

El enjuiciamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del funcionamiento contencioso del «Conseil d’Etat» y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en concreto, del papel desempeñado, respectivamente, por el Comisario del Gobierno y por el Abogado General)

Ricardo Alonso García

Catedrático de Derecho Administrativo y Comunitario
Universidad Complutense

En el asunto *Kress v. Francia*, resuelto por Sentencia 1 junio 2001¹, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) sostuvo², por unanimidad, que el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH) –que consagra el derecho a un proceso equitativo– no había sido violado en lo concerniente a la no comunicación a la recurrente –antes de la audiencia ante el Consejo de Estado francés– de las conclusiones del Comisario del Gobierno, y a la imposibilidad de replicarlas con ocasión de dicha audiencia; por diez votos frente a siete, en cambio, estimó que había existido violación del citado precepto como consecuencia de la participación del Comisario del Gobierno en la deliberación del Consejo de Estado (manifestándose, por el contrario), «confortado por el hecho de que en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –en adelante, TCJE–, el Abogado General, institución estrechamente inspirada en la del Comisario del Gobierno, no asiste a las deliberaciones»^{3,4}.

¹ Req. núm. 39594/98.

² En su formación de Gran Sala, al haberse inhibido en su favor la Sección competente en virtud del art. 30 CEDH (conforme al cual «si el asunto pendiente ante una Sala –las Salas son redenominadas “secciones” por el art. 25 del Reglamento del TEDH– plantea una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o de sus Protocolos, o si la solución dada a una cuestión pudiera ser contradictoria con una Sentencia dictada anteriormente por el Tribunal, la Sala podrá inhibirse a favor de la Gran Sala, mientras no haya dictado sentencia, salvo que una de las partes se oponga a ello»).

³ Matiz éste que, como subrayé hace tiempo (*Derecho Comunitario: Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pg. 160), constituye el *principal* rasgo diferenciador del Abogado General respecto del Comisario del Gobierno, en el que se inspiraron a última hora los fundadores del Tratado CECA a

* * *

El punto de arranque para una comprensión en todo su alcance del *asunto Kress* requiere unas breves aclaraciones sobre el derecho a un proceso equitativo y sobre la teoría de las apariencias en la doctrina de Estrasburgo.

El derecho a un proceso equitativo comprende entre otros principios, conforme recuerda el TEDH en el propio *asunto Kress*, el de igualdad de armas y el de contradicción.

El primero «exige que cada parte tenga la posibilidad razonable de defender su causa en condiciones que no la sitúe en posición de neta desventaja en relación con su adversario»; el segundo, por su parte, implica «el derecho de las partes en un proceso a conocer y discutir todo documento u observación sometida al juez, incluso por un miembro independiente del servicio jurídico nacional⁵, con vistas a influir en su decisión».

Así las cosas, parecería que, en principio, una posición de equilibrio de las partes en el proceso respecto de documentos u observaciones presentadas o manejadas por terceros no susceptibles de ser calificados como «parte», nunca podría implicar vulneración del principio de igualdad de armas⁶ y sí, en cambio, del principio de contradicción.

De donde se deduciría que un documento u observación presentada por una institución que tenga por función –en términos literales la atribuida por el Tratado de la Comunidad Europea al Abogado General del Tribunal de Justicia⁷– «presentar públicamente, con toda imparcialidad e independencia, conclusiones motivadas sobre los asuntos promovidos ante el Tribunal de Justicia, a fin de asistirle en el cumplimiento de su misión»⁸, podría

iniciativa de la delegación francesa (de hecho, la incorporación de la figura del Abogado General se produjo confeccionado ya el texto del Tratado, lo que explica su ausencia en la versión original del mismo no así en el Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia: cfr. LAGRANGE, M.: «La Cour de Justice des Communautés Européennes: du plan Schuman à l'Union Européenne», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 1, 1978, pgs. 1 y ss.).

⁴ También sostuvo por unanimidad el TEDH que no se había vulnerado el art. 6.1 CEDH como consecuencia de la excesiva duración del proceso, cuestión sobre la que no entraré en el presente comentario.

⁵ *Independent member of the national legal service*, en la versión inglesa; *magistrat indépendant*, en la francesa.

⁶ De hecho, en la doctrina española la terminología tradicionalmente utilizada ha sido precisamente la de «igualdad de partes»: cfr. GUASP, J.: *Derecho Procesal Civil*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, t. I (también en la quinta edición, a cargo de ARAGONES, P. Madrid, Civitas, 2002, pg. 72).

⁷ Art. 222.

⁸ Función ésta, por cierto, que en mi opinión resulta desvirtuada por la previsión forjada en Niza (art. 62 del nuevo Estatuto del Tribunal de Justicia) de atribución al Primer Abogado General del monopolio para activar el reexamen de determinadas resoluciones del Tribunal de Primera Instancia cuando considere que existe un riesgo grave de que se vulnere la unidad o la coherencia del Derecho Comunitario (me remito al respecto a mi *Estudio Preliminar sobre el Tratado de Niza*. Madrid, Biblioteca de Legislación Civitas, 2001, pgs. XLI y ss.).

acaso vulnerar el principio de contradicción si no se ofrece a las partes la posibilidad de pronunciarse al respecto, pero no el de igualdad de armas si es la misma la posición de dichas partes también al respecto.

En lo concerniente a la teoría de las apariencias aplicada al derecho a un proceso equitativo, podría resumirse en la máxima anglosajona *justice must not only be done; it must also be seen to be done*.⁹ Tal máxima, recordada expresamente y desechada por el TEDH en el *asunto Delcourt v. Bélgica*, de 17 enero 1970 (en el que, enfrentado a la cuestión de la posible vulneración del derecho a un proceso equitativo como consecuencia de la presencia del ministerio público ante el Tribunal de Casación belga en la deliberación de éste, y tras permitirse «dudar que el sistema litigioso sea muy afortunado» al respecto, estimó no obstante que, «mirando más allá de las apariencias, el Tribunal no percibe realidad alguna contraria a dicho derecho»¹⁰), fue sin embargo por él asumida veinte años después en el *asunto Borgers v. Bélgica*, de 30 octubre 1991 (tras recordar que «los derechos de defensa y el principio de igualdad de armas, elementos de la noción más amplia del proceso equitativo, han conocido en la jurisprudencia del Tribunal una evolución de las más notables, marcada en particular por la importancia atribuida a las apariencias y a la sensibilidad creciente del público respecto de las garantías de una buena justicia»¹¹).

Sentado lo anterior, el problema surge cuando el TEDH, enfrentado a instituciones en las que reconoce la imparcialidad e independencia en el ejercicio de unas funciones, por él mismo calificadas de para-judiciales, dirigidas a auxiliar y aconsejar al juez a través de opiniones emitidas conforme al alma y la conciencia de quienes las personifican¹², estima que, ello no obstante, pueden tales instituciones ser consideradas como «adversarias objetivas» de las partes en el proceso, provocando la entrada en juego del principio de igualdad de armas. Así, en el recién mencionado *asunto Borgers v. Bélgica*, el TEDH, tras asumir expresamente la independencia e imparcialidad del Abogado General ante el Tribunal de Casación belga, así como su objetividad en el ejercicio de las funciones atribuidas, sostuvo que, «sin embargo, su opinión no podría pasar por neutra desde el punto de vista de las partes en la casación», pues «al recomendar la admisión o el rechazo del recurso de un acusado, el ministerio público deviene aliado o adversario objetivo»¹³, hipótesis esta última en que «el artículo 6.1

⁹ Máxima que Lord Denning atribuye a Lord Hewart (según nos informa el Juez Martens en su extenso voto disidente en el *asunto Borgers*, citado a continuación en el texto), y cuyo contenido exacto sería el siguiente: *it is not merely of some importance, but it is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done*.

