

DEFENSA E ILUSTRACION DE UNA ADMINISTRACION QUE SE JUZGA A SI MISMA

Por
ANA ISABEL SANTAMARÍA DACAL
Letrada del Consejo de Estado

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DUALIDAD JURISDICCIONAL FRANCESA FRENTE A UNIDAD JURISDICCIONAL ESPAÑOLA.—III. CRÍTICAS Y DEFENSAS: a) *Dos críticas inicialmente irrelevantes.* b) *Sobre la ineficacia de algunos elementos del contencioso francés.* c) *Las críticas de carácter estructural.* d) *La controvertida figura del commissaire du gouvernement.*—IV. CONCLUSIONES.

Preguntaban a Solón si las leyes que había dado a los Atenienses eran las mejores.

«Les he dado —respondió— las mejores de aquellas que pueden sufrir».

(MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Libro XIX, Capítulo XXI.)

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 1 de enero de 2001 entró en vigor en Francia el nuevo Código de justicia administrativa; una ambiciosa obra normativa que no supone una reforma sustantiva de la jurisdicción administrativa francesa, sino una simple codificación «a Derecho constante» (por utilizar la expresión francesa), un código único en el que se refunden todas las disposiciones legislativas y reglamentarias —hasta ahora muy dispersas y muchas de ellas muy antiguas— por las que se rige la justicia administrativa en Francia. Como ha señalado uno de los autores de este nuevo texto, se trata simplemente de «dar nueva forma», para poder eventualmente, en un segundo tiempo, reformar mejor (1).

La idea de estabilidad, casi de perpetuidad, que para el jurista español evoca la codificación contrasta con la situación real en que se encuentra la justicia administrativa francesa: tras más de siglo y medio en que ha reinado como modelo indiscutido, los últimos quince años se han caracterizado por un intenso movimiento de autocrítica y de crítica externa del contencioso francés.

(1) «... il s'agit seulement de "reformer" pour pouvoir éventuellement, dans un second temps, mieux réformer». Jacques ARRIGHI DE CASANOVA, *Le Code de la justice administrative*, «L'Actualité juridique-Droit administratif», 20 julio/20 agosto 2000.

Este movimiento crítico estalló en 1987, tras la aprobación de la última y más importante reforma del contencioso francés (2); en él, frente a críticas más o menos irrelevantes o secundarias (y, por otra parte, generalizables al contencioso-administrativo de casi todos los países de nuestro entorno), se ha llegado a poner en cuestión la existencia del propio sistema francés.

El presente estudio tiene por objeto analizar los distintos argumentos sobre los que se viene construyendo la censura a la justicia administrativa francesa, así como aquellos que pueden utilizarse en su defensa. Un tema —a mi juicio— de gran actualidad, no sólo por el simbólico dato de la próxima entrada en vigor del nuevo *Code*, sino también por la «duda» en que se mueven hoy los juristas de numerosos países iberoamericanos y del Este europeo a la hora de escoger un sistema de justicia administrativa que se adapte a su realidad jurídica y social.

II. DUALIDAD JURISDICCIONAL FRANCESA FRENTE A UNIDAD JURISDICCIONAL ESPAÑOLA

El diseño actual de los sistemas de lo contencioso-administrativo francés y español aparece, *prima facie*, presidido por una aparente divergencia de principio: la dualidad jurisdiccional francesa frente a la unidad jurisdiccional española.

Sin embargo, la importancia de esta «excepción francesa» (según la califica su propia doctrina) debe relativizarse a la vista de la diversidad que reina dentro de la unidad jurisdiccional española. La justicia española es, en efecto, única, pero dentro de la misma puede hacerse una división horizontal por órdenes jurisdiccionales: civil, penal, laboral y contencioso-administrativo.

Sin duda, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo no es en España, como en Francia, una jurisdicción privilegiada o especial (un carácter que sólo tiene en nuestro país la llamada justicia militar), pero sí una justicia especializada. Especializada, en primer lugar, por razón de la materia que delimita el ámbito de su competencia y, en segundo lugar, por la propia especialización que deben tener la mayoría de los miembros de esta jurisdicción. Desde esta perspectiva, el dualismo jurisdiccional francés —gráficamente representado por el binomio *Conseil d'Etat-Cour de Cassation*— no se aleja tanto de la concepción española del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Dicho dualismo suele presentarse como una realidad profundamente enraizada en la historia institucional francesa, aunque siempre ha sido ob-

(2) El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA dio cuenta en nuestro país de las más importantes de estas críticas en su estudio «La crisis del contencioso-administrativo francés: el fin de un paradigma» (recogido en su libro *Hacia una nueva justicia administrativa*, Ed. Civitas, 2.ª edición, 1992).

jeto de las más diversas críticas (3). El clásico debate en torno al dualismo jurisdiccional francés se alimentó principalmente de la crítica hacia la existencia misma de una jurisdicción administrativa y de un Derecho especial para la Administración, el Derecho administrativo. Ahora bien, esta perspectiva del «proceso» a la justicia administrativa, considerada en abstracto, se encuentra hoy totalmente superada: nadie discute ya su necesidad ni su legitimidad. A la vista de la cada vez mayor complejidad del Derecho administrativo (caracterizado por esa «legislación motorizada» de que hablara SCHMITT) y del peculiar funcionamiento de las instituciones públicas (difícilmente asimilable al de una gran empresa, por ejemplo), sólo con ese Derecho específico aplicado por jueces especializados —de una u otra forma— puede garantizarse un verdadero control de la Administración y su efectivo sometimiento a los principios de legalidad y de interés general.

Elevado su reconocimiento al nivel constitucional con la decisión del *Conseil Constitutionnel* de 23 de enero de 1987 (4) y desmitificado su origen en la Ley de 16-24 de agosto de 1790 (5), la crítica al dualismo francés gira hoy en torno a otros argumentos: unos de carácter puramente técnico, no siempre suficientemente fundados; y otros de principio, difícilmente comprensibles fuera del contexto administrativo francés.

Se pasará revista, en primer lugar, a una serie de críticas ya casi tópicas, pero que apenas si suscitan el interés de la doctrina francesa, mucho más centrada en la discusión de los dos aspectos más peculiares (y, quizás por ello, menos comprensibles por la doctrina extranjera) de su justicia administrativa: el ejercicio conjunto de funciones consultivas y contenciosas y la figura del *commissaire du gouvernement*. A ellas tratará de hacerse una referencia más amplia.

III. CRÍTICAS Y DEFENSAS

a) *Dos críticas inicialmente irrelevantes*

Cierto es que la dualidad de jurisdicciones es una fuente de complejidad, pero sus inconvenientes no deben ser exagerados. La línea de división

(3) Sobre las críticas históricas al principio de dualidad de jurisdicciones, vid. François BURDEAU, *Les crises du principe de dualité de juridictions*, «Revue française du Droit administratif», 6 (5), sept.-oct. 1990.

(4) Su considerando núm. 15 establece que «... de acuerdo con la concepción francesa de la separación de poderes, figura entre los "principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República" aquel según el cual, salvo las materias reservadas por su propia naturaleza a la autoridad judicial, corresponde en última instancia a la competencia de la jurisdicción administrativa la anulación o la reforma de las decisiones tomadas, en el ejercicio de prerrogativas de poder público, por las autoridades que ejercen el poder ejecutivo, sus agentes, las colectividades locales de la República o los organismos públicos situados bajo su autoridad o su control».

(5) «*La loi salique de notre droit administratif*», como la denomina George VEDEL en su artículo *La loi des 16-24 août 1790: Texte? Prétexte? Contexte?*, «Revue française du Droit administratif», 6 (5), sept.-oct. 1990.

entre el llamado «juez judicial» (6) y el juez administrativo está hoy bastante bien trazada en el ordenamiento francés, y los bloques de competencia entre ambas jurisdicciones se perciben como sólidos y coherentes. Los casos de conflicto positivo de competencias son escasos, y los de conflicto negativo, escasísimos. El Tribunal de Conflictos (7), jurisdicción encargada de solucionar estos conflictos de competencia entre los dos órdenes jurisdiccionales, apenas si conoce unos cincuenta recursos cada año.

Desde un punto de vista técnico, suelen hacerse dos reproches inicialmente irrelevantes al sistema contencioso-administrativo francés: la separación de jurisdicciones ralentiza los procedimientos al obligar a cada uno de los órdenes a remitir al otro cuestiones prejudiciales, es fuente de complejidad para los justiciables y genera divergencias jurisprudenciales que pueden poner en peligro la seguridad jurídica.

Lo cierto, sin embargo, es que esos mismos reproches podrían hacerse —en cierta medida— al sistema español de unidad jurisdiccional. Es la propia especialidad del contencioso-administrativo la que hace inevitable, como se ha visto, la existencia de un juez particular, un especialista, cuyo ámbito de competencia tiene su límite en los demás órdenes jurisdiccionales: surge así la necesidad de plantear cuestiones prejudiciales, para asegurar un mayor respeto a la ley, y se hacen inevitables ciertas divergencias entre ambas jurisdicciones.

