

EL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO, EL COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT Y LA TIRANÍA DE LAS APARIENCIAS (Comentario a la sentencia *Kress contre France*) (*)

Por
ANA ISABEL SANTAMARÍA DACAL
Letrada del Consejo de Estado

SUMARIO: I. La figura del commissaire du gouvernement.—II. La jurisprudencia del TEDH sobre los ministerios públicos independientes.—III. La sentencia Kress contra Francia.—IV. Conclusión: ejecución de la sentencia y consideraciones críticas.

El pasado 7 de junio de 2001, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo dictó una esperada y controvertida resolución que afecta a una de las más tradicionales figuras de la jurisdicción contencioso-administrativa francesa: el *commissaire du gouvernement*.

Esta resolución, que ha sido calificada por algún autor francés de «juicio salomónico» (1), censura algunos de los aspectos procedimentales de la intervención del *commissaire* en el *Conseil d'État*, desarrollando a estos efectos la jurisprudencia del Tribunal en relación con el derecho a la igualdad de armas consagrado en el artículo 6-1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y retomando para ello el siempre controvertido principio de las apariencias.

I. LA FIGURA DEL COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT

Antes de entrar a analizar la citada resolución, conviene recordar las características principales de la figura del *commissaire du gouvernement*, una institución poco conocida y menos comprendida fuera del ámbito jurídico-administrativo francés, no sólo por su originalidad, sino también por lo ambiguo de su nombre.

Creados en 1831 como *commissaires du roi*, y luego rebautizados como

(*) Este comentario es en cierta forma continuación o epílogo a las observaciones que, sobre la figura del *commissaire du gouvernement*, se hicieron por la misma autora en la crónica *Defensa e ilustración de una Administración que se juzga a sí misma*, núm. 154 de esta REVISTA, enero/abril 2001, págs. 541-565.

(1) Roland DRAGO, *Comentario a la sentencia Kress*, «Le Dalloz», 2001, núm. 32, pág. 2624.

commissaires du gouvernement, fueron concebidos inicialmente como una suerte de ministerio público que defendería, si no las posiciones del Gobierno, al menos los intereses del Estado. Sin embargo, desde el principio, los *commissaires* actuarían demostrando una gran independencia y, ya en 1887, LAFERRIÈRE escribía en su Tratado de la jurisdicción administrativa que concluyen «según la ley y según su conciencia» (2).

A pesar de lo engañoso de su denominación histórica, por tanto, el *commissaire du gouvernement* no es hoy el representante del Gobierno o de la Administración en el proceso contencioso-administrativo, sino simplemente un miembro del *Conseil d'État* —órgano supremo de la jurisdicción contencioso-administrativa francesa— que, una vez finalizada la fase de instrucción, expone en público con toda independencia su opinión individual sobre el asunto: es lo que se llaman las «conclusiones».

Desde el punto de vista de su estatuto personal, hay que destacar que los *commissaires du gouvernement* son nombrados entre los miembros del órgano jurisdiccional correspondiente (*Conseil d'État*, Cortes administrativas de apelación, Tribunales administrativos), donde han ejercido previamente las funciones de *rapporteur* (ponente). Tras su nombramiento, siguen perteneciendo a todos los efectos a ese órgano. No forman parte, por tanto, de ningún cuerpo independiente o externo a la formación judicial, a la manera del llamado *parquet* de la *Cour de Cassation* belga o francesa, ni dependen en modo alguno del Gobierno o de cualquier otro poder jerárquico. Y al cesar en su cargo de *commissaire* volverán a ejercer como ponente.

Por lo que respecta a sus funciones, el *commissaire* participa en el trabajo de la formación colegial a la que está adscrito, interviniendo como una suerte de segundo o tercer ponente. Una vez terminada la fase escrita del procedimiento (cuando las partes han aportado sus correspondientes escritos de alegaciones), los magistrados se reúnen en sesión de instrucción para proceder a un primer examen del asunto y, a la vista de las observaciones del primer ponente y de su *reviseur* (o segundo ponente), adoptar un proyecto de *arrêt* o sentencia. El *commissaire du gouvernement* participa en esta sesión de trabajo, al final de la cual el expediente le es entregado para que profundice en su estudio. A continuación, el propio *commissaire* inscribe el asunto en el orden del día de una audiencia pública. Al inicio de esta sesión de juicio pública, las partes pueden tomar de nuevo la palabra, tras lo cual el *commissaire du gouvernement* expone públicamente sus conclusiones, que, en virtud de su independencia de criterio, no tienen necesariamente que coincidir con el proyecto de *arrêt* sometido a la formación judicial (más amplia en su composición que aquella que realiza la instrucción). Finalmente, se inicia la deliberación secreta y se vota. El *commissaire*, que asiste a esta deliberación, no puede, sin embargo, emitir en ella su voto en orden a preservar su confidencialidad; además, como señalan BONICHOT y ABRAHAM, «para un *commissaire du gouvernement*, la deliberación ideal es aquella en el curso de la cual él no dice

(2) E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*.

nada. No sería además tolerado que un *commissaire du gouvernement* “vuelva a la carga” y se lance en la deliberación a defender de alguna manera sus propias conclusiones» (3).