¹⁰ §31.

¹¹ §24.

¹² Según expresiones del TEDH en el *asunto Delcourt v. Bélgica*, cit., §34.

¹³ No sólo en el sentido de que el ministerio público actúa con objetividad, sino también y sobre todo, como puntualiza CALLEWAERT, J., comentando el asunto, en el de que «el contenido mismo de sus conclusiones genera entre él y el interesado una relación

Ricardo Alonso García

impone el respeto de los derechos de defensa y del principio de igualdad de armas»¹⁴.

* * *

Pasemos ya a analizar, en primer lugar y a la luz de tales aclaraciones, el razonamiento del TEDH en *Kress* en torno a la desestimada alegación de vulneración del artículo 6.1 CEDH basada en *la no comunicación previa de las conclusiones del Comisario del Gobierno y la imposibilidad de responderlas en la audiencia*.

Comienza el TEDH por recordar su ya referida doctrina¹⁵ según la cual «el principio de *igualdad de armas* –uno de los elementos de la noción más amplia del proceso equitativo– exige que cada parte tenga la posibilidad razonable de defender su causa en condiciones que no la sitúe en posición de neta desventaja en relación con su adversario» (§72), para sostener a continuación que, «independientemente del hecho de que, en la mayoría de los casos, las conclusiones del Comisario del Gobierno no son objeto de un documento escrito»¹⁶, éstas son presentadas «por vez primera oralmente en la audiencia pública del caso y tanto las partes en el proceso como los jueces y el público conocen su sentido y contenido en tal ocasión», por lo que «la recurrente no puede derivar del derecho a la igualdad de armas el derecho a recibir, antes de la audiencia, unas conclusiones que no han sido comunicadas a la otra parte en el proceso, ni al juez ponente ni a los –de más– jueces del caso» (§73).

de alianza o de oposición independientemente de las intenciones, esfuerzos e impresiones de uno y otro» («Au delà des apparences... d'un revirement», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 10, 1992, pg. 207).

¹⁴ §26.

¹⁵ Citando expresamente *el asunto Nideröst-Huber v. Suiza*, 18 febrero 1997, §23.

¹⁶ Lo que acentuaría su independencia si nos atenemos al adagio *la plume est serve mais la parole est libre*: cfr. AUBV, J. M. y DRAGO, R.: *Traité de Contentieux Administratif*. París, edit. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975, t. I., pg. 198. Según nos informa CHAPUS, el hecho de redactar las conclusiones «es para su autor una cuestión de comodidad y sólo a él concierne la decisión al respecto», sin que tenga «que rendir cuentas ni a la jurisdicción ni a las partes» (*Droit du contentieux administratif*. París, edit. Montchrestien, 2001, pg. 770). «En realidad», añade, «no resultaría aventurado sostener que, conforme al estatuto de independencia de los Comisarios del Gobierno, las conclusiones son propiedad de sus autores, a quienes corresponde apreciar lo que proceda en relación con su difusión» (pg. 820), opinión ésta asumida por el propio TEDH (§44).

Ello a diferencia de las conclusiones de los Abogados Generales del TJCE, las cuales, a pesar de que el Reglamento de Procedimiento se limita a prever su oralidad («el Abogado General –establece el art. 59.1– presentará sus conclusiones orales y motivadas al término de la fase oral»), son redactadas y publicadas sistemáticamente junto con las sentencias en la *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*. En el otro extremo se sitúan las conclusiones, cuando procedan (arts. 17 a 19 de su Reglamento de Procedimiento), de los Abogados Generales del Tribunal de Primera Instancia, cuya oralidad puede quedar desplazada por la mera presentación escrita (arts. 46 del Protocolo y 61 de su Reglamento de Procedimiento).

Se advierte ya en esta última referencia a la ausencia de comunicación de las conclusiones a los jueces encargados de resolver, incluido el ponente, el inicio de una línea argumental, en la que subyace la discutible consideración del Comisario del Gobierno como potencial adversario de las partes en el proceso, que va a terminar aflorando claramente al abordar el TEDH la cuestión de su participación en la deliberación de aquéllos.

En efecto, de asumirse que el principio de igualdad de armas sólo concierne a las partes litigantes, ¿a qué viene traer a colación la referida falta de comunicación por lo que respecta al juez ponente y a los demás jueces del caso? ¿Es que acaso hay que entender que unas conclusiones no comunicadas a las partes pero sí a los jueces podría vulnerar el principio de igualdad de armas? Parece que no, en la medida en que dicho principio sólo afectaría, se reitera, a las partes litigantes (cuestión distinta, como veremos que abordó a continuación el TEDH, es que la no comunicación a las partes y sí a los jueces pudiera vulnerar el *principio de contradicción*). Sucede, no obstante, que tal discurso varía si se asume que el Comisario del Gobierno puede llegar a considerarse «parte objetiva» del proceso.

Podría argumentarse que dicha referencia a los jueces la hace el TEDH a los solos efectos dialécticos de acompañar la referencia a las partes, única ésta a los efectos, a su vez, de razonar en torno al principio de igualdad de armas.

Sucede, sin embargo, que ello no es así. Y no lo es porque el TEDH, como manifiesta abiertamente en su ulterior manera de abordar la cuestión de la participación del Comisario del Gobierno en la deliberación de los jueces, está ya comenzando a asumir, por el momento implícitamente, la consideración del propio Comisario del Gobierno como parte «sui generis» en el proceso.

* * *

Pero sigamos con la cuestión de la no comunicación previa de las conclusiones del Comisario del Gobierno y la imposibilidad de responderlas en la audiencia.

Descartada en los términos vistos la vulneración del principio de igualdad de armas, el TEDH se apresura a matizar, recordando asimismo su doctrina al respecto¹⁷, que, «sin embargo, la noción del proceso equitativo implica también, en principio, el derecho de las partes en un proceso a conocer y discutir todo documento u observación sometida al juez, incluso por un miembro independiente del servicio jurídico nacional, con vistas a influir en su decisión» (§74).

A partir de tal premisa, y sin entrar por el momento en consideraciones

¹⁷ *Asuntos Vermeulen v. Bélgica*, 20 febrero 1996; *Lobo Machado v. Portugal*, 20 febrero 1996; *Van Orshoven v. Bélgica*, 25 junio 1997; *K.D.B. v. Países Bajos*, 27 marzo 1998, y *Nideröst-Huber v. Suiza*, ya citado.

Ricardo Alonso García

acerca de la naturaleza del Comisario del Gobierno¹⁸, el TEDH constató que «no ha sido rebatido que en el procedimiento ante el Consejo de Estado, los abogados que así lo deseen pueden solicitar al Comisario del Gobierno, antes de la audiencia, el sentido general de sus conclusiones», como «tampoco se ha rebatido que las partes pueden replicar, a través de una *note en délibéré*, las conclusiones del Comisario del Gobierno¹⁹, lo que permite, y ello resulta esencial a los ojos de este Tribunal, contribuir al respeto del principio de contradicción»; a lo que habría que añadir que «en caso de que el Comisario del Gobierno invocara oralmente durante la audiencia un motivo no suscitado por las partes, el presidente del tribunal suspendería el asunto para permitir a las partes presentar sus alegaciones al respecto». «En estas condiciones», concluyó, «el Tribunal estima que el procedimiento seguido ante el Consejo de Estado ofrece suficientes garantías al justiciable y no plantea problema alguno desde la perspectiva del derecho a un proceso equitativo en lo concerniente al respeto del principio de contradicción» (§76)²⁰.