Respecto a *las cuestiones prejudiciales*, su planteamiento se impone cuando el juez administrativo se encuentra con una cuestión previa, necesaria para resolver el fondo del asunto, y que excede de su ámbito de competencia.

La Ley española reguladora de lo contencioso-administrativo trata de evitar en la medida de lo posible su planteamiento, disponiendo en su artículo 4.1 que «la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal y lo dispuesto en los Tratados internacionales».

Sin duda, en el caso francés, la propia naturaleza de su jurisdicción administrativa hace que el planteamiento de cuestiones previas a la jurisdicción judicial sea, al menos en teoría, más frecuente, y de ahí la importancia que la doctrina francesa ha dado tradicionalmente a este problema (que no es observado como tal por la doctrina española).

Al igual que en España, y en orden a lograr una mejor administración de la justicia, en Francia el principio de plenitud de jurisdicción del tribunal competente, de acuerdo con el cual «*le juge du principal est le juge de l'incident*» y «*le juge de l'action est le juge de l'exception*». Este principio de plenitud jurisdiccional encuentra su límite en el propio ámbito material

(6) Es decir, el juez civil o penal.

(7) Presidido por el Ministro de Justicia y compuesto por cuatro consejeros de Estado y cuatro miembros de la *Cour de Cassation*.

de competencia del tribunal correspondiente. En el caso del juez administrativo, debe plantear al llamado «juez judicial» las cuestiones que sean necesarias para resolver el fondo del asunto y que escapen del ámbito de competencia de la justicia administrativa.

La jurisprudencia administrativa francesa, sin embargo, viene limitando los supuestos en los que debe plantearse una cuestión prejudicial a través de la teoría del «acto claro», de modo que si se estima que el acto de naturaleza no administrativa cuya validez o existencia debe ser conocida para la resolución del asunto es un acto «claro», en el sentido de que no plantea dudas al juez administrativo, puede pronunciarse sobre este tema sin necesidad de plantear la cuestión prejudicial (8).

Así, como indica LAFERRIÈRE, sólo será necesario el pronunciamiento del juez judicial cuando la cuestión plantee una dificultad real de naturaleza tal que haga nacer una duda en un espíritu claro (9).

De esta forma, la teoría del acto claro, unida a la plenitud jurisdiccional del juez penal (10), permiten disminuir sustancialmente el número de cuestiones prejudiciales a plantear por los tribunales administrativos y, por tanto, limitan su efecto general sobre la duración de los procedimientos.

En cuanto a *las divergencias jurisprudenciales*, tampoco son un fenómeno privativo del modelo francés de jurisdicción contenciosa sino, de nuevo, un resultado de la especificidad de la materia administrativa. Diferencias hay entre la jurisprudencia de la *Cour de Cassation* y la jurisprudencia del *Conseil d'Etat* como las hay entre las distintas salas del Tribunal Supremo español, entre las distintas secciones de una misma sala o entre las salas de lo contencioso-administrativo de los distintos Tribunales Superiores de Justicia. La unidad de fueros no permite sin más evitar toda divergencia. Por otra parte, se aprecia claramente en Francia una tendencia a unificar la jurisprudencia y a eliminar las diferencias con el paso del tiempo. Es bien conocido el *arrêt Nicolo*, de 20 de octubre de 1989 (11).

(8) La decisión del *Conseil d'Etat Société anonyme «Le Peignage de Reims»*, de 4 de marzo de 1960, habla en este sentido de la necesidad de una «contestación seria» sobre la validez de un convenio colectivo de trabajo, que obliga al planteamiento de la cuestión prejudicial.

(9) «une difficulté réelle ..., de nature à faire naître un doute dans un esprit éclairé». LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2.^a edición, 1896.

(10) El artículo 111-5 del Código penal francés (que entró en vigor el 1 de marzo de 1994) establece que «les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels, et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis».

(11) Durante largo tiempo, el *Conseil d'Etat* y la *Cour de Cassation* sostenían criterios divergentes en relación con la cuestión de si el juez (administrativo o judicial) podía simplemente no aplicar una ley que consideraba contraria a un tratado cuya fecha de entrada en vigor fuese anterior a la de la ley. Hasta la mencionada decisión, el *Conseil d'Etat* consideraba que la ley contraria a un tratado anterior no podía ser contestada por desconocimiento del artículo 55 de la Constitución francesa, y rechazaba su inaplicación alegando que el juez administrativo no debe pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, en su decisión de 15 de enero de 1975, relativa a la ley sobre la interrupción voluntaria del embarazo, el *Conseil Constitutionnel* estableció que una ley contraria a un tratado no es necesariamente contraria a la Constitución, posición que inmediatamente

Un caso más reciente es el del *arrêt Conseil d'Etat Section 29 mars 2000, Assistance Publique – Hospitaux de Paris* (12); esta decisión, unida a otras anteriores de gran importancia —como, por ejemplo, en el asunto *Letisserand* (13), en el que el *Conseil d'Etat* aceptó por primera vez indemnizar el llamado *pretium doloris*—, contribuye a eliminar las diferencias entre la jurisprudencia civil y la administrativa en materia de responsabilidad patrimonial, ámbito en el que el Consejo de Estado se había mostrado tradicionalmente más severo con las víctimas.

En cualquier caso, las divergencias siguen existiendo, y en algunos casos puede incluso esgrimirse en su favor que no deben tratarse de forma equivalente situaciones que no siempre son idénticas, como la responsabilidad patrimonial por daños producidos en un hospital público o en una clínica privada, supuestos sometidos a regímenes jurídicos diversos. Así, por ejemplo, desde la decisión *Bianchi*, de 9 de abril de 1993, el *Conseil d'Etat* abrió la vía de la responsabilidad sin falta para las víctimas de ciertos errores quirúrgicos, sobre la base del principio de la obligación de resultado, posibilidad que ha rechazado hasta el momento la *Cour de Cassation*.

En otros casos, la *Cour de Cassation* se inspira en las soluciones jurisprudenciales desarrolladas por el *Conseil d'Etat*. Se instala así frecuentemente lo que STIRN llama «un fructuoso diálogo entre los jueces».

b) *Sobre la ineficacia de algunos elementos del contencioso francés*

Otro conjunto de críticas se refieren a elementos concretos del procedimiento contencioso-administrativo francés, como la insuficiencia del llamado recurso de exceso de poder, la ineficacia en la ejecución de las sentencias o en la adopción de medidas cautelares.

Sin duda, algunos de estos elementos de crítica (cuyo contenido, por otra parte, no es totalmente ajeno al ámbito español) están algo más fundados que los examinados en el apartado anterior y revisten una mayor importancia. De ahí que, aunque no constituyan directamente parte del objeto del presente estudio (que pretende más bien mostrar las críticas al sistema de justicia administrativa francesa en cuanto tal, más que a sus elementos concretos), sea conveniente dedicarles algunas líneas.

aceptó la *Cour de Cassation*, concluyendo que si la discrepancia de una ley con un tratado anterior no era una cuestión de constitucionalidad, el juez ordinario podía hacer prevalecer el tratado sobre la ley (decisión *Cafés J. Vabré*, 24 de febrero de 1975). En el ámbito contencioso-administrativo, por el contrario, la postura inicial se mantuvo hasta 1989, año en que, con el citado *arrêt Nicolo*, se eliminó esta importante divergencia jurisprudencial.

(12) Por el que el *Conseil d'Etat* introdujo un importante cambio en su jurisprudencia en materia de responsabilidad patrimonial, al declarar heredable el derecho al resarcimiento de los perjuicios morales derivados del contagio de hepatitis C en un hospital público. Hasta la fecha, la *Cour de Cassation* había reconocido ese carácter en los casos de responsabilidad civil por contagios producidos en clínicas privadas, que había sido negado por la jurisprudencia administrativa.

(13) CE Ass., 24 novembre 1961.

Por lo que respecta, en primer lugar, al *recurso de exceso de poder*, es fácil caer en la tentación de definirlo como una bella creación de la ciencia jurídica francesa del siglo XIX que habría perdido hoy toda su utilidad práctica. Esta afirmación parte, en cierta medida, de un desconocimiento de las posibilidades que, aun actualmente, sigue ofreciendo esta figura.

El recurso de exceso de poder es, como decía LAFERRIÈRE, «un proceso hecho a un acto», es decir, un recurso de carácter objetivo o de pura legalidad. Así, este recurso presenta la ventaja de que el recurrente juega necesariamente el papel de «un ministerio público persiguiendo la represión de una infracción» (HAURIUO), es decir, que actúa en defensa de la legalidad, y que, como señala acertadamente CHAPUS (14), si el juez anula la decisión «no será para reparar el daño causado al recurrente; será para asegurar el restablecimiento de la legalidad desconocida. Si el interés personal del recurrente se encuentra satisfecho, lo será por añadidura».

Este carácter objetivo del recurso de exceso de poder es el que justifica que la legalidad de la decisión administrativa impugnada se examine en relación con el momento en que se dictó; y que, si el acto es considerado ilegal, sea anulado retroactivamente, acordándose su nulidad de pleno derecho.

