

Un «golpe de autoridad»: la  
ratificación por el Tribunal  
Europeo de Derechos Humanos  
de su jurisprudencia sobre los  
ministerios públicos  
(TEDH, asunto *Martinie v. Francia*,  
12 de abril de 2006)

*José Amérigo Alonso*

Letrado del Consejo de Estado

El *asunto Martinie v. Francia*<sup>1</sup> fue resuelto por Sentencia dictada el 12 de abril de 2006 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el TEDH o el Tribunal). En esta resolución judicial se declara la vulneración del 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 (en adelante, el Convenio), como consecuencia de la imposibilidad del demandante de solicitar la celebración de una audiencia pública ante el Tribunal de Cuentas francés, así como del papel del Procurador General en el procedimiento ante este órgano (en el primer caso, por unanimidad; en el segundo, por catorce votos contra tres). Asimismo, por esta mayoría, se estima la violación del precepto citado dada la presencia del Comisario del Gobierno en la deliberación del Consejo de Estado<sup>2</sup>.

El *asunto Martinie* se encuadra dentro de la jurisprudencia del TEDH sobre los ministerios públicos, entendidos éstos en un sentido amplio<sup>3</sup>. En primer

<sup>1</sup> La versión de la sentencia con la que he trabajado es la que es posible encontrar en la página web del Tribunal (<http://www.echr.coe.int/echr>), versión en la que se especifica que el pronunciamiento es definitivo, pero que puede sufrir retoques de forma.

<sup>2</sup> Acompañan a esta sentencia la opinión concordante común de los Jueces Tulkens, Maruste y Fura-Sandström, referida únicamente a la cuestión de la aplicabilidad del artículo 6-1 del Convenio al caso, la opinión disidente de los Jueces Costa, Caffisch y Jungwiert, que concierne a las dos decisiones adoptadas por mayoría, y la declaración del Juez Wildhaber, quien manifiesta compartir el parecer disidente, aun cuando votó con la mayoría por creerlo exigido por su condición de Presidente del Tribunal.

<sup>3</sup> Tan amplio que permita englobar, junto con los Abogados y Procuradores Generales que actúan ante los tribunales europeos, al Comisario del Gobierno –figura característica de la jurisdicción administrativa francesa–, a pesar de sus especificidades orgánicas y fun-

lugar, el Tribunal examina una figura cuya actuación no había sido enjuiciada todavía a la luz del derecho a un proceso equitativo (el Procurador General ante el Tribunal de Cuentas), dirimiendo la aplicabilidad del artículo 6-1 del Convenio a un procedimiento caracterizado por su tecnicidad y, afirmada ésta, la compatibilidad del precepto con determinados elementos propios de la labor de dicha figura. En segundo lugar, aborda desde la perspectiva del mismo derecho la institución del Comisario del Gobierno con el fin de dilucidar si los cambios introducidos en su actuación a raíz de la jurisprudencia europea consiguieron su adecuación a ella.

Por este motivo, el examen del *asunto Martinie* requiere el estudio previo de la jurisprudencia del Tribunal acerca de los ministerios públicos, incluido el pronunciamiento que se refirió por primera vez al Comisario del Gobierno ante el Consejo de Estado francés. También exige conocer qué repercusión tuvo dicho pronunciamiento en la institución, esto es, qué esfuerzos se realizaron para adaptarla a la jurisprudencia del TEDH. El análisis somero de estos antecedentes, además de facilitar la comprensión del *asunto Martinie* proporciona una información valiosa para evaluar la trascendencia del mismo.

\* \* \*

Solamente partiendo de la jurisprudencia del TEDH relativa a la actuación de los ministerios públicos ante los tribunales europeos, es posible calibrar el alcance de la sentencia objeto de este trabajo. Por esta razón, creo conveniente iniciar el presente estudio mediante la exposición diacrónica de las principales resoluciones que sentaron dicha jurisprudencia:

1) El *asunto Borgers v. Bélgica*, de 30 de octubre de 1991. La importancia de esta sentencia radica en su carácter originario de la doctrina jurisprudencial que se estudia. Por primera vez e invirtiendo la tesis sostenida en el asunto *Delcourt v. Bélgica*, de 17 de enero de 1970<sup>4</sup>, el TEDH apreció la

cionales, las cuales han sido estudiadas por A. I. SANTAMARÍA DACAL: «Defensa e ilustración de una Administración que se juzga a sí misma», *Revista de Administración Pública* núm. 154, 2001, pgs. 555-564.

<sup>4</sup> En el asunto *Delcourt* el TEDH señaló que, sobre la base de la teoría de las apariencias, condensada en la máxima anglosajona que cita «justice must not only be done; it must also seem to be done», podía dudarse del acierto del sistema litigioso, pero añadió que éste se adecuaba al derecho a un proceso equitativo cuando era examinado «más allá de las apariencias». Así, el TEDH sostuvo que un ministerio público al que no le correspondía la persecución de los delitos para proteger la seguridad pública —mediante la constatación de la culpabilidad o inocencia de los acusados—, sino la defensa de un interés diferente constituido por el respeto de la legalidad, ejercía una función «parajudicial», al auxiliar y aconsejar al órgano sentenciador y contribuir a la unidad de la jurisprudencia. Tal ministerio, dadas su independencia e imparcialidad, no podía ser considerado como una parte en el proceso sujeta a las exigencias del principio de igualdad de armas, ni devenía un adversario efectivo del recurrente por el hecho de haber propuesto el rechazo del recurso en sus conclusiones ante el Tribunal de Casación. Finalmente, el TEDH terminó su defensa del sistema litigioso invocando su antigüedad (de más de siglo y medio) así como el amplio consenso que generaba, pues no había sido discutido por la abogacía y la opinión pública belgas.

vulneración del derecho a un proceso equitativo del artículo 6-1 del Convenio a la vista del papel desempeñado por un ministerio público, en concreto, el Abogado General ante el Tribunal de Casación belga en un procedimiento penal.

Paradójicamente, el punto de partida de la argumentación que condujo al TEDH a dicha conclusión lo constituía el reconocimiento del carácter independiente e imparcial de institución mencionada. Ahora bien, esta constatación no permitía, por sí sola, negar la violación del principio de igualdad de armas, comprendido en el derecho a un proceso equitativo, vista la evolución de este derecho en la jurisprudencia del propio Tribunal, marcada «por la importancia atribuida a las apariencias y a la sensibilidad adquirida por el público respecto a las garantías de una buena justicia». Acudiendo a la teoría de las apariencias y a pesar de insistir en la objetividad del Abogado General en el ejercicio de sus funciones, el TEDH mantuvo que, al recomendar la admisión o el rechazo del recurso de un acusado, el ministerio público se convertía en un aliado o adversario objetivo. En consecuencia, se producía la quiebra del principio mencionado, teniendo en cuenta, por una parte, que el recurrente no había recibido ni había tenido la oportunidad de discutir –antes de la terminación del debate– las conclusiones del Abogado General, y por otra, que éste participó, con voz consultiva, en la deliberación del Tribunal de Casación.

Con respecto al *asunto Delcourt*, se advierte en el *asunto Borgers* la inversión, no sólo de la conclusión, sino también del orden de las ideas que componen el razonamiento del Tribunal. Así, en el primer caso el TEDH se permitía cuestionar el sistema litigioso belga a la luz de las apariencias, pero admitía a continuación que, analizado más allá de las mismas, tal sistema no resultaba problemático desde la perspectiva del derecho a un proceso equitativo, puesto que la actuación del ministerio público se caracterizaba por su independencia e imparcialidad; en cambio, en el segundo caso el TEDH aceptaba, como primera medida, la concurrencia de estas dos notas en la figura del Abogado General, si bien ello no le impedía continuar el análisis de la intervención de dicha figura en el procedimiento penal atendiendo a las apariencias.

2) Los *asuntos Vermeulen v. Bélgica* y *Lobo Machado v. Portugal*, de 20 de febrero de 1996. Sentada en un procedimiento penal, la doctrina jurisprudencial sostenida en el *asunto Borgers* pudo parecer circunscrita a este ámbito hasta que en las dos sentencias de referencia se extendió a otros órdenes jurisdiccionales<sup>5</sup>. En los *asuntos Vermeulen* y *Lobo Machado*, referidos respectivamente al Abogado General ante el Tribunal de Casación belga en un procedimiento civil y al Procurador General adjunto ante el Tribunal Supremo portugués en un procedimiento laboral, el TEDH apreció de nuevo la violación del derecho a un proceso equitativo.

<sup>5</sup> Cfr. B. GENEVOIS: «Le commissaire du gouvernement et les exigences du procès équitable (l'arrêt Kress). Réconfortant et déconcertant», *Revue Française de Droit Administratif* núm. 5, 2001, pgs. 992.