El *commissaire du gouvernement* no es, por tanto, parte en el litigio: no es un representante del Gobierno, ni un fiscal, ni una suerte de «abogado del Estado al estilo francés» que defienda necesariamente los intereses de la Administración. La defensa de la postura de la Administración en el proceso es asumida por un funcionario del servicio administrativo correspondiente, al igual que el particular contará con su propio abogado. El *commissaire* expresa su opinión personal sobre el asunto que se está juzgando, de la misma forma que los restantes miembros de la formación jurisdiccional lo harán a través de su voto, pero con la diferencia de que éstos se manifiestan en el secreto de la deliberación, mientras que aquél expone su postura públicamente.

II. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE LOS MINISTERIOS PÚBLICOS INDEPENDIENTES

El asunto *Kress contra Francia* ha supuesto el enjuiciamiento por el Tribunal de Estrasburgo de esta capital figura del proceso contencioso-administrativo francés a la vista del principio de igualdad y del derecho a un proceso equitativo que consagra el artículo 6-1 del Convenio de Roma.

Con este pronunciamiento, el Tribunal de Estrasburgo realiza una cierta síntesis de su anterior jurisprudencia en esta materia, añadiendo nuevos elementos y modificándola en algunos extremos. Como dice el profesor Frédéric ROLIN en su comentario a la sentencia *Kress* (4), ésta ha articulado una suerte de derecho común aplicable a la intervención de los diferentes ministerios públicos ante los correspondientes tribunales supremos, en orden a que dicha intervención sea conforme a las exigencias del principio contradictorio.

El primer hito en esta cambiante jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo puede situarse en su sentencia *Delcourt* (5), en la que se concluyó que la intervención del *parquet* de la Corte de Casación belga no podía considerarse contraria al artículo 6-1 del Convenio. Señalaba el Tribunal en esta sentencia que debe diferenciarse claramente entre los ministerios públicos que actúan en un proceso como parte en el mismo (asumiendo siempre, por ejemplo, la acusación, como frecuentemente ocurre en los procesos penales) y aquellos otros que defienden un interés diferente: la legalidad y la unificación de la jurisprudencia, por ejemplo. Pues bien, según la sentencia *Delcourt*, estos últimos ministerios públicos independientes, que ejercen una función «parajudicial» y que no pueden ser considerados

(3) J. C. BONICHOT y R. ABRAHAM, *Le commissaire du gouvernement dans la juridiction administrative et la convention européenne des droits de l'homme*, publicado en «La Semaine Juridique Edition Générale», 1998, I, núm. 176.

(4) «Actualité Juridique Droit Administratif», 20 juillet/20 août 2001, pág. 675.

(5) TEDH, 7 de julio de 1970.

como una parte en el proceso, tampoco pueden ser sometidos al principio de «igualdad de armas» (6). Pese a ello, dice la sentencia, debe examinarse si la intervención del citado ministerio público vulnera las reglas del proceso justo que van más allá del principio de igualdad de armas, aplicable exclusivamente a las partes. A este respecto, el Tribunal concluyó que no había tal vulneración, a la vista de la tradición de un sistema que había funcionado durante más de ciento cincuenta años, y que nunca había sido discutido por los abogados ni por la opinión pública.

Esta inicial solución jurisprudencial experimentaría, sin embargo, un giro de ciento ochenta grados cuando, veintiún años más tarde, el propio Tribunal de Estrasburgo concluyese que la intervención del ministerio público de la misma Corte de Casación belga era constitutiva de una violación al citado artículo 6-1 del Convenio. Se trata de la decisión *Borgers contra Bélgica*, de 30 de octubre de 1991. En ella, el Tribunal afirma que, desde la sentencia *Delcourt*, su jurisprudencia ha sido objeto de «una evolución de las más notables, marcada en particular por la importancia atribuida a las apariencias y a la sensibilidad adquirida por el público respecto a las garantías de una buena justicia» (§ 24-2). En definitiva, los argumentos del consenso y la aceptación generalizada de la institución utilizados veinte años antes no son ya determinantes, y el ministerio público belga no sale bien parado de la confrontación con el principio de igualdad de armas y las exigencias del derecho a la defensa, así como con la teoría de las apariencias (7), todo ello por la doble circunstancia de que no es posible contestar a sus conclusiones una vez éstas han sido presentadas en público, y que puede asistir a la deliberación.

A esta sentencia *Borgers*, recaída en un asunto del orden penal, han seguido una serie de decisiones en las que se censura la actuación de los abogados generales de la Corte Suprema de Portugal y de la Corte de Casación belga (sentencias *Lobo Machado contra Portugal* y *Vermeulen contra Bélgica*, ambas de 20 de febrero de 1996, y *Van Orshoven contra Bélgica*, de 25 de junio de 1997), de la Corte de Casación holandesa (*J.J. y R.D.B contra Países Bajos*, de 27 de marzo de 1998) y, por último, de la Corte de Casación francesa (asunto *Reinhardt y Slimane-Kaïd contra Francia*, de 31 de marzo de 1998).