* * *

Lo primero que debe destacarse es que el TEDH está ya adelantando, implí-

¹⁸ Cuyos rasgos, en el contexto de la jurisdicción administrativa, son ampliamente abordados por el TEDH en la parte de la sentencia dedicada, en los fundamentos de hecho, al Derecho y la práctica pertinentes (§28-52). Clásicos al respecto son los estudios de SAUVEL, T.: «Les origines des commissaires du gouvernement auprès du Conseil d'Etat statuant au contentieux», *Revue du Droit Public*, 1949, pgs. 5-20, y GUILLIEN, R.: «Les commissaires du gouvernement près les juridictions administratives et, spécialement, près le Conseil d'Etat français», también en *Revue du Droit Public*, 1955, pgs. 281-303.

¹⁹ Como de hecho hizo, y así lo recuerda el TEDH (§26), el abogado de la recurrente, llamando la atención sobre el supuesto error cometido por el Comisario del Gobierno al haber manifestado dudas acerca del carácter extremadamente grave de los problemas derivados de un síndrome neurológico que su cliente venía sufriendo desde que fuera operada en un hospital de Estrasburgo en 1986 y sobre los que sustentaba la acción de responsabilidad origen de la acción ante el TEDH.

²⁰ En fase de corrección de pruebas, tengo conocimiento del pronunciamiento del TEDH en el asunto *Frette v. Francia*, de 26 febrero 2002, en el que se condena a Francia por vulneración del artículo 6.1 CEDH precisamente por no haber tenido el recurrente la oportunidad, al no estar representado por abogado como permitía el Derecho francés, de conocer antes de la audiencia el sentido general de las conclusiones del Comisario del Gobierno y de presentar en réplica una *note en délibéré*.

Dicho pronunciamiento, por otro lado y en otro orden de consideraciones, contiene una opinión parcialmente disidente de los Jueces BRATZA, FUHRMANN y TULKENS en la que se maneja la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* a los efectos de reforzar una interpretación extensiva del ámbito de aplicación del CEDH que conduce a incluir entre los motivos de discriminación prohibidos por el artículo 14 la orientación sexual (el asunto en cuestión versaba sobre el rechazo por las autoridades francesas de la adopción de un niño solicitada por un homosexual, desestimando la Tercera Sección del TEDH por cuatro votos frente a tres la alegada vulneración del mencionado precepto en combinación con el artículo 8, que proclama el derecho al respeto de la vida privada y familiar). Sobre el alcance de la Carta de la Unión, me remito a mi trabajo *Fuerza (indirecta) y autonomía (moderada) jurídicas de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Azpilcueta. Cuadernos de Derecho, núm. 17 (2001).

citamente, su visión acerca de la naturaleza de la institución del Comisario del Gobierno. Y lo está haciendo, como explicitará de entrada al analizar la cuestión de su participación en la deliberación, en términos negativos (*i.e.*, lo que *no* es el Comisario del Gobierno) y contradictorios con la doctrina del propio Consejo de Estado francés (y del TJCE en lo que al Abogado General se refiere), e incluso de la ya desaparecida, tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 11, Comisión Europea de Derechos Humanos (en adelante, ComEDH).

En efecto, ya en el *asunto Vve Jame*, de 9 diciembre 1970, el Consejo de Estado situó nítidamente las conclusiones del Comisario del Gobierno al margen del principio de contradicción²¹; y lo hizo habida cuenta de la naturaleza de la institución por él mismo analizada años antes, en el *asunto Gervaise*, de 10 julio 1957: «tiene por misión –el Comisario del Gobierno– exponer las cuestiones a enjuiciar en cada recurso contencioso y dar a conocer, formulando con toda independencia sus conclusiones, su apreciación, que debe ser imparcial, sobre las circunstancias de hecho del caso y las reglas de derecho aplicables, así como su opinión sobre las soluciones que reclama, según su conciencia, el litigio sometido a la jurisdicción»²².

La ComEDH misma haría suya esta aproximación del Consejo de Estado a la figura del Comisario del Gobierno cuando en el *asunto Bazerque v. Francia*, de 3 septiembre 1991²³, recordado en sus alegaciones por el Gobierno francés, descartó por unanimidad la alegada vulneración del artículo 6.1 CEDH en los siguientes términos: «En lo concerniente al motivo formulado respecto de la contradicción, en la medida en que las partes no han podido responder a las observaciones del Comisario del Gobierno, la ComEDH observa que éste, pese a su denominación, no es de ningún modo representante del Gobierno ante el Consejo de Estado en su función contenciosa»²⁴.

²¹ «Las conclusiones presentadas oralmente por el Comisario del Gobierno ante el tribunal administrativo», sostuvo, «no tienen que ser comunicadas a las partes». Cfr. ROLLIN, F.: *Note Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 7 juin 2001, *Aff. Kress c. France*, Actualité Juridique Droit Administratif, núm. 7-8, 2001, pg. 678.

²² El art. 18 de la Ley 6 enero 1986, que garantiza la independencia de los miembros de los tribunales administrativos, dispone escuetamente que el Comisario del Gobierno *expose en toute indépendance à la formation de jugement ses conclusions sur les circonstances de fait et les règles de droit applicables*; fórmula ésta plasmada en el Código de Justicia Administrativa, cuyo art. L.7 prevé que el miembro de la jurisdicción que cumple las funciones de Comisario del Gobierno *expose publiquement, et en toute indépendance, son opinion sur les questions que présentent à juger les requêtes et sur les solutions qu'elles appellent*.

²³ Req. núm. 13672/1988.

²⁴ Sobre lo equívoco de su denominación, que parece situar al Comisario a las órdenes del Gobierno, cfr. BRAIBANT G. y STIRN, B.: *Le droit administratif français*. París, edit. Presses de Sciences Po et Dalloz, 1999, pg. 498 (aunque, como nos recordara hace ya tiempo BARAV A.: «Le Commissaire du Gouvernement près le Conseil d'Etat français et l'Avocat Général près la Cour de Justice des Communautés Européennes», *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 4, 1974, pgs. 809 y ss. el propio Consejo de Estado rechazó, en el marco de la reforma operada en 1963, el cambio en favor de la denominación «Comisario de la Ley», recientemente también desaconsejada por BONICHOT, J. C. y ABRAMAM, R.: «Le

Ricardo Alonso García

Se trata de un magistrado que juega un papel totalmente independiente frente a las partes. Sus observaciones presentan solamente el carácter de un documento de trabajo interno de dicha jurisdicción, no comunicado a las partes y puesto a disposición de los jueces llamados a pronunciarse sobre un asunto. La Comisión estima que el recurrente, en consecuencia, ha tenido la posibilidad de exponer su argumentación de una manera que no le sitúa en posición de desventaja con relación a la parte adversaria».