Al igual que en el *asunto Borgers*, el Tribunal comenzó su análisis acerca de la vulneración del artículo 6-1 del Convenio en el *asunto Vermeulen* reiterando la independencia e imparcialidad del ministerio público así como la estricta objetividad que caracterizaba el ejercicio de sus tareas. Aunque semejante afirmación no se contenía en el *asunto Lobo Machado*, el TEDH sí examinó las funciones ejercidas por el Procurador General en el proceso enjuiciado para llegar a la conclusión de que su labor consistía principalmente en ayudar al Tribunal Supremo y velar por el mantenimiento de la unidad de la jurisprudencia<sup>6</sup>.

Dicho lo anterior, el Tribunal trajo a colación en ambas sentencias el principio de contradicción, comprendido –al igual que el de igualdad de armas– en el derecho a un proceso equitativo; este principio de contradicción implicaba el derecho de las partes 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». Puesto que ni en el *asunto Vermeulen* ni en el *Lobo Machado* fue posible responder a las conclusiones del ministerio público, las cuales estaban destinadas a aconsejar y, por lo tanto, a influenciar al órgano sentenciador, debía entenderse vulnerado el mencionado principio. Además, el quebranto del mismo se acentuaba por la participación del ministerio público en la deliberación del órgano sentenciador, ya que aquél disponía, aun cuando sólo fuera en apariencia, de una «ocasión suplementaria» para sostener sus conclusiones<sup>7</sup>.

3) El *asunto Reinhardt y Slimane-Kaïd v. Francia*, de 31 de marzo de 1998. La relevancia de esta resolución judicial deriva de la circunstancia de que introdujo un nuevo elemento de examen que no había sido aludido con anterioridad para enjuiciar la actuación de un ministerio público –en este caso, el Abogado General ante la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación francés– y para concluir que tal actuación no se ajustaba al artículo 6-1 del Convenio.

Dicho elemento fue la falta de comunicación al demandante o a su abogado, antes de la audiencia, del informe del Juez ponente y del proyecto de sentencia, cuando estos documentos sí habían sido proporcionados al Abogado General.

Como se ponía de relieve en esta sentencia, remitido el recurso al Tribunal

<sup>6</sup> Conviene recordar que en el *asunto Delcourt* la comprobación de que el ministerio público ejercía unas funciones similares bastó al TEDH para mantener que se beneficiaba de las garantías de independencia e imparcialidad.

<sup>7</sup> La invocación de la ruptura del principio contradictorio para condenar la imposibilidad de contradecir la opinión expresada por un ministerio público se repitió después de las sentencias de 20 de febrero de 1996 en varias ocasiones: los *asuntos Van Orshoven v. Bélgica*, de 25 de junio de 1997, y *K. D. B. v. Holanda*, de 27 de marzo de 1998. Incluso, el Tribunal estimó vulnerado dicho principio en el *asunto Nideröst-Huber v. Suiza*, de 18 de febrero de 1997, como consecuencia de la falta de comunicación previa de las observaciones emitidas, no por un ministerio público, sino por el propio órgano judicial cuya decisión había sido recurrida.

de Casación, se designaba a un Juez ponente, quien, a la vista del expediente, preparaba un informe compuesto de dos partes (la primera con una exposición de los hechos, el procedimiento y los motivos de casación, y la segunda con un análisis jurídico del asunto y un dictamen sobre el valor del recurso) y un proyecto de sentencia. Con respecto a estos documentos, el recurrente podía intervenir en la audiencia tras el Juez ponente, lo que le permitía escuchar la primera parte del informe y comentarlo, pero «la segunda parte de éste y el proyecto de sentencia –legítimamente ocultos por el secreto de las deliberaciones– permanecían en todo caso confidenciales» para él, en tanto que eran comunicados al Abogado General. En definitiva, el TEDH consideró que «el desequilibrio así creado» no era conforme a las exigencias de un proceso equitativo<sup>8</sup>.

Resulta oportuno poner de manifiesto que en el *asunto Reinhardt y Slimane-Kaïd* el Tribunal declaró genéricamente la violación del derecho a un proceso equitativo sin especificar si el principio que entendía transgredido era el de igualdad de armas o el de contradicción, en relación con los cuales se había centrado en las anteriores resoluciones judiciales el análisis de la actuación de los ministerios públicos. Aun así, la referencia al desequilibrio generado por la comunicación de determinados documentos al Abogado General y la falta de idéntica comunicación al demandante sitúa la cuestión, a mi entender, en el ámbito del principio de igualdad de armas. Únicamente si se presupone que el ministerio público y el demandante deben estar dotados de los mismos medios para defender su respectivas posturas (las cuales, ha de hacerse notar, no tienen por qué ser contrapuestas), la disposición por parte de uno u otro de mayor información puede ser desequilibrante. En cualquier caso, volveré sobre este problema más adelante.

4) El *asunto Kress v. Francia*, de 7 de junio de 2001. Esta sentencia, que dio lugar a un aluvión de comentarios doctrinales, mereció gran atención, no sólo porque realizaba una síntesis de la jurisprudencia en esta materia del TEDH, sino sobre todo porque estaba referida a una de las más tradicionales figuras de la jurisdicción contencioso-administrativa francesa, el Comisario del Gobierno<sup>9</sup>.

Los problemas suscitados en esta resolución, al igual que en los *asuntos Borgers, Vermeulen y Lobo Machado*, fueron dos: la falta de comunicación previa

<sup>8</sup> Esta misma posición ha sido mantenida por el TEDH en el *asunto Slimane-Kaïd v. Francia*, de 27 de noviembre de 2003.

<sup>9</sup> La atención dedicada por la doctrina a esta sentencia se debió, además, a su posible incidencia en la institución del Abogado General comunitario, cuyas similitudes y diferencias con el Comisario francés han sido analizadas por R. ALONSO GARCÍA: *Derecho comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pgs. 159-160. A este respecto, presentan gran interés las conclusiones presentadas el 11 de julio de 2002 ante el Tribunal de Justicia en el *asunto Kaba* por el Abogado General Ruíz-Jarabo Colomer, quien recordaba el criterio sentado por dicho Tribunal en el *asunto Emesa Sugar*, de 4 de febrero de 2000, y se hacía eco de las opiniones vertidas sobre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en este ámbito.

de las conclusiones del Comisario del Gobierno y la imposibilidad de responder a ellas en la audiencia; y la presencia de esta figura en la deliberación del órgano resolutorio, en este caso, el Consejo de Estado. Indicaba el Tribunal que ni las especificidades de los tribunales administrativos franceses ni la antigüedad de la institución estudiada, cuya independencia e imparcialidad no se ponían en duda, eran suficientes para impedir que se abordasen los problemas mencionados.

En lo referente al primero de tales problemas, el TEDH descartó que se hubiese producido una vulneración del artículo 6-1 del Convenio después de analizar la falta de comunicación previa de las conclusiones del Comisario y la imposibilidad de discutir las desde la perspectiva de los principios de igualdad de armas y de contradicción. Atendiendo al principio de igualdad de armas, no podía deducirse de éste el derecho de la demandante a que se le comunicaran, con anterioridad a la audiencia, unas conclusiones que no habían sido transmitidas a la otra parte en la instancia. Desde el punto de vista del principio de contradicción, el procedimiento seguido ante el Consejo de Estado ofrecía «suficientes garantías al justiciable», toda vez que los abogados tenían la posibilidad de preguntar al Comisario del Gobierno –antes de la audiencia– el sentido general de sus conclusiones y éstas podían ser replicadas por las partes mediante una nota de deliberación (a ello había que sumar el aplazamiento del asunto previsto para el caso de que el Comisario invocara oralmente un motivo no planteado por las partes, aplazamiento destinado a permitir a éstas debatir tal motivo)<sup>10</sup>.

Por el contrario, al hacer frente al segundo de los problemas citados, el Tribunal afirmó que se había producido la violación del derecho a un proceso equitativo por el hecho de la participación del Comisario del Gobierno en la deliberación del Consejo de Estado. Tras negar, en contestación al Gobierno francés, que el Comisario fuese un verdadero Juez (dado que carecía del derecho a votar), el TEDH llevó a cabo de nuevo un doble examen, alcanzando resultados distintos en función del punto de vista adoptado. De esta forma, mientras que la referida participación no atentaba contra el principio de con-

<sup>10</sup> Opina F. BENOÎT-ROHMER («Le commissaire du gouvernement après du Conseil d'État, l'avocat général après de la Cour de Justice des Communautés Européennes et le droit à un procès équitable», *Revue Trimestrielle de Droit Européene* núm. 4, 2001, pg. 735) que el Tribunal se mostró poco exigente en cuanto a las garantías procesales necesarias para contrarrestar los poderes del Comisario del Gobierno, pues la posibilidad de solicitar de éste el sentido general de sus conclusiones y la nota de deliberación eran prácticas no consagradas en textos normativos. A juicio de esta autora, la solución del TEDH sólo podía justificarse por su voluntad de flexibilizar la jurisprudencia del *asunto Vermeulen* con el fin de evitar que el control que ejercía borrara las especificidades de la institución del Comisario.