En todos estos casos, el TEDH concluyó que se había producido violación del artículo 6-1 del Convenio, utilizando varios argumentos:

- En primer lugar, se censura la imposibilidad de las partes de discutir las conclusiones del ministerio públicos.
- En segundo lugar, el hecho de que el ministerio público disponga de información que no conozcan las partes (como la nota del ponente o el proyecto de sentencia preparado por éste).

(6) Desarrollado por el Tribunal en su sentencia *Neumeister contra Austria*, de 27 de junio de 1968.

(7) Esta sentencia *Borgers* fue objeto de sendas opiniones disidentes firmadas por los jueces K. S. Martens y M. Storme.

- Y, por último, su asistencia a la deliberación (aunque no pueda votar), en la medida en que ello pudiera darle, aunque sólo fuese en apariencia, una ocasión adicional para apoyar su punto de vista al margen de la contradicción.

A la vista de esta posición de Estrasburgo, el *Conseil d'État* creyó oportuno precisar, en su sentencia *Mme. Esclatine* (8), el papel del *commissaire du gouvernement*. Retomando algunos de los argumentos ya manjados en la sentencia *Gervaise*, de 10 de julio de 1957, la decisión *Esclatine* insiste en que el *commissaire* es parte de la formación de juicio, es un magistrado más, aunque no vote, y de ahí que no esté sometido al principio contradictorio.

III. LA SENTENCIA *KRESS* CONTRA FRANCIA

Este análisis del *Conseil d'État*, utilizado por el Gobierno francés para fundar su defensa en el caso *Kress*, no ha logrado convencer a los jueces de Estrasburgo, que, en una resolución adoptada tras dos largas deliberaciones y por una estrecha mayoría de diez votos contra siete (9), han estimado parcialmente la demanda presentada por la Sra. Kress.

En sus alegaciones, consideraba la recurrente que la intervención del *commissaire du gouvernement* en los procesos contenciosos que se siguen en el *Conseil d'État* vulnera el artículo 6-1 del Convenio de Roma desde una doble perspectiva:

- En primer lugar, por el hecho de que ni el recurrente ni su abogado tienen conocimiento, antes de la audiencia, de las conclusiones del *commissaire*, ni pueden responder a éstas una vez leídas públicamente en el transcurso de la audiencia, pues su intervención es la última antes de la deliberación.
- En segundo lugar, porque el *commissaire du gouvernement* asiste a esa deliberación, pese a que no vota en ella.

El TEDH declara infundada la primera de estas dos alegaciones y acepta la segunda. Considera el Tribunal, en primer lugar, que la no comunicación previa de las conclusiones del *commissaire du gouvernement* y la imposibilidad de contestar a ellas no vulnera el artículo 6-1 del Convenio, pero que sí se produce vulneración por el hecho de su participación en la deliberación de la formación judicial.

Comienza la sentencia con una confirmación general de la figura del *commissaire du gouvernement*:

(8) De 29 de julio de 1998.

(9) Han formulado voto particular parcialmente disidente los jueces Wildhaber, Costa, Pastor Ridruejo, Kuris, Botoucharova y Ugrekhelidze.

«Nadie ha puesto jamás en duda la independencia ni la imparcialidad del *commissaire du gouvernement*, y el Tribunal estima que, a la vista del Convenio, su existencia y su estatuto orgánico no están en cuestión (...)» (§ 71).

Sin embargo, dice el Tribunal que

«la sola circunstancia de que la jurisdicción administrativa, y el *commissaire du gouvernement* en particular, existan desde hace más de un siglo y que funcionen, según el gobierno, a la satisfacción de todos, no podría justificar una eventual vulneración de las reglas actuales del derecho europeo» (§ 71).

Pasa así a continuación a analizar las dos alegaciones de la recurrente, a los efectos de determinar si se ha producido una vulneración del Convenio.

A) Por lo que respecta, en primer lugar, a la alegación relativa a la falta de previa comunicación de las conclusiones del *commissaire* y a la imposibilidad de responder a las mismas, el Tribunal comienza recordando que «el principio de igualdad de armas —uno de los elementos de la noción más amplia del proceso justo— requiere que a cada una de las partes en un proceso se le ofrezca una posibilidad razonable de presentar su causa en condiciones que no la coloquen en una posición desventajosa frente a la parte contraria» (§ 72).

En consecuencia, «la recurrente no podría concluir del derecho a la igualdad de armas reconocido por el artículo 6-1 del Convenio el derecho a ser comunicadas, previamente a la audiencia, unas conclusiones que tampoco lo han sido a la otra parte, ni al ponente, ni a los jueces que componen la formación de juicio» (§ 73). Efectivamente, las conclusiones del *commissaire du gouvernement* no siempre se recogen en un documento escrito, y son presentadas por primera vez de forma oral en la audiencia pública, de modo que tanto las partes como los magistrados y el público descubren su contenido en ese momento. No existe, por tanto, desde esta perspectiva, vulneración del artículo 6-1 del Convenio.