Sucede, no obstante, que, avanzando la década de los noventa, la doctrina del TEDH fue evolucionando dejando entrever que existía una alta probabilidad de someter las conclusiones del Comisario del Gobierno a las exigencias derivadas del principio de contradicción²⁵. Así, en dos Sentencias dictadas el 20 febrero 1996 (en los *asuntos Lobo Machado v. Portugal* y *Vermeulen v. Bélgica*), el TEDH no dudó en someter al principio de contradicción las intervenciones del Procurador General adjunto ante el Tribunal Supremo portugués y del Abogado General ante el Tribunal de Casación belga. Doctrina que, tras ser confirmada en el *asunto Van Orshoven v. Bélgica*, de 25 junio 1997, acabaría el TEDH extendiéndola a la intervención del Abogado General ante la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación francés en el *asunto Reinhardt y Slimane Kaïd v. Francia*, de 31 marzo 1998 (recordado por el TEDH en *Kress*) en el que, no obstante, dio la sensación de recurrir no tanto al principio de contradicción como al de igualdad de armas, dejando así las puertas abiertas a la consideración de una institución imparcial e independiente como potencial adversario objetivo de las partes litigantes y, por tanto, como «parte» ella misma del proceso, todo lo *sui generis* que se quiera²⁶.

commissaire du gouvernement dans la juridiction administrative et la Convention EDH», *La Semaine Juridique Édition Générale*, núm. 45-46, 1998, pgs. 1949 y ss.). Aclárese, por lo demás, que los Comisarios del Gobierno ante el Consejo de Estado en su función contenciosa (y ante los tribunales administrativos, incluidos los de apelación) se desmarcan de los que, recibiendo la misma denominación, actúan, éstos sí, como auténticos representantes del Gobierno ante determinadas instituciones públicas (cfr., por ejemplo, las recientes consideraciones del propio *Conseil d'Etat* en su *Rapport Public 2001*, pgs. 370-371, acerca de la conveniencia de su presencia en las autoridades administrativas independientes); como también se desmarcan, más matizadamente, de los que intervienen ante jurisdicciones como las profesionales o las expropiatorias: cfr. al respecto AUTIN, J. L. y SUDRE, F.: «Le commissaire du gouvernement et les exigences du procès équitable (l'arrêt Kress), Juridiquement fragile, stratégiquement correct», *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 5, 2001, pgs. 1005-1006.

²⁵ Marcando el TEDH diferencias entre los principios de igualdad de armas y de contradicción, que comenzarían por la premisa para su respectiva aplicación, pues éste, a diferencia de aquél, exigiría la posibilidad de responder cualquier documento presentado ante el juez, susceptible de influir en su decisión, con independencia de la procedencia del documento en cuestión, *i.e.*, con independencia de que procediera o no de «las partes» en el proceso.

²⁶ Cfr., por cierto, la propuesta de COHEN-JONATHAN de dotar al propio TEDH de las instituciones del Abogado General y del Procurador General (en su intervención en «La journée de réflexion au Palais des Droits de l'Homme de Strasbourg sur l'efficacité du système de la Convention européenne des Droits de l'Homme», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 44, 2000, pgs. 644 y ss.).

Ante la situación que se le venía encima, el *Conseil d'Etat*, en el *asunto Esclatine*, de 29 julio 1998, aprovechó la ocasión para intentar distanciar la institución del Comisario del Gobierno de la referida doctrina del TEDH, sosteniendo al efecto, tras recordar el papel del Comisario del Gobierno en los términos del *asunto Gervaise*, que el mismo «participa en la función de juzgar» y que el ejercicio de tal función no está sometido al principio de contradicción. Y concluyó: «al igual que la nota del ponente o el proyecto de decisión, las conclusiones del Comisario del Gobierno –que pueden por lo demás no ser escritas– no son objeto de una comunicación previa a las partes, que no son invitadas a responderlas».

En la misma línea se pronunciará mediante auto el TJCE, con relación a la institución del Abogado General, en el *asunto Emesa Sugar*, de 4 febrero 2000 (C17/1998)²⁷, en el que desestimó una solicitud destinada a presentar observaciones escritas en contestación a las conclusiones presentadas por el Abogado General.

Frente a la referida doctrina del TEDH traída a colación por la empresa *Emesa Sugar*, particularmente la sentada en el *asunto Vermeulen v. Bélgica*, y tras subrayar «que los Abogados Generales tienen el mismo estatuto que los Jueces, especialmente por lo que se refiere a la inmunidad y a las causas de recusación, lo que les garantiza total imparcialidad y plena independencia» (§11) y que «en el ejercicio de sus funciones no están encargados de la defensa de interés alguno» (§12), el TJCE, sobre la base del Tratado CE, su Estatuto y su Reglamento de Procedimiento, situó las conclusiones de los Abogados Generales «fuera del debate entre las partes» e insistió en su carácter de opinión que emana no tanto de «una autoridad ajena al Tribunal» como de «un miembro de la propia Institución» (§14). Consecuencia de ello, concluiría el TJCE, a las conclusiones del Abogado General, que «participa pública y personalmente en el proceso de elaboración de la decisión del Tribunal de Justicia y, por tanto, en el cumplimiento de la función jurisdiccional encomendada a este Tribunal» (§15), «no parece aplicable» la jurisprudencia del TEDH (§16)²⁸.

Tal manera de concluir («no parece aplicable»), que dejaba claramente entre-

²⁷ Cuya doctrina, que reproduce *in extenso* el TEDH en *Kress* (§54), fue expresamente confirmada por el TJCE apenas una semana después en los *asuntos Deutsche Telekom* (C-50/1996), de nuevo *Deutsche Telekom* (C-234 y 235/1996) y *Deutsche Post* (C-270 y 271/1997), resueltos todos por Sentencias 10 febrero 2000.

²⁸ En este sentido se había pronunciado ya, sin dudas al respecto, el Abogado General JACOBS en un estudio publicado en el libro homenaje al también Abogado General y posteriormente Juez del TJCE Slynn («Advocates General and Judges in the European Court of Justice: Some Personal Reflections», en *Judicial Review in European Union Law. Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*. La Haya-Londres-Boston, edit. Kluwer Law International, 2000, pg. 18). Una posición más trabajada y matizada había sostenido con anterioridad el también Abogado General RUIZ-JARABO, D. junto con LÓPEZ ESCUDERO, M. en el libro homenaje al que fuera igualmente Juez de Luxemburgo, Shockweiler (*L'institution de l'avocat général à la Cour de Justice des Communautés Européennes*, en *Mélanges en hommage à F. Schockweiler*. Baden-Baden, Nomos, 1999, pgs. 542 y ss.).

ver que no las tenía todas consigo²⁹, exigió del TJCE una argumentación complementaria, que será precisamente la que, en principio, permita en el futuro, llegado el caso³⁰, salvar al Abogado General, al igual que al Comisario del Gobierno, de la reprobación por el TEDH –a la luz de *Kress*– en lo concerniente al sometimiento de sus conclusiones al principio de contradicción³¹.

En efecto, tras señalar que, «además», las «exigencias específicas inherentes al procedimiento judicial comunitario, debidas fundamentalmente a su régimen lingüístico», harían tropezar el derecho a contestar las conclusiones del Abogado General con «grandes dificultades» y «alargarían considerablemente la duración del procedimiento» (§17), el TJCE se cuidó de matizar que «ciertamente las obligaciones inherentes a la organización judicial comunitaria no pueden justificar una violación del derecho fundamental a un procedimiento contradictorio» (§18).

Y abiertas así las puertas, en última instancia, al sometimiento de las conclusiones del Abogado General a las exigencias derivadas del principio de contradicción, el TJCE estimó que tales exigencias resultaban respetadas en la medida en que «precisamente en aras de la propia finalidad del procedimiento contradictorio, que consiste en evitar que el Tribunal de Justicia pueda verse influido por alegaciones que las partes no hayan podido discutir, el Tribunal de Justicia puede ordenar de oficio a propuesta del Abogado General, o incluso a instancia de las partes, la reapertura de la fase oral del procedimiento³², si considera que no está suficientemente informado, o que el asunto debe dirimirse basándose en una alegación que no ha sido debatida entre las partes» (§18).

Será esta última argumentación del TJCE, como adelantaba, la que, en prin-

²⁹ Así opina también LAWSON, R. en su comentario a *Emesa Sugar* en la *Common Market Law Review*, núm. 4, 2000, pg. 988.

³⁰ Sobre las posibilidades de control del *modus operandi* de Luxemburgo por Estrasburgo, me remito a mi trabajo «Las cláusulas horizontales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en la obra colectiva *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002.