En un sentido diferente, A. I. SANTAMARÍA DACAL («El Tribunal de Estrasburgo, el *commissaire du gouvernement* y la tiranía de las apariencias», *Revista de Administración Pública* núm. 157, 2002, pg. 312) entiende que no hay nada que objetar a la decisión del TEDH de fundar esta primera conclusión de no vulneración del artículo 6-1 del Convenio en las dos prácticas mencionadas, dado que «ello pone de manifiesto un cierto voto de confianza en el *Conseil d'État*, en su jurisprudencia y en sus reglas tradicionales de funcionamiento».

tradicción, sí lo hacía contra el principio de igualdad de armas, interpretado a la luz de la teoría de las apariencias. Conforme a la misma, al expresarse públicamente sobre el rechazo o la aceptación de los motivos alegados, las partes podrían legítimamente suponer que el Comisario del Gobierno tomaba posición por una de ellas; dicho de otra manera, un recurrente no familiarizado con los misterios de la justicia administrativa podría verse inclinado a considerar como un adversario al Comisario si proponía la desestimación del recurso o como un aliado en caso contrario.

En suma, el Tribunal abogaba en el *asunto Kress* por hacer prevalecer el interés del justiciable, quien debía tener la garantía de que el Comisario del Gobierno no pudiera, «mediante su presencia, ejercer una cierta influencia en el resultado de la deliberación».

\* \* \*

Mencionadas las sentencias más representativas hasta el *asunto Martinie* de la jurisprudencia del TEDH sobre los ministerios públicos, conviene realizar un análisis conjunto de estas resoluciones para extraer algunas ideas.

Lo primero que hay que preguntarse es qué características de las actuaciones de los ministerios públicos europeos suscitaron la censura del Tribunal. A este respecto, puede decirse, con A. I. SANTAMARÍA DACAL<sup>11</sup>, que los reproches se han centrado en tres cuestiones:

- Primero, la imposibilidad de las partes de discutir las conclusiones de los ministerios públicos así como la falta de comunicación de las mismas.
- Segundo, el hecho de que los ministerios públicos dispusieran de información que no conociesen las partes (como la nota del ponente o el proyecto de sentencia preparado por éste).
- Y tercero, su asistencia a la deliberación (aun cuando no pudieran votar).

Resulta llamativo que, a la hora de enjuiciar la conformidad de cada una de estas cuestiones con el artículo 6-1 del Convenio, el TEDH no haya empleado el mismo razonamiento, si bien éste ha pivotado siempre en torno a los principios de igualdad de armas y de contradicción (con la notable excepción del *asunto Reinhardt y Slimane-Kaïd*). Por lo tanto, para comparar los fundamentos de las distintas resoluciones, es importante tener en cuenta la configuración de ambos principios en la jurisprudencia del Tribunal. Así, como se recordaba en el *asunto Kress*, el principio de igualdad de armas «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», mientras que el principio de contradicción, según se dijo, conlleva «el derecho de las partes en un proceso a conocer y discutir todo documento u observación sometida al juez, incluso por un miembro

<sup>11</sup> «El Tribunal de Estrasburgo...», cit., pgs. 308-309.

independiente del servicio jurídico nacional, con vistas a influir en su decisión». De estas definiciones se desprende que los dos principios tienen por objeto garantizar los medios a disposición de las partes para la defensa en el proceso de sus respectivas posiciones, el primero asegurando que tales medios son sustancialmente iguales y el segundo impidiendo que las partes se vean desprovistas de información capaz de influir en el fallo, cualquiera que sea el autor de la misma. De acuerdo con lo anterior, los documentos –en un sentido amplio– proporcionados por un tercero no calificado como «parte» pueden provocar la violación del principio de contradicción (si las partes no los conocen o no tienen la oportunidad de discutirlos), pero no del principio de igualdad de armas (si las partes se encuentran en la misma posición respecto de tales documentos)<sup>12</sup>.

A partir del estudio de la utilización de los principios de referencia por el TEDH en la jurisprudencia relativa a los ministerios públicos, puede señalarse lo siguiente:

A/ Como regla general, hasta el *asunto Kress*, el Tribunal se servía en cada caso de uno solo de los principios para apreciar la vulneración del artículo 6-1 del Convenio. De esta manera, en el *asunto Borgers* puso el énfasis en el quebranto del principio de igualdad de armas, señalando que, al devenir el ministerio público en aliado o adversario objetivo de una de las partes en función de la posición sostenida en sus conclusiones, tanto la no comunicación previa de éstas y la imposibilidad de contradecirlas como la asistencia de dicho ministerio a la deliberación del órgano sentenciador violaban el derecho a un proceso equitativo. Probablemente a la vista de las críticas doctrinales recaídas sobre la teoría de las apariencias<sup>13</sup>, en la que se fundaba en el *asunto Borgers* la transformación del ministerio público (independiente e imparcial, según afirmaba la propia sentencia) en parte objetiva, el TEDH optó por abandonar el anterior razonamiento e invocar el principio de contradicción para censurar las dos mismas cuestiones en los *asuntos Vermeulen y Lobo Machado*, cuya argumentación se reiteró en pronunciamientos posteriores.

B/ El *asunto Kress* supuso un cambio al conjugar los dos principios –de una forma poco satisfactoria, de conformidad con la opinión mayoritaria– con la finalidad de examinar la no comunicación de las conclusiones del Comisario del Gobierno y su participación en la deliberación del órgano resolutorio.

<sup>12</sup> Cfr. R. ALONSO GARCÍA: «El enjuiciamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del funcionamiento contencioso del «Conseil d'État» 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)», *Revista española de Derecho Europeo* núm. 1, 2002, pgs. 140-141.

<sup>13</sup> Entre las críticas vertidas contra la teoría de las apariencias, cabe mencionar las suscritas a propósito del *asunto Kress* por el Consejero de Estado D. CHAVANOL: «Théorie de l'apparence ou apparence de théorie?», *Actualité Juridique Droit Administrative (AJDA)* núm. 1, 2002, pgs. 9-12.

Desde la perspectiva del principio de contradicción, el Tribunal se basó en dos prácticas sin respaldo normativo (la posibilidad de los abogados de preguntar antes de la audiencia al Comisario acerca del sentido general de sus conclusiones y la nota de deliberación) para negar la violación del artículo 6-1 del Convenio en relación con la primera cuestión. Y respecto de la segunda, como dijera R. ALONSO GARCÍA<sup>14</sup>, «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 (la del Comisario en la deliberación del Consejo de Estado)».

Desde la perspectiva del principio de igualdad de armas, el Tribunal convirtió al Comisario del Gobierno en parte objetiva empleando el mismo argumento esgrimido en el *asunto Borgers*, es decir, retomando la teoría de las apariencias; pero lo hizo cuando analizaba la segunda cuestión, después de descartar que en la primera el referido principio hubiese sido incumplido. Dicho de otro modo, el Tribunal no trató al Comisario como una parte cuando se planteaba las consecuencias de la falta de comunicación de sus conclusiones, en tanto que, al estudiar los efectos de su participación en la deliberación del Consejo, consideró que actuaba como un adversario o un aliado objetivo<sup>15</sup>.

C/ Queda, por último, valorar la ausencia de mención alguna a estos principios en el *asunto Reinhardt y Slimane-Kaïd* cuando se analizaba el hecho de que el ministerio público dispusiera de información no conocida por las partes, en particular, del informe del Juez ponente y su propuesta de sentencia. Como adelanté, creo que el Tribunal consideró –aunque sin afirmarlo expresamente– que el principio cuya observancia estaba en juego en el referido caso era el de igualdad de armas, pues pretendía preservar el equilibrio entre las informaciones proporcionadas al demandante y al ministerio público. La circunstancia de que el Abogado General dispusiese de mayor información sólo rompería tal equilibrio si se partiese de una concepción según la cual esta figura debiera contar con medios sustancialmente iguales a los de las partes para defender sus tesis.

¿Significa ello que el Tribunal exigió que el principio de igualdad de armas fuese observado por quien no era parte en el proceso o que entendió, sin decirlo, que el Abogado General actuaba como parte sometándolo a este principio? Parece más razonable sostener la segunda opción, toda vez que la igualdad de armas, tal y como se configuraba en la doctrina del TEDH recordada en el *asunto Kress*, tenía por misión evitar el desequilibrio entre las partes (y no entre las partes y un tercero).

<sup>14</sup> «El enjuiciamiento...», cit., pg. 156.

<sup>15</sup> Son varios los autores que han puesto de relieve esta incoherencia, como J. L. AUTIN y F. SUDRE («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. 1008-1009).

En definitiva, la sentencia comentada adolecía de una alarmante falta de motivación, puesto que reprochaba al ministerio público la disposición de información no conocida por el demandante, pero no explicaba con base en qué argumentos atribuía la condición de parte a dicho ministerio, haciendo que el desequilibrio generado vulnerase el principio de igualdad de armas y, con ello, el derecho a un proceso equitativo. Si resulta discutible invocar la controvertida teoría de las apariencias para la conversión de un ministerio público en parte objetiva del proceso, mucho más preocupante es omitir razonamiento alguno y presuponer tal condición en una figura que, de forma independiente e imparcial, asume la labor de velar por la unidad de la jurisprudencia.