B) Tampoco la hay, a juicio del Tribunal, por el hecho de que las partes no puedan responder a las conclusiones del *commissaire*. En este punto, el Tribunal se aleja de la solución dada a una cuestión semejante, relativa a la actuación del abogado general de la Corte de Casación francesa, en la sentencia *Reinhardt y Slimane-Kaïd contra Francia*, y lo hace porque

«... a diferencia del asunto *Reinhardt y Slimane-Kaïd*, no se ha puesto en duda que en el procedimiento ante el *Conseil d'État*, los abogados que lo deseen puedan solicitar al *commissaire du gouvernement*, antes de la audiencia, el sentido

general de su conclusiones. Tampoco se ha puesto en duda que las partes pueden replicar, por una "nota en deliberación", a las conclusiones del *commissaire du gouvernement*, lo que permite, y ello es esencial a los ojos del Tribunal, contribuir al respeto del principio contradictorio. Eso es, por otra parte, lo que hizo el abogado de la recurrente en este caso.

Finalmente, en caso de que el *commissaire du gouvernement* invocase oralmente durante la audiencia un argumento jurídico no mencionado por las partes, el presidente de la formación de juicio dejará sobre la mesa el asunto para permitir a las partes debatir aquél.

En estas condiciones, el Tribunal estima que el procedimiento seguido ante el *Conseil d'État* ofrece las garantías suficientes al justiciable y que no plantea ningún problema desde el punto de vista del derecho a un proceso justo por lo que hace al respeto de la contradicción» (§ 76).

Resulta sorprendente que el TEDH afirme primero que el *commissaire* no puede beneficiarse de una inmunidad convencional de principio basada en la aceptación general y en el buen funcionamiento de la institución en el seno de la sociedad francesa, para a continuación destruir las alegaciones de la recurrente con argumentos basados en simples tradiciones del *Conseil d'État* o en meros «fantasmas jurídicos» como la «nota en deliberación» o la práctica de la comunicación previa a los abogados de las partes del «sentido general» de las conclusiones.

Efectivamente, estas dos importantes prácticas no se hallan recogidas en ningún texto jurídico (10). Ello puede chocar con la tradicional imagen del Derecho público y del Derecho procesal administrativo, organizados como un «jardín a la francesa» de textos jurídicos, en los que, en un afán positivizador, todo está previsto y ordenado. Para nada es ésta, sin embargo, la realidad del Derecho público francés, ni mucho menos de la actuación del *Conseil d'État* en materia contenciosa. El recurso a la jurisprudencia, en el primer caso, y a la costumbre, en el segundo, es casi ineludible.

Y es que en Derecho administrativo francés puede afirmarse la existencia, junto a la «legislación motorizada» de que hablara SCHMITT, de una «jurisprudencia motorizada» del *Conseil d'État*, una jurisprudencia creadora que interpreta los textos y cubre sus lagunas a partir de una serie de principios generales (11). Esto es especialmente cierto en relación con la

(10) Sí lo está, por el contrario, la tercera mencionada por el Tribunal, que consiste en aplazar el conocimiento del asunto si el *commissaire* saca a la luz argumentos jurídicos —por ser cuestiones de orden público— no discutidos por las partes (art. R611-7 del Código de Justicia administrativa).

(11) Un ejemplo reciente y que puede resultar clarificador es el de la nueva jurisprudencia *Temon* (CE Ass. 26 octubre 2001). Hasta la fecha de esta sentencia, la Administración podía declarar nulo un acto administrativo ilegal generador de derechos siempre que lo hiciese dentro del plazo para la presentación del recurso contencioso-administrativo o, si éste hubiese sido interpuesto, antes de que el Tribunal se pronunciase. Esta potestad ad-

materia procesal contencioso-administrativa, en la cual, en algunos casos, la jurisprudencia, o incluso las simples costumbres del *Conseil d'État*, son la única fuente. Sin embargo, esas costumbres tienen, para los miembros del *Conseil*, incluso más fuerza que la propia ley.

Nada hay que objetar, por lo tanto, a la decisión del TEDH de fundar esta primera conclusión de no vulneración del artículo 6-1 del Convenio de Roma en la existencia de la nota en deliberación y la práctica de la comunicación previa del «sentido general» de las conclusiones del *commissaire*. Ello pone de manifiesto un cierto voto de confianza en el *Conseil d'État*, en su jurisprudencia y en sus reglas tradicionales de funcionamiento. Sin embargo, esta primera impresión queda desmentida a la vista de la argumentación del Tribunal en relación con la participación del *commissaire* en la deliberación; aquí, dejándose llevar por la teoría de las apariencias, desconfía de la costumbre y la estima contraria al Convenio.

C) La participación del *commissaire du gouvernement* en la deliberación no está, efectivamente, recogida en texto legal alguno, sino que una vez más responde a una secular práctica del *Conseil d'État*. Es costumbre, efectivamente, que participe, aunque no vote, como lo es que no intervenga en la deliberación sino para responder a cuestiones precisas que, sobre el expediente, puedan formularle los miembros de la formación judicial (no hay que olvidar que es el que más recientemente lo ha estudiado), pero sin que en ningún caso vuelva a defender su punto de vista: imaginar una situación semejante sería casi una herejía para un miembro del *Conseil* (12).

