

**¿ES EL MINISTERIO PÚBLICO
UNA AUTORIDAD JUDICIAL INDEPENDIENTE?¹**

Marc-Antoine Granger

Sumario: I. Introducción. II. El estatus constitucional del Ministerio Público. A. La independencia del Ministerio Público constitucionalmente garantizada. B. La protección de la libertad individual por el Ministerio Público constitucionalmente garantizada. C. La dirección y el control de la policía judicial por el Ministerio Público constitucionalmente garantizados. III. ¿El estatus constitucional del Ministerio Público en suspenso? A. La ausencia de independencia del Ministerio Público en consideración del artículo 5 § 3 de la CEDH. B. La protección de la libertad individual por el Ministerio Público.

1 Título original: «Le parquet, une autorité judiciaire indépendante?». VIIIe Congrès National de Nancy, 2011, Association Française de Droit Constitutionnel, Nancy (27 pp.). Disponible en: <<http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN6/grangerT6.pdf>>. Traducido del francés por Joseph Du Puit.

I. INTRODUCCIÓN

«Seísmo judicial»², «tempestad sobre el Ministerio Público»³, «Fiscal [...] en el banquillo»⁴, las sentencias Medvedyev⁵ y Moulin⁶ dictadas por la Corte Europea de Derechos Humanos, el 29 de marzo y el 20 de noviembre de 2010, habrían, según el profesor Frédéric Sudre, «dado el tañido fúnebre del Ministerio Público»⁷. Sin exagerar, el alcance jurídico de estas sentencias se afilian a una línea jurisprudencial del todo bien afirmada; sin embargo, conviene no descuidar su impacto sobre el derecho positivo francés o, al menos, preocuparnos.

Ciertamente, el estatus del Ministerio Público es una vieja historia del «derecho constitucional jurisdiccional»⁸ que reaparece episódicamente sea, por ejemplo, en ocasión de los proyectos de reforma del procedimiento penal⁹ o de diversos «escándalos mediático judiciales»¹⁰. Ya en 1994, a la luz de las proposiciones del Comité Consultivo para la revisión de la Constitución¹¹, el decano Louis Favoreu constató de manera severa (la que mantiene, desgraciadamente), con agudeza, que «el problema del estatus constitucional del Ministerio Público y de sus miembros no ha sido aún solucionado, al menos de una manera satisfactoria»¹². A la ocasión de la reforma de la detención provisional¹³ y del procedimiento penal más

2 Renucci, 2009, pp. 600; y 2010, p. 1386.

3 Marguenaud, 2009, p. 176.

4 Renucci, 2010, p. 1386.

5 CEDH, 29 mars 2010, Medvedyev et autres c. France, requête 3394/03.

6 CEDH, 20 novembre 2010, Moulin c. France, requête 37104/06.

7 Sudre, 2010. Disponible en: <<http://www.lexisnexis.com>>.

8 Expresión tomada al decano Louis Favoreu (1994, p. 675) para designar los trabajos relativos a la organización y funcionamiento de la justicia de la perspectiva constitucional.

9 Cfr. Delmas-Marty, 1991, p. 225; Donnedieu De Vabres, 1949, pp. 499 y ss., Leger, 2009, p. 59; y Truche, 1997, p. 500.

10 Con respecto al «affaire d'Outreau», ver Houillon & Vallini, 2006; AFP, 2010; Joly, 2010, p. 11; y Club Justice, droits et sécurités, s/f. Respecto al caso «urba», ver Turcey, 1997, p. 3.

11 Informe presentado al presidente de la república el 15 de febrero de 1993 por el Comité Consultivo para la revisión de la Constitución (cfr. el documento del Comité Consultatif pour la Révision de la Constitution, 1993).

12 Favoreu, 1994.

13 Ver Loi 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, JO 15 mars 2011, texte 1, p. 6610. La jurisprudencia de la CEDH del Consejo Constitucional (Cons. Const., décision 14/22 QPC, 30 juillet 2010, M. Daniel W. et autres, JO 31 juillet 2010, p. 14198) y de la Corte de Casación (cass., crim., 19 octobre 2010, 10-82902; cass., crim., 19 octobre 2010, 10-82306; et cass., crim., 19 octobre 2010, 10-85051) han hecho necesaria esta reforma del régimen de la detención provisional.

ampliamente¹⁴, una reflexión sobre la independencia del Ministerio Público y sobre su papel en la etapa previa a la sentencia del proceso penal no puede ser evitada en tanto que las recientes decisiones dictadas por la CEDH y por las jurisdicciones nacionales ya han comenzado a producir sus efectos. La ley del 5 de enero de 2011, relativa a la lucha contra la piratería y el ejercicio de los poderes de policía del Estado en el mar¹⁵, es una muestra. Esperando responder a las expectativas de la Corte de Estrasburgo, el legislador francés ha previsto que el fiscal de la república debe recurrir ante el juez de libertades y de detención (JLD) dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la aplicación de las medidas de restricción o privación de libertad de las personas que se encuentran a bordo de las naves sospechosas de haber cometido actos de piratería. Este magistrado de carrera estatuye, en el plazo de cuarenta y ocho horas, sobre la prolongación eventual de estas medidas coercitivas por una duración máxima de cinco días¹⁶. El 14 de abril de 2011, el legislador votó la ley referente a la detención provisional¹⁷. Prevista inicialmente para figurar en el marco de la reforma global del procedimiento penal, esta modificación del régimen jurídico de la detención provisional ha sido finalmente adoptada por separado para tener en cuenta de la sentencia «M. Daniel W. y otros» dictada por el Consejo Constitucional el 30 de julio de 2010¹⁸. Para permitir que el legislador tome las medidas necesaria de adaptación del derecho positivo, el Consejo Constitucional decidió postergar, hasta el 1 de julio 2011, la fecha de la abrogación de las disposiciones del C de PP relativas al régimen común de las detenciones provisionales que han sido consideradas contrarias a la Constitución¹⁹. Para tener

14 El borrador del futuro Código de Procedimientos Penales sometido a concertación (disponible en: <<http://www.justice.gouv.fr>>) prevé en especial un marco jurídico único permitiendo realizar las investigaciones de la policía judicial —la investigación judicial penal— que substituiría así la investigación de flagrancia, la investigación preliminar y la instrucción preparatoria. La dirección de las actividades de la policía judicial sería asegurada solo por el procurador de la república (artículo 221-16 del anteproyecto del futuro Código de Procedimientos Penales sometido a concertación). Por su parte, el procurador general debería conservar la vigilancia de los oficiales y agentes de policía judicial (artículo 221-13 del anteproyecto del futuro Código de Procedimientos Penales sometido a concertación). Ver Leger, 2009, p. 59; en cuanto a la puesta en evidencia de algunas dificultades relacionadas con la instauración del cuadro único de investigación, ver en particular Matsopoulou, 2010, p. 15.

15 Ver Loi 2011-13 du 5 janvier 2011 relative à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police de l'Etat en mer, JO 6 janvier 2011, 4, p. 374.

16 *Ibidem*, artículo 6.

17 Ver Loi 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

18 Cons. Const., décision 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, M. Daniel W. et autres.

19 *Ibidem*, considerando 30. En la continuación de la decisión Association AC, dictado por el Consejo del Estado, el 11 de mayo de 2004 (Rec., p. 197) y de la decisión dictada por el Consejo Constitucional, el 19 de junio de 2008, a propósito de la ley relativa a los organismos

en cuenta las consecuencias generadas por las jurisprudencias nacionales y europeas, en la ley del 14 de abril de 2011 (promulgada el 15 de abril de 2011, sin que haya sido deferida al Consejo Constitucional sobre la base del inciso 2 del artículo 61 de la Constitución), se precisaron dos objetivos. Por un lado, «dominar el número de detenciones provisionales» mediante un encuadramiento más estricto de las condiciones, justificando el recurso a esta medida coercitiva; y, por otro, «acrecetar de manera importante los derechos de las personas detenidas provisionalmente, en especial el derecho a la asistencia de un abogado»²⁰. Más allá de estas adaptaciones positivas del derecho vigente, aunque juzgadas tímidas por algunos²¹, se han preconizado modificaciones aún más profundas. Así, el grupo de trabajo sobre la evolución del régimen de la investigación y de la instrucción recomienda una revisión constitucional dirigida a modificar el estatus del Ministerio Público²². Y la senadora Nicole Borvo Cohen-Seat ha declarado que, en 2008, «nosotros hemos perdido el tren»²³. En el mismo tono, la Comisión Nacional Consultativa de Derechos Humanos (CNCDH) estima que, en el marco de la reforma del procedimiento penal, «deberían asegurarse las garantías de independencia del Ministerio Público, por un lado, mediante el nombramiento, sobre la base de la opinión conforme del Consejo Superior de la Magistratura renovado y, por otro, mediante la supresión pura y simplemente en los textos de las instrucciones individuales»²⁴.

Antes de abordar el examen de la cuestión de la independencia del Ministerio Público, algunas cuestiones preliminares se imponen. Al respecto el «*parquet*»

genéticamente modificados (Cons. Const., décision 2008-564 DC, 19 juin 2008, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés, Rec. 313, considérant 58), la revisión constitucional del 23 de julio de 2008 autoriza al Consejo Constitucional a modular en el tiempo los efectos de las abrogaciones pronunciadas sobre la base del artículo 61-1 de la Constitución. El inciso 2 del artículo 62 de la Constitución dispone en efecto: «[...] una disposición declarada inconstitucional en base del 61-1 es abrogada a partir de la publicación de la decisión del Conseil constitutionnel o a una fecha ulterior fijada en esta decisión. El Consejo Constitucional determina las condiciones y límites en los cuales los efectos de la disposición ha producido son susceptibles de ser cuestionados». Sobre esta cuestión, puede ser útil remitirse a la comunicación del Consejo Constitucional titulada «Los efectos en el tiempo de las decisiones QPC del Consejo Constitucional», de abril de 2011, disponible en: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr>>.

20 Proyecto de ley relativo a la custodia 2855, presentado, a nombre de François Fillon (primer ministro), por Michèle Alliot-Marie (ministro de justicia), inscrito en la presidencia de la Asamblea Nacional el 13 de octubre de 2010, disponible en: <<http://www.assemblee-nationale.fr>>.

21 Con respecto a la ley del 5 de enero de 2011, ver Kleitz, 2011, p. 3. Respecto a la ley del 14 de abril de 2011, ver Matsopoulou, 2011, 542.

22 Lecerf & Michel, 2010, pp. 5-43.

23 Ídem.

