

QUESTION D'INCONSTITUTIONNALITÉ ET DÉTENUS EN ESPAGNE

Hubert ALCARAZ¹

En Espagne, naturellement, c'est l'ensemble des dispositions consacrant des droits et libertés de valeur constitutionnelle – les droits fondamentaux, selon la dénomination retenue par la section I du Chapitre II du Titre I de la Constitution du 27 décembre 1978 – , qui a vocation à s'appliquer aux personnes privées de liberté. L'ordre juridique espagnol, à cet égard, distingue, comme l'ordre juridique français, entre détenus prévenus – non condamnés – et détenus effectivement condamnés. Et c'est la loi organique générale pénitentiaire du 26 septembre 1979 qui encadre les relations entre l'État et la personne privée de liberté, notamment en concrétisant l'exercice des droits qui lui sont reconnus par la Constitution². Cette loi organique est, elle-même, mise en œuvre par le règlement pénitentiaire³. De ce point de vue, depuis le retour de la démocratie, il ne fait pas de doute que les personnes condamnées à une peine de prison demeurent titulaires des droits qui sont reconnus à l'ensemble des justiciables, droits qui sont seulement susceptibles de connaître des restrictions dans leur exercice. Aux yeux du juge constitutionnel espagnol, il y a lieu de rechercher dans quelle mesure la peine de prison est compatible avec l'exercice des droits et libertés, autrement dit de rechercher si la réglementation en vigueur est respectueuse des droits fondamentaux des détenus.

La disposition constitutionnelle centrale en la matière est, sans doute, l'article 25 de la Constitution qui, après un premier alinéa consacrant le principe de légalité des délits et des peines, indique, dans son alinéa 2 que « Les peines privatives de liberté et les mesures de sécurité tendront à la rééducation et à la réinsertion dans la société et ne pourront pas comporter de travaux forcés. Le condamné à une peine de prison jouira, pendant l'accomplissement de celle-ci, des droits fondamentaux définis à ce chapitre, à l'exception de ceux qui auraient été expressément limités par le contenu du jugement qui le condamne, le sens de la peine et la loi pénitentiaire. Dans tous les cas, il aura droit à un travail rémunéré et aux prestations correspondantes de la Sécurité sociale, ainsi qu'à l'accès à la culture et au plein épanouissement de sa personnalité ». Le Tribunal constitutionnel espagnol a eu l'occasion de préciser que l'article 25, alinéa 2, comporte un mandat adressé tant au législateur qu'à l'administration pénitentiaire en vue d'orienter l'exécution des peines privatives de liberté⁴.

1 Professeur à l'Université de Pau & Pays Adour, Univ Pau & Pays Adour, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, IE2IA, Pau, France.

2 *Ley orgánica general penitenciaria (LOGP) del 26 de septiembre de 1979.*

3 Adopté pour la première fois en 1981, il a été modifié par le décret du 9 février 1996 : *Real decreto 190/1996 de 9 de febrero.*

4 Arrêt n° 120/2000 du 10 mai.

Évidemment, au titre des observations générales, rappelons que l'Espagne est partie à de nombreux traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, au premier rang desquels figure la Convention européenne des droits de l'homme. Conformément à l'alinéa 2 de l'article 10 de sa Constitution, « Les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'Homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières, ratifiés par l'Espagne ». Dans le domaine particulier qui nous occupe, une telle solution a participé de l'importance attachée aux règles pénitentiaires européennes (RPE), adoptées pour la première fois en 1973, puis révisées en 1987 et 2006, et qui visent à harmoniser les politiques pénitentiaires des États parties au Conseil de l'Europe.