³¹ Conclusiones que son leídas –como regla general sólo la parte final que recoge la solución propuesta– unas semanas después por el Abogado General presente en la audiencia que entonces corresponda (sólo excepcionalmente su autor procede a su lectura en el curso de la misma audiencia del asunto sobre el que versan), a la que no suelen asistir las partes, provistas de copias –completas– correspondientes (cfr. USHER, J. A.: *European Court Practice*. Londres, edit. Sweet & Maxwell, 1983, pgs. 237-238 y BROWN L. N., JACOBS, F. G. –KENNEDY, T. en la quinta edición–, *The Court of Justice of the European Communities*. Sweet & Maxwell, Londres, 2000, pgs. 282-283; de «simple formalidad» hablan al respecto RUIZ-JARABO, D. y LÓPEZ ESCUDERO, M. en el estudio citado, pg. 535, opinión que no parece compartir el TJCE en los asuntos recién mencionados *Deutsche Telekom* y *Deutsche Post*, en los que enfatizó la garantía que en lo concerniente a la publicidad de las conclusiones suponía la lectura de su dispositivo en audiencia pública –aunque tenga lugar, lo que no deja de ser llamativo, ante una Sala del TJCE distinta de la competente en el asunto).

³² Conforme al art. 61 del Reglamento de Procedimiento.

cipio y en ausencia de un pronunciamiento al respecto del TEDH en *Kress*,³³ permita salvar al Abogado General, llegado el caso, en lo concerniente al sometimiento de sus conclusiones a las exigencias derivadas del principio de contradicción; sometimiento que el TEDH sostuvo en relación con el Comisario de Gobierno a partir de su desmarque respecto de la naturaleza de la institución defendida por el *Conseil d'Etat* (similar, según hemos visto, a la defendida por el TJCE en relación con el Abogado General), explicitado, como veremos, al abordar la cuestión de la participación de aquél en

³³ Y digo «en principio» porque no está del todo claro que la doctrina del TJCE se adecue a la del TEDH. En efecto, no hay que olvidar que este último exige la posibilidad, con carácter general, de contestar las conclusiones del Comisario del Gobierno (que es lo que a sus ojos resulta precisamente esencial para contribuir al respeto del principio de contradicción), a lo que *añade* la obligación de permitir a las partes pronunciarse sobre motivos por ellas no suscitados. El TJCE, en cambio, ha circunscrito tradicionalmente el principio de contradicción a esta última vertiente, interpretado además de manera restrictiva, hasta el punto de que no es infrecuente encontrar afirmaciones, como en el extenso y detallado estudio colectivo (dir. PLENDER, R.) sobre la práctica del TJCE y del TPI (*European Courts: Practice and Precedents*. Londres, edit. Sweet & Maxwell, 1997), sosteniendo, sin más, que las partes no pueden contestar las conclusiones del Abogado General (cfr. el comentario de D'SA, R. y DUFFY, P. en pg. 146). LASOK, por su parte, sostenía en 1994 que «está muy claro» que el TJCE «no ordenará la reapertura del procedimiento oral simplemente para permitir a las partes criticar al Abogado General» (*The European Court of Justice: Practice and Procedure*. Londres-Dublín-Edimburgo, edit. Butterworths, 1994, pg. 89). Cabe esperar, no obstante, una flexibilización de dicha doctrina a la luz de *Kress* (en este sentido se pronuncian, antes de *Kress*, RUIZ-JARABO, D. y LÓPEZ ESCUDERO, M., op. cit., pgs. 548-549; y después de *Kress*, SPIELMANN, D. que propone, no obstante, una modificación del Reglamento de Procedimiento previendo de manera general un derecho de réplica «L'indépendance de l'avocat général à la Cour de Justice des Communautés Européennes face à l'égalité des armes et au principe du contradiction», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 43, 2000, pgs. 610-612). Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que el clima restrictivo que pudiera rodear a las partes a la hora de contestar las conclusiones del Abogado General resulta atemperado, como advierte BENOT-ROHMER, F.: «L'affaire Emesa Sugar: L'institution de l'Avocat Général de la Cour de Justice des Communautés Européennes à l'épreuve de la jurisprudence Vermeulen de la Cour Européenne des Droits de l'Homme», *Cahiers de Droit Européen*, núms. 3-4, 2001, pgs. 420, por el hecho de contar aquéllas antes de la audiencia con el informe para la vista elaborado por el Juez Ponente —que refleja los hechos y alegaciones de las partes— y por la posibilidad de debatir durante la misma —particularmente sobre los aspectos más controvertidos del litigio— con el Abogado General a partir de las preguntas que al respecto pueda éste formular (cfr. VANDERSANDEN, G. y BARAV, A.: *Contentieux Communautaire*. Bruselas, Bruylant, 1977, pgs. 61-62). Al hilo de estas reflexiones, finalmente, puede traerse a colación la decisión del Tribunal Constitucional portugués de 2 mayo 2001 (Proceso núm. 302/2000), en la que consideró que en el marco de un recurso contencioso-administrativo, no era necesario permitir al recurrente pronunciarse sobre el parecer emitido por el Ministerio Público, en la vista final del proceso, en caso de no suscitar dicho parecer ninguna cuestión nueva (en concreto, un nuevo obstáculo para la admisión del recurso); opinión ésta no compartida por el Juez DE SOUSA E BRITO, J., para quien «la limitación de este derecho —a ser oído en derecho— a los casos en que el tribunal entiende que se ha suscitado una cuestión nueva que pueda conducir a la inadmisión del recurso no tiene justificación racional, porque puede haber sido suscitado un argumento nuevo sobre una cuestión anteriormente ya suscitada, susceptible de influir en la decisión en mayor medida que una cuestión nueva, por hipótesis irrelevante».

Ricardo Alonso García

la deliberación, y que, ya adelanto, gira en torno a la no consideración de la función del Comisario del Gobierno (y por ende, del Abogado General) como íntimamente vinculada a la función de juzgar hasta el punto de considerarse como parte de la misma.

* * *

Pero antes de exponer el razonamiento del TEDH en torno a esta última cuestión, volvamos sobre la argumentación que le conducirá, una vez sometidas las conclusiones del Comisario del Gobierno a las exigencias del principio de contradicción, a considerar que dichas exigencias resultaban satisfechas³⁴.

Por un lado, recordemos, el TEDH estimó fundamental que «los abogados que así lo deseen pueden solicitar al Comisario del Gobierno, antes de la audiencia, el sentido general de sus conclusiones»; como también estimó fundamental, por otro lado, que «las partes pueden replicar, a través de una *note en délibéré*, las conclusiones del Comisario del Gobierno, lo que permite, y ello resulta esencial a los ojos de este Tribunal, contribuir al respeto del principio de contradicción».

¿Qué decir al respecto?

Por lo pronto, que el TEDH parece manejar implícitamente y de manera positiva (*i.e.*, para asumir el respeto del principio de contradicción), la teoría de las apariencias, utilizada más adelante, como veremos, en términos negativos (*i.e.*, para negar dicho respeto) al abordar la cuestión de la participación del Comisario del Gobierno en la deliberación.

En efecto, por lo que respecta a la posibilidad de solicitar al Comisario del Gobierno, antes de la audiencia, el sentido general de sus conclusiones, debe resaltarse que, amén de tratarse de una *práctica* no respaldada normativamente³⁵, deja mucho que desear desde la perspectiva de una contradicción *efectiva* si por «sentido general» de las conclusiones ha de entenderse simplemente, como parece, la solución que el Comisario del Gobierno va a proponer en la audiencia. Y es que, como advierten AUTIN y SUDRE, el interés de las partes reside no tanto en conocer de antemano el sentido de la solución preconizada como en sopesar el rigor del razonamiento y el encadenamiento de los motivos que conducen de manera lógica a dicha solución³⁶.