24 CNCDH, Avis sur la réforme de la procédure pénale, adopté par l'Assemblée plénière du 10 juin 2010 § 22.

(Ministerio Público) reúne a los fiscales; es decir, el procurador general ante la Corte de Casación, los procuradores generales ante la Corte de Apelaciones, los procuradores de la república ante los tribunales de gran instancia y los magistrados que se hayan bajo sus direcciones respectivas²⁵. Ciertos autores han propuesto explicar el origen etimológico de la expresión «*parquet*» indicando «que antes, los miembros del Ministerio Público se encontraban, como los abogados, parados en el entarimado de la sala de audiencias, al pie del estrado en el cual se hallaban los jueces sentados»²⁶. Aun cuando la explicación no ha convencido al conjunto de autores, dicha apelación ha permanecido tal cual²⁷. Lo que sea y según la letra del artículo 1 de la ordenanza conteniendo la ley orgánica relativa al estatus de los magistrados, los magistrados del Ministerio Público forman parte del «cuerpo judicial», a semejanza de los auditores de justicia y los magistrados judiciales («*du siège*», sentados)²⁸. Mediante decisión dictada el 21 de febrero de 1992²⁹, el Consejo Constitucional ha admitido la constitucionalidad de esta unidad del cuerpo judicial³⁰ en la medida en que el artículo 1 de la ordenanza estatutaria, la cual prevé que «todo magistrado ha vocación a ser nombrado en el curso de su carrera, a las funciones *du siège* y del Ministerio Público», no es contrario a la Constitución³¹. Paralelamente y en la continuación de una jurisprudencia constante, el Consejo Constitucional ha afirmado recientemente, en su decisión «M. Abderrahmane L.» (del 6 de mayo de 2011), que la autoridad judicial comprende «tanto los magistrados judiciales como los del Ministerio Público»³². Ahora bien, es indispensable de recordar que el inciso 2 del artículo 66 de la Constitución dispone: «[...] la autoridad judicial,

25 Para mayores precisiones, ver Pradel, 2004b, pp. 127 y ss.; y Rassat, 2010, pp. 170 y ss.

26 Koning & Vailhen, 1999, p. 13.

27 Según el profesor Jean-Marie Carbasse, «esta explicación no es sostenible, en la medida en que la separación entre las gentes del rey y los jueces de «*siège*» remonta a inicios de la institución, es decir a la época en la que el piso de las salas de justicia no estaban evidentemente revestidas de ningún *parquet*, y en todo caso bien antes de que el término «*parquet*» designe tal revestimiento del piso» (2000, p. 20). Ver también Hossaert, 2003, p. 3; y Rassat, 2010, p. 170.

28 Artículo 1 de l'Ordonnance 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, JO 23 décembre 1958, p. 11551.

29 Cons. Const., décision 92-305 DC, 21 février 1992, Loi organique modifiant l'ordonnance 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, RJC I-483.

30 Sobre esta cuestión, ver Betoulle & Canivet, 2005, p. 17.

31 Cons. Const., décision 92-305 DC, 21 février 1992, considérant 10.

32 Cons. Const., décision 2011-125 QPC, 6 mai 2011, M. Abderrahmane L., JO 7 mai 2011, texte 76, considerando 8. Para una decisión en ese sentido, sobre el fundamento del artículo 61 (2) de la Constitution, ver Cons. Const., décision 93-326 DC, 11 août 1993, Loi modifiant la loi 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale, Rec. 217, RJC I-552, considérant 5.

guardiana de la libertad individual, asegura el respeto de este principio en las condiciones previstas por la ley». En consecuencia, el miembro del Ministerio Público, del mismo modo que su colega juez, es habilitado por la Constitución para garantizar el respeto de la libertad individual. Esto explica que, más allá de sus principales atribuciones relativas al ejercicio de la acción pública, a la aplicación de la ley³³, a la apreciación de la oportunidad de la persecución³⁴, a la ejecución de las penas efectivas³⁵ y a la representación de la justicia en las políticas territorializadas³⁶, el Ministerio Público y en particular el procurador de la república controlan ciertas medidas de investigación privativas de libertad como la detención provisional. Es en este contexto que la problemática de la independencia del MP será sobre todo examinada, pues es bajo esta perspectiva que más se critica el estatus del MP sin duda alguna. La CEDH exige en efecto que, en el ejercicio de esta misión de protección de la libertad individual, el magistrado presente garantías de independencia tanto respecto al ejecutivo que a las partes. Queda por definir, al menos someramente, lo que conviene comprender por «independencia del MP»³⁷.

33 El artículo 31 del CPP dispone: «El Ministerio Público ejerce la acción pública y exige la aplicación de la ley».

34 El inciso 1 del artículo 40 del CPP prevé que «el procurador de la república recibe las querellas y las denuncias y aprecia el procedimiento a darles [...]». Ciertos procuradores estiman que «la oportunidad de las acciones judiciales penales [se ha] transformado en oportunidad del modo de perseguir, pues la reacción penal tiene a devenir obligatoria, pero según modos cada vez más variados». La oportunidad tendría más efectos sobre la selección de los modos de persecución que sobre la selección de ejercer o no la acción de perseguir. En esta perspectiva, se puede consultar con provecho el informe científico de investigación en Audier, Beauvallet, Mathias, Outin & Tabaries, 2007, p. 139.

35 En principio, una pena es ejecutada cuando la ejecución provisional se ha transformado en definitiva; es decir cuando los plazos de oposición, apelación o casación han expirado. Sin embargo, el plazo de apelación del procurador general, previsto en los artículos 505 y 548 del CPP, no impide la ejecución de la pena privativa de libertad. En esta última hipótesis, la pena es ejecutable; pero no definitiva (ver el artículo 708).

36 Para una apreciación de esta función desde el ángulo de una sociología descriptiva y analítica, ver especialmente Milburn, Kostulski & Salas, 2010, pp. 135 y ss.

37 En primer lugar, importa distinguir la independencia de los magistrados judiciales prevista por el artículo 64 de la Constitución y la independencia de las jurisdicciones en la medida en la que, en el marco de estas líneas, solo la primera analizaremos. Garantizado por el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789 (por ejemplo, Cons. Const., *décision* 2006-545 DC, 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, Rec. 138, considerando 24), el «principio constitucional de la independencia de las jurisdicciones» (ver, por ejemplo, Cons. Const., *décision* 86-223 DC, 29 décembre 1986, *Loi de finances rectificative pour 1986*, Rec. 184, considerando 5), significa especialmente que «ni el legislador, ni el gobierno, tampoco ninguna otra autoridad administrativa» puede injerirse en sus funciones (Cons. Const., *décision* 2007-551 DC, 1 mars 2007, *Loi organique relative au recrutement, à la formation et*

Para el profesor Thierry Renoux, se trata de una situación en la cual el magistrado «nada tiene que temer, ni esperar de nadie»³⁸. Con ocasión de la audiencia solemne de inicio de la Corte de Casación, el procurador general Jean-Louis Nadal ha reafirmado su apego a la independencia de los magistrados que él considera como «el bien máspreciado de la justicia en la República». El ha recordado la definición que proponía uno de sus predecesores, André Dupin: «algo más que la libertad», la «libertad perfeccionada». Ya que «ser independiente, es saber defender su opinión, su creencia y sus actos contra ataques externos, contra todos aquellos que, sin derecho, presionan nuestra voluntad para imponernos la de ellos; en una palabra de saber ser sí mismo, en la pureza de su consciencia y de su convicción [...]»³⁹. En razón de su vínculo con el poder ejecutivo, de las condiciones de su nombramiento y del desarrollo de su carrera, así como de su papel en relación con las partes en el proceso penal, parece bien difícil aceptar que los miembros del Ministerio Público se benefician de las garantías de independencia susceptibles de satisfacer las exigencias convencionales. Debe deducirse de esto, como lo hace el Sindicato de la Magistratura, ¿que la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo ha «descalificado el Ministerio Público para la misión de control de las detenciones provisionales»⁴⁰? Esta es una de las cuestiones centrales a la cual esta contribución se propone responder. Con este objeto y en el marco que viene de ser establecido, un reexamen del estatus constitucional del Ministerio Público se impone (I). Entonces será posible demostrar que este estatus constitucional del Ministerio Público no se encuentra verdaderamente «en suspenso» (II).

à la responsabilité des magistrats, Rec. 86, considerando 10). Resulta, de la sentencia «Consorts C. y otros» dictada por el Consejo Constitucional el 2 de julio de 2010, que este principio de la independencia de las jurisdicciones es susceptible de ser invocado en apoyo de una cuestión prioritaria de constitucionalidad (a propósito de los tribunales marítimos comerciales (TMC): Cons. Const., décision 2010-10 QPC, 2 juillet 2010, Consorts C. et autres, JO 3 juillet 2010, p. 12120. Ver, a título complementario, Renoux, 1992, pp. 500 y ss.

En segundo lugar, conviene no confundir la independencia con la imparcialidad. A diferencia de la independencia, la imparcialidad solo se concibe en relación a influencias externas: «Ella excluye todo militantismo, todo favoritismo [...] y toda pretensión ideológica» (Bergel, 2006, p. 23). En consecuencia, «ella exige que el magistrado, cualquiera que sean sus opiniones, sea libre de acoger y de tener en cuenta todos los puntos de vista debatidos en su presencia» (Conseil Supérieur de la Magistrature, 2010, p. 9). Para una presentación de la necesaria imparcialidad que los miembros del Ministerio Público deben manifestar en el ejercicio de sus misiones, ver especialmente Robert, 2000, p. 40.

En último lugar, el impacto del presupuesto del ministerio de justicia sobre la independencia del Ministerio Público no será retenido en el marco de este estudio. Para una puesta en evidencia de este aspecto de la independencia del Ministerio Público, ver, por ejemplo, Svabyova, 2000, p. 89.

38 Renoux, 1984, p. 99.

39 Nadal, 2011.

40 Syndicat de la Magistrature, 2010a, p. 19.

II. EL ESTATUS CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

Mediante los aportes sucesivos de su jurisprudencia, el Consejo Constitucional ha edificado progresivamente un verdadero estatus constitucional del Ministerio Público, paliando el relativo silencio del constituyente sobre esta materia. En la óptica de este estudio, tres elementos esenciales constitutivos de este estatus serán examinados. Primero, la Constitución garantiza la independencia del Ministerio Público (A); segundo, el Ministerio Público asegura la protección de la libertad individual (B); tercero, el Ministerio Público dirige la policía judicial (C).

A. La independencia del Ministerio Público constitucionalmente garantizada

En 1994 y después de interpretar la decisión dictada por el Consejo Constitucional, el 9 de julio de 1970, a propósito de la ley orgánica relativa al estatus de los magistrados⁴¹, el decano Louis Favoreu indicaba que «la independencia de los magistrados del Ministerio Público no está constitucionalmente protegida»⁴². En el estado actual del derecho, esta afirmación merece ser ponderada; pues la jurisprudencia constitucional, no sin «una prudente reserva»⁴³, garantiza la independencia del Ministerio Público.

En eco al cuarto principio formulado por la ley constitucional del 3 de junio de 1958, en virtud del cual «la autoridad judicial debe permanecer independiente [...]»⁴⁴, el artículo 64 de la Constitución del 4 de octubre de 1958, dispone: «[...] el presidente de la República es garante de la independencia de la autoridad judicial». De esta manera, es consagrada en la Constitución la independencia del poder judicial⁴⁵. El Consejo Constitucional asegura con vigilancia el respeto de esta independencia, como ilustra el ejemplo de la decisión que ha dictado el 19 de julio de 2010 sobre la remisión de la ley orgánica relativa a la aplicación del artículo 65 de la Constitución⁴⁶. Después de recordar los términos del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y de los

41 Cons. Const., décision 70-40 DC, 9 juillet 1970, Loi organique relative au statut des magistrats, Rec. 25, GD 14.

42 Favoreu, 1994, pp. 675 y ss.

43 Favoreu & Philip, 2007, p. 183.

44 Loi constitutionnelle du 3 juin 1958 portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution, JO 4 juin 1958, p. 5326.