\* \* \*

La exposición de los antecedentes que pueden contribuir a una mejor comprensión de la sentencia emitida por el TEDH en el *asunto Martinie* ha de completarse con la alusión a los cambios producidos en la figura del Comisario del Gobierno a raíz del *asunto Kress*. Tales cambios, introducidos por vía jurisprudencial en unos casos y por vía normativa en otros, han tenido como finalidad, de una parte, reforzar el carácter contradictorio del proceso ante la jurisdicción administrativa en relación con las conclusiones del Comisario, y de otra, salvar la presencia de éste en la deliberación de dicho órgano, aun sin su participación en la misma. Procede estudiar por separado estos cambios:

i) El refuerzo de las garantías del principio de contradicción.

Aun cuando el Tribunal no declaró la vulneración del artículo 6-1 del Convenio en base al devenir de las conclusiones del Comisario del Gobierno, sí sometió a esta institución a las exigencias del derecho a un proceso contradictorio en el *asunto Kress*, alejándose de la postura mantenida por el Consejo de Estado. En efecto, este órgano había señalado ya en el *asunto Dame Veuve Jame*, de 9 de diciembre de 1970, que las conclusiones presentadas oralmente por el Comisario no tenían que ser comunicadas a las partes, lo que suponía situarlas al margen del principio de contradicción. Incluso, el Consejo de Estado aclaró este extremo expresamente en el *asunto Esclatine*, de 29 de julio de 1998, cuando afirmó que el ejercicio de la función asumida por el Comisario del Gobierno no estaba sometida a este principio aplicable a la instrucción.

Aceptada la tesis del TEDH conforme a la cual las conclusiones de la institución estudiada entraban dentro del ámbito de incidencia del principio de contradicción, era necesario dar mayor relevancia a las dos garantías –en realidad, prácticas procesales– que evitaron que en el *asunto Kress* se apreciase la quiebra del referido principio, esto es, la nota de deliberación y la posibilidad de los abogados de preguntar al Comisario acerca del sentido general de sus conclusiones<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> En este sentido, B. GENEVOIS señaló que *el asunto Kress* era una incitación a actuar en una doble dirección: por un lado, en nombre del principio de realidad, veía más ventajas que inconvenientes a la organización del recurso a la nota de deliberación, pues con base

–Por lo que se refiere a la nota de deliberación, ésta ha sido oficializada, primero, por la jurisprudencia, y después, en el Código de Justicia Administrativa. De conformidad con la doctrina sentada por el Consejo de Estado en el *asunto Leniau*, de 12 de julio de 2002<sup>17</sup>, se han reconocido al Juez administrativo:

- El deber de conocer la nota de deliberación que le sea dirigida por una de las partes con posterioridad a las conclusiones del Comisario del Gobierno.
- La facultad de reabrir la instrucción y someter a un debate contradictorio los elementos contenidos en la nota, en interés de una buena justicia.
- La obligación de tener en cuenta la nota de deliberación, so pena de irregularidad de su decisión, en dos supuestos: a) si expone una circunstancia de hecho que la parte autora de la nota no estaba en condiciones de invocar con anterioridad a la terminación de la instrucción y que el juez no podría ignorar sin fundar su decisión en hechos materialmente inexactos; y b) si contiene una circunstancia de derecho nueva o que el juez debiera tener en cuenta de oficio. En cualquiera de estos casos, el juez no puede sustraerse de la obligación de reabrir la instrucción<sup>18</sup>.

en la misma era posible atender a las preocupaciones del Tribunal, aun cuando a la vista de los criterios del Derecho nacional esta práctica no fuera un componente del debate contradictorio; por otra parte, consideraba deseable la generalización en los tribunales administrativos y los tribunales administrativos de apelación de la práctica seguida ante el Consejo de Estado que permitía a los abogados preguntar al Comisario, antes de la audiencia, el sentido general de sus conclusiones (op. cit., pg. 998)

<sup>17</sup> Esta doctrina ha sido después reiterada en los *asuntos Préfet des Pyrénées-Orientales v. Abounkhila*, de 27 de febrero de 2004, y *Berreville*, de 27 de julio de 2005, si bien estos asuntos estaban referidos a los supuestos en que el Juez había de tomar en consideración una memoria presentada por una de las partes después de acabada la instrucción. La primera de estas sentencias ha sido comentada por F. DONNAT y D. CASAS, para quienes el *asunto Préfet des Pyrénées-Orientales* continuaba la línea marcada por el precedente *Leniau* y se caracterizaba por hacer prevalecer la preocupación de no juzgar sobre la base de hechos inexactos frente a un cierto rigor procedimental; así, tenía el mérito innegable de distanciarse voluntariamente de un procedimiento que hubiera podido obligar al Juez a ignorar elementos determinantes por el solo hecho de haber sido alegados en un documento presentado tras la conclusión de la instrucción (*AJDA* núm. 12, 2004, pg. 652).

<sup>18</sup> El texto es el siguiente: «Lorsqu'il est saisi, postérieurement à la clôture de l'instruction et au prononcé des conclusions du commissaire du gouvernement, d'une note en délibéré émanant d'une des parties à l'instance, il appartient dans tous les cas au juge administratif d'en prendre connaissance avant la séance au cours de laquelle sera rendue la décision; que, s'il a toujours la faculté, dans l'intérêt d'une bonne justice, de rouvrir l'instruction et de soumettre au débat contradictoire les éléments contenus dans la note en délibéré, il n'est tenu de le faire à peine d'irrégularité de sa décision que si cette note contient soit l'exposé d'une circonstance de fait dont la partie qui l'invoque n'était pas en mesure de faire état avant la clôture de l'instruction et que le juge ne pourrait ignorer sans fonder sa décision sur des faits matériellement inexactes, soit d'une circonstance de droit nouvelle ou que le juge devrait relever d'office; que, lorsqu'il se trouve dans un tel cas, le Conseil d'Etat ne peut se soustraire à l'obligation de rouvrir l'instruction sans méconnaître les règles relatives à la tenue des audiences et à la forme et au prononcé de

El siguiente paso en la formalización de esta práctica ha consistido en su previsión específica en el Código de Justicia Administrativa tras su modificación por el Decreto 2005-1586, de 19 de diciembre de 2005, que estableció la posibilidad de que cualquier parte en el proceso dirigiese una nota de deliberación al presidente de la formación juzgadora con posterioridad a las conclusiones del Comisario del Gobierno<sup>19</sup>.

—Más dificultades ha planteado la transformación en regla de Derecho de la práctica que permite a los abogados preguntar el sentido general de las conclusiones del Comisario. Siguiendo a G. PELLISSIER<sup>20</sup>, las dificultades derivadas de dicha transformación en regla jurídica, cuyo incumplimiento entraña la irregularidad de la decisión judicial, atañen a su contenido, prueba y fiabilidad. En primer lugar, el contenido de la información transmitida por el Comisario del Gobierno a la parte que pregunta no puede referirse más que al sentido general de sus conclusiones, es decir, a la solución del litigio que va a proponer al órgano resolutorio, sin que deba explicar la argumentación en la que se basará para justificar tal propuesta, pues, de lo contrario, se proporcionaría a dicha parte una ventaja sobre su adversario, en detrimento del principio de igualdad de armas. En segundo lugar, dado el carácter informal de la práctica estudiada, que no se plasma en documento alguno, la parte que invoca su inobservancia —por no haber contestado el Comisario a su solicitud de información— difícilmente puede probarla. Y por último, la información previa sólo tiene interés para las partes si es fiable, de manera que, al poder el Comisario del Gobierno modificar el sentido de sus conclusiones hasta el momento en el que toma la palabra, cualquier cambio a este respecto debería ser comunicado a la parte que dispone de una información anticuada.

A pesar de los problemas enunciados, es posible hablar de una progresiva aceptación de la regla examinada, en su origen característica del proceso ante el Consejo de Estado, en las instancias inferiores, aceptación de la que es muestra la Sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Apelación de Versalles en el *asunto Schrempp*, de 28 de marzo de 2006<sup>21</sup>.

la décision mentionnées par les dispositions précitées de l'article R. 834-1 du code de justice administrative».

<sup>19</sup> El artículo R. 731-5 dispone que «postérieurement au prononcé des conclusions du commissaire du Gouvernement, toute partie à l'instance peut adresser au président de la formation de jugement une note en délibéré».

<sup>20</sup> «L'obligation d'informer les parties, à leur demande et avant l'audience, du sens des conclusions du commissaire du gouvernement», *AJDA* núm. 17, 2006, pgs. 912-915.

<sup>21</sup> En esta resolución judicial se hacía constar que correspondía al Comisario del Gobierno, cuando fuese preguntado por una de las partes, indicar el sentido general de las conclusiones que pronunciaría en la audiencia; pese a ello, no se consideraban vulnerados en el caso ni los principios generales que rigen el procedimiento ante la jurisdicción administrativa ni las estipulaciones del artículo 6-1 del Convenio, al no resultar de ninguno de los documentos obrantes en el expediente que el abogado del recurrente, tras formular la referida pregunta, no hubiese recibido una respuesta por parte del Comisario hasta la audiencia.

ii) El mantenimiento de la asistencia del Comisario del Gobierno a la deliberación del órgano resolutorio.