³⁴ Haciendo prueba en este punto, en opinión de PRÉTOR, X. de «cierta mansedumbre» «Le commissaire du gouvernement et le droit au procès: dernier sursis avant exécution?», *Revue du Droit Public*, núm. 4, 2001, pg. 992); de «benevolencia» e «indulgencia» habla BENOIT-ROHMER, F.: «Le commissaire du gouvernement apures du Conseil d'Etat, l'avocat general apures de la Cour de Justice des Communautés Européennes et le droit à un procès équitable», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 4, 2001, pg. 735.

³⁵ Estaríamos, según ROLIN, ante «una simple cortesía» (op. cit., pg. 681).

³⁶ *Le commissaire du gouvernement et les exigences du procès équitable (l'arrêt Kress)*. *Juridiquement fragile, stratégiquement correct*, cit., pg. 1004. RAINAUD, N., sobre la base una encuesta formulada entre los Comisarios del Gobierno, llega por su parte a la conclusión de que «la relación establecida o aceptada entre el abogado y el Comisario del Gobierno, bien

Otro tanto cabe decir en relación con la posibilidad de réplica a través de las *notes en délibéré*³⁷; también en este caso estamos ante una *práctica* carente de respaldo normativo (y jurisprudencial)³⁸, de eficacia, según los autores recién mencionados, «extremadamente débil», habida cuenta que, según nos informan, «el Consejo de Estado puede perfectamente no tenerlas en cuenta³⁹ y que jamás, parece⁴⁰, las ha contemplado en sus decisiones»⁴¹, pudiendo traerse a este respecto a colación la opinión concurrente en *Kress* de los Jueces ROZAKIS, TULKENS y CASADEVALI., según la cual la *note en délibéré* podría «contribuir» más aún a garantizar el principio de contradicción «si, sin alterar el equilibrio fundamental del proceso ante el Consejo de Estado, sus modalidades de ejercicio fueran mejoradas y el juez administrativo estuviera obligado a considerarlas»⁴².

Queda en pie, por lo demás, una cuestión no abordada en *Kress* que puede

que muy útil, no se extiende jamás hasta el punto de que el Comisario del Gobierno deba entablar una discusión sobre el fondo mismo de sus conclusiones» (*Le Commissaire du Gouvernement près le Conseil d'Etat*. París, edit. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1996, pgs. 42-43).

³⁷ Leídas en las deliberaciones por el Juez Ponente antes de presentar el proyecto de decisión y comenzar el debate.

³⁸ Un «fantasma jurídico», según la califica ROLIN, op. cit., pg. 682; de «tolerancia» habla, por su parte, CHAPUS, op. cit., pg. 771.

³⁹ En la misma línea, MAUBERNARD, C.: «L'arrêt Kress c. France de la Cour européenne des droits de l'homme: le rôle du commissaire du gouvernement près du Conseil d'Etat à la lumière de la théorie des "apparences"», *Revue du Droit Public*, núm. 3, 2001, pg. 905.

⁴⁰ Cfr. no obstante GENEVOIS, B.: «Le commissaire du gouvernement et les exigences du procès équitable (l'arrêt Kress). Réconfortant et déconcertant», *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 5, 2001, pg. 995.

⁴¹ Idem, pg. 1004. De hecho, según opinión de CHAPUS, su interés parece haber decrecido tras la entrada en vigor del Decreto 22 enero 1992, que introdujo la obligación (hoy plasmada en el art. R 611.7 del Código de Justicia Administrativa de 4 mayo 2000 y jurisprudencialmente interpretada de manera extensiva) de informar a las partes y de permitir la presentación de observaciones en caso de que la decisión pueda fundamentarse en motivos de orden público apreciables de oficio (cit., 771; en la misma línea, cfr. PACTEAU, B.: *Contentieux administratif*. París, edit. Presses Universitaires de France, 1997, pg. 267).

⁴² Cfr. en el ámbito de la jurisdicción civil el art. 445 del Nuevo Código de Procedimiento Civil, comentado por CADIEF, L.: *Code de Procédure Civile*. París, edit. Litec, 2001, pgs. 230-232. Partidario de dotar de un verdadero estatuto jurídico a las posibilidades de las partes de debatir las conclusiones, se muestra, por ejemplo, ROLIN, op. cit., pg. 682.; defensor, por el contrario, de mantenerse en el terreno de las «buenas maneras», se manifiesta CHABANOL, D.: «Le contradictoire et le commissaire du gouvernement», *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 2, 2001, pg. 330. No faltan, por otro lado, quienes como GOHIN, O., han llegado a considerar que la *note en délibéré* sería ella misma contraria al principio de contradicción, al no tener que ser comunicada a la otra parte, proponiendo al respecto su supresión y, en contrapartida, la inversión del orden de la palabra en el curso de la audiencia, que cerrarían las partes tras haber oído al Comisario del Gobierno (cfr. *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*. París, edit. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988, pgs. 338-339, y *Contentieux Administratif*. París, edit. Litec, 1996, pg. 254).

Ricardo Alonso García

suscitar problemas de compatibilidad con el CEDH en el futuro, concerniente al papel del Comisario del Gobierno en la fase de instrucción⁴³.

En efecto, en el ya citado *asunto Reinhardt y Slimane Kaïd v. Francia*, el TEDH consideró que la comunicación del informe del Juez ponente –especialmente en lo referente al análisis jurídico del asunto y a la opinión sobre los méritos del recurso– al Abogado General ante la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación francés y no a los abogados de las partes litigantes, creaba «un desequilibrio» incompatible con las exigencias del proceso equitativo⁴⁴.

No se pronunció el TEDH en *Kress*, por el contrario, acerca de la compatibilidad con dichas exigencias de la participación del Comisario del Gobierno en la instrucción del proceso y el correspondiente acceso al debate y aprobación del proyecto de resolución, lo que ha sido interpretado de distinta manera por la doctrina francesa.

Así, para el Consejero de Estado GENEVOIS, el silencio del TEDH al respecto implicaría que la transposición de la doctrina *Reinhardt y Slimane Kaïd* a la institución del Comisario del Gobierno resulta «implícitamente descartada o cuanto menos reservada», al tiempo que, por su parte, se manifiesta abiertamente contrario a la posibilidad de tal transposición⁴⁵.

Más dudas le suscita la cuestión, en cambio, al Profesor ROLIN, para quien resulta difícil deducir del silencio del TEDH «una suerte de cheque en blanco», augurando que «es probable» que la cuestión permanezca como «un delicado obstáculo a flanquear»⁴⁶.

* * *

Salvado en los términos expuestos el respeto del principio de contradicción en cuanto a la no comunicación previa de las conclusiones y la imposibilidad de responderlas en la audiencia, el TEDH pasa a enjuiciar la cuestión

⁴³ Cfr. al respecto GENEVOIS, B.: «Le commissaire du gouvernement devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux ou la stratégie de la persuasion», *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 6, 2000, pgs. 1209 y ss., y BONICHOT, J. C. y ABRAHAM, R.: *Le commissaire du gouvernement dans la juridiction administrative et la Convention EDH*, cit., pgs. 1947 y ss.

⁴⁴ Problema éste que no se plantea en el TJCE, al no conocer el Abogado General cuando elabora sus conclusiones la opinión del Juez Ponente, sino tan sólo, al igual que las partes, su informe presentado con ocasión de la audiencia (disponible como regla general por escrito unos días antes de la misma), el cual «es un documento neutro destinado a reflejar fielmente los hechos y el procedimiento, esencialmente las peticiones y alegaciones de las partes», que «no traduce en modo alguno la posición personal del juez, que permanece cubierta por el secreto de las deliberaciones» (DARMON, M.: «La fonction d'Avocat Général à la Cour de Justice des Communautés Européennes», en *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs? Mélanges en l'honneur de R. Perrot*. París, edit. Dalloz, 1996, pgs. 76 y 79).