Dans l'ordre juridique espagnol, c'est le *juez de vigilancia penitenciaria* qui est chargé de prendre les mesures qui affectent les droits et libertés des personnes détenues, mesures qui ont fait l'objet d'un examen minutieux de la part de la jurisprudence constitutionnelle. Certaines spécificités, en forme de contraintes de la vie pénitentiaire sont, en effet, susceptibles d'entrer en conflit avec les droits et libertés consacrées par la Constitution, dans la mesure où l'enfermement entraîne mécaniquement des restrictions dans leur exercice. Pensons, par exemple, au droit à la vie et à l'intégrité physique, protégé par l'article 15 de la Constitution, à la liberté religieuse et de culte de l'article 16, au droit au respect de l'intimité, personnelle et familiale (article 18), ou encore à la liberté d'expression (article 20), et aux articles 21, 22 et 23 garantissant, respectivement, les libertés d'association, de réunion et de participation politique. À cet égard, suivant les exemples allemand et italien, les rédacteurs de la Constitution de 1978 ont mis en place un système dans lequel, à côté de la voie directe de contestation de la loi, est également ouverte une autre voie qui permet à tous les juges, qui à l'occasion de l'exercice de leur activité juridictionnelle estiment pouvoir douter de la constitutionnalité d'une loi applicable au litige, de s'adresser au Tribunal constitutionnel afin qu'il tranche la question de la conformité de cette disposition à la Constitution.

Toutefois, l'examen plus précis de cette jurisprudence met en lumière une particularité du système de justice constitutionnelle espagnol : l'usage quasi-systématique du recours d'*amparo* constitutionnel. De sorte qu'il faut se laisser aller à une sorte de paradoxe : pour examiner la question d'inconstitutionnalité en Espagne⁵, en particulier pour ce qui concerne les détenus, il faut commencer par dire quelques mots d'une autre voie d'accès au juge constitutionnel espagnol : le recours d'*amparo* (§ I), avant de rechercher les raisons du succès de cette voie de droit et de mettre ainsi en lumière la disqualification de la question d'inconstitutionnalité dans le cas particulier des détenus (§ II).

⁵ Cette voie de droit est instituée par l'article 163 de la Constitution : « Lorsqu'un organe juridictionnel considérera, au cours d'un procès, qu'une norme ayant force de loi, s'appliquant en la matière et dont dépend la validité de l'arrêt, pourrait être contraire à la Constitution, il saisira le Tribunal constitutionnel dans les conditions, sous la forme et avec les effets établis par la loi et qui ne seront en aucun cas suspensifs ».

I. La consécration d'une voie d'accès direct au juge constitutionnel

Selon une traduction littérale, le recours d'*amparo* désigne le *recours en protection*, également présent dans de nombreux États latino-américains, recours qui, en Espagne, est conçu comme le principal instrument de protection des droits fondamentaux. Pour en prendre la mesure, reportons-nous à l'article 53-2, alinéa 2, de la Constitution du 27 décembre 1978. Il dispose que « Tout citoyen pourra demander la protection des libertés et des droits reconnus à l'article 14 et à la section première du chapitre deux devant les tribunaux ordinaires par une action fondée sur les principes de priorité et de la procédure sommaire et, le cas échéant, par le recours individuel d'*amparo* devant le Tribunal constitutionnel. Ce recours sera applicable à l'objection de conscience, reconnue à l'article 30 »⁶. Il s'agit donc de la procédure qui permet à toute personne physique ou morale qui s'estime lésée, non pas dans l'un quelconque des droits et libertés proclamés par le titre premier de la Constitution (c'est-à-dire par les articles 14 à 52) mais dans l'un des droits fondamentaux proclamés par les articles 14 à 29 – dits, en général, de premier rang⁷ –, et qui considère ne pas en avoir obtenu la protection par le juge ordinaire, de saisir le juge constitutionnel d'une action directe. Cette voie d'accès direct au juge constitutionnel est ouverte à tout justiciable.

Et quant aux actes qui peuvent faire l'objet du recours, la loi organique 2/1979 relative au Tribunal constitutionnel (désormais LOTC)⁸ ne consacre pas un seul recours d'*amparo* constitutionnel, mais en réalité plusieurs *amparos* constitutionnels selon l'auteur de l'acte attentatoire aux droits fondamentaux, c'est-à-dire selon l'acte susceptible de faire l'objet d'une contestation directe devant le Tribunal constitutionnel. Si l'article 41 de la LOTC pose le cadre général du recours d'*amparo* constitutionnel⁹, ce sont les articles 42 à 44 qui distinguent, en réalité, plusieurs recours d'*amparo* devant le juge constitutionnel. Ce recours peut être dirigé contre les actes juridiques ou les simples comportements matériels des pouvoirs publics de l'État, des Communautés autonomes et des autres institutions publiques à caractère territorial, professionnel ou institutionnel, ainsi que de leurs fonctionnaires et agents¹⁰. De sorte que l'acte à l'origine de la violation du droit fondamental peut

