilización del sistema de *référé-liberté*<sup>43</sup> para poner fin rápidamente a las infracciones graves e ilegales de las libertades fundamentales de los detenidos. Esta evolución se debe a la utilización de este procedimiento por la sección francesa del Observatorio Internacional de Prisiones (OIP). En efecto, el interés de actuar, en lo que respecta a los procedimientos sumarios, no está reservado al interesado por una medida que atente contra sus libertades; se reconoce, además, a determinados terceros y, en particular, a las organizaciones de defensa de los derechos fundamentales. Esto es especialmente importante en los asuntos penitenciarios, ya que, por muchas razones (sobre todo la falta de educación y el miedo a las represalias), el entorno penitenciario dificulta a los reclusos el ejercicio de los recursos que les ofrece el derecho.

El recurso de *référé-liberté* se refiere a la vulneración que las condiciones de detención pueden acarrear al derecho al respeto a la vida (artículo 2 de la CEDH) y al derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes (artículo 3 de la CEDH). En este ámbito, el punto de partida de la jurisprudencia del Consejo de Estado puede encontrarse en una orden provisional emitida, a petición de la sección francesa de la OIP, relativa al Centro Penitenciario de Baumettes en Marsella<sup>44</sup>.

De dicha jurisprudencia surgen varios elementos. En principio, los dos derechos mencionados constituyen libertades fundamentales que entran dentro del alcance del *référé-liberté*. En segundo lugar, el Consejo de Estado respalda la jurisprudencia europea sobre las

---

42 CE, 22 de diciembre de 2012, sección francesa de l'OIP et autres, n.º 364584.

43 Nota del traductor: El *référé-liberté*, creado mediante la ley del 30 de junio de 2000, «es un procedimiento de urgencia que permite poner fin a una medida administrativa susceptible de interferir gravemente en el ejercicio de una libertad fundamental» (Lefebvre Dalloz, 2020).

44 CE, 22 de diciembre de 2012, sección francesa de l'OIP et autres, n.º 364584.

obligaciones positivas derivadas de estos derechos, apoyándose en el artículo 22 de la Ley penitenciaria del 24 de noviembre de 2009 que, como hemos visto, dispone que «la Administración penitenciaria garantiza a todos los detenidos el respeto a su dignidad y derechos». En esa línea, considera que por «la vulnerabilidad de los detenidos y [de] su situación de total dependencia de la administración, le corresponde [a la Administración penitenciaria] tomar las medidas oportunas para proteger sus vidas y prevenirlos de cualquier trato inhumano o degradante».

En tercer lugar, el juez precisó las condiciones en las que el incumplimiento de esta obligación positiva conlleva una vulneración grave y manifiestamente ilícita de los derechos en cuestión. Ello sucede, por ejemplo, «cuando la falta de autoridad pública crea un peligro marcado e inminente para la vida de las personas o las expone a ser sometidas, de manera marcada, a tratos inhumanos o degradantes». En este caso, tan pronto como exista urgencia y «la situación permita tomar medidas cautelares útiles en un plazo de 48 horas, el juez sumario podrá [...] prescribir todas las medidas susceptibles de poner fin a la situación resultante de esta deficiencia».

Así, en la ordenanza del 22 de diciembre de 2012, el Consejo de Estado consideró que la proliferación de roedores e insectos, así como la presencia de numerosos cadáveres de ratas, en las instalaciones de la prisión de Baumettes (áreas comunes y celdas) evidenciaba una situación que «afecta la dignidad de los detenidos y puede generar un riesgo para la salud de todas las personas que asisten al establecimiento, constituyendo así una injerencia grave y manifiestamente ilegal en una libertad fundamental». Por tanto, el juez ordenó a la Administración que realizara una operación a gran escala para atender el control de los roedores y la desinsectación de todo el Centro Penitenciario de Baumettes. Pese a todo ello, este progreso innegable no está exento de límites, como observaremos a continuación.