De entre los argumentos esgrimidos por la doctrina francesa para justificar la necesidad de la presencia de esta figura en las deliberaciones del órgano sentenciador, son dos los más repetidos. Por una parte, se ha aludido al hecho de que, siendo el Comisario el último en ver y estudiar el expediente, está capacitado durante la deliberación para responder a todas las preguntas que le sean planteadas sobre el caso<sup>22</sup>.

Por otra parte, ha sido invocada como justificación la propia información con la que tiene que contar el Comisario del Gobierno para el adecuado ejercicio de su tarea, ya que su presencia en la deliberación le permite conocer las razones por las que el órgano resolutorio comparte su punto de vista o se separa del mismo<sup>23</sup>.

La importancia otorgada a dicha presencia explica los esfuerzos –doctrinales y normativos– realizados con el fin de mantenerla, sin contravenir abiertamente el criterio sentado por TEDH. El punto de arranque de tales esfuerzos puede encontrarse en el comentario realizado al *asunto Kress* por F. ROLLIN<sup>24</sup>, en el que, tras criticar que el Tribunal no hubiese sido informado de la existencia de dos formas de asistir a la deliberación del Consejo de Estado (la del Comisario del Gobierno, a quien le podían formular preguntas los miembros de la formación juzgadora, y la de otras muchas categorías de personas, que permanecían en estricto silencio), auguró que el Comisario pasaría a partir de entonces a esta segunda categoría. Y no se equivocaba, puesto que, una vez extendida en la doctrina la distinción entre la participación activa en la deliberación, proscrita por el TEDH, y la pasiva o mera presencia, que no contradecía la jurisprudencia del Tribunal, se hizo valer esta última mediante dos instrucciones del Presidente de la Sección de lo Contencioso del Consejo de Estado dirigidas a los Comisarios del Gobierno el 23 de noviembre de 2001 y el 13 de noviembre de 2002 en las que se les recomendaba que asistiesen a la deliberación como «testigos mudos». De esta forma, aunque los miembros de la formación juzgadora perdían la oportunidad de plantear preguntas al Comisario, éste seguía conociendo directamente el razonamiento que conducía a la decisión judicial, conservando una valiosa fuente de información.

Esta reinterpretación del *asunto Kress* destinada a salvar la presencia del Comisario del Gobierno en la deliberación del órgano sentenciador ha tenido

<sup>22</sup> En el asunto *Kress* este argumento fue utilizado por el Gobierno francés ante el TEDH, que, sin embargo, estimó que la ventaja para el órgano resolutorio de esta asistencia puramente técnica debía ceder ante el interés superior del justiciable.

<sup>23</sup> Así lo han entendido, por ejemplo, D. CHAUVAUX y J. H. STAHL, para quienes este segundo argumento constituye la justificación esencial de la asistencia de esta figura a la deliberación, fuente viva de la jurisprudencia. A su juicio, si el Comisario fuese expulsado de la misma, no podría en adelante cumplir plenamente la misión que le ha sido asignada («Le commissaire, le délibéré et l'équité du procès», *AJDA* núm. 38, 2005, pg. 2122).

<sup>24</sup> *AJDA* núm. 7-8, 2001, pg. 681.

reflejo normativo en el Código de Justicia Administrativa a raíz de su reforma por el Decreto 2005-1586 citado, que ha introducido una nueva previsión en la que simultáneamente se establece la asistencia de esta figura a la deliberación y se le niega la posibilidad de tomar parte en la misma<sup>25</sup> y <sup>26</sup>.

En contraste con los esfuerzos señalados, el TEDH no ha dado muestra alguna de querer reconsiderar su postura, sino, más bien al contrario, la ha reafirmado en varias decisiones judiciales que han precedido al *asunto Martinié*. En particular, con ocasión de sendas demandas formuladas contra Francia en los asuntos *APBP e Immeubles Groupe Kosser*, de 21 de marzo de 2002, *Theraube*, de 10 de octubre de 2002, y *Loyen y otro*, de 5 de julio de 2005, el Tribunal ha declarado la vulneración del artículo 6-1 del Convenio por la participación del Comisario del Gobierno en la deliberación del órgano sentenciador. En estas cuatro sentencias el TEDH se ha limitado a reiterar la solución defendida en el *asunto Kress* (en las dos primeras sentencias, transcribiendo la mayor parte de los fundamentos de este asunto; en las otras dos, simplemente citándolo) para seguidamente negar la existencia de motivo alguno por el que apartarse de dicha solución.

Resulta especialmente significativo que el Tribunal mantuviera el mismo criterio en el *asunto Loyen y otro*; en este último, a diferencia de lo que sucedía en los otros tres casos, en los que la defensa del Gobierno francés se había sustentado en los mismos argumentos rechazados en el *asunto Kress*, la posición gubernamental incluía por primera vez una referencia a la distinción entre la participación y la mera presencia del Comisario en la deliberación del Consejo de Estado, distinción que no fue acogida –ni siquiera contestada– por el Tribunal<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Dispone el artículo R. 731-7: «Le commissaire du Gouvernement assiste au délibéré. Il n'y prend pas part».

<sup>26</sup> En opinión de F. SUDRE («Vers la normalisation des relations entre le Conseil d'Etat et la Cour européenne des droits de l'homme», *Revue Française de Droit Administratif* núm. 2, 2006, pgs. 286-298), el decreto de referencia tenía como objetivo principal favorecer la normalización de las relaciones entre el TEDH y la jurisdicción administrativa, y probaba la voluntad de adaptar esta última a los estándares comunes del proceso equitativo. En este sentido, a juicio del autor citado, la codificación de la asistencia del Comisario a la deliberación reactivaba el «diálogo de jueces», creando una situación diferente a la condenada en el *asunto Kress* y compatible con el artículo 6-1 del Convenio.

<sup>27</sup> Para J. F. FLAUS ( «Retour sur la participation du commissaire du gouvernement au délibéré», *AJDA* núm. 29, 2005, pg. 1593), el *asunto Loyen y otro* era una nueva prueba de la incompatibilidad con la jurisprudencia del TEDH de la participación, activa o pasiva, del Comisario en la deliberación, por lo que se hacía necesaria una solución que no condujese a condenas sucesivas ni pusiese en duda la autoridad de cosa juzgada del Tribunal. Ante los inconvenientes de las alternativas que se barajaban (aumentar el círculo de participantes en la deliberación, admitiendo a las partes, o prohibir al Comisario su presencia en la misma), el citado autor se planteaba la posibilidad de sacrificar esta institución, lo que tendría al menos la ventaja de reforzar los efectivos de las formaciones juzgadoras de la jurisdicción administrativa y, en consecuencia, su productividad. Esta propuesta fue poco después contestada por C. L. VIER, quien señaló que era totalmente desproporcionado el sacrificio del Comisario del Gobierno, dado que el mismo contribuía (no solamente en realidad, sino también en apariencia) a una buena justicia admi-

Y, estando así las cosas, fue resuelto el *asunto Martinie*.

\* \* \*

Hasta ahora han sido expuestos de forma sucinta los principales pronunciamientos del TEDH que han dado lugar a su jurisprudencia sobre los ministerios públicos, haciendo hincapié en los principios inspiradores de la misma, así como los cambios introducidos en la institución del Comisario del Gobierno con el fin de ajustarla a dicha jurisprudencia, manteniendo su esencia y funcionalidad. Aspiro a que estos antecedentes sean útiles a la hora de abordar el estudio del *asunto Martinie*, que, por un lado, representa un nuevo examen de la actuación de un ministerio público (en concreto, del Procurador General ante el Tribunal de Cuentas francés), y por otro, contiene la respuesta del Tribunal al «diálogo de jueces» planteado desde Francia sobre la figura del Comisario.

Siguiendo el orden de exposición de la sentencia, examinaré a continuación las dos cuestiones señaladas, relativas al procedimiento ante el Tribunal de Cuentas y ante el Consejo de Estado<sup>28 y 29</sup>.

nistrativa («Ne «sacrifions» pas le commissaire du gouvernement», *AJDA* núm. 34, 2005, pg. 1865).

<sup>28</sup> En relación con las circunstancias del caso, tan sólo es preciso señalar que el demandante, contable público y, como tal, responsable personal y pecuniariamente del control de las cuentas rendidas, fue «mis en débet» por la cámara regional de cuentas encargada de la revisión jurisdiccional de su labor (con la consiguiente derivación a su patrimonio de determinados importes correspondientes a pagos efectuados en su calidad de contable público); recurrida por el demandante esta decisión ante el Tribunal de Cuentas, la misma fue confirmada en lo esencial, aunque fue reducido parcialmente el total del débito; finalmente, el Consejo de Estado inadmitió el recurso de casación interpuesto por el demandante.