⁴⁵ *Le commissaire du gouvernement et les exigences du procès équitable (l'arrêt Kress)*. Réconfortant et déconcertant, cit., pg. 995.

⁴⁶ Op. cit., pg. 682, en la misma línea que ya había apuntado en su comentario al *arrêt Esclatine* en *Actualité Juridique Droit Administratif*, núm. 1, 1999, pg. 74.

de la participación del Comisario del Gobierno en la deliberación desde la perspectiva no sólo del principio de contradicción, sino también del de igualdad de armas.

Y lo hace no sin desmarcarse previamente, como adelanté, de la visión del Comisario del Gobierno sostenida por el propio *Conseil d'Etat* y defendida en sus alegaciones por el Gobierno francés.

En efecto, no convencieron al TEDH los esfuerzos del Gobierno francés por conceptuar el Comisario del Gobierno como «pleno miembro del tribunal» (§77). Al contrario, el TEDH estimó que «al prohibirle –al Comisario del Gobierno– votar, en virtud del secreto de las deliberaciones, el Derecho interno debilita sensiblemente la tesis del Gobierno, según la cual el Comisario del Gobierno es un verdadero Juez, porque un Juez no podría, salvo inhibición, abstenerse de votar». «Es más», añadió, «resulta difícil aceptar que una parte de los Jueces pueda expresar su opinión públicamente mientras que otros sólo pueden hacerlo en las deliberaciones secretas» (§79).

Descartada así su condición de Juez, el TEDH entra en el terreno movedizo de las apariencias que le va a conducir, sin pronunciarse en rigor sobre el estatuto del Comisario del Gobierno, a considerar su participación en las deliberaciones como una violación del principio de igualdad de armas y, por tanto, del derecho a un proceso equitativo consagrado por el artículo 6.1 CEDH.

«Por otro lado», sostuvo, «el Tribunal ha aceptado que el papel jugado por el Comisario durante el proceso administrativo requiere la aplicación de garantías procedimentales con vistas a asegurar el respeto del principio de contradicción. La razón que ha llevado al Tribunal a concluir que no existía violación del artículo 6.1 al respecto no fue la neutralidad del Comisario del Gobierno frente a las partes sino el hecho de que la recurrente gozaba de garantías procedimentales suficientes para contrabalancear su poder. El Tribunal estima que esta constatación también vale en lo concerniente a la alegación relativa a la participación del Comisario del Gobierno en la deliberación» (§80).

Así pues, y por de pronto, queda salvado el respeto del principio de contradicción, lo que parecería conducir a la no violación del artículo 6.1 si no fuera porque vuelve a aflorar la incertidumbre en cuanto a la naturaleza del Comisario del Gobierno definida en términos positivos: se ha dejado claro *lo que no es* (un Juez)⁴⁷, pero no *lo que es*.

Y tal definición va a ser la que precisamente aborde a continuación el TEDH sobre la base de las apariencias (§81): «En fin», razona el TEDH, «la teoría de las apariencias debe también entrar en juego: expresándose públicamente sobre el rechazo o la aceptación de las alegaciones presentadas por

⁴⁷ Ni siquiera en la versión de «juez que simplemente habla» (y por tanto no vota) propuesta por BONICHOT, J. C. y ABRAHAM, R.: *Le commissaire du gouvernement dans la juridiction administrative et la Convention EDH*, cit., pg. 1949.

una de las partes, el Comisario del Gobierno podría ser legítimamente considerado por las partes como partidario de una u otra. Para el Tribunal, un justiciable no familiarizado con los misterios de la justicia administrativa puede con toda naturalidad verse inclinado a considerar como un adversario al Comisario del Gobierno que se pronuncia contra su recurso. A la inversa, un litigante cuya tesis es respaldada por el Comisario percibiría a éste como un aliado. El Tribunal también puede imaginar que una parte pueda tener un sentimiento de desigualdad si, después de haber escuchado al Comisario sostener consideraciones en sentido desfavorable para sus tesis, le ve retirarse a juicio con los miembros del tribunal con el fin de asistir a la deliberación desarrollada en secreto».

Consecuencia de ello, tras unas breves reflexiones confirmatorias de su doctrina en la dirección recién expuesta y no sin antes recordar «que la presencia del Comisario del Gobierno se justifica por el hecho de que, habiendo sido el último en estudiar el expediente, estaría en situación de responder durante las deliberaciones a cualquier cuestión que pudiera serle planteada sobre el caso», el TEDH concluyó (§85) considerando que «la ventaja para el tribunal de tal asistencia puramente técnica debe sopesarse con el interés superior del justiciable, que debe tener la garantía de que el Comisario del Gobierno no pueda, con su presencia, ejercer influencia en el resultado de las deliberaciones», garantía ésta que, a diferencia del sistema jurisdiccional comunitario (en el que el Abogado General no asiste a las deliberaciones⁴⁸), no ofrecería el sistema francés⁴⁹.

⁴⁸ Sin que hayan faltado, por cierto, propuestas de miembros del propio TJCE en el sentido de admitir tal asistencia: cfr. SLYNN, G.: «The European Court of Justice of the European Communities», *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 3, 1984, pgs. 410-411.

⁴⁹ Lo que parecería exigir del sistema francés una aproximación a la cuestión en términos de exclusión del Comisario del Gobierno, sin más, de las deliberaciones. Sucede, no obstante, que en el Consejo de Estado existen dos formas de asistir a las deliberaciones: la del Comisario del Gobierno, al que los jueces plantean, en su caso, cuestiones muy precisas, y la de otra categoría de personas (miembros del centro de documentación, magistrados extranjeros o nacionales en prácticas, y miembros del propio Consejo) que permanecen en estricto silencio, lo que conduce a ROLIN a sostener que «es probable que el Comisario del Gobierno pase a formar parte en adelante de esta segunda categoría y continúe así retirándose a juicio con los miembros del Consejo, aunque respetando la jurisprudencia del TEDH...» (*Note Cour Européenne des Droits de l'Homme, 7 juin 2001, Aff. Kress c. France*, cit., pg. 681). En la misma línea se pronuncia GENEVOIS, destacando que la presencia del Comisario del Gobierno en las deliberaciones tiene otras virtudes más allá de la aportación «a sus colegas» de precisiones acerca del expediente: «Le es posible conocer mejor las razones por las cuales los jueces siguen su punto de vista o por el contrario se apartan del mismo. El conocimiento que adquiere a través de las motivaciones del juez le permitirá dar fielmente cuenta en conclusiones ulteriores de la jurisprudencia o, si no ha resultado convencido, proponer su cambio en el futuro. Se asegura así una mejor comprensión de cara al exterior del edificio jurisprudencial, lo que es propio de la misión del Comisario» *Le commissaire du gouvernement et les exigences du procès équitable (l'arrêt Kress). Réconfortant et déconcertant*, cit., pgs. 998-999. Por mi parte, y sin discutir las bondades de tal presencia incluso «muda» del Comisario del Gobierno en la deliberación,

Así pues, el Comisario del Gobierno es para el TEDH adversario aparente de la parte cuyas tesis son por él rechazadas, y, por tanto, parte aparente en el proceso mismo, que exige el respeto del principio de igualdad de armas; principio que resulta vulnerado por la sola presencia del Comisario del Gobierno, a diferencia de las partes «stricto sensu», en la deliberación del tribunal, dado que potencialmente puede influir en su resultado.