45 Se puede observar que, sin cierta torpeza semántica (el término «derecho» no es el más idóneo), el Consejo Superior de la Magistratura considera que «la independencia de la autoridad judicial es un derecho constitucional» (Conseil Supérieur de la Magistrature, 2010, p. 1).

46 Cons. Const., décision 2010-611 DC, 19 juillet 2010, Loi organique relative à l'application de l'article 65 de la Constitution, JO 23 juillet 2010, p. 13583.

artículos 64 y 65 de la Constitución, el Consejo juzga que «resulta del conjunto de estas disposiciones que la independencia del Consejo superior de la magistratura contribuye a la independencia de la autoridad judicial»⁴⁷. Bien comprendido, la fórmula del constituyente según la cual es el presidente de la república, jefe del Poder Ejecutivo, quien asegura la independencia de la autoridad judicial, puede parecer bien «incongruente»⁴⁸ o al menos «curiosa»⁴⁹. Se puede lamentar que la revisión constitucional del 23 de julio de 2008 no haya hecho desaparecer esta formulación que data de la época de la piedra; pues, como lo señala el profesor Guy Carcassonne, «tanto proclamar que el lobo es garante de la seguridad del establo»⁵⁰. Para suprimir esta «imposibilidad constitucional evidente para un presidente [...] de ser [...] garante de la independencia judicial»⁵¹, sería especialmente racional de prever en el actual artículo 64, inciso 1, de la Constitución un enunciado del tipo “la autoridad judicial es independiente”, que se encuentra en ciertas constituciones bajo la reserva de algunas variaciones semánticas⁵². Además, Nathalie Merley ha demostrado perfectamente que el Consejo Constitucional, cuando invoca el artículo 64 de la Constitución, oculta generalmente la referencia al papel del

47 *Ibidem*, considerando 5.

48 Carcassonne, 2009, p. 312.

49 Robert, 2006, p. 547.

50 Carcassonne, 2009, p. 312.

51 Robert, 2006, p. 547.

52 Ver, en especial, el artículo 191c de la Constitución suiza («En el ejercicio de sus competencias jurisdiccionales, las autoridades judiciales son independientes y solo están sometidas a la ley»); el artículo 209 de la Constitución de la República del Burundi («el poder judicial es imparcial e independiente del poder legislativo»); el artículo 65 de la Constitución de la República Árabe de Egipto («El Estado está sometido a la ley. La independencia de la magistratura y su inmunidad son dos garantías fundamentales para la protección de los derechos y libertades»); el artículo 68, inciso 1, de la Constitución de la República de Gabón («La justicia es una autoridad independiente del poder legislativo y del poder ejecutivo»); y el artículo 99, inciso 1, de la Constitución de Nigeria («El poder judicial es independiente del poder legislativo y del poder ejecutivo»). Los textos constitucionales citados son accesibles en Internet: <<http://www.accpuf.org>>. A veces, las constituciones precisan explícitamente que los miembros del Ministerio Público gozan de independencia. Este es el caso, por ejemplo, del artículo 151 de la Constitución belga («Los jueces son independientes en el ejercicio de sus competencias jurisdiccionales. El Ministerio Público es independiente en el ejercicio de las investigaciones e instrucciones individuales, sin perjuicio del derecho del ministerio competente de ordenar investigaciones y de dictar directivas obligatorias de política criminal, comprendida en materia de política de investigación y de persecución»; disponible en: <<http://www.const-court.be>>) o del artículo 108, inciso 2, de la Constitución italiana («La ley asegura la independencia de los jueces de jurisdicciones especiales, del Ministerio Público ante estas jurisdicciones y de las personas extranjeras a la magistratura que participen a la administración de justicia»; disponible en: <<http://cdpc.univ-tln.fr>>).

presidente de la república, de manera que «es más bien la Constitución misma y no el jefe de Estado quien garantiza la independencia»⁵³ de la autoridad judicial.

Sin embargo, por sentencia dictada el 11 de agosto de 1993, concerniendo la ley referente a la reforma del C de PP, el Consejo Constitucional ha precisado por la primera vez que «la autoridad judicial [...] comprende tanto los magistrados judiciales como a los del Ministerio Público»⁵⁴. Esta jurisprudencia, desde entonces constantemente afirmada, lleva a reconocer que la independencia de los magistrados del Ministerio Público está constitucionalmente protegida⁵⁵. En efecto, calificados como «autoridad judicial» por la jurisprudencia constitucional, los magistrados del Ministerio Público gozan directamente de la garantía constitucional de su independencia conforme al artículo 64 de la Constitución. Como lo indica el relator público Mattias Guyomar en sus conclusiones sobre la decisión «Sra. Nadège A.»⁵⁶, el principio de independencia de la autoridad judicial impone «que garantías especiales se vinculan a la calidad de magistrado, sin consideración sobre este punto a que sea juez o fiscal»⁵⁷. En este caso y siguiendo la interpretación del relator público, la sección del contencioso del Consejo de Estado ha deducido que los principios constitucionales de independencia de la autoridad judicial y de separación de poderes implican que el decreto de nombramiento de un magistrado no puede ser dejado sin efecto en las condiciones fijadas por la jurisprudencia *Ternon*, sino solo conforme a las formuladas en el estatuto de la magistratura⁵⁸. Sin embargo, las garantías de independencia de los miembros del Ministerio Público son menos importantes que las de sus colegas jueces⁵⁹.

En primer lugar, según el inciso 4 del artículo 64 de la Constitución, los magistrados judiciales son inamovibles; es decir que «no pueden recibir sin su

53 Merley, 1997, p. 713. En este sentido, ver la Cons. Const., décision 92-305 DC, 21 février 1992, Loi organique modifiant l'ordonnance 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, Rec. 27, considerando 7.

54 Cons. Const., décision 93-326 DC, 11 août 1993, Loi modifiant la loi 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale, Rec. 217, RJC I-552, considerando 5.

55 En la continuación de la decisión del 11 de agosto de 1993, ver Cons. Const., décision 97-389 DC, 22 avril 1997, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, Rec. 45, considerando 61; y Cons. Const., décision 2010-80 QPC, 17 décembre 2010, M. Michel F., JO 19 décembre 2010, p. 22374, considerando 11.

56 CE, sect., 1 octobre 2010, Mme. Nadège A., 311938.

57 Guyomar, 2010.

58 CE, sect., 1 octobre 2010, Mme. Nadège A.

59 Es ciertamente cuestión de la independencia en relación con el poder ejecutivo; ya que, respecto a las partes y a los jueces de *siège*, los magistrados del Ministerio Público gozan de una independencia absoluta. Ver la buena síntesis de Buisson & Guinchard, 2009, p. 356.

consentimiento una nueva afectación, aun favorable (de avance en la carrera)»⁶⁰, salvo desplazamiento de oficio pronunciado a título de sanción disciplinaria⁶¹ o de aplicación de la regla de los siete años para los jefes de jurisdicción de primer o segundo grado⁶². La jurisprudencia constitucional contiene numerosos ejemplos de descalificaciones pronunciadas por violación de la inamovilidad de los magistrados judiciales. El 26 de enero de 1967, por ejemplo, el Consejo Constitucional declaró inconstitucionales las disposiciones de la ley orgánica modificando y completando la ordenanza del 22 de diciembre de 1958 que otorgaba al gobierno la facultad de afectar de oficio a un cargo judicial a los consejeros referendarios cuando sus funciones expiraban⁶³. Sin embargo, a diferencia del artículo 107 de la Constitución italiana⁶⁴, la Constitución francesa solo garantiza la inamovilidad de los magistrados judiciales; lo que significa que los miembros del Ministerio Público no están protegidos de cualquier afectación nueva no consentida⁶⁵. Se trata de una diferencia fundamental de situación entre los magistrados judiciales y los magistrados del Ministerio Público en relación al grado de independencia. Sin embargo, la independencia no se reduce a la garantía de inamovilidad y, progresivamente, la situación estatutaria de los miembros del Ministerio Público se iguala a la de los magistrados judiciales. Aun cuando el poder disciplinario respecto a los magistrados del Ministerio Público continua siendo ejercido por el Ministerio de Justicia⁶⁶, el legislador orgánico ha previsto, desde 1944, que «ninguna sanción contra un magistrado del Ministerio Público puede ser pronunciada sin la opinión

60 Artículo 4, inciso 2, de l'ordonnance 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

61 Artículo 45 de l'ordonnance 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

62 Artículos 28-2, 37 y 38-2 de l'Ordonnance 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

63 Cons. const., décision 67-21 DC, 26 janvier 1967, Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, Rec. 19.

64 Artículo 107 de la Constitución italiana: «Les magistrats sont inamovibles [...]».

65 A modo de ejemplo, el Consejo del Estado ha juzgado que «ninguna disposición, ningún principio general de derecho prohíbe al Presidente de la República [...] de mutar de oficio en el interés del servicio a los magistrados que no benefician de inamovilidad, especialmente aquellos que están en servicio en la administración central del ministro de justicia» (CE, 27 juillet 1979, Jeol, 03748, Rec. 339).

66 Artículo 48 de l'ordonnance 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature. Es de recordar que el poder disciplinario, respecto de los magistrados, es ejercido por el Consejo Superior de la Magistratura.

de la formación competente del Consejo superior de la magistratura»⁶⁷. Además y en el plano constitucional, dos evoluciones mayores han permitido reforzar la independencia de los magistrados del Ministerio Público. Por un lado, la revisión constitucional del 27 de julio de 1993⁶⁸ reconoció la existencia de magistrados del Ministerio Público en el seno mismo de la Constitución y, en particular, previendo en su artículo 65 que el «Consejo Superior de la Magistratura comprende dos formaciones, una competente en relación con los magistrados judiciales, la otra con los magistrados del Ministerio Público»⁶⁹. Más aún, ella subordina la designación de los magistrados del Ministerio Público a la opinión del Consejo Superior de la Magistratura, a la excepción de los procuradores generales nombrados en consejo de ministros⁷⁰. A manera de ilustración, el 30 de diciembre de 2010, el Consejo de Estado anuló el decreto de nombramiento al cargo de abogado general ante la Corte de Casación del procurador general ante la Corte de Apelaciones de Riom, Marc Robert, en razón a que el Consejo Superior de la Magistratura no había justamente emitido su opinión sobre esta designación en las condiciones previstas en el artículo 65 de la Constitución⁷¹. Por otro lado, el 23 de julio de 2008⁷², la reforma constitucional adoptada a raíz de los trabajos del comité de reflexión y de proposición sobre la modernización y el reequilibrio de las instituciones de quinta república puso fin a que el jefe del Estado presida el Consejo Superior de la Magistratura⁷³ y el ministro de justicia asuma la vicepresidencia⁷⁴.