<sup>29</sup> Antes de entrar en el fondo del asunto, el Tribunal examina la excepción preliminar formulada por el Gobierno francés, que sostiene la inadmisibilidad de la demanda al entender que es incompatible *ratione materiae* con las disposiciones del Convenio, no siendo aplicable al caso el artículo 6-1 invocado. En apoyo de inaplicabilidad de este precepto, el órgano ejecutivo alega que el proceso cuya conformidad con el Convenio es enjuiciada (en el que una cámara regional de cuentas –en primera instancia– verifica el ejercicio por un contable público de los controles a él asignados y del que puede derivarse para dicho contable una responsabilidad personal y pecuniaria en el caso de apreciarse la irregularidad de su gestión) no está encaminado a dirimir la existencia de obligaciones asimilables a las contractuales de carácter civil (§ 24).

Al plantearse la aplicabilidad del artículo 6-1 del Convenio a un proceso ante el Tribunal de Cuentas en el que se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de una cámara regional declarativa de la responsabilidad del contable público, el TEDH acude a la doctrina sentada en el *asunto Pellegrin v. Francia*, de 8 de diciembre de 1999, conforme a la cual la aplicabilidad del precepto indicado a los funcionarios públicos ha de determinarse adoptando un criterio funcional basado en la naturaleza de las tareas ejercidas por el mismo, de forma que, sobre la base de una interpretación restrictiva de las excepciones a las garantías del artículo 6-1, únicamente se sustraigan de su ámbito de aplicación «los litigios de los funcionarios cuyo empleo esté caracterizado por actividades específicas de la Administración Pública en la medida en la que ésta actúa como detentadora del poder público encargado de la protección de los intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas». La utilización del criterio funcional expuesto conduce

## I. EL PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL DE CUENTAS

La primera de las quejas suscitadas por el demandante en cuyo análisis se detiene el TEDH es la ausencia de publicidad de los debates ante el Tribunal de Cuentas. Para llevar a cabo este análisis, el Tribunal recuerda la importancia de la publicidad de los procesos judiciales, pues protege a los justiciables frente a una justicia secreta, constituye un medio de preservar la confianza en los tribunales y contribuye al proceso equitativo, dada la transparencia que genera en la Administración de Justicia (§ 39). A pesar de dicha importancia, precisa que circunstancias excepcionales pueden justificar la dispensa de una audiencia pública (§ 41). De esta forma, admite que el control de las cuentas presentadas anualmente por los contables públicos y de la existencia y regularidad de los justificantes producidos por éstos, presenta un elevado grado de tecnicidad que permite prescindir de la publicidad de los debates en la medida en que el proceso se limite a dicho control.

No obstante, el Tribunal advierte que el juicio de cuentas puede desembocar en la declaración de responsabilidad del contable público cuyas cuentas son revisadas –como de hecho ocurrió en el caso planteado–, afectando directamente a su situación patrimonial, por lo que la tecnicidad del contencioso no justifica que los debates tengan lugar a puerta cerrada sistemáticamente (§ 43).

En resumen, el Tribunal estima esencial que se dé al contable público la posibilidad de solicitar una audiencia pública ante el Tribunal de Cuentas cuando éste resuelva un recurso de apelación contra una decisión de primera instancia declarativa de la responsabilidad de aquél, pudiendo prescindirse de dicha audiencia en el caso de que no sea solicitada, a la vista de la tecnicidad de los debates. En el caso, puesto que el demandante no pudo pedir una audiencia pública, al no estar prevista esta posibilidad legalmente, el TEDH considera violado el artículo 6-1 del Convenio (§ 44).

Dilucidado lo anterior, el Tribunal emprende el estudio conjunto de las demás quejas planteadas por el demandante, entre las cuales se incluyen aquéllas vinculadas a la figura del Procurador General, que son las que acaparan el interés de este trabajo. Como declaración de intenciones, señala el Tribunal, antes de enumerar tales quejas, que no va a valorarlas con base en los principios de contradicción o de igualdad de armas, como sugiere el demandante, sino que va a proceder a una «apreciación global» de la equidad del proceso ante el Tribunal de Cuentas (§ 45). A partir de esta declaración, no cabe esperar que el TEDH analice cada una de las quejas desde la perspectiva de cada uno de los principios mencionados, como hiciera en el *asunto Kress*, ni que se base en uno solo de ellos para explicar su pronuncia-

al Tribunal a afirmar que la naturaleza de las tareas del contable no permiten configurarle como participante del ejercicio del poder público (§ 30).

En definitiva, en base a este razonamiento, el Tribunal rechaza por unanimidad la excepción preliminar del Gobierno francés.

miento, como ocurriera en los *asuntos Borgers* (basado en el principio de igualdad de armas), *Vermeulen y Lobo Machado* (asentados en el principio de contradicción). Al contrario, el Tribunal manifiesta su renuncia a fundar la decisión en los principios inspiradores de su jurisprudencia sobre los ministerios públicos, por considerar procedente adoptar un punto de vista más amplio –el genérico de la equidad del proceso–, al igual que había «hecho, por ejemplo, en el *asunto Reinhardt y Slimane-Kaïd*»<sup>30</sup>.

Partiendo de esta visión global, el TEDH comienza el examen de cada una de las restantes quejas:

–La falta de acceso del contable público a la audiencia ante el Tribunal de Cuentas (§ 46). La ausencia del demandante en este trámite contrasta con el hecho de que el Procurador General sí está presente en el mismo, exponiendo su opinión a la formación juzgadora, incluso en lo que se refiere a la situación de débito de aquél. Añade el Tribunal que, por lo tanto, el ministerio público tiene la posibilidad de influir (eventualmente, en un sentido desfavorable al contable) en la decisión del órgano resolutorio, sin estar sometido a la contradicción, en tanto que el derecho a un proceso equitativo comprende el derecho 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.

La valoración del TEDH de esta queja, predecible en cuanto a su resultado (pues éste, al fin y al cabo, no es sino la aplicación de una doctrina de sobra conocida), sorprende en cuanto a su fundamentación: inmediatamente después de afirmar que no va a basarse en la contradicción o la igualdad de armas, se acoge al primero de estos principios para censurar la falta de acceso del contable público a la audiencia ante el Tribunal de Cuentas.

–La presencia del Procurador General en la deliberación del órgano sentenciador (§ 47). El Tribunal entiende que dicha presencia debería estar «sujeta a caución», si bien subraya que no pone en duda la veracidad de la alegación del Gobierno francés según la cual, de conformidad con una práctica existente en la época de los hechos, dicha figura no asistió a la deliberación.

En consecuencia, la participación del ministerio público en la deliberación del órgano sentenciador, que en anteriores pronunciamientos había sido determinante de la vulneración del artículo 6-1 del Convenio, no es abordada en profundidad por el Tribunal, que, tras expresar su recelo, juzga innecesaria una mayor argumentación al considerar acreditado que tal participación no se produjo.

<sup>30</sup> Mal ejemplo, en mi opinión, el que invoca el Tribunal para demostrar que ya había prescindido de tales principios en el pasado para condenar la actuación de un ministerio público, porque, aun siendo cierto que no se menciona expresamente, el *asunto Reinhardt y Slimane-Kaïd* encuentra su fundamento en el principio de igualdad de armas (según traté de justificar con anterioridad).

–La comunicación del informe del ponente al Procurador General (§ 48). Desde el momento en el que el contable público está excluido de dicha comunicación, careciendo de la oportunidad de pronunciarse sobre la opinión del ponente, considera el Tribunal que la transmisión del referido informe al ministerio público es «problemática». A juicio del TEDH, a la cuestión de la comunicación previa de este informe al Procurador General se vincula otro problema de naturaleza similar derivado del hecho de que el ponente, antes de participar en la deliberación, manifiesta oralmente su punto de vista sobre el fondo ante el ministerio público (§ 49-2).

Aunque el Tribunal no extrae consecuencias en un primer momento de la disposición por parte del Procurador General de información desconocida por el demandante, puede deducirse de la cita del *asunto Reinhardt y Slimane-Kaïd* que esta cuestión va a generar su desaprobación.

–La asistencia del ponente a la deliberación (§ 49-1). Para el TEDH, la presencia del ponente en la deliberación es legítima y está justificada por su condición de miembro del órgano sentenciador, toda vez que no toma medidas de instrucción, sino que se pronuncia a la vista de un expediente instruido.

Finalizado el análisis de estas quejas, el Tribunal llega a la conclusión (§ 50) de que existe un desequilibrio en detrimento del contable público debido a la posición que el Procurador General ocupa en el proceso; así, a diferencia de aquél, este último está presente en la audiencia, es informado previamente de la opinión del ponente, participa en los debates y tiene la posibilidad de manifestar oralmente su propio punto de vista sin ser contradicho por el contable. Poco importa que el Procurador General sea calificado o no como parte<sup>31</sup>, ya que en cualquier caso puede influir, por las razones expuestas (sumadas a la autoridad que sus funciones le confieren), en la

<sup>31</sup> El Tribunal señala que la conclusión alcanzada es independiente de la calificación como parte del ministerio público en respuesta a las alegaciones del demandante y el Gobierno francés, que centran su discusión en este punto. En efecto, mientras que el primero señala que, dependiendo de la opinión que exprese, el ministerio público sería un aliado o un adversario objetivo en el sentido del *asunto Borgers*, el segundo acude a la jurisprudencia del Consejo de Estado con el objetivo de negar al Procurador General la condición de parte. En particular, el Gobierno cita la sentencia dictada por dicho órgano en el *asunto Société Réflexion, Médiations, Ripostes*, de 14 de diciembre de 2001, para defender que el ministerio público no puede ser considerado como parte más que en el caso en que haya iniciado la instancia ante el Tribunal de Cuentas, por ejemplo, ejerciendo su facultad de apelación, lo que no sucedió en el caso.