6 L'article 53 comporte trois alinéas ainsi rédigés : « 1. Les droits et les libertés reconnus au chapitre deux du présent titre sont contraignants pour tous les pouvoirs publics. Seule une loi qui, dans tous les cas, devra respecter leur contenu essentiel, pourra régler l'exercice de ces droits et de ces libertés qui seront protégés conformément aux dispositions de l'article 161, paragraphe 1, a). 2. Tout citoyen pourra demander la protection des libertés et des droits reconnus à l'article 14 et à la section première du chapitre deux devant les tribunaux ordinaires par une action fondée sur les principes de priorité et de la procédure sommaire et, le cas échéant, par le recours individuel d'*amparo* devant le Tribunal constitutionnel. Ce recours sera applicable à l'objection de conscience, reconnue à l'article 30. 3. La reconnaissance, le respect et la protection des principes reconnus au chapitre trois inspireront la législation positive, la pratique judiciaire et l'action des pouvoirs publics. Ils ne pourront être allégués devant la juridiction ordinaire que conformément aux dispositions des lois qui les développeront ».

7 Cette expression employée par la doctrine espagnole renvoie à l'idée que ce sont ces droits fondamentaux qui bénéficient des garanties juridictionnelles les plus étendues.

8 *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional* (LOTC).

9 Conformément à l'intitulé du titre III de la LOTC (« *Del recurso de amparo constitucional* »).

10 Cette disposition vise, littéralement, « les dispositions, actes juridiques, abstentions ou simple voie de fait des pouvoirs publics de l'État, des Communautés autonomes et des autres entités publiques à caractère territorial, corporatif ou institutionnel, ainsi que de leurs fonctionnaires ou agents » (Art. 41 : « 1. Los derechos y libertades reconocidos en los artículos catorce a veintinueve de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta Ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia. Igual protección será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo treinta de la Constitución. 2. El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes. 3. En el amparo constitucional no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso »).

être d'une quelconque nature, pourvu qu'il émane d'un pouvoir public espagnol¹¹. Trois catégories d'actes peuvent être visées : tout d'abord, les actes parlementaires, c'est-à-dire les actes non législatifs produits par les *Cortes generales* ou les parlements des Communautés autonomes¹², ensuite les actes administratifs¹³ et, enfin, les actes juridictionnels¹⁴. Si l'on ajoute à tout cela que le recours d'*amparo* peut être intenté par toute personne physique ou morale ayant un intérêt légitime, mais aussi par le Défenseur du peuple ou le Ministère public¹⁵, on comprend bien les raisons de son succès, en particulier lorsqu'un détenu est en cause.

II. La disqualification pratique de la question d'inconstitutionnalité pour les personnes détenues

En matière de défense des droits et libertés des personnes détenues, la systématique du recours à l'*amparo* constitutionnel tient, d'abord et bien sûr, à son objet – la protection des droits et libertés – mais aussi aux actes qui sont susceptibles d'être contestés par cette voie – décisions juridictionnelles comme actes administratifs – . La détention, qu'elle soit provisoire ou définitive, constitue un terrain privilégié d'atteinte aux droits et libertés par des actes qui relèvent du champ d'application de l'*amparo* constitutionnel, qu'il s'agisse d'actes juridictionnels, adoptés par le pouvoir judiciaire au cours de la procédure aboutissant à la condamnation ou mettant en œuvre le contrôle juridictionnel d'actes pris à l'encontre de la personne détenue, ou d'actes adoptés par l'administration pénitentiaire lors de l'exécution de la détention. L'action juridictionnelle par cette voie devant le Tribunal constitutionnel est donc facilitée, même lorsque sont en cause des personnes détenues. En témoigne le nombre de recours d'*amparo* formés contre des décisions de l'administration pénitentiaire au cours de la détention : sauf erreur de notre part, entre 1981 et 2019¹⁶, ce sont 5 ordonnances et 70 arrêts qui ont été rendus (dont 40 entre 2000 et 2019) par le Tribunal constitutionnel à propos de questions relatives au statut et aux droits des détenus.