Por todas estas razones, el recurso de exceso de poder puede ser considerado como un «recurso de utilidad pública», naturaleza de la que pueden deducirse sus dos principales ventajas:

— La posibilidad de utilizarlo contra cualquier decisión administrativa, sin necesidad de un texto que así lo establezca, en virtud de los principios generales del Derecho (*arrêt Dme Lamotte, CE Ass. 17 février 1950*).

— La casi total ausencia de requisitos formales para su ejercicio: el recurrente no precisa la mediación de procurador ni de abogado; y el requisito de legitimación activa es interpretado por la jurisprudencia de una forma extraordinariamente amplia.

La configuración de este recurso permite, en definitiva, a cualquier ciudadano, directa o incluso muy indirectamente, afectado por una decisión administrativa tomar una hoja de papel e impugnar aquella sin necesidad de articular para ello una compleja argumentación jurídica. El juez administrativo, que deberá examinar algunas cuestiones de oficio (15), hará ese trabajo por él.

Otro de los grandes reproches tradicionalmente dirigidos al contencioso-administrativo francés es el de la *ineficacia en la ejecución de sus sentencias*. En 1962, el profesor RIVERO utilizó, en un conocido artículo (16), la imagen de un indio del Canadá que visitaba el *Conseil d'Etat* y se sorpren-

(14) *Droit du contentieux administratif*, Ed. Montchrestien, 8.ª edición, 1999.

(15) Competencia del autor del acto; eventual existencia de responsabilidad objetiva; desconocimiento del ámbito de aplicación de la Ley; retroactividad de una norma reglamentaria; desconocimiento del principio de cosa juzgada; etc.

(16) Jean RIVERO, *Le huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir*, Dalloz, 1962, págs. 37-42.

día de que una creación tan elegante pudiera tener en ocasiones tan pocas consecuencias prácticas para el recurrente, que no obtendría sino la anulación teórica de la decisión.

Las cosas, sin embargo, han cambiado sustancialmente a fecha de hoy. Sin duda, la ejecución de una sentencia por la que se declara la nulidad de pleno derecho de un acto administrativo puede presentar una gran complejidad por su eficacia retroactiva; y sin duda también —aunque en casos bastante escasos—, el recurrente que ganó el proceso puede verse enfrentado a la mala fe de la Administración en el respeto a la autoridad de la cosa juzgada. Para solucionar estas dificultades, el legislador y el ejecutivo francés han ido introduciendo varios procedimientos:

1. El primero de ellos —creado por Decreto de 30 de julio de 1963— puede calificarse como una ayuda jurídica a la ejecución. Para los casos en que se presente una resistencia de la Administración a ejecutar la sentencia de la jurisdicción administrativa, el recurrente puede solicitar de ésta una intervención informal para incitar a aquélla a cumplir su decisión.

2. La Ley de 6 de julio de 1980 reforzó este mecanismo al permitir al juez administrativo condenar a la Administración que se resista a dar ejecución a una sentencia condenatoria al pago de una multa coercitiva por día de retraso (*astreinte*).

3. Pero, sobre todo, la Ley de 8 de febrero de 1995 ha derogado la gran regla —no escrita— según la cual el juez del exceso de poder no podía condenar a la Administración a obligaciones de hacer o de no hacer, es decir, no podía dirigirle *injonctions*. La citada Ley de 1995 permite al recurrente solicitar al juez administrativo que anule la decisión impugnada y que dicte la correspondiente condena de hacer o de no hacer contra la Administración para hacer efectivo aquel pronunciamiento. El juez podrá acompañar su condena o *injonction* con una multa coercitiva por día de retraso en la ejecución de aquélla.

4. Por último, no puede dejar de mencionarse la labor desarrollada por la *Section du Rapport et des Etudes* del *Conseil d'Etat*, entre cuyas heterogéneas labores se cuenta la de instar a la Administración condenada a la ejecución de los *arrêts* de lo contencioso-administrativo, actuando a instancias del interesado.

No es, por tanto, un sistema muy diferente al español. Además, hay que recordar que el recurso de exceso de poder no es la única vía abierta a los recurrentes: existe también el llamado recurso de plena jurisdicción, contencioso subjetivo utilizado principalmente en materia de responsabilidad, fiscal y electoral. En este caso, el juez administrativo tiene el poder no sólo de anular el acto impugnado, sino también de dictar condenas pecuniarias y, más generalmente, de sustituir aquél por su propia decisión.

Por último, una breve mención a *las medidas cautelares* en el contencioso-administrativo francés. En esta materia, la Ley de 30 de junio de

2000 (17) ha reforzado las posibilidades de suspensión precautoria de la ejecución del acto (*sursis à execution*), que podrá ser acordada con carácter urgente por un solo juez (ya no por una formación colegial) bajo la única condición de que la o las alegaciones creen una «duda seria» en cuanto a la legalidad de la decisión impugnada. No muy lejos de la tesis del *fumus boni iuris*, por tanto.

c) *Las críticas de carácter estructural*

Mayor complejidad presenta el análisis de las críticas que hemos llamado «de principio», que aluden a las dos características verdaderamente diferenciadoras del contencioso francés: por una parte, su atribución a un cuerpo de funcionarios, no de magistrados judiciales en sentido estricto; por otra parte, la acumulación en un mismo órgano de funciones consultivas y jurisdiccionales.

Son éstas las dos notas que centran hoy el debate en torno al dualismo jurisdiccional francés (18). La postura crítica (19) insiste en el carácter de privilegio jurisdiccional que tiene la justicia administrativa en Francia, y se apoya en el artículo 6 de la Convención Europea de los Derechos Humanos para reclamar su reforma; por el contrario, sus defensores insisten en el fuerte arraigo que el sistema tiene en la tradición francesa (20) y en la eficacia que, hasta la fecha, ha demostrado éste para armonizar el espíritu de la Administración y el sentido de la justicia (21).

Una idea late bajo esta concepción específicamente francesa de la justicia administrativa: el tradicional principio «*juger l'administration, c'est encore administrer*», la convicción de que el juez administrativo debe ser no sólo un juez especializado en la materia administrativa, sino un juez imbuido del espíritu de la Administración. De ahí que los jueces administrativos franceses, aun siendo calificados como magistrados (en el caso de los tribunales administrativos y cortes administrativas de apelación) ya desde la Ley de 1986, se rijan por el estatuto general de la función pública y desarrollen, junto a sus funciones jurisdiccionales, otras propiamente administrativas.

(17) Sobre las novedades introducidas por esta reforma, vid. Daniel LABETOULLE, *Le projet de réforme des procédures d'urgence*, «Actualité Juridique-Droit Administratif», número especial, 1999, pág. 79.

(18) Georges VEDEL, *La loi de 16-24 août 1790: texte, prétexte, contexte?*, «RFDA», 1990; Didier TRUCHET, «Fusionner les juridictions administrative et judiciaire?», en *Mélanges Auby*, Dalloz, 1992; *Mauvaises et bonnes raisons de mettre fin au dualisme juridictionnel*, «Revue Justices», 1996, núm. 3.

(19) Minoritaria sin duda en Francia, pero que ha tenido algunas manifestaciones importantes, como el discurso de apertura del año judicial 2000 por el presidente de la *Cour de Cassation*.

(20) Se trata de un «*mode de fonctionnement profondément ancré dans la tradition française*» (Conclusions J. C. Bonichot, CE Section 5 avril 1996, *Syndicat avocats de France*).

(21) Se trata, en términos actualizados, del objetivo que definió el propio Napoleón, al expresar, en 1806, su voluntad de que el *Conseil d'Etat* fuese «*un corps demi-administratif, demi-judiciaire*».

La caracterización de los miembros de los tribunales administrativos, cortes administrativas de apelación y del propio *Conseil d'Etat* como *funcionarios del Estado no pertenecientes al estamento judicial* genera una cierta apariencia de justicia parcial, pues podría resultar demasiado complaciente con la Administración al impartirse en su seno. Pero ¿cuáles son las consecuencias prácticas de esta caracterización como funcionarios, y no como magistrados?

La primera es la del propio mecanismo de selección de los miembros de la jurisdicción administrativa, que se efectúa a través de la ENA o mediante el llamado «turno exterior», y que no hace tanto hincapié en la formación jurídica de sus miembros, sino en su cultura administrativa. Ello enlaza con una segunda consecuencia: los miembros de la jurisdicción administrativa francesa tienen ocasión de desempeñar, a lo largo de su carrera, funciones estrictamente administrativas, lo que no siempre ocurre en el caso de los magistrados judiciales. Hasta aquí, nada hay que oponer a un sistema más volcado en la experiencia de la Administración, pero que sin duda se complementa, en la práctica, con un profundo conocimiento del Derecho administrativo francés.

Por último, el hecho de que los jueces administrativos franceses no sean magistrados en sentido estricto permitiría también concluir que, en principio, no les es aplicable la nota de la inamovilidad, elemento fundamental para garantizar la independencia jurisdiccional. Lo cierto, sin embargo, es que los principios del estatuto general de la función pública (entre los cuales está el de movilidad) son adaptados a la especificidad de las funciones de los jueces administrativos por diversas disposiciones legislativas y reglamentarias.