El TEDH utiliza, en resumen, los siguientes argumentos para llegar a la conclusión de que la participación del *commissaire du gouvernement* es contraria al derecho a un proceso justo que consagra el artículo 6-1 del Convenio:

1) En primer lugar, el Tribunal desmonta la defensa del Gobierno francés, para quien la asistencia del *commissaire* a la deliberación se debe a que es un miembro más de la formación judicial.

ministrativa no estaba, sin embargo, recogida en texto alguno, sino que se desprendía de una jurisprudencia que se remonta a los años veinte: la sentencia del *Conseil d'État Dame Cachet* (CE 3 noviembre 1922) y la posterior decisión *Ville de Bagnaux* (CE Ass. 6 mayo 1966). Pues bien, en la reciente sentencia *M. Ternon*, de octubre de 2001, el *Conseil d'État* ha dado un giro a esta jurisprudencia disociando el plazo para recurrir de que disponen los terceros interesados y el plazo máximo de que dispone la Administración para anular el acto, fijando este último en cuatro meses desde la adopción de aquél. El Alto Tribunal administrativo francés no se apoya en texto alguno para dictar esta decisión, sino exclusivamente en su apreciación de las dificultades de aplicación de la jurisprudencia anterior. Se habla así, en la doctrina francesa (CHAPUS, por ejemplo), de un verdadero «poder normativo» del *Conseil d'État*.

(12) Bruno GENEVOIS, Consejero de Estado y Presidente adjunto de la Sección de lo Contencioso del *Conseil d'État*, señala a este respecto lo siguiente en su comentario a la sentencia *Kress (Réconfortant et déconcertant)*, «Revue française de droit administratif», septiembre-octubre 2001, pág. 991: «No es costumbre que un *commissaire du gouvernement*, que tuvo ocasión de expresar su punto de vista en la audiencia pública, reitere en el curso de la deliberación sus argumentos, corriendo el riesgo de indisponerse con los miembros de la formación de juicio».

Sostiene la defensa que el hecho de que un miembro de la formación de juicio haya expresado en público su punto de vista sobre el asunto puede considerarse como un elemento favorecedor de la transparencia del proceso de decisión. Esta transparencia puede contribuir a una mejor aceptación de la decisión por las partes y por el público en general, en la medida en que las conclusiones del *commissaire* sirven, si son seguidas en la sentencia, de explicación de la misma (sobre todo teniendo en cuenta la extraordinaria brevedad de los *arrêts* franceses, que raramente sobrepasan las cuatro páginas) y, si no lo son, constituyen una suerte de voto particular. En ambos casos, contribuyen al desarrollo de la jurisprudencia y de la doctrina.

Sin embargo:

«§79. ... el Tribunal observa que esta idea no coincide con el hecho de que, aunque el *commissaire du gouvernement* asiste a la deliberación, no tiene derecho a votar. El Tribunal estima que prohibiéndole votar; en nombre de la regla del secreto de la deliberación, el derecho interno debilita sensiblemente la tesis del Gobierno, según la cual el *commissaire du gouvernement* es un verdadero juez, porque un juez no puede, salvo en caso de abstención, no votar. Por otra parte, sería difícil admitir que una parte de los jueces pueda expresar públicamente su opinión y otra simplemente pueda hacerlo en el secreto de la deliberación.

80. Además, al examinar más arriba la alegación de la recurrente relativa a la no comunicación previa de las conclusiones del *commissaire du gouvernement* y la imposibilidad de responder a ellas, el Tribunal ha aceptado que el papel jugado por el *commissaire du gouvernement* durante el procedimiento requiere la aplicación de garantías procesales con vistas a asegurar el respeto al principio de contradicción (párrafo 76). La razón que ha llevado al Tribunal a concluir la no violación del artículo 6-1 en este punto es la neutralidad del *commissaire du gouvernement* frente a las partes, sino el hecho de que la recurrente disponía de garantías procedimentales suficientes para contrapesar su poder. El Tribunal estima que esta constatación debe también relacionarse para lo relativo a la crítica de la participación del *commissaire du gouvernement* en la deliberación».

El voto particular disidente que acompaña a la sentencia *Kress* sostiene que este argumento se ha construido sobre una falsa simetría, y que es ingenioso, aunque artificial:

«Compartimos la opinión de la mayoría de que los justiciables se benefician de garantías procedimentales ante las jurisdicciones administrativas, dado que sus abogados pueden

conocer antes de la audiencia el sentido de las conclusiones, pueden contestarlas con una nota en deliberación, y están protegidos frente al riesgo de que el *commissaire* invoque un argumento que no hubiese sido planteado por las partes (...). La mayoría del Tribunal deduce de esto que el justiciable debería disfrutar de garantías análogas en cuanto a la deliberación. Sí, pero ¿qué significa esto? ¿Que el abogado del particular, o el representante de la Administración en litigio con ella, o los dos al mismo tiempo, asistan también a la deliberación? Estarían allí mudos y pasivos, como lo está el *commissaire du Gouvernement*, pero ¿la presencia de aquéllos neutralizaría la de éste?» (§ 6 del voto particular parcialmente disidente).