### 3.2. Los límites de la efectividad del derecho a condiciones de detención compatibles con la dignidad

Para comprender plenamente estos límites y las cuestiones que plantean, conviene distinguir dos tipos de incumplimientos del artículo 3 de la CEDH, los cuales, lógicamente, corresponden a las dos categorías de obligaciones que esta estipulación impone a los Estados. En cada uno de estos dos casos, el papel del juez es muy diferente. En primer lugar, un Estado puede hacer caso omiso a su deber negativo de no someter a los detenidos a tratos inhumanos o degradantes mediante una acción que, precisamente, les imponga ese trato. Por ejemplo, un establecimiento penitenciario que practica registros completos sistemáticos de detenidos que no están justificados por imperativos de seguridad. En este caso, para que el juez pueda proteger eficazmente los derechos del detenido, es suficiente que tenga la facultad de detener la acción en cuestión<sup>45</sup>. La intervención del juez limita, entonces, la acción pública en nombre del respeto de los derechos individuales. Forma parte de una perspectiva liberal clásica, la cual convierte al juez en un órgano que limita el poder que ejerce el Gobierno y la Administración que depende de él. Sin embargo, reiteramos que un Estado también puede desconocer las obligaciones positivas contenidas en el artículo 3 de la CEDH cuando no toma las medidas (legales o materiales) que posibiliten garantizar a los detenidos condiciones de detención compatibles con la dignidad. No se trata de una acción de la que se culpa al Estado, sino la inacción, una deficiencia.

En concordancia con lo anterior, la tutela judicial efectiva significa que el juez ordena al Estado realizar lo que no ha hecho cuando debería

---

45 Para un caso de este tipo, véase, por ejemplo, CE, 6 de junio de 2013, sección francesa de la OIP, n.º 368816 (suspensión urgente por el juez de procedimiento sumario de la aplicación de un régimen de registros que atente contra la dignidad de los detenidos).

haberlo hecho. Ya no se trata de limitar la acción pública, sino de participar en ella y determinar lo que debe ser. En este caso, se hace particularmente delicado encontrar un equilibrio entre el poder del juez, por un lado, y el del Gobierno (y el Parlamento), por otro. En otras palabras, la revisión judicial de la acción pública y la revisión judicial de la inacción pública son dos cuestiones profundamente diferentes.

Dicho esto, cabe señalar que, para determinar qué es, en el sentido del artículo 13 de la CEDH (y, por ende para la aplicación de la norma del agotamiento de los recursos internos establecida en el párrafo 1 del artículo 35), un recurso interno que permita efectivamente impugnar las condiciones de detención incompatibles con el respeto de la dignidad humana, el TEDH identifica si la detención de la persona de quien se trate ha cesado o no en el momento de la presentación de la solicitud.

En el primer caso, es necesario y suficiente que el interesado disponga de un recurso compensatorio a través del cual pueda obtener una indemnización por el daño que le ha causado la violación del artículo 3 de la CEDH. De hecho, ya no hay alguna razón para poner fin a esta violación y, por lo tanto, solo es posible (y necesario) compensar sus efectos. En lo que respecta a Francia, desde su sentencia Lienhardt<sup>46</sup>, el TEDH ha dictaminado que la acción de responsabilidad interpuesta ante los tribunales administrativos en el caso en cuestión es efectiva. La razón es que está disponible tanto en la ley como en la práctica y es adecuada, es decir, ofrece posibilidades razonables de éxito. Esto es una consecuencia de la evolución del régimen de responsabilidad aplicable al servicio penitenciario público descrito anteriormente.