En este sentido, señala ARRIGHI DE CASANOVA (22) que si bien es claro que los miembros de la jurisdicción administrativa son funcionarios del estatuto general, lo es igualmente que «están llamados a ejercer funciones de magistrado, y que el principio constitucional de independencia de la jurisdicción administrativa correría el peligro de perder toda eficacia si la de los jueces que la componen no fuese asegurada a un nivel adecuado».

Hasta 1986, la legislación estatutaria contenía una laguna en este punto, que fue llenada por la Ley núm. 86-14, de 6 de enero, por la que se fijan las reglas que garantizan la independencia de los miembros de los tribunales administrativos y cortes administrativas de apelación. Esta disposición no hizo sino plasmar en un texto legal la inamovilidad de hecho que existía hasta ese momento, ante la extrema reserva mostrada por el gobierno en la gestión del cuerpo de los tribunales administrativos.

De carácter puramente fáctico sigue siendo la inamovilidad de los miembros del *Conseil d'Etat*, no consagrada en ningún texto positivo pero ampliamente demostrada en la práctica. Así, dice CHAPUS que se trata de una tradición tal que es más protectora de lo que lo serían los mejores textos (23).

(22) *Op. cit.*, núm. 1.

(23) «*Une tradition telle qu'elle est plus protectrice que ne le seraient les meilleurs textes*». CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 8.^a edición, 1999.

Suele citarse en este punto el conocido *arrêt Canal, Robin et Godot* (CE Ass. 19 octubre 1962), por el que el *Conseil d'Etat* no dudó en demostrar su independencia frente al ejecutivo en un tema especialmente sensible, anulando un decreto legislativo del general De Gaulle que creaba una corte militar de justicia como jurisdicción de excepción.

Otra de las objeciones estructurales al modelo francés de jurisdicción contencioso-administrativa radica en *el ejercicio conjunto de funciones consultivas y jurisdiccionales* por los miembros de esta jurisdicción.

Esta acumulación de funciones se produce sobre todo en el *Conseil d'Etat*, que, además de ser el supremo juez administrativo en Francia, ejerce funciones consultivas semejantes a las del Consejo de Estado español: su intervención es preceptiva en la redacción de todos los proyectos de ley y la mayoría de los Decretos. Asimismo, desempeña un importante papel de asesor jurídico del Gobierno en relación con cuestiones concretas sobre las que se le interroga y, en fin, lleva a cabo estudios de carácter general, sea a petición del Primer Ministro, sea por iniciativa propia, a través de su *Section du Rapport et des Etudes* (24). Así, cada miembro del *Conseil d'Etat* está adscrito a una sección consultiva y a la sección del contencioso-administrativo, dividiendo su tiempo entre ambas funciones.

Este «polimorfismo» de la jurisdicción administrativa francesa es uno de los componentes esenciales de la concepción de una justicia administrativa basada en el principio *juger l'administration, c'est encore administrer*. De acuerdo con esta concepción, el ejercicio conjunto de ambas funciones hace que se beneficien mutuamente, y permite al *Conseil d'Etat* ser un mejor juez y un mejor consejero.

Sin embargo, esta concepción ha sido puesta en cuestión a la vista de los principios consagrados en el artículo 6 de la Convención Europea de los Derechos Humanos de 1950, particularmente tras los interrogantes suscitados por la conocida decisión *Procola* del Tribunal de Estrasburgo (25). Proviene esta decisión de la impugnación de un asunto juzgado por una formación del Consejo de Estado luxemburgués (el «Comité del Contencioso») en la que cuatro de sus cinco miembros habían concurrido previamente, en la formación consultiva del órgano, a dar su opinión sobre la decisión atacada. El Tribunal de Estrasburgo consideró que el Consejo de Estado luxemburgués vulne-

(24) La estructura interna del *Conseil d'Etat* responde a esta dualidad de funciones. Sus formaciones básicas de actuación son seis secciones:

- De una parte, cinco secciones administrativas (así suele denominarse a las que ejercen las funciones consultivas): interior, finanzas, trabajos públicos, social y la sección del informe y de estudios.
- De otra, la sección del contencioso.

A la cabeza de cada una de esta secciones se nombra un Presidente, y por encima de las mismas existe, en materia administrativa, la *asamblea general*, que, presidida por el Vicepresidente del *Conseil d'Etat*, puede reunirse bajo la forma de asamblea ordinaria o de asamblea plenaria.

(25) TEDH, 28 septiembre 1995, *Assoc. Procola c. Luxembourg*.

ró de esta forma el principio de imparcialidad judicial establecido en el citado artículo 6 (26).

La doctrina francesa considera mayoritariamente que estos pronunciamientos no son extensibles al caso francés (27), pues los miembros de las jurisdicciones administrativas francesas ejercen su doble papel de jueces y consejeros en condiciones que bastan para satisfacer las exigencias de una justicia independiente e imparcial:

— De una parte, porque el sistema de unión de las competencias jurisdiccionales y consultivas en un mismo órgano tiende a favorecer la competencia y, con ello, la independencia del juez administrativo.

— De otra, porque ambos supuestos no son asimilables: la jurisprudencia *Procola* debe situarse en el marco de una institución poco numerosa, en trance de reforma en la época en orden a una mejor separación de sus dos funciones. Por sus dimensiones y por sus propias normas y tradiciones internas de funcionamiento, una situación como la que se dio en Luxemburgo difícilmente puede producirse en el *Conseil d'Etat* francés: es prácticamente imposible que el 80% de los miembros de una formación de juicio hayan sido parte de la sección consultiva que se pronunció sobre el mismo asunto; además, las reglas internas de la sección del contencioso obligan a abstenerse a un miembro del *Conseil d'Etat* que haya participado en la sección administrativa correspondiente y que, por el azar de la atribución de los expedientes, deba conocer de la impugnación contenciosa del mismo (28).

(26) «*La Cour constate qu'il y a eu confusion, dans le chef de quatre conseillers d'Etat, de fonctions consultatives et de fonctions juridictionnelles. Dans le cadre d'une institution telle que le Conseil d'Etat luxembourgeois, le seul fait que certaines personnes exercent successivement, à propos des mêmes décisions, les deux types de fonctions est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de ladite institution. En l'espèce, Procola a pu légitimement craindre que les membres du comité du contentieux ne se sentissent liés par l'avis donné précédemment. Ce simple doute, aussi peu justifié soit-il, suffit à altérer l'impartialité du tribunal en question.*»

(27) Así lo manifestó también el Ministro de Justicia francés, en su respuesta a una pregunta parlamentaria formulada por un diputado el 21 de abril de 1997. Entre los autores que se han pronunciado sobre esta cuestión, cabe destacar M. LONG, *Mon expérience de la fonction consultative du Conseil d'Etat*, «RDP», 1998; M. ROUX, *La fonction consultative du Conseil d'Etat*, «Rev. Administrative», 1999, número especial 6 (II Centenario del Conseil d'Etat); J. MASSOT y T. GIRARDOT, *Le Conseil d'Etat*, «Documentation Française», 1996.

(28) Existe, en este punto, un importante pronunciamiento jurisprudencial: la decisión de la Sección del contencioso del *Conseil d'Etat* de 25 de enero de 1980 (*Gadiaga et autre, Recueil Lebon 1980, p.44s*), en la que se falló que no procedía anular una decisión del Tribunal administrativo de Estrasburgo por el hecho de que su presidente hubiera sido previamente consultado por el prefecto de Bas-Rhin respecto a la legalidad de las medidas que el alcalde de Estrasburgo pretendía adoptar, medidas que constituían el objeto del litigio en cuestión. De la lectura de las excelentes conclusiones del *commissaire du gouvernement*, M. Rougevin-Baville, pueden extraerse varios argumentos para esta posición: en primer lugar, el hecho de que la decisión judicial fue adoptada por una formación colegial; en segundo lugar, el que su participación consultiva previa no constituye una toma de partido pública sobre el fondo del asunto, con lo que no pone en peligro el secreto de la deliberación («*L'essentiel est que chaque juge, pris individuellement, reste totalement libre de son vote, puisque nul ne saura jamais, sauf ses collègues, quelle part il a pris à l'avis, d'un côté, au jugement de l'autre.*»). Estos razonamientos ponen de manifiesto lo lejos que está la con-

Pero, al margen de lo que establecen los textos internacionales vigentes, es interesante plantearse la pregunta de si un recíproco efecto positivo entre las funciones jurisdiccionales y consultivas se produce efectivamente o si, por el contrario, la tarea consultiva perturba la administración de justicia en el orden contencioso-administrativo y la protección de los derechos de los administrados.

En el origen del *Conseil d'Etat*, como cabeza y germen de la actual justicia administrativa, se encontraban las funciones consultivas, y de ellas nacerían posteriormente las de naturaleza contenciosa. Pero si la función consultiva tiene por objeto velar por la legalidad de las disposiciones y actos administrativos, así como por la adaptación de éstos y de la propia ley al objetivo prioritario de la satisfacción del interés general, ello la convierte también, como ha resaltado GAUDEMET (29), en un mecanismo de prevención del contencioso: es decir, que el «control previo» de la legalidad de ciertos actos y disposiciones que lleva a cabo el *Conseil d'Etat* debería, en teoría, reducir el número de contenciosos suscitados por su aplicación.