2) Una vez desechado el argumento de que el *commissaire* es un magistrado más, el Tribunal juzga su participación en la deliberación contraria al artículo 6-1 del Convenio de Roma basándose en la teoría de las apariencias:

«... la teoría de las apariencias debe también entrar en juego: al expresarse públicamente sobre el rechazo o la aceptación de las alegaciones presentadas por una de las partes, éstas podrían considerar legítimamente que el *commissaire du Gouvernement* toma de hecho partido por una de ellas.

(...)

El Tribunal entiende, por otra parte, que un recurrente podría experimentar un sentimiento de desigualdad si, tras escuchar en la audiencia pública que las conclusiones del *commissaire* tienen un sentido desfavorable a su tesis, ve cómo éste se retira con los jueces de la formación judicial para asistir a una deliberación en el secreto de la sala del *Conseil*» (§ 81).

Sin embargo, la simple aplicación de la teoría de las apariencias no basta para concluir la violación del citado precepto; continúa por ello el Tribunal con su argumentación en el siguiente sentido:

«§ 82. Desde la sentencia *Delcourt*, el Tribunal ha puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones que, si bien la independencia y la imparcialidad del abogado general o del fiscal general de ciertas cortes supremas no eran objeto de crítica alguna, la sensibilidad adquirida por el público hacia las garantías de una buena justicia justificaba la importancia creciente atribuida a las apariencias (ver la sentencia *Borgers* precitada, § 24).

Por ello, el Tribunal consideró que, independientemente de la objetividad reconocida del abogado general o del fiscal

general, éste, al recomendar la admisión o el rechazo de una demanda, se transformaba en aliado o adversario objetivo de una de las partes y que su presencia en la deliberación le ofrecía, aunque fuese sólo en apariencia, una ocasión adicional de apoyar sus conclusiones en la sala del *Conseil*, al margen de la contradicción (vid. las sentencias *Borgers*, *Vermeulen* y *Lobo Machado* precitadas, respectivamente §§ 26, 34 y 32).

§ 83. El Tribunal no ve ninguna razón para apartarse de la jurisprudencia que se acaba de recordar, incluso tratándose del *commissaire du Gouvernement* (...).

§ 84. El Tribunal observa, por otra parte, que no se ha sostenido, como en los asuntos *Vermeulen* y *Lobo Machado*, que la presencia del *commissaire du Gouvernement* se impone para contribuir a la unidad de la jurisprudencia o para ayudar a la redacción final de la sentencia (ver, *mutatis mutandis*, la sentencia *Borgers* precitada, § 28). Resulta de las explicaciones del Gobierno que la presencia del *commissaire du Gouvernement* está justificada por el hecho de que, al haber sido el último en ver y estudiar el expediente, le corresponderá responder durante la deliberación a todas las cuestiones que le sean eventualmente planteadas sobre el asunto.

§ 85. En opinión del Tribunal, la ventaja que para la formación de juicio comporta esta asistencia puramente técnica debe ponerse en equilibrio con el interés superior del justiciable, que debe tener la garantía de que el *commissaire du Gouvernement* no pueda, por su presencia, ejercer una cierta influencia sobre el resultado de la deliberación. Éste no es el caso en el actual sistema francés».

Es en esta argumentación de la sentencia donde se han centrado las críticas de la doctrina y de los siete jueces firmantes del voto particular. Estos últimos disienten, por principio, de la utilización que el Tribunal de Estrasburgo viene haciendo de la teoría de las apariencias; y la doctrina le achaca, además, el haber partido de una visión parcial e incorrecta de la función del *commissaire du gouvernement* y del propio funcionamiento del *Conseil d'État*.

La mencionada teoría de las apariencias tiene origen anglosajón, y se resume en el brocardo *justice should not only be done; it must also be seen to be done* (13): no sólo se debe hacer justicia; también debe verse que se hace justicia. Sin embargo, como señala el voto particular:

«Muchos autores, e incluso eminentes jueces de este Tribunal, han escrito que la teoría de las apariencias, que por lo

(13) El juez de Estrasburgo K. S. Martens, en su voto particular a la sentencia *Borgers*, atribuye la formulación de este brocardo a Lord Hewart.

demás no es admitida en el mismo grado por el conjunto de las culturas jurídicas representadas en el Consejo de Europa, ha sido llevada demasiado lejos en el pasado, ya sea en relación con las Cortes de casación belga o francesa, ya con la Corte suprema de Portugal o la Corte de casación de los Países Bajos. No es lógico que la misma recurrente, que no pone en ningún momento en duda la imparcialidad subjetiva de un magistrado y su independencia (ver el párrafo 78 de la sentencia), pueda tener tendencia a “experimentar un sentimiento de desigualdad” al verle “retirarse con los jueces de la formación judicial para asistir a la deliberación en el secreto de la sala del *Conseil*” (párrafo 81). No es solamente ilógico: es criticable, porque todo justiciable advertido, y en cualquier caso todo abogado informado, sabe que la participación en la deliberación de alguien que ha expresado públicamente su *opinio juris* no va, por su simple presencia, a hacer mayor el peso de esta opinión sobre los jueces que deben deliberar y votar. O bien ello supone injuriar a estos últimos, e imputarles una falta de independencia y de imparcialidad» (§ 8).