---

46 TEDH, 13 de septiembre de 2011, n.º 12139/10, Lienhardt c. Francia.

El tratamiento es diferente para una persona cuya detención, contrariamente al artículo 3 de la CEDH, continúa así en el momento en que presenta la situación ante el juez. Es cierto que, en lo que respecta a los efectos nocivos de esta situación en el pasado, debe disponer de un recurso compensatorio, lo cual, como acabamos de ver, sucede efectivamente en el derecho francés. Pero, ante todo, debe tener la posibilidad de ejercer un «recurso preventivo» para «impedir la continuación de la presunta violación del artículo 3 o permitir una mejora de las condiciones materiales de detención»<sup>47</sup>. Esta «reparación adecuada» de la situación del detenido debe tener lugar con la suficiente rapidez y debe estar en conformidad «con los principios generales establecidos en la jurisprudencia del Tribunal en el ámbito del artículo 3». Sobre todo, puede,

según la naturaleza del problema en cuestión, consistir en medidas que afecten únicamente al detenido en cuestión o, cuando exista hacinamiento, en medidas generales para hacer frente a los problemas de violaciones masivas y simultáneas de los derechos de los detenidos como consecuencia de las malas condiciones de detención.

A la luz de estos criterios, el TEDH considera que la legislación francesa no ofrece a los detenidos un recurso preventivo eficaz. Este es el caso de un recurso por exceso de poder, aunque vaya acompañado de una solicitud de suspensión en un procedimiento sumario; no obstante, respecto a este punto, el Tribunal, en sus sentencias Lienhardt<sup>48</sup> y Yengo c. Francia<sup>49</sup>, se basa únicamente en el hecho de que el Gobierno no ha presentado alguna jurisprudencia que lo convenza

---

47 TEDH, 10 de enero de 2012, Ananyev et autres c. Russie, n.ºs 42525/07 y 60800/08, § 93-98; TEDH, 30 de enero de 2020, J. M. B. c. Francia, cit. §§ 207-208.

48 TEDH, 13 de septiembre de 2011, n.º 12139/10, cit.

49 TEDH, 21 de mayo de 2015, n.º 50494/12, § 67.

de la eficacia del recurso por exceso de poder. Esto es consecuencia del uso limitado de este último recurso en dicha materia.

Es interesante que la jurisdicción de Estrasburgo haya tomado la misma posición sobre el procedimiento sumario. Afirmada muy brevemente en la sentencia Lienhardt<sup>50</sup> y reafirmada, con una motivación más desarrollada, en el caso Yengo c. Francia<sup>51</sup>, esta solución se confirma solemnemente, con una motivación más detallada, en la decisión J. M. B. c. Francia<sup>52</sup>. El gran interés de esta decisión consiste en dejar claro que, a la luz del hacinamiento crónico de las prisiones francesas, los *référé-liberté*, dados los límites de la labor del juez que se ocupa de este recurso jurídico, no pueden considerarse como un recurso preventivo eficaz.

El razonamiento del TEDH es, esencialmente, el siguiente: en el contexto francés, la existencia, a gran escala, de condiciones de detención contrarias a las exigencias del artículo 3 de la CEDH se debe al hacinamiento en las cárceles. Por consiguiente, la única forma real de poner fin a esta situación es remediar este hacinamiento a través de medidas estructurales; sin embargo, el juez de procedimiento sumario no puede hacerlo. Ello se debe a su propio cargo, que consiste en «ordenar medidas de emergencia [...] de tal naturaleza que salvaguarden, en un plazo de 48 horas, la libertad fundamental que se está infringiendo de manera grave y manifiestamente ilícita»<sup>53</sup>.

De lo anterior se desprende que el juez encargado del procedimiento sumario solo puede adoptar medidas que puedan aplicarse con rapidez, de modo que su efecto protector sea inmediato o se produzca a corto plazo. Por el contrario, no puede prescribir «medidas de

---

50 TEDH, 13 de septiembre de 2011, n.º 12139/10, préc.

51 TEDH, 21 de mayo de 2015, n.º 50494/12, § 68-69.

52 TEDH, 30 de enero de 2020, J. M. B. c. Francia, cit. §§ 212-221.

53 CE, 30 de julio 2015, n.º 392043.

carácter estructural basadas en opciones de política pública que no es probable que se apliquen y, por lo tanto, que surtan efecto en un período de tiempo muy corto»<sup>54</sup>. Esto significa que no puede «exigir la realización de trabajos a una escala suficiente para poner fin a las consecuencias del hacinamiento en las cárceles, que afecta negativamente a los derechos de los reclusos establecidos en el artículo 3 de la Convención»<sup>55</sup>.