Sin embargo, esta misma reflexión podría llevar a la conclusión de que, con su intervención en fase consultiva, el *Conseil d'Etat* está en cierta forma prejuzgando los eventuales conflictos que pudieran plantearse en el futuro: el administrado podría pensar que su recurso está condenado al fracaso por el hecho de que el *Conseil d'Etat* participó en la elaboración del texto que ahora se pretende impugnar, dándole su visto bueno y, por tanto, una suerte de «marchamo de legalidad».

Lo cierto es que el contenido de los *avis* (dictámenes) del *Conseil d'Etat* tiene carácter secreto, y sólo se comunica al gobierno, por lo que el interesado en recurrir un Decreto en *Conseil d'Etat* no conoce cuál fue la postura

cepción jurisdiccional francesa de la tradicional teoría de la «virginidad intelectual del juez»: para aquélla, no es mejor juez aquel que no ha tenido contacto alguno con el asunto, sino el que lo conoce mejor.

En cualquier caso, el *commissaire du gouvernement* no deja de indicar (aunque ambigüamente) la necesidad de evitar este tipo de situaciones: «... *Même si son libre arbitre reste théoriquement entier, il sera tenté a priori de défendre son raisonnement initial... Dans son intérêt propre, comme dans l'intérêt de la juridiction administrative, tant dans ses relations avec les parties qu'avec l'administration qui la consulte, mieux vaut qu'il se déporte: il est toujours matériellement possible de demander à un autre conseiller de siéger, ou à défaut, de compléter le tribunal dans les conditions réglementaires. Cette distinction que nous vous proposons correspond à vos propres usages: un membre de vos sections administratives appelé à siéger au contentieux ne se déportera pas s'il a participé à l'examen en section de la question en litige: il se déportera s'il a donné son avis sur elle à titre individuel, par exemple comme conseiller juridique d'un département ministériel. Et pourtant vous êtes nombreux, et vous siégez dans la capitale: a fortiori les membres des tribunaux administratifs, plus facilement isolables dans un monde administratif plus restreint, ont-ils intérêt à se soumettre aux mêmes pratiques, qui deviendront la règle jurisprudentielle si vous nous suivez... Vous pourriez être tentés de penser qu'il n'est pas bon que les tribunaux administratifs conseillent l'administration sur les affaires dont ils connaîtront quelques mois plus tard au contentieux. C'est vrai sans aucun doute si le litige est né: en pareil cas, vos Sections écartent les demandes d'avis. Mais il ne faut pas pousser trop loin le scrupule, au risque de renoncer à la raison d'être de nos juridictions, et l'épèce actuelle le montre assez bien.*»

(29) Yves GAUDEMET, *La prévention du contentieux administratif par les avis du Conseil d'Etat*, «La Revue Administrative», número especial 1999 (*Evolutions et révolution du contentieux administratif*).

de la formación administrativa en relación con el punto concreto. Puede darse incluso el caso de que ese mismo interesado haya presentado ante la sección administrativa observaciones críticas sobre la legalidad del proyecto, de modo que la incertidumbre sobre si éstas fueron o no aceptadas por aquélla (el dictamen es, como en el caso español, no vinculante) podría hacer surgir en él la sensación de que es inútil retomar ante el mismo órgano —si bien ahora actuando en formación contenciosa— unas consideraciones que en su día no convencieron a la formación consultiva.

Estas afirmaciones suelen ser desmentidas alegándose el hecho de que, cada año, la Sección de lo Contencioso del *Conseil d'Etat* anula por razones de legalidad textos a los cuales la correspondiente formación consultiva no había opuesto objeción alguna, lo que constituiría la mejor prueba de la independencia del *Conseil d'Etat* como juez administrativo. Pero el problema sigue radicando en que el carácter secreto de los *avis* no permite verificar este dato, y puede impedir al interesado utilizar la alegación formal de incompetencia en su impugnación de la norma.

Una de las principales diferencias entre el Consejo de Estado español y el *Conseil d'Etat* francés en su papel de órgano consultivo radica en que este último redacta textos, no dictámenes. Es decir, antes de su aprobación por el ejecutivo, el *Conseil d'Etat* corrige, perfecciona y reescribe si es necesario el proyecto de norma que le es remitido por el Gobierno. De esta forma, el texto ya corregido que el *Conseil d'Etat* presenta al Gobierno francés puede coincidir enteramente con el proyecto presentado por el Gobierno, diferir de éste totalmente (señalando, por ejemplo, que determinadas disposiciones no pueden adoptarse) o bien diferir únicamente en algunos puntos. Al nuevo texto redactado por el *Conseil d'Etat* se adjuntan notas explicativas de algunas de las decisiones adoptadas, a veces incluso a solicitud del propio Gobierno. Este no está obligado a seguir el proyecto presentado por el *Conseil d'Etat*, pero en ese caso deberá aprobar la misma redacción que sometió a la consulta del órgano consultivo o, en caso contrario (igual que si no hubiera solicitado su intervención en absoluto), el texto se considera viciado de incompetencia.

La incompetencia es un vicio de los llamados de orden público, que puede ser apreciado de oficio por el juez administrativo y que determina la nulidad de la norma impugnada. Pese a esta posibilidad de apreciación de oficio, puede ser importante para el recurrente conocer si el texto está viciado o no de incompetencia, lo que en principio no está en su mano por el ya mencionado carácter secreto del *avis* del *Conseil d'Etat* y del propio proyecto remitido a éste por el Gobierno.

El carácter secreto de ambos textos tiene un claro fundamento legal (arts. 1 y 6, respectivamente, de la Ley núm. 79-587, de 11 de julio de 1979, sobre la libertad de acceso a los documentos administrativos), pero este estado de cosas resulta cuando menos cuestionable a la vista del ya citado artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, que recoge, entre otros, el principio de igualdad de armas de los litigantes. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Hu-

manos, este principio lleva asociado la facultad del demandante de tener acceso a todos los documentos e informes sobre los cuales el juez podría fundar su decisión, lo que no ocurre en el supuesto arriba descrito.

En su decisión de 31 de julio de 1996 (asunto *Association nationale des avocats honoraires des barreaux français*), el *Conseil d'Etat* actuando en formación contenciosa se limitó a rechazar las alegaciones de vulneración del artículo 6 del Convenio de Roma, señalando que «resulta de la instrucción que el decreto atacado no contiene ninguna prescripción que difiera a la vez del proyecto sometido al *Conseil d'Etat*» —en formación consultiva— «y del proyecto adoptado por el *Conseil*» (30) (supuesto en el que existiría vicio de incompetencia). El demandante debe hacer, por tanto, un acto de fe, y creer en lo que afirma el *Conseil d'Etat*. Sin embargo, en sus conclusiones a este mismo asunto, el *commissaire du gouvernement* subrayó ya la dificultad de armonizar esta decisión con el citado convenio internacional (31). Un caso curioso es el resuelto por *arrêt Ligue Française pour la Défense des droits de l'homme* (CE Ass. 30 junio 2000), en el que el Ministerio de Sanidad «pasó la patata caliente» al *Conseil d'Etat* revelando en su escrito de defensa que el texto impugnado —el aprobado por el Gobierno, en definitiva— respondía exactamente a la versión redactada por la formación consultiva del *Conseil*. Ello no impidió a éste, reunido en Asamblea del Contencioso, anular el Decreto impugnado.

A la vista de esta situación, el *Conseil d'Etat* ha decidido, en una reciente sentencia, modificar su postura en este punto, excepcionando para un caso concreto la regla del secreto establecida por la ley, y ordenando al Primer Ministro comunicar al recurrente el texto de la disposición impugnada que finalmente se aprobó, ya fuese el sometido a dictamen del *Conseil d'Etat* o el redactado por éste, de modo que aquél pueda comprobar si concurre o no el vicio de incompetencia (32).

d) *La controvertida figura del commissaire du gouvernement*

Para finalizar, hay que centrarse en la capital figura del *commissaire du gouvernement*, institución poco conocida y menos comprendida fuera del ámbito jurídico francés, no sólo por su originalidad, sino también por lo ambiguo de su nombre. En torno a ella se vienen centrando, en los últi-

(30) «... qu'il résulte de l'instruction que le décret attaqué ne contient aucune prescription qui différerait à la fois du projet soumis au Conseil d'Etat et du projet adopté par le Conseil».

(31) «eu égard aux seules règles du droit national, il est assez aisé d'écarter cette demande de communication..., la question devient beaucoup plus délicate lorsqu'on l'inscrit dans la seule perspective de la Convention européenne de 1950 et de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (...) Nous n'excluons donc pas que, dans certains concours de circonstances, le refus de communiquer l'avis du Conseil d'Etat demanderait des efforts de justification particulièrement appuyés devant la Cour européenne des droits de l'homme, dont nous ne voyons pas vraiment aujourd'hui comment il conviendrait de les conduire» («AJDA», 1996, pág. 1037, concl. M. Piveteau)

(32) *Arrêt Confédération des Syndicats Médicaux Français*, 7 de julio de 2000.

mos años, las principales discusiones sobre la justicia administrativa francesa.