La aplicación de la teoría de las apariencias lleva al Tribunal, efectivamente, a incurrir en una cierta incoherencia, pues tras afirmar que «nadie ha puesto jamás en duda la independencia ni la imparcialidad del *commissaire du Gouvernement*» (§ 71) —no lo ha hecho, en particular, la recurrente—, aspira después a proteger al justiciable frente a una eventual e indebida influencia que aquél pueda ejercer sobre la formación de juicio, durante la deliberación.

Además de esta posible incoherencia, la aplicación que el TEDH viene haciendo de la teoría de las apariencias suscita muchos recelos, fundamentalmente porque, como señala el voto particular, no es ésta una teoría que cuente con una aceptación generalizada en todos los sistemas jurídicos del Consejo de Europa. La opción del Tribunal de aplicar unos mismos principios abstractos a instituciones desarrolladas en países distintos, con concepciones jurídicas diversas, lleva consigo graves riesgos y dificultades. En particular, la aplicación de principios y de mecanismos jurídicos propios del Derecho anglosajón al Derecho continental europeo lleva a resultados peligrosos, pues las reglas que en un sistema jurídico dan lugar a una buena administración de justicia no suelen encajar en otro sistema distinto, e intentar cambiar una pieza sin que falle todo el mecanismo de conjunto es harto difícil. Ésta es la tesis que sostiene el voto particular en su párrafo 9:

«Aun admitiendo que la teoría de las apariencias pudiera encontrar algún crédito, ¿es necesario que en su nombre una jurisdicción europea, en un sistema basado en la subsidiariedad y el respeto a las jurisdicciones nacionales, venga a dañar a una institución que funcionaba desde hace más de

un siglo y medio dentro de la satisfacción general, que desempeña un papel esencial dentro del Estado de derecho, y que ha actuado considerablemente a favor de la justicia y de los derechos del hombre?» (§ 9).

A mayor abundamiento, y más allá de lo criticable que pueda ser la utilización de una teoría de tan débil fundamento jurídico y tan apoyada en el punto de vista subjetivo del justiciable, la doctrina ha señalado que esas «apariencias» que manejan los jueces de Estrasburgo son falsas, pues parten de una visión parcial e incorrecta de la función del *commissaire du gouvernement* y del propio funcionamiento del *Conseil d'État* (14).

De los considerandos de la sentencia *Kress* podría deducirse que la presencia del *commissaire* en la deliberación está exclusivamente justificada por la necesidad de que responda a cuestiones que se le puedan plantear sobre el expediente. Esto, sin embargo, no parece que sea así en realidad:

- En primer lugar, porque, como ya se explicó más arriba, la intervención del *commissaire* en las deliberaciones es excepcional y limitada a dar respuesta a las preguntas que se le planteen, sin que pueda «volver a la carga» e insistir sobre los puntos ya manifestados públicamente en sus conclusiones.
- En segundo lugar, su presencia en la deliberación se explica mejor si se tiene en cuenta que, en la práctica, los *commissaires* son el mejor instrumento para velar por la unidad y, al mismo tiempo, la evolución de la jurisprudencia del *Conseil d'État*. Así, señala GENEVOIS que esa presencia del *commissaire* le permite entender mejor «las razones por las cuales la formación de juicio se alinea con su punto de vista o, al contrario, se separa de él. El conocimiento que adquiere por este medio de las motivaciones del juez le permitirá dar cuenta fiel, en conclusiones ulteriores, de la jurisprudencia o, si no ha sido convencido por ella, proponer su cambio para el futuro. Se asegura así una mejor comprensión externa del edificio jurisprudencial, lo que es parte de la misión del *commissaire*».
- Por último, no debe olvidarse que el *commissaire du gouvernement* puede asistir a la deliberación no sólo como tal, sino simplemente por el hecho de ser miembro del *Conseil d'État*. Efectivamente, una más de las seculares tradiciones que se aplican como ley en el *Conseil* consiste en que cualquiera de sus miembros (15) puede asistir a la deliberación de cualquiera de los asuntos que se juzgan aunque no pertenezcan a esa concreta formación colegial. Se trata, por supuesto, de una asistencia pasiva y en estricto silencio, una tradición

(14) Así, por ejemplo, B. GENEVOIS, *op. cit.*, nota 12; y, en el mismo número de la «RFDA», el comentario titulado *Juridiquement fragile, stratégiquement correct*, de Jean-Louis AUTIN y Frédéric SUDRE.