Tal manera de razonar adolece en primer lugar, creo, de incongruencia con relación a la argumentación seguida por el TEDH al abordar la alegada vulneración del derecho a un proceso equitativo en conexión con las conclusiones del Comisario del Gobierno: o se asume que éste es un adversario objetivo de las partes en el proceso, en cuyo caso resultará plenamente aplicable la igualdad de armas (independientemente de lo acertado o no de tal asunción), o se niega tal caracterización, lo que excluye la igualdad de armas, no así el principio de contradicción. No parece, en cambio, congruente, situar de arranque al Comisario del Gobierno al margen de las partes en el proceso, descartando por ello la entrada en juego de la igualdad de armas, y ubicarle después como parte en el proceso, todo lo aparente que se quiera, sometiéndole en consecuencia a las exigencias derivadas de dicha igualdad de armas.

En segundo lugar, también creo que adolece de incongruencia, *per se*, la argumentación en torno al alcance de la participación del Comisario del Gobierno en la deliberación: si se asume que a través suya puede el Comisario del Gobierno ejercer una influencia decisiva en el resultado, ello casa mal, parece, con una simultánea consideración de tal participación en términos de «pura asistencia técnica»⁵⁰.

Finalmente, y sin entrar en consideraciones sobre la pertinencia o no del celo en la vigilancia de las apariencias abstracción hecha de las realidades⁵¹, o de la tendencia de la referida doctrina de Estrasburgo hacia la homologación o armonización de los sistemas judiciales nacionales sobre la base de

opino que la misma resulta difícilmente compatible con la teoría de las apariencias sobre la que, en fin de cuentas, se asienta la doctrina *Kress*.

⁵⁰ Participación que, hecha realidad con «gran moderación» (según expresión del que fuera Presidente del *Conseil d'Etat*, Raymond Odont), suele limitarse a cuestiones muy puntuales del expediente, aprovechando los jueces el hecho, como advierte el TEDH (§50), de que «es el miembro de la jurisdicción que ha visto el expediente en último lugar y se considera, en consecuencia, que conoce con más exactitud el mismo». Así las cosas, opinan BONICHOT y ABRAHAM que «para un Comisario del Gobierno, la deliberación ideal es aquella en el curso de la cual no dice nada» (*Le commissaire du gouvernement dans la juridiction administrative et la Convention EDH*, cit., p. 1948).

⁵¹ Cfr. MARTENS, P.: «La tyrannie de l'apparence», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 28, 1996, pgs. 640 y ss.; también su opinión disidente a la que ya he aludido en el asunto *Borgers*, con eco en las Conclusiones del Abogado General del TJCE RUIZ-JARABO en el asunto *Cerry Plant e.a. v. Comisión*, 10 enero 2002 (C-480/1999 P), así como las reflexiones igualmente críticas del Consejero de Estado CHABANOËL, D.: «Théorie de l'apparence ou apparence de théorie?», *Actualité Juridique Droit Administratif*, núm. 1, pgs. 9 y ss.

la tutela judicial efectiva⁵², lo cierto es que cuesta entender qué necesidad tenía el TEDH de fundamentar su decisión, como hizo, en inseguros términos, por cuanto híbrida y camaleónica⁵³ es su visión de la institución del Comisario del Gobierno, cuando una aproximación a la cuestión no desde la perspectiva de la igualdad de armas sino del principio de contradicción le habría permitido llegar a una misma solución conceptualmente menos discutible.

Quizás la respuesta se encuentre en la, en mi opinión, tercera incongruencia que puede advertirse en su análisis de la participación del Comisario del Gobierno en la deliberación, en el que no se logra entender sobre la base de qué argumentos estima el TEDH que el principio de contradicción no resulta vulnerado, en última instancia siquiera en apariencia, como consecuencia de dicha participación.

En efecto, recordemos que el TEDH aceptó «que el papel jugado por el Comisario durante el proceso administrativo requiere la aplicación de garantías procedimentales con vistas a asegurar el respeto del principio de contradicción», y que la razón que le llevó a concluir que no existía violación del artículo 6.1 al respecto «no fue la neutralidad del Comisario del Gobierno frente a las partes sino el hecho de que la recurrente gozaba de garantías procedimentales suficientes para contrabalancear su poder», constatación ésta que, estimó, «también vale en lo concerniente a la alegación relativa a la participación del Comisario del Gobierno en la deliberación» (§80). Ahora bien, ¿cuáles son esas garantías de las que, según el TEDH, gozan las partes para oír y en su caso replicar las intervenciones del Comisario del Gobierno durante la deliberación?

De hecho, recordemos también que en los *asuntos Lobo Machado y Vermeulen* (1996) el TEDH abordó desde la exclusiva perspectiva del principio de contradicción la participación en la deliberación, respectivamente⁵⁴, del Procurador General adjunto ante el Tribunal Supremo portugués y del Abogado General ante Tribunal de Casación belga, abandonando así la perspectiva del principio de igualdad de armas que había seguido en el *asunto Borgers* (1991)⁵⁵ y que vuelve ahora a retomar, incongruentemente según acabamos de ver, en *Kress*.

Por lo demás, y a modo de reflexión final, cabría preguntarse si la decisión comentada supone un avance de la tutela judicial del justiciable ante el

⁵² Cfr. SANTAMARÍA DACAL, A. I.: «Defensa e ilustración de una Administración que se juzga a sí misma», *Revista de Administración Pública*, núm. 154, 2001, pgs. 564-565.

⁵³ En el sentido, como advierten AUTIN y SUDRE, de que cambiaría de apariencia –aliado o adversario– en función del sentido de sus conclusiones *Le commissaire du gouvernement et les exigences du procès équitable (l'arrêt Kress)*. *Juridiquement fragile, stratégiquement correct*, cit., pg. 1008.

⁵⁴ §32 y §34.

⁵⁵ Implícitamente presente en su alusión a la intensificación del «desequilibrio» que suponía, precisamente, la participación del Abogado General en la deliberación del Tribunal de Casación belga (§28).

Conseil d'Etat o si el tal avance no ya no es efectivo sino que, al contrario, puede conducir a su debilitamiento a través del cuestionamiento de las bondades de una institución como la del Comisario del Gobierno que, si nos atenemos a las sutiles observaciones de un consumado conocedor de la misma como BRUNO GENEVOIS, contribuye en última instancia al debate en el seno del propio tribunal, reforzando así internamente el principio de contradicción⁵⁶. Y es que, con palabras de Jean-Claude BONICHOT y Ronny ABRAHAM, no menos ilustres conocedores de la institución, «lo que ofrece garantías a los justiciables no es llegar –el juez– al día del juicio virgen de toda convicción, sino, por el contrario, acometer varias veces y en diferentes condiciones el asunto», de manera que «en el Consejo de Estado francés, el rigor en el examen del expediente es consecuencia de haber sido continuamente visto y trabajado por personas diferentes, en configuraciones diferentes, antes de sufrir la criba de una última discusión planteada por las conclusiones del Comisario del Gobierno»⁵⁷.

⁵⁶ *Le commissaire du gouvernement et les exigences du procès équitable (l'arrêt Kress). Réconfortant et déconcertant*, cit., pg. 999. Las ventajas que derivan de la intervención del Comisario del Gobierno desde la doble perspectiva de la protección de los derechos de los justiciables y de la eficacia en el funcionamiento de la justicia administrativa (incluida la de servir de «vacuna contra la *jurisdicción unipersonal encubierta* a que a veces lleva en la práctica la excesiva carga de trabajo de los jueces y tribunales») han sido destacadas entre nosotros por SANTAMARÍA DACAL, A. I., op. cit., pgs. 561 y ss.

⁵⁷ *Le commissaire du gouvernement dans la juridiction administrative et la Convention EDH*, cit., pg. 1951; por cierto, fue el propio ABRAHAM, ex Comisario del Gobierno, quien representó al Gobierno francés en *Kress*.