67 Artículo 20 de la loi organique 94-101 du 5 février 1994 modifiant l'ordonnance 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature, JO 8 février 1994, 32, p. 2148.

68 Loi constitutionnelle 93-952 du 27 juillet 1993 portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, X et X, JO 28 juillet 1993, 172, p. 10600.

69 Artículo 1 de la Loi constitutionnelle 93-952 du 27 juillet 1993 portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, X et X.

70 Ídem.

71 CE, 30 décembre 2010, M. Robert, 329513 et 329515.

72 Loi constitutionnelle 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Vème République, JO 24 juillet 2008, 1171, p. 11890, texte 2.

73 Según la ley orgánica relativa a la aplicación del artículo 65 de la Constitución, el Consejo Constitucional ha formulado sin embargo una reserva de interpretación en el sentido de que «el principio de independencia de los miembros del Conseil Supérieur de la Magistrature impide que el primer presidente y el procurador general de la Cour de Cassation participan a las decisiones e informes relativos a los magistrados que han sido anteriormente miembros del Conseil Supérieur de la Magistrature bajo su presidencia» (Cons. Const., décision 2010-611 DC, 19 juillet 2010, Loi organique relative à l'application de l'article 65 de la Constitution, considerando 12). Respecto a la presidencia del Consejo Superior de la Magistratura, que es ahora confiada a los jefes de la Cour de Cassation, ver en particular Gaudemet, 2008, p. 3; Gicquel, 2008, 176; Lamanda, 2011; Le Pogam, 2010, 982; Ludet, 2008, p. 111; y Rousseau, 2008.

74 Sobre este punto, que pasa con frecuencia desapercibido en los comentarios doctrinales, ver Gallet, 2010, p. 10; Pinon, 2009; y Zarka, 2008, p. 8. Se distingue, sin embargo, que el inciso 9

La revisión constitucional amplió además el procedimiento de consultación del Consejo Superior de la Magistratura al nombramiento de todos los miembros del Ministerio Público, comprendido el procurador general ante la Corte de Casación y los procuradores generales⁷⁵. Interrogado sobre la cuestión de la independencia de los magistrados del Ministerio Público, el ministro de justicia y de libertades, Michel Mercier, ha declarado tener «la intención de decidir como lo diga el Consejo Superior de la Magistratura»⁷⁶, siguiendo siempre sus opiniones. Por no estar expresamente transcrita en la Constitución, esta declaración de intención no tiene, lo que se constata sin dificultad, ningún alcance jurídico. Por lo que es fácil deplorar que no se haya aceptado la proposición de someter a la opinión conforme del Consejo Superior de la Magistratura el conjunto de nombramientos propuesto por el ministro de justicia a todas las funciones del Ministerio Público, ya formulada en 1997 en el informe de la Comisión de Reflexión sobre la Justicia presidida por el presidente Pierre Truche⁷⁷.

En segundo lugar, la independencia de los magistrados del Ministerio Público no puede ser expresada con la misma plenitud como en el caso de los magistrados judiciales debido al principio de la subordinación jerárquica de sus miembros. Este principio significa que estos están sometidos a sus superiores jerárquicos y, en última instancia, al ministro de justicia. Sobre este punto y de manera sintética, el profeso Michéle-Laure Rassat describe la estructura del Ministerio Público indicando que el conjunto de magistrados:

[...] está colocado en una organización jerárquica, en la cima de la cual se encuentra el representante del gobierno para las cuestiones de justicia, es decir el Ministro de justicia. Organización conformada en dos ramas. Una de las cuales está dividida en dos grados, constituida por el ministro de justicia y el procurador general ante la Corte de Casación (que no es superior jerárquico de los miembros del Ministerio Público). La otra tiene tres grados: Ministro de justicia,

del artículo 65 de la Constitución autoriza, salvo en materia disciplinaria, al ministro de justicia a participar en las sesiones de las formaciones del Consejo Superior de la Magistratura. Esta participación debe ser criticada: los trabajos del Consejo Superior de la Magistratura habrían ganado de haber sido alejadas de la tutela del ejecutivo.

75 Artículo 31 de la loi constitutionnelle 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Vème République.

76 «Samedi sur RTL, le ministre de la justice n'avait pas été aussi radical dans son opposition à Brice Hortefeux. Ecoutez ce que Michel Mercier disait de l'affaire samedi». Disponible en: <<http://www.rtl.fr>>.

77 Truche, 1997, p. 35. Respecto al fracaso de la reforma constitucional, ver Dufour, 2000b, p. 3.

procuradores generales de las cortes, procuradores de la República de los tribunales⁷⁸.

En su decisión del 2 de marzo de 2004⁷⁹, el Consejo Constitucional se ha pronunciado sobre los alcances de este principio de subordinación jerárquica. En la especie, el consejo debía apreciar la constitucionalidad del nuevo artículo 30 del C de PP, que prevé que:

[...] el ministro de justicia conduce la política de acción pública determinada por el gobierno. Supervisa la coherencia de su aplicación sobre el territorio de la república. Con este fin, dicta a los magistrados del Ministerio Público las instrucciones generales correspondientes. Puede denunciar ante el procurador general las infracciones a la ley penal que llegan a su conocimiento y ordenarle, mediante instrucciones escritas que deben ser anexadas al expediente del proceso, abrir las investigaciones o encargarlas por escrito a la jurisdicción competente de tales exigencias cuando lo considera oportuno⁸⁰.

El Consejo Constitucional destaca que, en virtud del artículo 20 de la Constitución, el gobierno determina y conduce la política de la nación, particularmente en el dominio de la acción pública; y que, en virtud del artículo 5 de la ordenanza del 22 de diciembre de 1958 referente a la ley orgánica relativa al estatus de la magistratura, los magistrados del Ministerio Público se encuentran bajo la autoridad del ministro de justicia. Sobre la base de esta atingencia, juzga que «el artículo 30 del nuevo C de PP, en el que se definen y limitan las condiciones en las que se ejerce esta autoridad, no desconoce ni la concepción francesa de la separación de poderes, ni el principio según el cual la autoridad judicial comprende tanto a los magistrados judiciales como a los del Ministerio Público, ni ningún otro principio o regla de valor constitucional»⁸¹. Para el Consejo Constitucional, el poder del ministro de justicia de dictar al Ministerio Público instrucciones de alcance general y de exigirle que inicie la persecución⁸² no atenta contra ninguna exigencia constitucional y, en particular, el principio de la independencia de la

78 Rassat, 2010, p. 174.

79 Cons. Const., décision 2004-492 DC, 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, Rec. 66, GD 50.

80 *Ibidem*, considerando 96.

81 *Ibidem*, considerando 98.

82 Según la letra del Código de Procedimientos Penales, la autoridad jerárquica no puede ordenar que no se persiga. Según la fórmula consagrada, ella solo puede dictar «instrucciones positivas» (ver Lernout, 2002, p. 2061). De modo que, en buena cuenta, si el ministro de justicia puede orientar el sentido de la persecución, no puede oponerse a esta. En este sentido, ver Rassat, 2010, p. 175; y Renoux, 1995, p. 407.

autoridad judicial. De donde hay que deducir que, en el plano constitucional, la independencia reconocida a los magistrados del Ministerio Público no es de manera alguna inconciliable con el principio de subordinación jerárquica al que están sometidos. En la práctica, además, y si se cree al exsecretario general de la Unión Sindical de Magistrados (USM), Valéry Turcey, «el Ministerio Público es independiente en el 99% de la totalidad de los casos, porque la presión es tal, debido al número de expedientes y a la rapidez a la que conviene tomar una decisión, que aún si los miembros del Ministerio Público lo quisieran no tendrían tiempo para pedir la opinión del ministerio de justicia»⁸³. Además, no se puede ignorar que el poder de los jefes del Ministerio Público y la libertad de palabra en cuanto a las requisitorias orales durante la audiencia (el adagio es conocido: «la pluma es servil, pero la palabra es libre»), temperan en algo este principio de la subordinación jerárquica y tienden a confirmar que la independencia y la estructura jerárquica del Ministerio Público no son necesariamente antinómicas⁸⁴. En relación con la reforma del procedimiento penal, el artículo 221-7 del anteproyecto del futuro C de PP que autoriza, no sin algunas reservas, las instrucciones individuales del ministro de justicia, suscita algunas inquietudes⁸⁵. Si las instrucciones dictadas en el marco de la política de acción pública pueden fácilmente concebirse, sea para garantizar la eficacia de la misión del Ministerio Público o la igualdad de los ciudadanos ante la ley; por el contrario, tales instrucciones individuales no son de índole a alejar el espectro de la politización del poder jurisdiccional⁸⁶.

En definitiva, la Constitución garantiza la independencia de la autoridad judicial. Por tanto, calificando a los miembros del Ministerio Público como «autoridad judicial», el Consejo Constitucional reconocía inevitablemente que ellos se benefician, como los magistrados judiciales, de esta independencia. Sin embargo, la independencia reconocida en el plano constitucional a la autoridad judicial comprende en realidad dos niveles: en el nivel inferior, está la independencia «relativa» que gozan los miembros del Ministerio Público; y en el nivel superior, la independencia «plena y completa» de los magistrados judiciales. En todo caso,

83 Turcey, 1997, p. 3.

84 Sobre el poder de los jefes del Ministerio Público y la libertad de palabra de los mismos en audiencia, ver particularmente Bouloc, Levasseur & Stefani, 2010, p. 146; Hossaert, 2003, p. 3; Nadal, 2008, p. 5; y Rassat, 2010, pp. 176 y ss.

85 El artículo 221-7 del anteproyecto de futuro Código de Procedimientos Penales sometido a concertación prohíbe las instrucciones individuales formuladas por el ministro de justicia cuando tienden al cierre del procedimiento sin consecuencias y cuando ellas están sometidas a la exigencia de la investigación de la manifestación de la verdad y de la conducción de las investigaciones a carga y descarga.

86 Ver Hourquebie, 2010, pp. 40 y ss.

la calificación de miembro de autoridad judicial que es atribuida al magistrado del Ministerio Público engendra otra consecuencia en el plano constitucional: al mismo título que la magistratura judicial, la magistratura de pie es garante de la libertad individual⁸⁷.

B. La protección de la libertad individual por el Ministerio Público constitucionalmente garantizada

El inciso 2 del artículo 66 de la Constitución es muy conocido: «[...] la autoridad judicial, guardiana de la libertad individual, asegura el respeto de este principio en las condiciones previstas en la ley»⁸⁸. Supone la intervención de la autoridad judicial cuando se ataca la libertad individual. Es de recordar que la libertad individual se define clásicamente mediante dos palabras: *habeas corpus*, lo que significa literalmente «tener su cuerpo». En substancia y más allá de la garantía contra las privaciones de libertad arbitrarias, la libertad individual constituye «el punto de reencuentro»⁸⁹ de ciertas libertades que, beneficiando de una protección constitucional autónoma, integran el régimen de protección de la libertad individual a partir de cierto grado de coerción. En todo caso, el Consejo Constitucional ha juzgado que la detención provisional es con seguridad una medida de la policía judicial que «conciene la libertad individual»⁹⁰. Dicho de otra manera, debe necesariamente ser colocada bajo el control de la autoridad judicial. En su decisión del 11 de agosto de 1993, el Consejo Constitucional ha juzgado, conforme al artículo 66 de la Constitución, la intervención del procurador de la república «en el más breve plazo posible»⁹¹ para asegurar el respeto de la libertad individual en el curso de una detención provisional dictada por un oficial de la policía judicial⁹². Más aún, el juez constitucional admite que, al término del plazo de veinticuatro horas, el procurador de la República puede decidir prolongar la detención provisional por un nuevo plazo de veinticuatro horas, respetando

87 La expresión «magistratura de pie» designa a los magistrados del Ministerio Público que paran para hacer uso de la palabra en la audiencia, a diferencia de los magistrados de *siège* que permanecen sentados. En este sentido, ver Couchez & Lagarde, 2011, p. 146.