(15) Así como también, aunque en este caso —como es lógico— previa la correspondiente invitación, los magistrados franceses o extranjeros en periodo de prácticas en el *Conseil*.

que el *Conseil* y sus miembros defienden como uno de los mecanismos más eficaces para la formación de los magistrados y la garantía de la coherencia jurisprudencial.

IV. CONCLUSIÓN: EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA Y CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Como ya se ha adelantado, la doctrina francesa se ha mostrado, en general, crítica hacia la sentencia *Kress*, calificándola de «desconcertante» (GENEVOIS) e «incoherente» (AUTIN y SUDRE) pero, en líneas generales, «reconfortante».

Y es que, efectivamente, la decisión del Tribunal de Estrasburgo ha sido recibida en el seno del *Conseil d'État* como un mal menor, en la medida en que el papel tradicional del *commissaire du gouvernement* no sale dañado en sus aspectos esenciales. O, cuando menos, la sentencia deja una puerta abierta a una ejecución que no altere en lo sustancial el funcionamiento tradicional de la sección de lo contencioso. No cabe duda de que el *Conseil d'État* ha utilizado esta puerta.

Decimos, en primer lugar, que la sentencia *Kress* no ha dañado los aspectos esenciales de la figura del *commissaire* porque se ha rechazado la alegación principal de la recurrente (y, por qué no decirlo, la que más preocupaba en el *Conseil*) relativa a la necesidad de una comunicación previa de las conclusiones del *commissaire* y a la posibilidad de responder a ellas. Una decisión distinta hubiera podido poner en juego la existencia misma del *commissaire du gouvernement* y habría alterado por completo el funcionamiento de la sección de lo contencioso del *Conseil d'État* y, en general, de todos los órganos de la justicia administrativa en Francia, que se rigen por este mismo modelo.

Por otra parte, el hecho de que el Tribunal de Estrasburgo contradiga la tesis del Gobierno francés según la cual el *commissaire du gouvernement* es un magistrado más, un miembro más de la formación de juicio, tiene una importancia menor siempre que de ella —como ha ocurrido— no se deriven consecuencias excesivas. En definitiva, sea juez, segundo ponente o un simple *amicus curiae* (16), el *commissaire* sigue interviniendo en último lugar, cerrando la fase de instrucción, y la respuesta a sus conclusiones continúa limitada a la técnica de la «nota en deliberación». A la vista de la sentencia *Kress*, el *Conseil d'État* ha querido otorgar un mayor valor a esta figura de la nota en deliberación, procediendo a mencionarla expresamente —cuando la oportunidad se ha presentado (17)— en los antecedentes de sus sentencias, lo que no se hacía antes.

En cuanto al tema de la asistencia o participación en la deliberación del *commissaire du gouvernement*, el *Conseil d'État* ha optado por una eje-

(16) Según la expresión utilizada por el juez del TEDH Van Compernelle en su voto particular a la sentencia *Vermeulen*, de 20 de febrero de 1996 (citado por B. GENEVOIS, *op. cit.*, nota 12).

(17) A partir de la decisión *Einhorn*, de 12 de julio de 2001.

cución *de minimis*, interpretando literalmente los términos de la sentencia. El *Conseil* ha afirmado su voluntad de llevar a cabo una aplicación más estricta que nunca del principio de asistencia sin participación, lo cual en la práctica supone que apenas no cambia nada: el *commissaire* sigue asistiendo a la deliberación, está presente en la misma, pero sin participar activamente, es decir, sin hablar.

Esta sutil interpretación de la sentencia es posible por el hecho de que ésta sólo habla de la «asistencia» del *commissaire* a la deliberación en su párrafo 85 («esta asistencia puramente técnica debe ponerse en equilibrio con el interés superior del justiciable»), pero utiliza el término «participación» en el resto de los considerandos y, lo que es más importante, en el fallo («que ha existido violación del artículo 6-1 del Convenio por razón de la participación del *commissaire du Gouvernement* en la deliberación»).

Error inconsciente o *acte manqué* para salvar la figura sin realizar un nuevo giro en una jurisprudencia ya bastante poco lineal (18), lo cierto es que el *Conseil d'État* ha considerado que el *commissaire* puede seguir estando presente en la deliberación de los asuntos en los cuales ha concluido, de la misma forma que puede asistir a la deliberación de asuntos correspondientes a otros *commissaires*, en su condición de miembro del *Conseil d'État*.

En su esfuerzo por defender sus tradiciones y las especificidades que le han conferido su carácter, el *Conseil de État* ha acudido una vez más a la interpretación jurídica, técnica cuya maestría el propio *Conseil* y sus siempre brillantes *commissaires du gouvernement* han demostrado con holgura.

(18) No debe olvidarse que ha sido ésta una decisión muy discutida, que fue objeto de dos deliberaciones sucesivas (la primera tuvo lugar el 11 de octubre de 2000 y la segunda no se produjo hasta el 16 de mayo de 2001), que fue adoptada por una mayoría débil (10 votos contra 7), y que está acompañada de un voto particular disidente firmado por siete jueces y redactado en términos extraordinariamente duros.