Por otra parte, en el asunto mencionado el Consejo de Estado rechazó que la falta de la comunicación de las conclusiones del Procurador General hubiese constituido una violación del carácter contradictorio del proceso ante el Tribunal de Cuentas o de cualquier otro principio comprendido en el artículo 6-1 del Convenio. Visto el tenor de esta sentencia, es posible que mediante la misma el Consejo de Estado pretendiese proteger la figura del Procurador General frente a las objeciones que pudiera formular el TEDH, de la misma manera que intentó reforzar la institución del Comisario del Gobierno por medio del *asunto Esclatine* antes de que dicho Tribunal resolviese *Kress*.

decisión del órgano resolutorio sobre el débito en un sentido eventualmente desfavorable al contable público. El desequilibrio existente se acentúa por la circunstancia de que la audiencia no es pública y se desarrolla, en consecuencia, al margen de todo control, no sólo del contable afectado, sino también del público. Como corolario de todo lo anterior, el TEDH estima que ha tenido lugar la vulneración del artículo 6-1 del Convenio.

La conclusión alcanzada por el Tribunal causa, cuanto menos, perplejidad, teniendo en cuenta la mezcla de argumentos que le llevan a hablar al mismo tiempo de la influencia del Procurador General en la decisión judicial y del desequilibrio entre esta figura y el contable público.

Por un lado, el TEDH reprueba la capacidad del Procurador General de influir en la decisión del órgano sentenciador en un sentido perjudicial al contable público sin ser contestado por éste. En contra de la declaración inicial de intenciones efectuada por el propio Tribunal, este reproche supone una clara referencia al principio de contradicción, tal y como ha sido formulado en numerosas sentencias (entre ellas, *Vermeulen*, *Lobo Machado o Kress*). Además, el ministerio público posee dicha capacidad de influencia, no por todas las razones señaladas en la conclusión –como se dice en ella–, sino sólo por su presencia en la audiencia, que le permite participar en los debates y manifestar su opinión ante los miembros del Tribunal de Cuentas. Dicho de otro modo, el hecho de que el Procurador General –y no el contable público– sea informado de la opinión del ponente, es irreprochable desde la perspectiva de la contradicción, ya que ello no determina la capacidad del ministerio público de influir en la decisión judicial por medio de documentos u observaciones no conocidos o discutidos por el contable. En cualquier caso, la apreciación del quebrantamiento del artículo 6-1 del Convenio debido a la falta de acceso del contable público a una audiencia en la que sí está presente el Procurador General, es, al menos, coherente con la jurisprudencia anterior del Tribunal acerca del principio de contradicción.

Por otro lado, el Tribunal menciona en dos ocasiones el desequilibrio existente entre el contable público y el Procurador General, lo que, según razóné, ha de entenderse como una alusión velada al principio de igualdad de armas, dado que tal desequilibrio sólo puede vulnerar el derecho a un proceso equitativo si se concibe que los dos implicados deben contar con medidas sustancialmente equivalentes para sostener sus respectivas posturas. Por eso, mucho importa que el Procurador General sea calificado o no como parte. De obtener esta calificación, el ministerio público estaría vinculado al principio de igualdad de armas y la tenencia de cualquier información desconocida por el contable le situaría en una posición ventajosa respecto de éste –incompatible con el referido principio–. En cambio, en el caso de no tener dicha calificación, el ministerio público quedaría excluido del ámbito del principio de igualdad de armas, pudiendo disponer de información adicional a la obtenida por el contable sin contravenir el artículo 6-1 del Convenio, pues dicho principio no tiene por objeto garantizar el equilibrio entre una parte y quien no lo es.

En definitiva, en lugar de la «apreciación global» propuesta inicialmente, el TEDH enjuicia el procedimiento ante el Tribunal de Cuentas recurriendo a argumentos propios de los principios tradicionales de su jurisprudencia en esta materia, aunque no los menciona de forma expresa. Asimismo, al igual que hacía en el *asunto Reinhardt y Slimane-Kaïd*, utiliza el lenguaje de la igualdad de armas sin entrar en el debate sobre la condición de parte del ministerio público, probablemente porque para justificarla tendría que acudir de nuevo a la teoría de las apariencias, tan criticada doctrinalmente. Esquivar tal debate constituye, a mi entender, el punto más débil del *asunto Martinie*, ya que es preferible emplear una teoría endeble para razonar una proposición que prescindir de todo argumento y darla por supuesta (cuando dicha proposición no es, en absoluto, evidente).

## II. EL PROCEDIMIENTO ANTE EL CONSEJO DE ESTADO

La queja del demandante relativa a este procedimiento concierne a la participación del Comisario del Gobierno en la deliberación del Consejo de Estado. En este punto, la defensa del Gobierno francés pone de relieve los esfuerzos realizados para ajustar la figura del Comisario a la jurisprudencia del Tribunal. De este modo, la posición gubernamental se asienta en la distinción entre la presencia activa y pasiva de dicha institución: la primera había sido censurada en el *asunto Kress* (en el que el Tribunal había apreciado la quiebra del derecho a un proceso equitativo por la «participación» del Comisario en la deliberación), pero la segunda era posible. Para probar la relevancia dada a dicha distinción, la cual ya había sido mencionada en el *asunto Loyen y otro*, el Gobierno se refiere a las instrucciones del Presidente de lo Contencioso del Consejo de Estado, así como al Decreto 2005-1586, medidas encaminadas a impedir la utilización de la palabra por el Comisario en la deliberación, pero a asegurar su asistencia a la misma con el fin de permitirle conocer las razones por las que el órgano sentenciador se adscribe a su opinión o se aleja de ella.

Al enfrentarse a esta cuestión, el TEDH sigue un discurso en dos fases: en primer lugar, aclara lo que quiso decir en el *asunto Kress*, y en segundo lugar, analiza si procede separarse o no de la solución mantenida en dicho asunto.

Por lo que se refiere a la primera parte de su razonamiento (§ 53), el Tribunal subraya que, aun cuando en la parte dispositiva del *asunto Kress* se declaraba la violación del artículo 6-1 del Convenio por la «participación» del Comisario del Gobierno en la deliberación del Consejo de Estado, en los fundamentos de esta resolución judicial se hacía uso tanto de este término como de otros («presencia» y «asistencia»). Añade el Tribunal que la lectura de los hechos, los argumentos presentados por las partes y los motivos esgrimidos en la fundamentación del *asunto Kress* muestra claramente que en el mismo los términos mencionados se utilizaron como sinónimos, condenándose la sola presencia del Comisario del Gobierno en la deliberación, ya fuera activa o pasiva. Además, esta interpretación es la que se deriva de la jurisprudencia del Tribunal que censuró, no solamente la participación con

voz consultiva del Abogado General en la deliberación del Tribunal de Casación belga (*asuntos Borgers y Vermeulen*), sino también la presencia del Procurador General adjunto en la deliberación del Tribunal Supremo portugués (*asunto Lobo Machado*) y la sola asistencia del Abogado General a la deliberación de la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación francés (*asunto Slimane-Kaïd*); jurisprudencia fundada en la teoría de las apariencias y en el hecho de que los ministerios públicos en cuestión manifestaban públicamente su opinión sobre el caso antes de la deliberación<sup>32</sup>.

En cuanto a la segunda parte de su discurso sobre el procedimiento ante el Consejo de Estado (§ 54), el TEDH es todavía más expeditivo. Puesto que no puede alejarse de sus propios precedentes sin un motivo válido, en aras de la seguridad jurídica, la previsibilidad y la igualdad ante la ley, y dado que no existe tal motivo, el Tribunal mantiene la solución alcanzada en el *asunto Kress*, declarando la violación del artículo 6-1 del Convenio como consecuencia de la presencia del Comisario en la deliberación del Consejo de Estado.