88 Delmas-Marty, 1991, p. 71.

89 Ver Favoreu & otros, 2009, p. 909. Referente a la definición de los límites de la libertad individual, ver igualmente Mathieu & Verpeaux, 2002, pp. 533 y ss.; y Pena-Soler, 1998, p. 511.

90 Cons. Const., décision 93-326 DC, 11 août 1993, Loi modifiant la loi 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale, Rec. 217, considerando 3.

91 Ídem.

92 Ídem.

sin embargo las exigencias del artículo 66 de la Constitución⁹³. Por el contrario, más allá de las cuarenta y ocho horas de detención provisional, la protección de la libertad individual debe ser considerada bajo el control exclusivo de la magistratura judicial⁹⁴. Al respecto, una de las expresiones mejor logradas de la jurisprudencia constitucional figura en la decisión «M. Daniel W. y otros» del 30 de julio de 2010: «[...] la intervención de un magistrado judicial es necesaria para la prolongación de la detención provisional más allá de las 48 horas; [...] antes de finalizar este periodo, el desarrollo de la detención provisional se encuentra bajo el control del procurador de la República quien puede decidir, llegado el caso, de su prolongación de 24 horas»⁹⁵. Por esta razón, el legislador ha previsto en especial la intervención del juez de libertades y de detención⁹⁶ (JLD) para la prolongación de las detenciones relativas a las infracciones comprendidas en el campo de aplicación del artículo 706-73 del CPP, como los crímenes en banda organizada⁹⁷.

Bajo reserva de la intervención de un magistrado judicial⁹⁸, la jurisprudencia constitucional reconoce que el procurador de la república, en tanto autoridad judicial, se presente como guardián de la libertad individual. Paralelamente, constituye también el «brazo judicial del Estado policial»⁹⁹, en tanto que dirige y controla la policía judicial que le proporciona lo esencial de la materia. Como ocurre con el control de la libertad individual, esta dirección y este control

93 *Ibidem*, considerando 5.

94 El Consejo Constitucional ha tenido la ocasión de precisar que «si la intervención de un magistrado de siège para autorizar [...] la prolongación de la detención provisional (más allá de 48 horas) es necesario conforme a las disposiciones del artículo 66 de la Constitución, ningún principio o regla de valor constitucional no exige este magistrado tenga la calidad de juez de instrucción» (Cons. Const., décision 80-127 DC, 19 et 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, Rec. 15, considerando 25).

95 Cons. Const., décision 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, M. Daniel W. et autres., considerando 26.

96 Según el artículo 137-1, inciso 2, del CPP, «el juez de libertades y de detención es un magistrado de siège teniendo el rango de presidente, de primer vice-presidente o de vice-presidente. Es designado por el presidente del tribunal de gran instancia [...]. En caso de impedimento del juez de libertades y de detención designado y de impedimento del presidente así como de los primeros vice-presidentes y de los vice-presidentes, el juez de libertades y de detención es reemplazado por el magistrado de siège el más antiguo, designado por el presidente de gran instancia».

97 Ver los artículos 706-88 y 706-73, 1, del CPP.

98 Para más amplios desarrollos sobre esta idea de gradación de las autoridades judiciales responsables que varía en función del grado de afectación a la libertad individual, se puede consultar útilmente Buck, 2005, p. 122; Renoux, 1995, p. 410; y Schoettl, 2004, p. 3.

99 Expresión tomada de Monteiro de Barros, 2006, p. 34.

de la policía judicial ejercidos por el Ministerio Público se benefician de una base constitucional.

C. La dirección y el control de la policía judicial por el Ministerio Público constitucionalmente garantizados

Toda medida de policía judicial supone una intervención de la autoridad judicial para los efectos de dirección y de control. Consagrada por el C de PP, esta exigencia, que se deduce de la naturaleza judicial de la medida de policía prevista, ha llegado al ámbito del derecho constitucional jurisprudencial¹⁰⁰. Su vinculación al bloque de la constitucionalidad puede ser basado sobre las disposiciones del artículo 66 de la Constitución como lo sugiere el análisis de la decisión «Jean-Victor C.», dictada el 16 de setiembre de 2010¹⁰¹. A propósito del control de constitucionalidad de las disposiciones relativas al Fichero Nacional Automatizado de las Huellas Genéticas (FNAEG), el Consejo Constitucional indica que la toma de muestra biológica decidida por el oficial de policía judicial para anexarlos o conservarlos en el fichero, «necesariamente realizada en el marco de una investigación o instrucción judiciales, es colocada bajo el control del procurador de la República o del juez de instrucción, los cuales dirigen su actividad conforme a las disposiciones del C de PP». Él comprende que «la crítica deducida del desconocimiento del artículo 66 de la Constitución debe ser descartado»¹⁰². Este razonamiento por el que el Consejo Constitucional relaciona el control de autoridad judicial sobre la policía con las disposiciones del artículo 66 de la Constitución ha sido expresamente confirmado en la sentencia del 10 de marzo de 2011 dictada a propósito de la «Ley de Orientación y de Programación para la eficacia de la Seguridad Interior» (LOPPSI)¹⁰³. Esta dirección y este control que ejerce la autoridad judicial sobre los dispositivos de la policía judicial revisten, sin embargo, modalidades de aplicación diferentes según los marcos de intervención de la policía judicial: antes del inicio de un procedimiento de información, la dirección y el control de la policía judicial están a cargo del procurador de la república; una vez abierta la información, la

100 Con respecto a la dimensión constitucional de la distinción policía administrativa/policía judicial, ver Granger, 2010, pp. 99 y ss.

101 Cons. Const., décision 2010-25 QPC, 16 septembre 2010, M. Jean-Victor C., JO 17 septembre 2010, p. 16847.

102 Ibidem, considerando 12.

103 Cons. Const., décision 2011-625 DC, 11 mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, JO 15 mars 2011, 0062, texte 3, p. 4630, considerando 59.

policía judicial es dirigida y controlada por el juez de instrucción¹⁰⁴. En el contexto de este análisis, es evidentemente la dirección y el control de policía judicial antes del comienzo de un procedimiento de información que retendrán nuestra atención, puesto que son los únicos en ser efectuados por el Ministerio Público¹⁰⁵.

Encargado de organizar la represión de las infracciones con el concurso de las fuerzas de seguridad interior y del ejercicio de la acción pública, el procurador de la república dirige y controla la policía judicial «en cualquier caso»¹⁰⁶; es decir, sin importar quienes sean «las personas competentes para constatar las infracciones a las disposiciones penalmente sancionadas, reunir las pruebas y buscar a los autores»¹⁰⁷. Conociendo de un caso, por ejemplo, sobre la constatación de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas que confían a los «funcionarios de la administración de telecomunicaciones habilitados [...] y juramentados»¹⁰⁸, el poder de constatar y buscar las infracciones a la reglamentación de las telecomunicaciones, el Consejo Constitucional ha juzgado que «en el ejercicio de tal misión, los funcionarios habilitados ejercen funciones de policía judicial y obran además bajo el control de la autoridad judicial»¹⁰⁹. Asimismo, la jurisprudencia constitucional precisa que el control de la policía judicial realizado por el procurador de la república debe ser «permanente» y «efectivo»¹¹⁰. Esto supone, por ejemplo, que el Ministerio Público esté en condiciones de apreciar si un suplemento de encuesta o el inicio de una información judicial «es necesaria o si los elementos de prueba reunidos [...] bastan para establecer la culpabilidad de la persona en cuestión»¹¹¹. Llegado el caso, debe poder decidir a todo momento de poner fin a las operaciones de policía judicial en curso¹¹². La permanencia y la efectividad del control son muy ampliamente afectados por la distancia que separan al miembro del Ministerio Público de la encuesta realizada en el terreno. También, a pesar de los esfuerzos

104 Como ejemplo jurisprudencial reciente relativo al control realizado por el procurador de la república o el juez de instrucción con ocasión de la aplicación de tratamientos de datos personales mediante programas de aproximación judicial, ver Cons. Const., decisión 2011-625 DC, 10 mars 2011, considerando 71.

105 En lo que concierne la dirección de la policía judicial asegurada por el juez de instrucción, ver Granger, 2010, pp. 204 y ss.

106 Cons. Const., decisión 97-389 DC, 22 avril 1997, considerando 19.

107 Cons. Const., decisión 90-281 DC, 27 décembre 1990, Loi sur la réglementation des télécommunications, Rec. 91, considerando 7.

108 *Ibidem*, considerando 2.

109 *Ibidem*, considerando 15.

110 Cons. Const., decisión 97-389 DC, 22 avril 1997, considerandos 19 et 76.

111 Cons. Const., decisión 2009-590 DC, 22 octobre 2009, Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet, JO 29 octobre 2009, p. 18292, considerando 6.

112 Cons. Const., decisión 97-389 DC, 22 avril 1997, considerando 76.

realizados para aproximar el Ministerio Público con el trabajo efectuado por los investigadores¹¹³, las exigencias constitucionales de permanencia y efectividad del control de la policía judicial chocan con «una cuestión de factibilidad material»¹¹⁴. En la práctica, la dirección y el control de la policía judicial por el procurador de la república pueden parecer demasiado formales¹¹⁵.

Al término de este análisis, el Ministerio Público constituye una autoridad judicial independiente. Gozando de esta independencia basada en la Constitución, el Ministerio Público, más especialmente el procurador de la república, reviste a la vez el uniforme del guardián de la libertad individual y el del «patrón» de la policía judicial. La riqueza de este «guardarropa» permite al procurador de la república enfrentar el desafío expresado por Nelson Mandela de ser un «abogado del pueblo»; es decir, «de velar por la protección de los derechos de las víctimas [...], de efectuar persecuciones de manera equitativa y eficaz según la primacía del derecho y de obrar de manera motivada sin temor, prejuicio o imparcialmente»¹¹⁶. Este cuadro rápidamente esquizado de la situación constitucional del Ministerio Público tiene el mérito de develar «el carácter de la institución» y «la naturaleza de sus funciones»¹¹⁷. Ahora bien, es precisamente la articulación entre la independencia del Ministerio Público y la protección de la libertad individual la que presenta problemas en relación con las exigencias formuladas por la CEDH. Según esta corte, solo un magistrado independiente respecto al ejecutivo y a las partes es capaz de controlar la privación de libertad de las personas en el sentido del artículo 5 § 3 de la Convención. ¿El estatus constitucional del Ministerio Público estaría entonces amenazado de desaparecer bajo la presión de las exigencias formuladas por la Corte de Estrasburgo? Tal es la cuestión a la que se debe responder.