A pesar de su engañosa denominación, el *commissaire du gouvernement* no es el representante del Gobierno o de la Administración en el proceso contencioso-administrativo, sino simplemente un juez que expone en público con toda independencia su opinión individual sobre el asunto: es lo que se llaman las «conclusiones».

El *commissaire du gouvernement* es designado por el Presidente de la jurisdicción administrativa (Presidente de la Sección del Contencioso en el *Conseil d'Etat*, Presidente de cada Tribunal o Corte Administrativa) entre los miembros de dicha jurisdicción para ejercer esas funciones durante unos años.

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

Como se puede ver, el *commissaire du gouvernement* que actúa en la justicia administrativa francesa presenta ciertas similitudes o características comunes con figuras como los abogados generales de la *Cour de Cassation* francesa, la *Cour de Cassation* belga o el Tribunal administrativo supremo de Portugal, pero suele alegarse como nota diferenciadora que el *commissaire* es parte de la formación judicial, lo que impediría la extensión de la crítica que el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha realizado a las otras figuras mencionadas.

En los últimos diez años, el Tribunal de Estrasburgo ha emitido una serie de decisiones (33) concluyendo que la institución de un abogado general que presenta sus conclusiones en último lugar —sin que las partes tengan después la posibilidad de intervenir—, que dispone de la nota y del proyecto de decisión preparados por el ponente y que asiste a la delibera-

(33) 30 octubre 1991, *Borgers c. Belgique*; 20 febrero 1996, *Vermeulen c. Belgique*; 20 febrero 1996, *Lobo Machado c. Portugal*; 31 mars 1998, *Reinhardt et Slimane Kaïd c. France*.

ción vulnera el derecho a un proceso igualitario consagrado en el artículo 6 de la Convención europea de protección de los derechos del hombre y las libertades fundamentales.

La que podíamos llamar «posición oficial» del *Conseil d'Etat* francés —puntualmente desarrollada en el artículo de Jean-Claude BONICHOT y Ronny ABRAHAM, ambos consejeros de Estado, *Le commissaire du gouvernement dans la juridiction administrative et la convention EDH* (34)— mantiene que las conclusiones del TEDH en los asuntos anteriores no son aplicables al *commissaire du gouvernement*, pues giran en torno a la idea de que el abogado general no es miembro de la jurisdicción, mientras que el *commissaire* sí lo es.

Por el momento, la figura del *commissaire du gouvernement* de la justicia administrativa francesa no ha sido condenada por el TEDH pero, en una decisión de 29 de febrero de 2000 (35), ha declarado admisible la demanda presentada contra el Estado francés por doña Marlène Kress, quien, invocando el artículo 6-1 de la Convención de Roma, alega el carácter no igualitario del procedimiento ante el *Conseil d'Etat* criticando el papel del *commissaire du gouvernement*.

De acuerdo con la tesis antes expuesta, el gobierno francés sostiene:

- que el *commissaire* no es parte en el litigio, sino que pertenece a la formación judicial, si entendemos como tal el conjunto de jueces que concurren a la formación colegial de la decisión jurisdiccional;
- y que, dentro de ella, es un magistrado independiente que desempeña un papel especial: el de manifestar en público sus conclusiones.

La demandante combate las tesis gubernamentales afirmando que el hecho de que el *commissaire du gouvernement* no sea parte en el litigio no le sitúa fuera del campo del principio contradictorio, y que no puede ser asimilado a un miembro de la formación judicial. En este punto, señala que, en virtud del artículo 4 del Código de los tribunales administrativos, el juicio es decidido por tres jueces. Entiende asimismo la demandante que es juez aquel cuya voz deliberativa concurre a reglar el litigio, por lo que el *commissaire du gouvernement*, que participa en la deliberación pero que no vota, no podría ser considerado como juez.

A la vista de estas argumentaciones contrapuestas, se plantean tres preguntas fundamentales: 1) en primer lugar, ¿es el *commissaire du gouvernement* parte de la formación judicial?; 2) en segundo lugar, la intervención del *commissaire du gouvernement*, ¿pone en peligro el principio de igualdad de armas?; 3) y, por último, ¿cuáles son las ventajas que presenta su actuación desde la doble perspectiva de la protección de los derechos de los justiciables y de la eficacia en el funcionamiento de la justicia administrativa?

(34) Publicado en «La Semaine Juridique Edition Générale», 1998, I, núm. 176.

(35) Asunto *Kress c. France*, que podría fallarse en próximas fechas.

1) ¿Es el *commissaire du gouvernement* parte de la formación judicial?

Los *commissaires du gouvernement* son miembros de órgano jurisdiccional administrativo que tienen encomendadas las funciones de *commissaire*, están adscritos a una de las células de base del trabajo de éste (en el *Conseil d'Etat* son veinte, dos por cada subsección de la sección del contencioso), no forman un cuerpo independiente ni existe entre ellos jerarquía. Participan en las sesiones de instrucción que celebra la subsección, analizando el expediente y pasando a exponer su posición en relación con éste una vez han conocido la posición del ponente y de la subsección. De esta forma, las conclusiones que pronuncian en el juicio pueden coincidir o ser contrarias a las del proyecto adoptado por la subsección. La fase de juicio se inicia precisamente con la lectura de las conclusiones del *commissaire*, que se hace en audiencia pública. A continuación, éste asiste a la deliberación secreta de la formación judicial, aunque debe subrayarse la particularidad de que no vota.

Tras esta exposición de la función del *commissaire du gouvernement* puede decirse que el *commissaire* es un verdadero juez, aunque desempeñe una función especial, y ésta es la principal diferencia que presenta la figura con, por ejemplo, el abogado general de la *Cour de Cassation* francesa.

El *commissaire du gouvernement* no es parte en el litigio: no es un representante del Gobierno, ni una suerte de «abogado del Estado al estilo francés» que defienda necesariamente los intereses de la Administración. La defensa de la postura de la Administración en el proceso es asumida por un funcionario del servicio administrativo correspondiente, al igual que el particular contará con su propio abogado.

Creados en 1831 como *commissaires du roi*, y luego rebautizados como *commissaires du gouvernement*, fueron concebidos inicialmente como una suerte de ministerio público que defendería, si no las posiciones del gobierno, al menos los intereses del Estado. Sin embargo, desde el principio, los *commissaires* actuarían demostrando una gran independencia y, ya en 1887, LAFERRIÈRE escribía en su Tratado de la jurisdicción administrativa que concluyen «según la ley y según su conciencia» (36).

Hoy, su estatuto personal y el tipo de funciones que desempeñan, todo conduce a pensar que el *commissaire* es miembro de la formación jurisdiccional (37).

En primer lugar, como ya se dijo, son nombrados entre los miembros del órgano jurisdiccional correspondiente (*Conseil d'Etat*, Cortes administrativas de apelación, Tribunales administrativos), donde han ejercido previamente las funciones de *rapporteur* (ponente). Tras su nombramiento, siguen perteneciendo a todos los efectos a ese órgano. No forman parte, por tanto, de ningún cuerpo independiente o externo a la formación judicial a

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

(37) Así lo ha señalado expresamente el *Conseil d'Etat* en su decisión *Mme Esclatine*, de 29 de julio de 1998, en la que juzgó que el *commissaire du gouvernement* «... participe à la fonction de juger dévolue à la juridiction dont il est membre».

la manera del llamado *parquet* de la *Cour de Cassation* belga o francesa, ni dependen en modo alguno del Gobierno o de cualquier otro poder jerárquico. Y al cesar en sus funciones de *commissaire* volverán a ejercer las de ponente.

Esta independencia del *commissaire du gouvernement* tiene como corolario una absoluta libertad de palabra: no representa la posición del gobierno o de la Administración, ni tan siquiera es un defensor de los intereses generales o un *commissaire* de la ley. El *commissaire* expresa su opinión personal sobre el asunto que se está juzgando, de la misma forma que los restantes miembros de la formación jurisdiccional lo harán a través de su voto, pero con la diferencia de que éstos se manifiestan en el secreto de la deliberación, mientras que aquél expone su postura públicamente. El *Conseil d'Etat* resumió esta peculiar función del *commissaire* en su conocida decisión *Gervaise*, de 10 de julio de 1957:

«tiene por misión exponer las cuestiones que presenta cada recurso contencioso y hacer conocer, formulando con toda independencia sus conclusiones, su apreciación, que debe ser imparcial, sobre las circunstancias de hecho que se desprenden del expediente y las reglas de derecho aplicables, así como su opinión sobre las soluciones a que, según su conciencia, llama el litigio sometido a la jurisdicción a la que él pertenece (...)» (38).

Es precisamente ese carácter de miembro de la formación judicial el que justifica:

— En primer lugar, que el *commissaire du gouvernement* sólo exponga sus conclusiones después de haber oído a ambas partes, dado que la opinión individual de un juez sólo puede formarse y, por tanto, expresarse válidamente tras la clausura del debate.