La sentencia así decidida contra nuestro país en el juicio de J. M. B. c. Francia deja un sentimiento ambivalente. Por una parte, nos sentimos inclinados a acoger con satisfacción la presión ejercida de este modo sobre las autoridades francesas para que se decidan a tomar, por fin, las medidas necesarias para remediar la superpoblación carcelaria. Por otra parte, nos preguntamos cuál es el alcance del papel que el Tribunal de Estrasburgo otorga al juez en la solución de este problema.

#### 4. CONCLUSIÓN

Dado que la reparación de la situación de los reclusos víctimas de condiciones de detención indignas causadas por el hacinamiento en las cárceles solo puede lograrse mediante medidas generales, el recurso efectivo que posibilitaría dicha reparación debe, necesariamente, facultar al juez para ordenar a las autoridades públicas competentes que adopten tales medidas; no obstante, estas forman parte de la política penal y penitenciaria del Estado.

Entonces queda claro cómo el enriquecimiento de las obligaciones positivas de los Estados, unido a una concepción muy exigente de la eficacia del remedio que permite garantizar el respeto de sus obligaciones, hace que el juez se convierta no solo en un órgano limitador

---

54 CE, 28 de julio 2017, n.º 41067.

55 TEDH, 30 de enero de 2020, J. M. B. c. France, cit. § 217.

de la acción de las autoridades políticas, sino también en un órgano determinante de lo que debe ser esa acción. Cabe preguntarse, entonces, si corresponde al Poder Legislativo y al Gobierno democráticamente designados, y no al juez, tomar decisiones de política pública y arbitrar entre los intereses en juego. Esto, por supuesto, se enmarca en el actual y crucial debate sobre el equilibrio entre la democracia y la garantía de los derechos fundamentales.

## REFERENCIAS

- Asamblea General de las Naciones Unidas (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- Bienvenu, J. J. (1985). Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif. *Droits*, (1), 153-ss.
- Bouju, D. (2005). Le détenu face aux mesures d'ordre intérieur. *Reveu du Droit Public*, (3), 597-634.
- Cassin, R. y Waline, M. (2019). Medidas de orden interno. Consejo de Estado As., 17 de febrero de 1995, Hardouin y Marie. En *Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado francés* (pp. 871-882). Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-PB-2018-86\\_2](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2018-86_2)
- Conseil d'Etat (2017, 15 avril). Le juge administratif et l'administration pénitentiaire. *Conseil d'Etat*. [https://www.conseil-etat.fr/content/download/145811/document/Le%20juge%20administratif%20et%20l%27administration%20p%C3%A9nitentiaire\\_maj250417.pdf](https://www.conseil-etat.fr/content/download/145811/document/Le%20juge%20administratif%20et%20l%27administration%20p%C3%A9nitentiaire_maj250417.pdf)

- Guyomar, M. (2009). Le juge administratif, juge pénitentiaire. Au Titium, P., Hostiou, R., Vigoroux, C. et Cassia, P., *Mélanges offerts en l'honneur d'Yves Jegouzo. Terres du droit* (pp. 471-ss.). Dalloz.
- Jèze, G. (1929). Les libertés individuelles. Rapport. *Annuaire de l'institut international de droit public*, 162-189. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9756894k/f10.item.texteImage.zoom>
- Lefebvre Dalloz (2020). Référé-liberté (Contentieux administratif). *Lefebvre Dalloz*. <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=DZ%2FOASIS%2F000876>
- Moreau, J. (1980). La responsabilité de l'Etat à raison du fonctionnement des établissements pénitentiaires. Au Bouzat, P., *Mélanges en l'honneur du doyen Pierre Bouzat* (pp. 205-216). Pedone.
- Odent, R. (2007). *Contentieux administratif* (t. I). Dalloz.
- Péchillon, É. (1998). *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*. LGDJ.
- Sudre, F., Milano, L. y Surrel, H. (2019). *Droit européen et international des droits de l'homme*. PUF.