Or, face à cette avalanche de recours d'*amparo*, pour la période allant de 2000 à aujourd'hui, aucune question d'inconstitutionnalité sur la matière qui nous intéresse. Non pas qu'il n'y ait eu aucune question formée dans des affaires intéressant le droit pénal et, plus spécialement, l'emprisonnement, mais elles ne portent pas précisément sur les droits et le statut des détenus. Ainsi, trouve-t-on des questions relatives à la définition légale de la récidive¹⁷, à la détermination et la définition des

11 Art. 44 LOTC : « Les violations des droits et libertés susceptibles d'*amparo* constitutionnel, qui trouveraient leur origine immédiate et directe dans un acte ou une abstention d'un organe juridictionnel, pourront donner lieu à ce recours dès lors que les conditions suivantes sont remplies : a) toutes les voies de droit prévues au sein de l'ordre juridictionnel par les règles processuelles pour l'affaire en cause ont été épuisées ; b) la violation du droit ou de la liberté est imputable de manière immédiate et directe à une action ou à une abstention d'un organe juridictionnel indépendamment des faits qui ont donné lieu au procès au sein duquel cette action ou abstention s'est produite, faits dont, en aucun cas, le Tribunal constitutionnel ne pourra avoir à connaître ; c) que l'atteinte au droit constitutionnel en cause, s'il y a lieu, ait été formellement relevée, aussitôt que possible une fois connue ». Son alinéa 2 rajoute que « le délai pour former le recours d'*amparo* sera de 30 jours, à compter de la notification de la décision rendue dans la procédure juridictionnelle ».

12 Art. 42 LOTC.

13 Art. 43 LOTC.

14 Art. 44 LOTC.

15 En application de l'article 162 b) de la Constitution.

16 Le Tribunal constitutionnel a été installé en février 1980 et a rendu sa première décision le 11 octobre 1980.

17 Arrêt n° 205/2014 du 15 décembre 2014.

peines¹⁸, à propos du déroulement du procès¹⁹, ou encore de la situation des anciens détenus²⁰. Mais rien à propos des détenus eux-mêmes et de l'exercice de leurs droits constitutionnellement reconnus au cours de leur détention. En réalité, pour être tout à fait complet, libérons-nous un instant du cadre temporel de la recherche pour observer qu'il y a bien eu des questions d'inconstitutionnalité dans la matière qui nous intéresse. Mais elles sont bien antérieures à l'année 2000 et au nombre de deux ; autrement dit, entre 1981 et 2019, face aux 70 recours d'*amparo*, deux questions préjudicielles qui, au surplus, portent toutes les deux sur le régime des remises de peine²¹.

Cet état de fait s'explique, on l'a dit, par le succès du recours d'*amparo* dont les mérites, aux yeux des requérants, ne tiennent pas seulement au caractère direct de l'accès au juge constitutionnel, là où la question d'inconstitutionnalité est nécessairement médiatisée par l'intervention d'un *juge a quo*. Devant ce dernier, le renvoi de la question d'inconstitutionnalité « n'est pas aux mains des parties » mais relève uniquement du pouvoir du juge saisi de l'affaire²², la question d'inconstitutionnalité étant conçue comme une prérogative exclusive des organes juridictionnels, la demande des parties ne les contraignant même pas à entamer la procédure d'audition prévue par l'article 35, alinéa 2, de la LOTC²³. Selon le Tribunal constitutionnel, à l'image de la liberté dont jouissent les juridictions dans l'exercice de leur activité de jugement, elles doivent disposer librement de la faculté de poser une question d'inconstitutionnalité²⁴, et cela alors même que la LOTC utilise l'expression « à la demande des parties »²⁵. Autrement dit, apparaît ici le deuxième avantage, considérable, du recours d'*amparo* : ses modalités d'exercice et, plus précisément, l'absence de filtre. En matière de détention, il y a là un gain qui est déterminant et qui fait apparaître, pour les personnes privées de liberté, le recours d'*amparo* comme une voie d'accès facilitée. D'ailleurs, toujours au titre des modalités de mise en œuvre de la procédure, bien évidemment, même si les textes encadrant le recours d'*amparo* n'obligent pas à faire appel à un avocat, les requérants sont le plus souvent représentés ; en revanche, peu, voire pas, d'interventions d'associations d'aide aux détenus. Ces dernières sont rares, pour ne pas dire absentes, car la mise en œuvre de cette voie de droit peut aisément se passer de leur soutien. L'image du recours d'*amparo*, aux yeux de ces justiciables particuliers que sont les détenus, ne peut qu'être valorisée par rapport à celle de la question d'inconstitutionnalité, apparemment plus technique et

18 Arrêts n° 55/2010 du 4 octobre 2010 ; n° 139/2008 du 28 octobre 2008 ; n° 59/2008 du 14 mai 2008 ; n° 34/2005 du 17 février 2005 ; et n° 73/2000 du 14 mars 2000.