IV. ¿EL ESTATUS CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SUSPENSO?

Vista la jurisprudencia de la CEDH, el profesor Frédéric Sudre ha escrito que «el Ministerio Público se encuentra efectivamente en las nasas de la Convención»¹¹⁸. Es

113 Al respecto, ver el tratamiento en tiempo real de los procedimientos (TTR). Para más detalles, ver Granger, 2010, pp. 200-201.

114 Buisson, 2011.

115 Ver constatación expresada en este sentido, CNCDH, 2010 § 29.

116 Intervención de Nelson Mandela pronunciada en agosto de 2000 en ocasión de la entrega de la medalla de honor a la Association Internationale des Procureurs et des Poursuivants (AIPP), en Bellemare, 2005.

117 Estas expresiones son tomadas del profesor Rassat, 1967, p. 161.

118 Sudre, 2010, 454.

verdad que el Ministerio Público no satisface la exigencia de la independencia para poder ser calificado de autoridad judicial en el sentido de la Convención (A). Es decir, ¿qué la situación constitucional del Ministerio Público está comprometida? La realidad es ciertamente más matizada. El Ministerio Público, constitucionalmente independiente, puede continuar a ser el magistrado del habeas corpus asegurando la protección de la libertad individual (B).

A. La ausencia de independencia del Ministerio Público en consideración del artículo 5 § 3 de la CEDH

La intriga es conocida: según una trilogía jurisprudencial, la CEDH juzga que el magistrado del Ministerio Público no presenta las garantías de independencia exigidas por la jurisprudencia para recibir la calificación de «juez o [...] magistrado habilitado por la ley para ejercer las funciones judiciales»¹¹⁹. El primer criterio jurisprudencial data del 20 de julio de 2008¹²⁰ cuando la quinta sección de la CEDH estatuyó sobre el pedido presentado por los miembros del equipaje del barco llamado «Le Winner» (Oleksandr Medvedyev), navegando bajo pabellón de Camboya. Los hechos son ampliamente conocidos de modo que resulta inútil indicar los detalles. Recordemos tan solo que, en el marco de la lucha internacional contra el tráfico de estupefacientes, el comandante del barco de vigilancia «Lieutenant de vaisseau Le Hénaff» recibió la orden de interceptar un barco sospechoso de transportar importantes cantidades de drogas. El 13 de junio de 2002, las fuerzas militares francesas abordaron el barco y los miembros del equipaje fueron encerrados en sus cabinas. El mismo día, el procurador de la república ante el Tribunal de Gran Instancia (TGI) de Brest inició una investigación de flagrancia ante el Oficio Central de Represión del Tráfico de Estupefacientes (OCRTIS). El 24 de junio de 2002, el Ministerio Público de Brest abrió una información judicial contra desconocido por «dirección de un grupo teniendo por objeto la producción, la fabricación, la importación, la exportación, el transporte, la detención, la oferta, la cesión, la adquisición o el empleo ilícito de estupefacientes y la importación y exportación ilícita de estupefacientes en banda organizada»¹²¹. El 26 de junio de 2002, Le Winner entró en el puerto de Brest bajo escolta. Los miembros del equipaje fueron colocados en detención provisional antes de ser interrogados (el 28 y 29 de junio de 2002) y la carga fue entregada a los oficiales de la policía judicial obrando por comisión rogatoria. Ante la Corte Europea, los recurrentes invocaron

119 Artículo 5 § 3 de la CEDH.

120 CEDH, 10 juillet 2008, Medvedyev et autres c. France.

121 *Ibidem*, § 13.

la violación de los párrafos 1 y 3 del artículo 5 de la CEDH¹²². Además de objetar la imprecisión de los fundamentos de su privación de libertad, los miembros del equipaje denunciaron haber sido detenidos durante trece días en el Winner sin control de parte de la autoridad judicial. Sobre la base de la violación del párrafo 1 del artículo 5, la Corte Europea admite la demanda de los procesados considerando que no han sido privados de su libertad «de acuerdo con las vías legales»¹²³. En efecto, para la Corte Europea, la conformidad dada por el gobierno de Camboya a las autoridades francesas de interceptar el Winner no satisfacía «las condiciones de la privación de libertad a bordo, especialmente la posibilidad de que los interesados contactaran un abogado o sus familiares»¹²⁴. De manera un poco «acrobática»¹²⁵ (la calificación convencional del procurador de la república relevando lógicamente del artículo 5 § 3 de la CEDH y no del artículo 5 § 1), la Corte Europea agrega que las medidas tomadas por los marinos del comando francés no estaban bajo el control de la autoridad judicial. Por tanto, el procurador de la república

122 El artículo 5 § 1 y 3 de la CEDH dispone:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:
 - a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente;
 - b) Si ha sido detenido o privado de libertad, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley;
 - c) Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido ;
 - d) Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente ;
 - e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo;
 - f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

[...]

3. Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1 c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación ante un juez u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio.

123 CEDH, 10 juillet 2008, Medvedyev et autres c. France § 62.

124 *Ibidem*, § 61.

125 Marguenaud, 2009.

controlaba las medidas tomadas a bordo por las fuerzas militares francesas. Lo que significaba afirmar que para la Corte Europea «el procurador de la república no es una “autoridad judicial” [...] Le falta en particular la independencia respecto al poder ejecutivo para poder recibir esta calificación [...]»¹²⁶. Por el contrario, la misma Corte Europea decide que no ha habido violación del artículo 5 § 3 de la CEDH. Después de recordar que «la detención impuesta a los demandantes a bordo del Winner no estaba bajo la vigilancia de una «autoridad judicial», en el sentido del artículo 5 de la CEDH, y que «no habían pues beneficiado de la protección contra la arbitrariedad que brinda una regulación de esta naturaleza», la Corte Europea juzga efectivamente que la duración de la privación de libertad sufrida por los demandantes se encuentra justificada por las «circunstancias del todo excepcionales»¹²⁷ del caso. Mediante esta decisión, por cierto no definitiva, la Corte Europea considera así que la falta de independencia del procurador de la república respecto al Poder Ejecutivo es obstáculo para que sea considerado como una autoridad judicial en el sentido del artículo 5 de la CEDH¹²⁸. A pedido del gobierno francés y de los demandantes, el asunto ha sido remitido ante la Gran Sala de la Corte Europea.

El segundo componente jurisprudencial data del 29 de marzo de 2010¹²⁹: se trata de la sentencia dictada por la Gran Sala en el caso «Medvedyev y otros». La Corte Europea confirma la violación del artículo 5 § 1 debido a que las autoridades francesas han intervenido en base de un acuerdo ad hoc que no era suficientemente «previsible»¹³⁰. Basando exclusivamente su motivación en el «principio general de la seguridad jurídica»¹³¹, la Corte Europea no reitera su digresión relativa al control de la «autoridad judicial» sobre la privación de libertad. Para adecuarse a las observaciones de la Corte de Estrasburgo sobre este aspecto, el legislador ha adoptado el 5 de enero de 2011 un régimen jurídico específico para la detención a bordo de barcos de personas interpeladas en ocasión de una acción del Estado

126 CEDH, 10 juillet 2008, Medvedyev et autres c. France § 61.

127 *Ibidem*, § 68.

128 Disposición transcrita supra en la nota 121.

129 CEDH, 29 mars 2010, Medvedyev et autres c. France.

130 *Ibidem*, § 100.

131 *Ibidem*, § 102. Según la jurisprudencia de la Corte Europea, este principio significa que «las condiciones de privación de libertad en virtud del derecho interno y/o del derecho internacional sean claramente definidas y que la ley misma sea previsible en su aplicación, de manera a cumplir el criterio de “legalidad” fijado en la Convención, que exige que toda ley sea suficientemente precisa para evitar todo peligro de arbitrariedad y para permitir al ciudadano —rodeándose de consejeros ilustrados si fuera necesario— de prever, a un grado razonable en las circunstancias del caso, las consecuencias de naturaleza a deducirse de un acto determinado» (§ 80).

en el mar¹³². Respecto al medio deducido de la violación del artículo 5 § 3 de la CEDH, la Corte Europea comienza recordando que esta disposición supone un «control judicial rápido y automático» para garantizar una protección «contra los comportamientos arbitrarios, las detenciones en secreto y los malos tratos»¹³³. Indica igualmente que el magistrado que controla las detenciones «debe presentar las garantías requeridas de independencia respecto al ejecutivo y a las partes, lo que excluye especialmente que pueda actuar contra el demandante en el procedimiento penal, a requerimiento del Ministerio Público»¹³⁴. En relación con esto, considera que las autoridades francesas han satisfecho esta exigencia en la medida en que los demandantes han sido presentados a «jueces de instrucción, los cuales son con certeza pueden ser calificados de “juez u otro magistrado habilitado por la ley para ejercer funciones judiciales” en el sentido del artículo 5 § 3 de la CEDH», en el plazo de ocho a nueve horas después de haber sido sometidos a detención provisional. Además, el hecho que la presentación a los jueces de instrucción solo se haya podido realizar después de quince días de mantenimiento de la detención en el Winner, está justificado por «circunstancias del todo excepcionales»¹³⁵: era materialmente imposible de presentarse físicamente los demandantes ante los jueces de instrucción en un plazo más breve. En consecuencia, la Gran Sala considera que el artículo 5 § 3 no ha sido violado.

En un comunicado de prensa, la ministra de justicia, Alliot-Marie, precisa que «la CEDH en su decisión no cuestiona el estatus del Ministerio Público francés. Esto pone fin a las interpretaciones que algunos han querido dar a partir de la decisión de la Corte del 10 de julio de 2008. La Corte señala únicamente los principios que se deducen de su jurisprudencia tratándose de las características que debe reunir un juez o un magistrado habilitado para cumplir con las condiciones previstas en la Convención europea en materia de detención»¹³⁶. Retomando el título del célebre film de Patrice Leconte, la posición del gobierno francés es clara: «circular y no ver nada». Por su parte, el Sindicato de la Magistratura no lo entiende de la misma manera y estima, por el contrario, que lejos de estar terminados, los debates sobre el Ministerio Público «solo han comenzado»¹³⁷. La verdad jurídica es que, en el nivel convencional, la independencia del Ministerio Público está lejos de ser adquirida. Para determinar si un magistrado goza o no de la independencia en

132 Loi 2011-13 du 5 janvier 2011 relative à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police de l'Etat en mer.