— En segundo lugar, que las partes no puedan pronunciarse sobre el contenido de esa intervención. Las conclusiones del *commissaire* no están sujetas a réplica, como tampoco lo están las manifestaciones del ponente o la opinión de los demás jueces. De ahí que, estando estas últimas protegidas por el secreto de la deliberación, las conclusiones del *commissaire* sean meramente orales, pues son, como dice CHAPUS, propiedad de sus autores.

— En tercer lugar, que pueda asistir a la deliberación. Es tradicional, sin embargo, que si interviene en el curso de ésta lo haga con una gran

(38) «... il a pour mission d'exposer les questions que présente à juger chaque recours contentieux et de faire connaître, en formulant en toute indépendance ses conclusions, son appréciation, qui doit être impartiale, sur les circonstances de fait de l'espèce et les règles de droit applicables ainsi que son opinion sur les solutions qu'appelle, suivant sa conscience, le litige soumis à la juridiction (...)».

Este mismo razonamiento se ha retomado en la más reciente decisión *Esclatine*, de 29 de julio de 1998, pero no puede dejar de subrayarse que su articulación data de 1957, mucho antes de que se planteara cualquier crítica a la vista del citado artículo 6.1.

moderación, pues tuvo ya una tribuna privilegiada para expresar al resto de los miembros de la formación judicial su opinión sobre el litigio. En este sentido, dicen BONICHOT y ABRAHAM que «para un *commissaire du gouvernement*, la deliberación ideal es aquella en el curso de la cual él no dice nada. No sería además tolerado que un *commissaire du gouvernement* “vuelva a la carga” y se lance en la deliberación a defender de alguna manera sus propias conclusiones» (39).

Por último, el hecho de que el *commissaire du gouvernement* no vote podría utilizarse como criterio para negarle su condición de juez administrativo. Sin embargo, el *commissaire* no vota, en primer lugar, porque ya ha expuesto en público su opinión, ya ha aportado su especial participación en el desarrollo del juicio; y, en segundo lugar, porque con ello pondría en peligro el secreto de la deliberación.

2) La intervención del *commissaire du gouvernement*, ¿pone en peligro el principio de igualdad de armas en el proceso contencioso-administrativo?

Si el *commissaire du gouvernement* es un verdadero miembro de la formación judicial, ello impediría aplicarle sin más los argumentos de vulneración del artículo 6-1 de la Convención de Roma, que el TEDH formuló para figuras que, precisamente, no tenían este carácter. Pese a ello, sigue siendo necesario plantearse si su intervención en el proceso pone o no en peligro el principio de igualdad de armas que consagra el mencionado precepto.

Los detractores de la institución afirman, en primer lugar, que ésta vulnera el principio contradictorio que debe regir el proceso, en la medida en que el *commissaire* dispone, para la elaboración de sus conclusiones, del proyecto de la subsección y de la nota del ponente. Se trata de una crítica fundada y lógica si se tiene en cuenta la difícil caracterización del *commissaire du gouvernement*, de cuya calificación como juez o no depende cualquier valoración ulterior. Pero si, como se ha explicado anteriormente, el *commissaire* puede ser considerado como parte de la formación judicial —aunque con algunas peculiaridades en su actuación— es lógico conozca elementos de la instrucción que no pueden comunicarse a los litigantes.

En segundo lugar, se alega que la actuación del *commissaire du gouvernement* vulnera el principio de igualdad de armas porque de su actuación se desprende la defensa de la posición de una de las partes, sin que el otro litigante tenga después la posibilidad de intervenir. Ahora bien:

— Permitir un nuevo turno de intervención de las partes tras las conclusiones del *commissaire* impediría a éste realizar correctamente su función de «segundo ponente» o ponente de la audiencia pública.

(39) «Pour un *commissaire du Gouvernement*, le délibéré idéal est celui au cours duquel il ne dit rien. Il ne serait au demeurant pas toléré qu'un *commissaire du Gouvernement*, "revient à la charge" et entreprenne au délibéré en quelque sorte ses propres conclusions». J. C. BONICHOT y R. ABRAHAM, *op. cit.*, nota 14.

— Por otra parte, si lo que se postula es que el *commissaire* comunique previamente sus conclusiones a los litigantes, llegaríamos a un indudable —éste sí— desequilibrio entre las partes, pues una de ellas podría encontrar en las citadas conclusiones argumentos incluso más fuertes de los que ya había esgrimido. Ello supondría un apoyo injusto a la defensa de una de las posiciones en litigio, que trata de evitarse precisamente mediante el hecho de que, desde la primera palabra que pronuncia el *commissaire*, la instrucción se considera cerrada, comienza la fase de juicio y las partes no pueden ya hacer pronunciamiento alguno. Ahora bien, si alguna de ellas considerase que en la exposición del *commissaire* existe algún error o algún dato que deba ser precisado, siempre existe la posibilidad de presentar una «nota en deliberación»: un breve escrito en el que el abogado de la parte interesada pone esas cuestiones en conocimiento de la formación judicial, y que se leerá al comenzar la deliberación secreta.

3) ¿Cuáles son las ventajas que presenta su actuación desde la doble perspectiva de la protección de los derechos de los justiciables y de la eficacia en el funcionamiento de la justicia administrativa?

La mejor defensa que puede hacerse de la figura del *commissaire du gouvernement* es la basada en las importantes aportaciones de su participación en el proceso contencioso-administrativo, tanto desde el punto de vista de los derechos de los justiciables como en relación con el funcionamiento eficaz de la justicia administrativa.

En primer lugar, el *commissaire du gouvernement* es el interlocutor natural de las partes antes del comienzo del juicio y desde el momento mismo en que, realizada la instrucción y adoptado un proyecto de decisión por la subsección, el expediente pasa a sus manos. De esta forma, los litigantes pueden solicitar al *commissaire* que les adelante el sentido de sus conclusiones antes de la audiencia pública, lo que frecuentemente hace.

En segundo lugar, la intervención del *commissaire* constituye un escalón más en el estudio del expediente y, por tanto, una mayor garantía de seriedad y de minuciosidad en el análisis de los elementos del litigio. El expediente pasa a ser analizado por el *commissaire du gouvernement* después de haber sido previamente estudiado por el ponente (*rapporteur*), revisado por uno de los asesores del presidente de la subsección o por éste mismo, y discutido en el seno de la subsección. De esta forma, el *commissaire* puede beneficiarse de toda la discusión que ya ha tenido lugar en torno al caso. En una segunda reunión se dará un debate real en torno al asunto, pues al menos tres miembros de la subsección lo han estudiado en profundidad. La figura del *commissaire*, por tanto, vacuna a la justicia administrativa francesa contra la «jurisdicción unipersonal encubierta» a que a veces lleva en la práctica la excesiva carga de trabajo de los jueces y tribunales.

En tercer lugar, la actuación del *commissaire* es la de un segundo *rapporteur* (o tercero, si contamos la intervención del *reviseur*, pues también se hace con el expediente a la vista), da lugar a un desdoblamiento funcional de la figura del ponente que permite hacer públicos ciertos elementos del juicio. Esta publicidad en la lectura de las conclusiones, lejos de per-

turbar el principio contradictorio, es beneficiosa para las partes, que pueden asegurarse de que sus escritos han sido seriamente estudiados y de que todas sus argumentaciones han sido tenidas en cuenta, y, si constataren que una de sus alegaciones no ha sido mencionada o que alguno de los datos de hecho se ha expuesto incorrectamente, aún les queda la posibilidad de llamar la atención de la formación judicial sobre este punto mediante la entrega de una nota previa a la deliberación.

Pero, además de actuar como «certificación» pública de que ninguno de los elementos del expediente escapará a la consideración de la formación judicial, el carácter público de las conclusiones del *commissaire du gouvernement* es garantía de su independencia absoluta.

En cuarto lugar, la apertura del juicio con la lectura de las conclusiones del *commissaire*, antes de que, ya a puerta cerrada, se dé cuenta de la postura de la subsección, permite a los restantes miembros de la formación judicial que todavía no conocen el asunto tener una aproximación al mismo distinta a la del proyecto de decisión que tienen bajo los ojos. De esta forma, el *commissaire* lanza y enriquece el debate, y sus conclusiones son un soporte indispensable para el mismo. Centrándonos en el caso del *Conseil d'Etat*, pueden darse varios supuestos: si el juicio se lleva a cabo por dos subsecciones reunidas, los miembros de aquella a la que pertenece el ponente conocen ya el litigio, por haber participado en la sesión de instrucción, pero ninguno de los miembros de la otra subsección con derecho a voto (presidente y dos asesores) ha tenido conocimiento del mismo. Cuando la formación judicial es la sección o la asamblea del contencioso, sólo el presidente de la sección del contencioso, el presidente de la subsección correspondiente y el ponente conocen el asunto, es decir, tres jueces de entre los diecisiete o doce que deberán deliberar y votar.

La semana anterior a la celebración de la sección o la asamblea del contencioso se distribuye entre sus miembros la llamada «hoja verde», elaborada por el *commissaire du gouvernement*, en la que se exponen las principales cuestiones de derecho que plantea el caso y se suministra la documentación principal. Pese a esta primera aproximación oficial, es realmente en la audiencia pública cuando la mayor parte de los miembros de la formación judicial tomarán contacto con el litigio, lo que impone al *commissaire* una obligación deontológica de objetividad (40).