19 À propos du cas particulier des mineurs : arrêt n° 146/2012 du 5 juillet 2000.

20 Arrêts n° 135/2016 du 18 juillet 2016 et n° 123/2016 du 23 juin 2016.

21 Arrêt n° 72/1994 du 3 mars à propos des remises de peine pour travail pour les détenus dans les établissements pénitentiaires militaires ; arrêt n° 94/1986 du 8 juillet à propos également du régime des remises de peine tel que prévu par l'article 100 du code pénal en vigueur à l'époque.

22 Ordonnance n° 791/1984, FJ (fondement juridique) 3. La jurisprudence constitutionnelle a même considéré que le juge *a quo* n'a pas l'obligation de répondre explicitement à l'argumentation des parties, son silence signifiant simplement, par préterition, qu'il n'a pas été convaincu par leur argumentation (par exemple, arrêt n° 119/1998, FJ 6).

23 Art. 35, al. 2, LOTC : « L'organe juridictionnel ne pourra renvoyer une question qu'une fois la procédure achevée et dans le délai imparti pour le jugement, ou la résolution juridictionnelle adéquate, et il devra préciser la loi ou norme ayant force de loi dont la constitutionnalité est contestée, la disposition constitutionnelle supposément violée et spécifier ou justifier dans quelle mesure la décision à prendre dans le cadre du procès dépend de la validité de la norme en cause. Avant d'adopter sa décision définitive par ordonnance, l'organe juridictionnel entendra les parties et le Ministère public pour que, dans le délai de droit commun, non prorogeable, de 10 jours, ils puissent faire connaître leurs arguments à propos de la pertinence du renvoi de la question d'inconstitutionnalité ou à propos du fond ; ensuite et sans formalité, le juge décidera dans un délai de trois jours (...) ».

24 Arrêt n° 130/1989, FJ 2.

25 Art. 35, al. 1.

surtout porteuse de nombreux défauts. Car la question d'inconstitutionnalité est, au même titre que le recours d'inconstitutionnalité, avant tout une procédure de contrôle abstrait des normes et ce n'est qu'incorrectement, ou avec beaucoup de prudence, qu'elle peut être dite « concrète ».

Le fait que le jugement de constitutionnalité ait lieu à partir d'un cas concret ne signifie pas que, lors de cet examen, le juge constitutionnel ait à prendre en compte la situation subjective de chacune des personnes intervenant au procès *a quo*. Devant le juge constitutionnel, seule est en cause la stricte préservation de l'intégrité de la Constitution et il n'est pas rare de parler, à ce propos, de « défense objective » de la Constitution²⁶ ; rien de moins, mais rien de plus. Une fois la recevabilité de la question admise par le Tribunal constitutionnel²⁷, celui-ci juge la norme indépendamment de ses conditions concrètes d'application, de l'interprétation qu'en faisaient les parties et même de l'interprétation qu'en proposait le juge *a quo*²⁸ : il s'agit d'un « procès objectif subjectivisé en raison de la détermination de son objet par rapport à la situation individuelle en cause devant le juge *a quo* »²⁹.

Par ailleurs, la vérité oblige à dire qu'un défaut supplémentaire pèse encore sur la question d'inconstitutionnalité, défaut qui, en matière de détention, prend un relief tout particulier, puisqu'il est question de privation de liberté, et qui la disqualifie presque définitivement : son délai d'examen. À cet égard, le retard mis à statuer par le Tribunal constitutionnel espagnol n'est pas un secret. Et si ce retard n'est pas propre à la procédure de la question d'inconstitutionnalité, l'allongement gênant des délais étant ici moins stigmatisé que dans le cas du recours d'inconstitutionnalité, il n'en est pas moins préoccupant, d'autant plus peut-être qu'il est aléatoire. J'en prends pour preuve l'impossibilité du Tribunal à établir des statistiques précises sur ce point. Cela explique, en grande partie, l'attitude du Tribunal suprême espagnol qui prend bien soin de ne poser que de façon rarissime une question d'inconstitutionnalité au juge constitutionnel³⁰. Sans doute certains voudront-ils y voir l'expression d'une défiance, voire d'une réminiscence des tensions qui ont, à une époque, caractérisé les relations du Tribunal suprême et du juge constitutionnel³¹.