En el análisis de la motivación del *asunto Martinie* sobre el Comisario del Gobierno llama la atención el desinterés del Tribunal por considerar los cambios introducidos en la actuación de esta institución. Prueba de este desinterés es que el Tribunal se limita a realizar una interpretación auténtica del *asunto Kress* a la luz de la fundamentación de esta sentencia y de la jurisprudencia en la materia, para consecutivamente descartar la existencia de razones por las que separarse de este precedente. Mediante la aclaración de la cuestión semántica el TEDH pone de relieve que el primer pronunciamiento sobre la figura del Comisario proscribía, además de su participación en la deliberación, su mera asistencia. Tal aclaración resulta, en buena medida, innecesaria, ya que pocos dudaban del significado de la condena contenida en el *asunto Kress*, sobre todo, tras la confirmación que supuso el *asunto Loyen y otro*<sup>33</sup>. Lo que se intentaba por medio de la distinción de referencia (entre presencia activa y pasiva) no era revelar al Tribunal lo que quiso decir cuando condenó la participación del Comisario en la deliberación del Consejo de Estado –como erróneamente da a entender el Gobierno francés con su defensa–, sino crear un contexto nuevo en el cual la actuación de esta institución fuese valorada bajo un prisma distinto. Intento baldío, toda vez que el Tribunal no entra en la discusión ni concibe como una situación diferente que merezca su atención la derivada del Decreto 2005-1586, que no es siquiera mencionado<sup>34</sup>. En el fondo, siguiendo a F.

<sup>32</sup> La cita de jurisprudencia que hace el Tribunal es un tanto imprecisa, dado que de las sentencias mencionadas únicamente *Borgers* se basaba en la teoría de las apariencias.

<sup>33</sup> Ni siquiera F. SUDRE, quien, como se señaló con anterioridad (nota 26), abogaba por la normalización de las relaciones entre el Consejo de Estado y el Tribunal de Estrasburgo a partir del Decreto 2005-1586, tenía duda alguna sobre la disconformidad con la jurisprudencia europea de la interpretación inspiradora de dicha norma según la cual «asistir no es participar» (op. cit., pg. 293).

<sup>34</sup> El hecho de que no se mencione el nuevo texto del Código de Justicia Administrativa en la fundamentación del *asunto Martinie*, es objeto de crítica en la opinión parcialmente disidente de los Jueces Costa, Caflich y Jungwiert. Para ellos, al prescindir de dicha

JOSÉ AMÉRIGO ALONSO

ROLIN<sup>35</sup>, puede decirse que con una argumentación tan abrupta el TEDH marca netamente su autoridad, por lo que, al margen de la cuestión tratada, la sentencia dictada en el *asunto Martinie* será considerada como una decisión mayor en cuanto a la afirmación por dicho Tribunal de su *juridictio* respecto de los órganos judiciales nacionales<sup>36</sup>.

\* \* \*

El *asunto Martinie* no es un punto ni de inflexión ni de llegada.

Está claro que, en cuanto al tratamiento de la figura del Procurador General ante el Tribunal de Cuentas, la sentencia estudiada no representa un cambio radical con respecto a los precedentes en la materia. Más bien al contrario, sigue la estela de los pronunciamientos aludidos en las primeras páginas de este trabajo, con algunas variaciones que se advierten en el razonamiento del Tribunal. La principal novedad a este respecto radica en la pretensión declarada del TEDH de adoptar un punto de vista genérico para enjuiciar la compatibilidad de la labor de un ministerio público con el derecho a un proceso equitativo. Sin embargo, esta novedad no es tal, puesto que, según intenté demostrar antes, el Tribunal se apoya en los principios de igualdad de armas y contradicción, es decir, los tradicionales de su jurisprudencia acerca de los ministerios públicos, con el objeto de razonar la quiebra del artículo 6-1 del Convenio. Y lo que es más grave: la declaración favorable a una apreciación global de la intervención del Procurador General en el procedimiento ante el Tribunal de Cuentas, además de ser engañosa, ha servido para añadir confusión al discurso conducente a la violación del precepto citado. Salvo cuando examina la falta de acceso del contable público a la audiencia ante el Tribunal de Cuentas, la cual se estima contraria a los postulados de la contradicción, así como la asistencia del ponente a la deliberación, que se califica de legítima y justificada, el Tribunal ve problemas en las demás quejas suscitadas por el demandante en relación con el

mención, el Tribunal da la impresión de ser «sordo al diálogo de jueces» y de asentarse en una posición «general, abstracta y dogmática».

<sup>35</sup> La opinión de este autor sobre la resolución judicial de referencia puede encontrarse en <http://frederic-rolin.blogspot.com/archive/2006/04/18/note-sous-cedh-12-avril-2006-martinie-c-france.html>.

<sup>36</sup> Después de esta decisión, el margen existente para adaptación de la figura del Comisario a la jurisprudencia del TEDH se ve reducido considerablemente. En cuanto a las opciones para llevar a cabo dicha adaptación, tiene gran relevancia el parecer expresado en una entrevista (publicada en *AJDA* núm. 17, 2006, pgs. 900-901) por B. GENOVOIS, dada su condición de Presidente de la Sección de lo Contencioso del Consejo de Estado. GENOVOIS plantea una elección entre dos posibles soluciones: la atribución al justiciable de la facultad de solicitar que el Comisario no asista a la deliberación, como fórmula de cuasi-recusación; y la derogación de la disposición del Código de Justicia Administrativa que prevé la asistencia de esta figura en la deliberación sin tomar parte en ella (si bien esta segunda posibilidad debería ir acompañada de algún mecanismo que le permita tener «un conocimiento íntimo» de la jurisprudencia del Consejo de Estado, ya sea mediante una comunicación del presidente de la formación juzgadora, ya por medio de una «video-transmisión» de la deliberación).

ministerio público sin detallar por qué los ve; de este modo, espera a la conclusión contenida en el párrafo 50 para acumular argumentos que, a su entender, plasman meridianamente el quebrantamiento del derecho a un proceso equitativo. Parece como si mediante dicha acumulación el TEDH pretendiese demostrar lo evidente de su razonamiento, cuando éste, en realidad, no se sostiene tras una segunda lectura.

Tomando en consideración la evolución jurisprudencial de la que el *asunto Martinie* es el eslabón último (en un sentido temporal), es de esperar que dicha evolución no se detenga aquí. Como denuncian en su opinión parcialmente disidente los Jueces Costa, Caflich y Jungwiert, la jurisprudencia del Tribunal en esta materia ha sucumbido a «las tentaciones de la uniformidad». Ahora bien, esta tendencia se refleja mucho más en la parte dispositiva de las resoluciones judiciales estudiadas que en su fundamentación. Para empezar, los elementos de la actuación de los ministerios públicos que se enjuician no son los mismos en todos los casos, circunstancia que no puede imputarse al TEDH, ya que éste se pronuncia por congruencia sobre las quejas formuladas por el demandante. Sí pueden, en cambio, atribuirse al Tribunal los continuos cambios en su argumentación, que no le impiden condenar siempre –desde el *asunto Borgers*– la intervención del ministerio público por algún motivo. En esta jurisprudencia–cambiante en cuanto a los medios, que no respecto del resultado– el *asunto Martinie* no parece haber dado con la motivación definitiva, porque deja muchas dudas sin disipar.

Tales dudas pueden resumirse en una: ¿es o no parte el ministerio público que participa en el proceso como garante de la unidad de la jurisprudencia desde su independencia e imparcialidad? De la respuesta a esta pregunta depende el sometimiento del ministerio público al principio de igualdad de armas y, consiguientemente, la exigencia de un equilibrio entre el mismo y las partes en un sentido tradicional. Lo mínimo que debe pedirse al TEDH es que afronte esta cuestión. Y dada la importancia de la conclusión que alcance, convendría que ésta se fundase en argumentos más sólidos que los que sustentan la teoría de las apariencias.

Por último, la incidencia del *asunto Martinie* en la figura del Comisario del Gobierno merece un comentario aparte. En mi opinión, el Tribunal no ha escogido una buena ocasión para afirmar su autoridad, al no haber sido la misma cuestionada. Es cierto que los esfuerzos para adecuar la institución mencionada a la jurisprudencia europea se basaban en una reinterpretación discutible del *asunto Kress*, pero también lo es que, ante el intento de lograr tal adecuación por medio del Decreto 2005-1586, el TEDH pudo detenerse en el análisis de la nueva situación derivada de esta norma y no lo hizo. En consecuencia, ha perdido una oportunidad idónea para reconsiderar su postura (sobre todo, teniendo en cuenta que, gracias a dicha situación, podía rectificar sin parecer que lo hacía).

En conclusión, tanto en el tratamiento del Procurador General ante el Tribunal de Cuentas como en el del Comisario del Gobierno ante el Consejo

JOSÉ AMÉRIGO ALONSO

de Estado, el TEDH, apoyándose en la fuerza de los precedentes, motiva sus decisiones relativas a ambas figuras de forma insuficiente, bien porque no justifica todas las premisas de las que parte –en el primer caso–, bien porque ignora los cambios introducidos con respecto a sus anteriores resoluciones –en el segundo–. Puede decirse que estas lagunas en el razonamiento del Tribunal, que difícilmente obedecen a un descuido, son consecuencia de su negativa a descender a una explicación detallada de algo sobre lo que ya se ha pronunciado, por lo que cabe entender la sentencia comentada como un «golpe de autoridad». Ahora bien, de la misma manera que, a juicio del Tribunal, hacer justicia no es suficiente, sino que hay que aparentar además que se hace, tampoco debería bastar con realizar demostraciones de autoridad, sino que ésta tendría que sustentarse en una argumentación consistente, cosa que no sucede en el *asunto Martinie*.