133 CEDH, 29 mars 2010, Medvedyev et autres c. France § 118.

134 Ibidem, § 124.

135 Ibidem, § 130 et 131.

136 Alliot-Marie, 2010.

137 Syndicat de la Magistrature, 2010b.

el sentido del artículo 5 § 3, la Corte Europea aprecia, al mismo tiempo, criterios objetivos relativos al estatus del juez (son examinados, en particular, el modo de nombramiento o las garantías contra las presiones exteriores) y un criterio subjetivo referente a la «apariencia de independencia» ante los ojos del justiciable¹³⁸. En especial, si la independencia no excluye toda subordinación a otros magistrados, es bajo esta reserva que ellos mismos gozan de una independencia análoga¹³⁹. Ahora bien, la intervención del Poder Ejecutivo en la designación y el desarrollo de la carrera de los magistrados del Ministerio Público¹⁴⁰, las órdenes que el ministro de justicia puede impartir por vía de instrucciones¹⁴¹, el hecho que los miembros del Ministerio Público no sean inamovibles¹⁴² y que puedan obrar tanto como autoridades de persecución que como autoridades de instrucción en el sentido de la Convención Europea¹⁴³, constituyen elementos que llevan a considerar que el Ministerio Público no tiene la independencia exigida para ser calificado de autoridad judicial en el sentido del artículo 5 § 3 de la CEDH. En resumen, la situación constitucional del Ministerio Público y su situación convencional divergen en cuanto a la apreciación de su independencia. Caricaturizando, a la cuestión de saber si el Ministerio Público es o no independiente, dos respuestas se perfilan. Por un lado, la respuesta del Consejo Constitucional que se manifiesta en la forma de un «sí, pero»; por otro, la respuesta de la Corte Europea que es un «no categórico». Esta falta de independencia del Ministerio Público, ya manifestada en relación con las soluciones consagradas por la jurisprudencia europea en el caso «Medvedyev» es confirmada con la sentencia «Moulin c. Francia» dictada por la Corte Europea de Derechos Humanos el 23 de noviembre de 2010¹⁴⁴. Se trata del tercer y último componente de la trilogía jurisprudencial. En la especie, el demandante,

138 Ver notamment CEDH, 28 juin 1984, Campbell et Fell c. Royaume-Uni, requête 7819/77 et 7878/77, A 80 § 78.

139 CEDH, 4 décembre 1979, Schiesser c. Suisse, requête 7710/76, A 34 § 31.

140 Ver *supra* I A.

141 Para un ejemplo jurisprudencial en sentido opuesto, ver CEDH, 4 décembre 1979, Schiesser c. Suisse, requête 7710/76, A 34 § 35 («el procurador del distrito de Winterthour no había recibido de la dirección de justicia o del gobierno cantonal, como además del procurador general, ni consejos, ni instrucciones antes de detener provisionalmente al procesado»).

142 Ver *supra* I A.

143 Ver CEDH, 26 novembre 1992, Brincat c. Italie, requête 13867/88, A 249-A § 17 y ss.; CEDH, 28 octobre 1998, Assenov et autres c. Bulgarie, requête 24760/94, Rec. 1998-VIII § 144 y ss., y CEDH, 3 juin 2003, Pantea c. Roumanie, requête 33343/96, Rec. 2003-VI § 236 y ss. Para el Consejo Constitucional, por el contrario, el hecho que el procurador de la república esté a cargo de la investigación y de la prueba no es contrario a la Constitución (Cons. Const., décision 80-127 DC, 19 et 20 janvier 1981, considerando 33).

144 CEDH, 23 novembre 2010, Moulin c. France.

France Moulin, abogada de Toulouse, fue detenida en Orleans y colocada en detención provisional el 13 de abril de 2005 en el marco de una comisión rogatoria abierta por tráfico de estupefacientes y lavado de los productos de este tráfico. Al día siguiente, fue llevada a Toulouse para asistir a la perquisición de su oficina en presencia de los jueces de instrucción de Orleans. El mismo día, un juez de instrucción de Toulouse pronunció la prolongación de la detención provisional sin haber escuchado previamente a la demandante. El 15 de abril de 2005, al finalizar su detención provisional, fue presentada ante el procurador de la república, adjunto al tribunal de gran instancia de Toulouse, quien ordenó su encierro en la casa de detención en vista de su transferencia ante los jueces de instrucción de Orleans, que dictaron un mandato de comparecencia en su contra. El 18 de abril de 2005, los jueces de instrucción de Orleans procedieron al interrogatorio de «primera comparecencia» de la demandante y al inicio de la investigación penal (inculpación) por revelación de informaciones provenientes de una investigación o instrucción en curso, lavado de productos provenientes de tráfico de estupefacientes, blanqueo agravado y sustracción de correspondencia remitida por un detenido a persona habilitada. Al mismo tiempo, el juez de libertades y de detención del tribunal de gran instancia de Orleans dictó su detención provisional. Ante la Corte Europea de Derechos Humanos, la demandante invocó una violación del artículo 5 § 3 de la CEDH considerando que ella no había sido «de inmediato conducida» ante «un juez u otro magistrado habilitado por la ley para ejercer funciones judiciales». En la línea de la jurisprudencia Brogan¹⁴⁵, la Corte Europea recuerda que «un periodo de detención provisional de cuatro días y seis horas sin control judicial supera los estrictos límites temporales fijados en el artículo 5 § 3, aun cuando haya tenido por fin proteger a la colectividad en su conjunto contra el terrorismo, lo que no era el caso en el asunto *sub iudice*»¹⁴⁶. En la ocurrencia, la Corte constata que entre la colocación en detención provisional de la abogada France Moulin el 13 de abril de 2005 y su presentación ante los jueces de instrucción de Orleans el 18 de abril de 2005 para el interrogatorio de «primera comparecencia», habían transcurrido más de cinco días sin que la demandante haya sido escuchada personalmente por los jueces de instrucción en vista de examinar la justificación de su detención. Resta, es verdad, que ella fue presentada al procurador de la República adjunto al TGI de Toulouse dos días después de su detención. Entonces, la Corte debía determinar si este magistrado del MP podía ser considerado como autoridad judicial en el sentido del art. 5 § 3 de la Convención. Después de un estudio exhaustivo

145 CEDH, 29 novembre 1988, Brogan et autres c. Royaume-Uni, requêtes 11209/84, 11234/84, 11266/84 et 11386/85, A 145-B.

146 CEDH, 23 novembre 2010, Moulin c. France § 61.

del estatus del Ministerio Público¹⁴⁷, la Corte Europea sitúa su decisión en la perspectiva de los precedentes Medvedyev al juzgar que «el procurador adjunto de Toulouse, miembro del Ministerio Público, no reunía, conforme al artículo 5 § 3 de la CEDH, las garantías de independencia exigidas por la jurisprudencia para ser calificado, en el sentido de esta disposición, de «juez u [...] otro magistrado habilitado por la ley para ejercer funciones judiciales»¹⁴⁸.

La solución estaba fijada, por falta de independencia suficiente, según los criterios establecidos por la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. El procurador de la república no es una «autoridad judicial» en el sentido del artículo de la CEDH. Por tanto, terminada la pieza en tres actos jurisprudenciales, el espectador queda a la expectativa, pues las decisiones «Medvedyev» y «Moulin» no cuestionan verdaderamente la posibilidad de que el Ministerio Público garantice la protección de la libertad individual.

B. La protección de la libertad individual mantenida por el Ministerio Público

Asumiendo lo establecido en las decisiones «Medvedyev» y «Moulin», la Sala Criminal de la Corte de Casación ha juzgado, en su decisión del 15 de diciembre de 2010, que «es por error que la Sala de instrucción ha considerado que el Ministerio Público es una autoridad judicial en el sentido del artículo 5 § 3 de la CEDH, al no presentar las garantías de independencia y de imparcialidad requeridas por este texto y que es parte perseguidora»¹⁴⁹. Los jueces revierten así su jurisprudencia tradicional según la cual el «procurador de la república, magistrado de orden judicial que tiene por misión de velar por la aplicación de la ley» es bien este «otro magistrado habilitado para ejercer funciones judiciales» en el sentido del artículo 5 § 3 de la CEDH¹⁵⁰. Si bien merece ser destacado, este cambio de jurisprudencia debe ser relativizado debido a que en la misma decisión del 15 de diciembre de 2010 la Sala Criminal admite que el procurador de la república puede, sin embargo, garantizar la protección de la libertad individual durante todo el periodo juzgado «compatible con la exigencia de brevedad»¹⁵¹ impuesto por la CEDH.

Algunas explicaciones se imponen. El artículo 5 § 3 de la CEDH dispone: «Toda persona detenida o privada de libertad, conforme a las condiciones previstas en el párrafo 1c del presente artículo, debe ser inmediatamente presentado ante

147 *Ibidem*, § 21 y ss.

148 *Ibidem*, § 59.

149 Cass., crim., 15 décembre 2010, 10-83674.

150 Cass., crim., 10 mars 1992, 91-86944 et 92-80389, bull. crim. 1992, 105, p. 272.

151 Cass., crim., 15 décembre 2010.

un juez de instrucción u otro magistrado habilitado por la ley para ejercer las funciones judiciales y tiene el derecho de ser juzgado en un plazo razonable, o liberado durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser subordinada a una garantía asegurando la comparecencia del interesado en la audiencia». En la jurisprudencia europea, la exigencia del control judicial sobre las detenciones o privaciones de libertad está subordinada a la condición de tiempo expresada por el adverbio «inmediatamente». En otras palabras, esta exigencia se impone hasta más allá de un cierto plazo. Toda la dificultad está en determinar precisamente este plazo. La Corte Europea no ha tenido jamás cuidado de indicar lo que debería entenderse mediante esa expresión; solo ha juzgado que un plazo de cuatro días y seis horas era excesivo¹⁵². De modo que la presentación a la autoridad judicial solo parecería imponerse a partir de la expiración del plazo máximo de cuatro días de privación de libertad en el sentido del artículo 5 § 3¹⁵³. Por tanto y al suponer esta interpretación correcta, es necesario admitir que el control de la libertad individual asegurada por el procurador de la república no es directamente cuestionado. Dicho de otra manera, mientras que la detención provisional no supere el plazo de cuatro días, el procurador de la república puede continuar controlando el respeto de la libertad individual. En el derecho francés, esta solución es con certitud puramente teórica; ya que la jurisprudencia constitucional impone paralelamente la intervención del magistrado judicial más allá de las cuarenta y ocho horas de detención provisional. De esta manera, el profesor Francois Fourment puede escribir justamente, no sin ironía, que el «derecho francés ofrece más garantías que la Convención»¹⁵⁴. En el mismo sentido, cuando una persona es diferida al terminar una detención provisional y, a pedido del procurador de la república, ella debe comparecer el mismo día ante este magistrado o, en caso de apertura de una información, ante el juez de instrucción competente¹⁵⁵. En caso de necesidad y por derogación a este principio, «la persona puede comparecer al día siguiente y puede ser retenida con este fin en locales de la jurisdicción especialmente acondicionados, si es que esta comparecencia interviene a más tardar en un plazo de 24 horas a partir de la hora a la que la detención provisional ha sido levantada, a falta de lo cual el interesado

152 Sobre el particular, ver CEDH, 29 novembre 1988, Brogan et autres c. Royaume-Uni. § 62; y CEDH, 23 novembre 2010, Moulin c. France § 61.