Pourtant, l'essentiel n'est pas là puisqu'il y a plus ennuyeux dans la mesure, on le sait, où le renvoi de la question entraîne la suspension du procès devant le juge *a quo* jusqu'à ce que la décision du juge constitutionnel intervienne. Mécaniquement, cela retarde le règlement de l'affaire ; dans le cas du juge constitutionnel espagnol, c'est particulièrement vrai puisqu'il faut alors raisonner au mieux

26 J. M. LÓPEZ ULLA, *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 89.

27 Le droit constitutionnel espagnol utilise l'expression *admisión*, ce qui est en réalité un peu plus large : à ce stade, le juge constitutionnel vérifie que l'argumentation contenue dans l'ordonnance de renvoi est, en apparence, pertinente, ce qui signifie qu'une question d'inconstitutionnalité ne peut être écartée à ce stade qu'en présence de « lourdes évidences » (arrêt n° 17/1981, FJ 1), ou lorsque de manière évidente et sans nécessité de procéder à une analyse de fond, le Tribunal constitutionnel constate que la norme en cause n'est pas applicable au litige. C'est la cohérence de la motivation qui est ici examinée.

28 Le Tribunal a eu plusieurs fois l'occasion de le souligner ; par exemple, arrêt n° 161/1997, FJ 2 ou ordonnance n° 1316/1988, FJ 2 et 4.

29 J. A. XIOL RÍOS, « Un supuesto de inadmisibilidad de la cuestión de constitucionalidad por deficiente motivación de la providencia de remisión (Comentario a la Sentencia del Tribunal constitucional de Italia de 13 de marzo de 1980, núm. 27) », *Revista española de derecho constitucional*, 1981, n° 1, p. 280.

30 Une seule en 2011, comme en 2010, 3 en 2012, 2 en 2013, 5 en 2014, 5 en 2015, 8 en 2016, 2 en 2017 et 5 en 2018. Si le renvoi par le Tribunal suprême n'a pas totalement disparu, l'une des raisons est à rechercher du côté de la forme de l'organisation territoriale espagnole, le juge suprême pouvant par cette voie contester la conformité à la Constitution de lois adoptées par des Communautés autonomes.

31 On se souvient qu'elles avaient atteint leur paroxysme avec la mise en cause de la responsabilité des magistrats du Tribunal constitutionnel, et leur condamnation à une amende, par le Tribunal suprême lui-même ; cf. P. BON, « Sur les rapports entre juge constitutionnel et juge ordinaire – Quelques précisions sur le cas espagnol », in *Constitution et finances publiques, Études en l'honneur de L. Philip*, Paris, Economica, 2005, p. 43.

en mois, au pire en années³². En matière de détention, une telle situation est inacceptable. Elle est inacceptable pour le Tribunal suprême, dès lors que le renvoi d'une question d'inconstitutionnalité n'entraîne pas la suspension de la mesure discutée. Elle est inacceptable, surtout et avant tout, pour le juge de premier ressort, le *juez de vigilancia penitenciaria*, qui se refuse purement et simplement systématiquement à poser une telle question au Tribunal constitutionnel, d'autant plus que le délai mis à statuer sur une question d'inconstitutionnalité est long mais aussi totalement aléatoire, donc imprévisible³³. À l'occasion d'une recherche menée en 2012, nous avons interrogé les membres du Tribunal constitutionnel à ce sujet. De leur aveu même, impossible d'établir alors le délai moyen de résolution des questions d'inconstitutionnalité car celui-ci dépend de circonstances fort diverses. Bien qu'en général les questions soient examinées par ordre chronologique, il n'en va pas toujours ainsi. Pour se faire une idée de la difficulté à déterminer un tel délai, constatons qu'au cours de l'année 2018 ont été rendus des arrêts qui traitent de questions d'inconstitutionnalité présentées en avril³⁴, en octobre³⁵ et en novembre 2017³⁶, mais aussi en avril 2018³⁷ et, bien plus surprenant, fâcheux et préoccupant, en novembre 2016³⁸, ou en mai³⁹ et en novembre 2015⁴⁰.