Esta intervención previa del *commissaire* no siempre se ve, sin embargo, como un aspecto positivo del proceso contencioso francés. Los partidarios de la teoría anglosajona de la «virginidad intelectual del juez», según la cual el único juez imparcial es aquel que llega al día del juicio sin cono-

(40) Como señalan BONICHOT y ABRAHAM: «*Il faut donc à la fois affirmer une conviction et développer, spécialement à l'attention de ses collègues qui n'ont pas eu à connaître du dossier lors de ses phases antérieures d'examen, un exposé de celui-ci tant sur les éléments de fait que sur le droit applicable qui les mette à même de juger. Au demeurant, une affirmation téméraire de sa part sur tel ou tel point de l'affaire ne manquerait pas de faire l'objet d'une remarque de la part de ses collègues de sa sous-section et affiblirait sa démonstration. C'est ainsi de l'art du commissaire du Gouvernement que de dire le vrai du dossier, tout en faisant clairement apparaître ses choix.*».

cimiento alguno del asunto, contestan la concepción francesa de la justicia, que es claramente distinta, y reivindican la diferencia entre el simple prejuicio y la convicción o la maduración en el conocimiento. Es decir, que existen más garantías para el justiciable cuando su expediente ha sido examinado con rigor por varias personas diferentes.

Por último, no podemos dejar de resaltar la importancia que las conclusiones de los *commissaires du gouvernement* han tenido para el desarrollo del Derecho administrativo francés. A medio camino entre la doctrina y la jurisprudencia, entre el desarrollo doctrinal (cuando coinciden con el sentido de la decisión) y el voto particular (cuando disienten del sentido del fallo), las conclusiones del *commissaire* son la tribuna ideal para alentar cambios jurisprudenciales o incluso normativos, velar por la coherencia jurisprudencial, completar las austeras decisiones del contencioso francés o manifestar una opinión judicial disidente (41).

Para finalizar con esta no enmascarada defensa del *commissaire du gouvernement*, no nos resistimos a reproducir un argumento de autoridad que, no sin ironía, utilizan BONICHOT y ABRAHAM en su ya citado artículo:

«En el primer número de “Etudes et Documents” en 1947, René Cassin, entonces Vicepresidente del *Conseil d'Etat*, escribía: “que nuestra institución, modelada por los siglos según el genio propio de la nación francesa, responde a las necesidades fundamentales del Estado moderno, en tanto que protector de las libertades fundamentales y del bien público y regulador de las transformaciones que se producen en las relaciones entre el individuo y la colectividad pública, esto aparece claramente”.

No se tiene el recuerdo de que el padre de la Declaración UDH que, después de haber presidido durante quince años el *Conseil d'Etat* francés, fue miembro y después presidente del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y miembro del *Conseil Constitutionnel* y que ha oído concluir a bastantes *commissaires du gouvernement*, haya emitido, en relación con las condiciones de ejercicio de esta función, la más mínima reserva» (42).

(41) No debe olvidarse, por una parte, que las resoluciones de la jurisdicción contencioso-administrativa francesa son extraordinariamente concisas y sintéticas (raramente se extienden más de cuatro páginas) y, por otra parte, que no existe en ella la práctica del voto particular, con lo que en ocasiones las conclusiones del *commissaire du gouvernement* pueden desarrollar esa función, y no es raro que, años después, sus argumentos sirvan al ponente de otro asunto semejante para apoyar un cambio jurisprudencial.

(42) «Dans le premier numéro d’“Etudes et Documents” en 1947, René Cassin, alors Vice-président du Conseil d’Etat, écrivait: “que notre institution façonnée par des siècles suivant le génie propre de la nation française, répond aux besoins fondamentaux de l’Etat moderne, en tant que protecteur des libertés fondamentales et du bien public et que régulateur des transformations se produisant dans les rapports entre l’individu et la collectivité publique, cela apparaît clairement”.

On n’a pas le souvenir que le père de la Déclaration UDH qui, après avoir présidé pendant quinze ans le Conseil d’Etat français, a été membre puis président de la Cour EDH et membre

En cualquier caso, una vez admitida a trámite la demanda del asunto *Kress c. France*, el TEDH tiene la última palabra, pues le corresponde decidir si Francia puede mantener la tradicional institución del *commissaire du gouvernement* o si debe eliminarla en orden a una «homologación europea» de resultados más que dudosos.

IV. CONCLUSIONES

La actual configuración de la jurisdicción contencioso-administrativa francesa tiene así hoy un futuro más que incierto. Pero lo más sorprendente es que quizás el desmontaje de sus elementos principales pueda comenzar con la figura del *commissaire du gouvernement*, y no con la acumulación de funciones consultivas y judiciales, pese a ser éste el rasgo más característico del sistema francés.

La extensión de las conclusiones del *arrêt Procola* al *Conseil d'Etat* francés será relativamente difícil mientras las dimensiones y la mecánica interna de este órgano sigan impidiendo que aquellos miembros del mismo que hayan participado en la redacción de una decisión o norma administrativa que es impugnada en vía contenciosa tomen parte en el enjuiciamiento del asunto.

Más difícil puede ser la defensa de la figura del *commissaire du gouvernement*, pues la construcción del TEDH parece depender de su calificación o no como miembro de la formación judicial, es decir, de una calificación jurídica basada en conceptos indeterminados y, por tanto, discutible.

En ambos casos, al margen de las alegaciones estrictamente jurídicas, la doctrina y el gobierno francés han esgrimido en defensa de su actual sistema de justicia administrativa tres argumentos:

1. En primer lugar, el de su utilidad. Ya han sido desgranadas las aportaciones prácticas de la intervención del *commissaire* y, en cuanto a la conjunción de actividades contenciosas y consultivas, suele afirmarse que permite acrecentar la calidad del trabajo de las formaciones consultivas, y que si se pusiese fin a ella se privaría a éstas de la experiencia técnica que les confiere la práctica del contencioso.

2. En segundo lugar, su arraigo histórico y su demostrada eficacia. La práctica ha demostrado que «la administración que se juzga» —según expresión de STIRN (43)— ha sabido ser severa consigo misma. El sistema francés de jurisdicción contencioso-administrativa, considerado como modelo durante sus casi dos siglos de existencia, desarrolló el recurso por exceso de poder y extendió el control del juez a los motivos de los actos administrativos. Y respecto a la regla de la doble afectación, existen nume-

du Conseil constitutionnel et qui a entendu conclure bien des commissaires du Gouvernement, ait émis, au sujet des conditions d'exercice de cette fonction, la moindre réserve.»

(43) Bernard STIRN, *Quelques réflexions sur le dualisme juridictionnel*, «Rev. Justices», núm. 3, Janvier/Juin 1996.

rosos ejemplos de que el *Conseil d'Etat* en formación contenciosa no teme contradecir las conclusiones de las secciones consultivas. En todo caso, los propios miembros del *Conseil d'Etat* no dejan de alegar que la escasez de estos ejemplos de anulación no tendría necesariamente que interpretarse como prueba de una falta de independencia del juez administrativo, sino como un signo de la calidad del trabajo de las formaciones consultivas.

3. Pero, fundamentalmente, se alega que las críticas al modelo francés parten de un desconocimiento o, al menos, de una cierta incompreensión de la filosofía que lo inspira. El propio juez De Meyer, en su opinión disidente a la decisión del TEDH en el asunto *Reinhardt et Slimane Kaïd contre France* (relativo a los abogados generales de la *Cour de Cassation* francesa), señaló que el Tribunal estimó la existencia de una vulneración al principio de igualdad de armas «siempre en el fondo sobre la base de meras apariencias», apariencias que «no deben confundir a quienes saben de qué se trata» (44).

En definitiva, todo lo anterior pone de manifiesto el riesgo que se corre al aplicar unos mismos principios abstractos a instituciones desarrolladas en países distintos, con concepciones jurídicas diversas. La aplicación de principios y de mecanismos jurídicos propios del Derecho anglosajón al Derecho continental europeo lleva a resultados peligrosos, pues las reglas que en un sistema jurídico dan lugar a una buena administración de justicia no suelen encajar en otro sistema distinto, e intentar cambiar una pieza sin que falle todo el mecanismo de conjunto es harto difícil.

La homologación o armonización de las instituciones judiciales de los distintos países europeos puede ser cuestionada en términos de oportunidad, pero, en cualquier caso, no debe realizarse por esta vía que, de llevarse al extremo, podría permitir incluso cuestionar la multisecular justicia británica, por el hecho de que la Corte suprema es una comisión de la Cámara de los Lores; el sistema contencioso alemán, por la imposibilidad de atacar directamente los actos reglamentarios; o la propia organización interna del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que también cuenta con la figura del abogado general.

Mucho más deseable que el continuo enjuiciamiento de los rasgos peculiares de los distintos sistemas europeos es la búsqueda de una conjunción entre el verdadero respeto a principios comunes y el mantenimiento de las diversas realidades jurídicas nacionales. La construcción europea tiene aquí planteado un reto crucial.

(44) Citado por BONICHOT y ABRAHAM, *op. cit.*, nota 14.