153 Ver, en este sentido, Fourment, 2011, p. 26 ; y Guillaume, 2011.

154 Fourment, 2011.

155 Artículo 803-2 del CPP, conforme a la Constitución (Cons. Const., décision 2011-125 QPC, 6 mai 2011, M. Abderrahmane L.).

debe ser inmediatamente liberado»¹⁵⁶. Mediante la decisión «Michel F.», dictada el 17 de diciembre 2010¹⁵⁷, el Consejo Constitucional ha declarado, conforme a la Constitución, la privación de libertad necesaria para la presentación de una persona ante un magistrado al terminar su detención provisional y, llegado el caso, al día siguiente de esta. Sin embargo, ha formulado una reserva de interpretación: «la privación de libertad [...], al terminar una detención provisional prolongada por el procurador de la república, desconocería la protección constitucional de la libertad individual si la persona retenida no fuera efectivamente presentada a un magistrado judicial antes de la expiración del plazo de veinticuatro horas»¹⁵⁸. Es decir, en esta hipótesis, la presentación efectiva ante un magistrado judicial debe intervenir antes de finalizado el plazo de sesenta y ocho horas; dicho de otra manera, aquí todavía, bien antes del plazo de cuatro días de detención o de privación de libertad en el sentido del artículo 5 § 3 de la CEDH. Haciendo eco a esta decisión, la ley relativa a la detención provisional, del 14 de abril de 2011, prevé que «cuando la detención provisional ha sido prolongada, pero que esta prolongación no ha sido ordenada por el juez de libertades y de la detención o por un juez de instrucción, la persona retenida debe ser efectivamente presentada a la jurisdicción competente que conozca el asunto o, en su defecto, al juez de libertades y de detención antes de la expiración del plazo de veinticuatro horas»¹⁵⁹. Además, para evitar que las privaciones de libertad duren más de cuarenta y ocho horas sin intervención de un magistrado judicial, el legislador ha igualmente modificado, en esta misma ley, las modalidades de ejecución de los mandatos de comparecencia o de detención. Establece que la persona interpelada a más de doscientos kilómetros del juez que la ordena debe ser presentada ante el JLD y nomás al procurador de la república¹⁶⁰.

En definitiva, el *status quo* parece que puede ser conservado: el estatus constitucional del Ministerio Público podría mantenerse un buen tiempo. En el plano constitucional, ni la independencia de los miembros del Ministerio Público (en particular de los procuradores de la república), ni su poder de dirigir la policía

156 Artículo 803-3 del CPP. Este procedimiento, llamado del «pequeño depósito», autorizado por el mencionado artículo, solo es permitido si la comparecencia aparece como imposible el mismo día. Además, supone el respeto de ciertas garantías y es prohibido si la detención provisional dura más de sesenta y ocho horas.

157 Cons. const., décision 2010-80 QPC, 17 décembre 2010, M. Michel F., JO 19 décembre 2010, p. 22374.

158 *Ibidem*, considerando 11.

159 Artículo 17 de la loi 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue. Conformément à l'art. 26 de cette même loi, cette disposition n'entrera en vigueur qu'au 1 juin 2011.

160 Artículo 22 de la loi 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

judicial, han sido expresamente cuestionados por la CEDH¹⁶¹. En cuanto a su papel de garante de la libertad individual en el sentido del artículo 66 de la Constitución, no es directamente afectado por sus decisiones las más recientes. Además, la ley del 14 de abril de 2011 relativa a la detención provisional no realiza modificaciones sobre este punto. En tanto consagra un cierto número de derechos en beneficio del detenido provisionalmente¹⁶², en especial el derecho a ser asistido por un abogado durante la detención¹⁶³, esta ley deja subsistente el control del procurador de la república. Se desprende lo mismo de la redacción del artículo 62-3, según el cual:

La detención provisional se ejecuta bajo el control del procurador de la república, sin perjuicio de las prerrogativas del juez de libertades y de detención previstas en los artículos 63-4-2 y 706-88 a 706-88-2 en materia de prolongación de la detención más allá de cuarenta y ocho horas y de retraso de la intervención del abogado. El procurador de la república aprecia si el mantenimiento de la persona en detención provisional y, llegado el caso, la prolongación de esta medida son necesarias a la investigación y proporcionadas a la gravedad de los hechos que se sospecha han cometido o tratado de cometer la persona sospechosa. Asegura el respeto de los derechos reconocidos por la ley a la persona detenida provisionalmente. Puede ordenar a todo momento que la persona detenida provisionalmente sea presentada ante él o puesta en libertad¹⁶⁴.

Sin embargo y más allá de las exigencias formuladas por la CEDH, ¿ha llegado el momento de colocar el control de la libertad individual fuera de toda sospecha? En su tesis, Michele-Laure Rassat justamente ha demostrado que la «la naturaleza de la función debe estar en relación estrecha con el carácter de la institución»¹⁶⁵. Desde esta perspectiva, el refuerzo de la independencia de los magistrados del Ministerio Público no es un lujo: es una necesidad o, según la expresión del profesor Jean Pradel y del director del equipo especial de lucha contra el terrorismo de la ONU, Jean-Paul Laborde, «una gran exigencia de nuestro tiempo»¹⁶⁶. La confianza

161 La prudencia de la Corte Europea se manifiesta cuando indica que ella «solo está en efecto llamada a pronunciarse en la perspectiva de los artículos 5 § 3 de la Convención y de las nociones autónomas desarrolladas en su jurisprudencia en relación con dichas disposiciones» (CEDH, 23 noviembre 2010, Moulin c. France § 57).

162 Ver Matsopoulou, 2011, 542.

163 Más de ciento catorce años después de la ley Constans del 8 de diciembre 1897, por la que se permitió el acceso al oficio del juez de instrucción a los abogados, el derecho a la asistencia de un abogado es ahora consagrada respecto a la detención preventiva.

164 Artículo 2 de la loi 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

165 Rassat, 1967, p. 161.

166 Pradel & Laborde, 1997, p. 141.

del justiciable se vería seguramente aumentada¹⁶⁷. En este sentido, el primer presidente de la Corte de Casación, Vincent Lamanda, ha recordado, en ocasión de la audiencia solemne de apertura del 7 de enero de 2011, que «la justicia debe recibir de la sociedad tanto como ella le aporta». Luego siguió diciendo que «lo que debe obtener y lo que le corresponde darle, es la confianza. La independencia y la deontología de los magistrados son sus recursos mayores»¹⁶⁸. Además, los magistrados del Ministerio Público ganarían en serenidad; pues, en el estado actual del derecho, la duda (fundada o no) puede siempre germinar «sobre las condiciones en las cuales trabajan»¹⁶⁹. A este propósito, el ministro de justicia, Alain Peyrefitte, no había dejado de destacar que «nuestra hora de la sospecha se place a develar por todos lados influencias ocultas, traiciones oscuras, secretos florentinos»¹⁷⁰. Además y aún si el estudio de esta función otorgada al Ministerio Público ha sido voluntariamente excluida del campo de esta contribución, la reciente asociación de miembros del Ministerio Público al proceso de definición de las sanciones penales en el marco de las vías alternativas (en especial la comparecencia con reconocimiento previo de culpabilidad —CRPC—) milita igualmente a favor del refuerzo de las garantías de independencia del Ministerio Público¹⁷¹. La vía a seguir consistiría entonces en alinear totalmente el modelo de nominación de los magistrados del Ministerio Público al de sus colegas judiciales. Esto supone dos modificaciones importantes constitucionales¹⁷²: por un lado, el CSM debe poder formular proposiciones para los nombramientos de los magistrados del Ministerio Público ante la Corte de Casación, de los procuradores generales y de los procuradores de la república; y, por otro lado, los magistrados del Ministerio Público solo deben ser nombrados en función de la opinión favorable del CSM. Paralelamente, el régimen disciplinario aplicable a los magistrados del Ministerio Público debería ser copiado del aplicable a los magistrados judiciales. Así, la formación del CSM competente respecto a los magistrados del Ministerio Público estatuiría como consejo de disciplina de los magistrados del Ministerio Público¹⁷³. Para ir un poco

167 En cuanto a la crisis de confianza entre los franceses y la justicia, puede ser útil de consultar el informe sobre la actividad anual de 2007 del CSM, en el que se presentan los resultados de la encuesta de opinión realizada en 2008 por el Institut Français d'Opinion Publique (IFOP). Cfr. CSM, rapport d'activité annuel de 2007, pp. 85 y ss.

168 Lamanda, 2011.

169 Turcey, 1998, p. 4.

170 Peyrefitte, 1996, p. 696.

171 Respecto al reforzamiento de la independencia del Ministerio Público en cuanto a sus misiones casi jurisdiccionales, ver Audier, Beauvallet, Mathias, Outin & Tabaries, 2007, pp. 11 y 33; y Prieur & Salles, 2010.

172 Se trata de modificar el inciso 5 del artículo 65 de la Constitución

173 Ver los incisos 6 y 7 del artículo 65 de la Constitución.

más lejos en la aproximación prospectiva y completar «algunos de los elementos de una nueva concepción del Ministerio Público»¹⁷⁴, las medidas tomadas por el Ministerio Público en materia de libertad individual podrían igualmente ser sometidas al control de un magistrado judicial¹⁷⁵. De este modo, se respondería a las inquietudes expresadas por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en cuanto a la posibilidad de que el Ministerio Público debe ser responsable de las medidas privativas de libertad¹⁷⁶. En esta perspectiva, la propuesta de la CNCDH de instaurar «un derecho de recurrir ante un juez judicial», que apreciaría la legalidad y oportunidad de las medidas de coerción, debe ser analizada¹⁷⁷. Ella parece constituir un buen compromiso entre el simple mantenimiento del control por el procurador de la república de la libertad individual durante la detención provisional y la transferencia a favor del juez de libertades y detención, lo que no dejaría de plantear numerosas dificultades en cuanto a la organización y al personal. En conclusión, estos diferentes arreglos de arquitectura de nuestro sistema judicial permitirían seguramente al Ministerio Público ejercer plenamente su papel con toda libertad «sin injerencia injustificada»¹⁷⁸ y sin padecer la mirada de desconfianza del justiciable; pues, recordemos, la tarea del Ministerio Público es esencial en una sociedad democrática: «preservar el principio de la primacía del derecho, proteger los ciudadanos contra las violaciones criminales de sus derechos y libertades, garantizar el respeto de los derechos y libertades de las personas sospechosas o acusadas de infracciones penales y velar al buen funcionamiento de los organismos encargados de las investigaciones e instrucciones»¹⁷⁹.

174 Expresión tomada de Rassat, 1967, p. 259.

175 Para el primer presidente honorario de la Corte de Casación, Pierre Truche, «la prefiguración de lo que debería ser un ministro, un Ministerio Público independiente pero sin el control de un juez» (2000, p. 10).

176 Recomendación 1604 (2003) sobre el papel del Ministerio Público en la sociedad democrática regida por el principio de la primacía del derecho, adopta por la comisión permanente, actuando en nombre de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (27 de mayo de 2003).

177 CNCDH, Avis sur le projet de loi relatif à la garde à vue, adopté par l'Assemblée plénière du 6 janvier 2011, § 21.

178 Recomendación 19 (2000) del comité de ministros a los Estados miembros sobre el papel del Ministerio Público en el sistema de justicia penal, adoptada por dicho comité el 6 octubre de 2000.

179 Recomendación 1604 (2003) adoptada por la comisión permanente.