Est-il bien utile d'ajouter encore aux raisons de la disqualification des questions d'inconstitutionnalité ? Une encore, plus spécifique aux détenus, et pour tâcher d'être complet : pour les personnes privées de liberté, ce n'est le plus souvent pas de la loi mais de l'acte juridictionnel ou de l'acte administratif que vient le danger. Si la voie de la question d'inconstitutionnalité est empruntée, il faut alors démontrer que la décision de l'autorité judiciaire ou de l'administration pénitentiaire viole un droit ou une liberté car la loi sur laquelle cette décision se fonde est elle-même contraire à la Constitution. L'effort argumentatif est alors double : démontrer la violation du droit fondamental par la décision et démontrer que cette violation est le résultat d'une atteinte à ce même droit par la loi⁴¹. Dans le cadre du recours d'*amparo*, l'effort est réduit : la seule démonstration à construire est celle de la violation du droit par l'acte juridictionnel ou administratif, rien de plus. Le constat est d'autant plus vrai pour les détenus condamnés dans la mesure où la plupart des décisions qui

32 J. GARCÍA ROCA, « El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad : el caso del juez civil », in *Principios constitucionales en el proceso civil*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, p. 355.

33 En 2018, 42 questions d'inconstitutionnalité ont été renvoyées au Tribunal constitutionnel, tandis que 19 ont été tranchées, que 13 restaient à régler au 31 décembre et qu'à cette date le Tribunal devait encore de se prononcer sur la recevabilité de 5 questions. Les questions d'inconstitutionnalité peuvent être tranchées soit par des arrêts, soit par des *autos*, c'est-à-dire des ordonnances. Ces dernières sont des décisions par lesquelles, ici au stade de la phase d'admission, le Tribunal peut rejeter, après avoir entendu seulement le Procureur général de l'État (plus haut responsable du Ministère public), la question ; l'*auto* est motivé (art. 37 LOTC), à la différence des *providencias* (art. 86 LOTC).

34 Arrêt n° 50/2018 du 10 mai.

35 Arrêt n° 51/2018 du 10 mai.

36 Arrêt n° 128/2018 du 29 novembre.

37 Arrêt n° 72/2018 du 21 juin.

38 Arrêt n° 121/2018 du 31 octobre.

39 Arrêt n° 1/2018 du 11 janvier.

40 Arrêt n° 120/2018 du 31 octobre.

41 À ce propos, il peut être utile de rappeler les différents textes qui peuvent ainsi se trouver soumis au Tribunal constitutionnel, en particulier pour mentionner le cas des « décrets législatifs » (articles 82 à 85 de la Constitution), équivalents aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution française : ces dispositions, adoptées sur le fondement d'une délégation législative, ont force de loi et la question d'inconstitutionnalité est donc ouverte à leur rencontre, sauf si c'est le périmètre de l'habilitation qui est en cause car, dans ce cas, selon la jurisprudence du Tribunal suprême, faute de respect dudit périmètre, la disposition n'a pas valeur législative et relève donc de sa seule compétence, alors même pourtant que, formellement, il s'agit d'une loi (en effet, le Tribunal suprême espagnol est seul compétent pour contrôler un décret législatif qui aurait violé l'habilitation parlementaire).

affectent l'exercice de leurs droits fondamentaux sont prises par les responsables du centre pénitentiaire dans lequel ils sont détenus.

Ce constat – et les explications qui peuvent lui être attachées⁴² – est d'autant plus remarquable qu'il contraste avec ce qui s'est produit pour la garde à vue⁴³ et qu'un véritable statut constitutionnel des détenus a pourtant bien été construit, en Espagne, mais par la voie de l'*amparo* constitutionnel. En effet, de nombreuses questions ont été envisagées⁴⁴ : droit à l'assistance d'un avocat pendant la détention provisoire, modalités de désignation de l'avocat commis d'office pendant la détention provisoire, effets de la détention au secret en lien avec les cas de terrorisme, information du détenu à propos de ses droits, conseils aux détenus, assistance médicale, surveillance des communications de détenus, communication avec les membres de la famille, communication entre détenu et avocat, relations intimes, droit à la correspondance, permission de sortie, droit à un travail rémunéré, grève de la faim, ou fourniture de méthadone, pour ne citer que quelques exemples. Et bien que les problèmes liés aux droits des détenus n'aient été envisagés que par la voie du recours d'*amparo*, il n'est pas inutile de relever les dispositions constitutionnelles qui les ont le plus souvent fondées. Comme c'est le plus souvent le cas en matière de recours d'*amparo*, c'est le droit à une protection juridictionnelle effective, consacré par l'article 24 de la Constitution, qui est, de loin, le plus souvent invoqué, suivi par le principe d'égalité (article 14 de la Constitution) et le droit au respect de l'intimité (article 18), tant pour garantir le maintien de relations intimes pour le détenu que pour garantir l'inviolabilité de ses communications, en particulier écrites. La liberté de réunion et la dignité de la personne humaine ont, plus rarement, été invoquées, comme l'article 25.2 de la Constitution qui définit les buts de la détention, les caractères qui doivent être ceux des peines privatives de liberté et des mesures de sécurité orientées vers la rééducation et la réinsertion au sein de la société du détenu, mais qui encadre aussi les actions de l'administration pénitentiaire.

En ce sens, les efforts pour améliorer la situation des détenus en Espagne ont été réels. Des questions aussi diverses que celles de la rationalisation, à partir de critères sociaux et familiaux, du transfert des prisonniers, de leurs communications, du droit au respect de l'intimité dans les centres pénitentiaires (fouilles et relations affectives), de la prise en charge médicale, ou du travail des détenus n'ont pas été ignorées. D'ailleurs, la Constitution espagnole reconnaît également que le détenu doit pouvoir jouir de ses droits fondamentaux à l'exception de ceux qui font l'objet d'une restriction spécifique dans le dispositif de la décision de condamnation, ou pour tenir compte du sens de la peine et de la loi pénitentiaire. Même le régime pénitentiaire le plus restrictif et sévère, réservé aux détenus de grade un selon la terminologie espagnole, ne peut méconnaître le principe constitutionnel de resocialisation de la détention.

Reste, toutefois, que toutes les critiques ne se sont pas tues autour du statut des détenus qui apparaissent souvent, en Espagne aussi, comme des citoyens de seconde zone. Des questions demeurent

42 La question d'inconstitutionnalité présente, toutefois, cet avantage supplémentaire d'être une procédure ouverte de façon permanente.

43 La garde à vue a, quant à elle au contraire, suscité des questions d'inconstitutionnalité dès l'entrée en fonction du Tribunal constitutionnel.

44 Comme en témoignent les occurrences dans les tables analytiques du Tribunal constitutionnel.

non réglées ou non envisagées par le juge constitutionnel espagnol, le tout alimentant les critiques à l'égard des prisons, de leur état général et de leur faible pouvoir de resocialisation (pour ne pas dire leur pouvoir de désocialisation). La jurisprudence (en *amparo*), ces dernières années, a porté non seulement sur les droits fondamentaux de nature procédurale des personnes privées de liberté mais aussi sur des droits plus substantiels. Du côté de la procédure, elle a particulièrement envisagé la question de la preuve du bon comportement du détenu lors d'une demande de permission de sortie ou d'aménagement de sa peine. À cette occasion, l'obtention d'éléments de preuve par l'administration pénitentiaire, au moyen d'interception des correspondances ou de la fouille de la cellule, a été critiquée par le Tribunal constitutionnel. De la même façon, le juge constitutionnel espagnol est très attentif à la qualité de la motivation du juge qui aurait à envisager la régularité d'une mesure décidée par l'administration pénitentiaire et supposément attentatoire à un droit ou une liberté constitutionnels, en particulier lorsqu'il s'agit d'une sanction. Du côté des droits substantiels, enfin, plusieurs questions reviennent régulièrement devant le prétoire du juge constitutionnel espagnol : principe d'égalité, liberté religieuse, interdiction des traitements inhumains et dégradants, ou encore le droit au respect de l'intimité et la possibilité d'exercer dignement une activité salariée.

