

CAPÍTULO IX

EL USO DEL CEDH POR EL TJCE:

LOS DERECHOS DE DEFENSA (II):

OTROS DERECHOS DE DEFENSA

1. Planteamiento general

En este segundo capítulo analizaremos las facetas de los derechos de defensa que no han sido abordados en el capítulo anterior. Todos esos derechos aparecen expresamente mencionados en el art.6 CEDH o bien o bien han sido inferidos de él en la interpretación que hace del CEDH los órganos del CEDH. En concreto, son los siguientes: derecho a no declarar contra sí mismo, presunción de inocencia, principio de confidencialidad, derecho a la asistencia letrada, protección contra dilaciones indebidas, derecho al proceso y derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial.

Se trata de derechos tan interconectados entre sí que estimamos que, a efectos expositivos, resulta más claro si estudiamos primero y por separado cada uno de ellos tal y como los protegen los órganos judiciales comunitarios y los del CEDH, reservando para el final la comparación entre ambas jurisprudencias. De este modo, podremos realizar en un primer momento un estudio más exhaustivo, clarificador y descriptivo de la evolución que ha sufrido la protección de cada uno de estos derechos, especialmente en sede comunitario.

2. Derecho a no declarar contra sí mismo y presunción de inocencia

Se trata de dos principios íntimamente relacionados porque reconocer a una persona el derecho a no autoincriminarse denota la objetividad del proceso al que se está sometiendo a esa persona y, por tanto, el reconocimiento de que esa persona es inocente hasta que quien acusa demuestre lo contrario, otorgándose a su favor el beneficio de la duda¹²⁴⁴ (por ello la presunción de inocencia implica la inversión de la carga de la prueba: quien ha de probar que una infracción no se cometió es precisamente quien acusa, no el acusado).

La presunción de inocencia aparece mencionada de modo expreso y exclusivo en el art.6.2 CEDH. Sin embargo, el derecho a no declararse culpable ni testimoniar en contra de sí mismo no se menciona en ninguno de los tres párrafos del art.6. Ello plantea el problema de si realmente del art.6 CEDH se deriva la existencia de este principio. Los órganos de Estrasburgo han respondido afirmativamente a esta cuestión en el caso FUNKE¹²⁴⁵. De este modo, el derecho a no declarar contra sí mismo se derivaría de forma implícita de los derechos de defensa del art.6 CEDH.

Veamos seguidamente cómo se han interpretado estos dos aspectos del derecho de defensa en la jurisprudencia de los órganos de Luxemburgo y de Estrasburgo.

2.1. Jurisprudencia de los órganos judiciales comunitarios

El TJCE ha establecido en la sentencia ORKEM¹²⁴⁶ que en el Derecho Comunitario no existe el derecho de las personas a no declarar contra sí mismas en el ámbito de infracciones de naturaleza económica.

La sentencia citada se refería a una de las modalidades de investigación de que dispone la Comisión junto a la verificación en el marco de sus facultades en materia de prácticas colusorias, a saber: la solicitud de información. En opinión de la Comisión, demandada en

¹²⁴⁴ ROBERTSON, A.H.; MERRILLS, J.G.: *Human Rights in Europe: A Study of the European Convention on Human Rights* 1993, Manchester University Press, p.105.

¹²⁴⁵ Sentencia del TEDH de 25 de Febrero de 1993, FUNKE/FRANCIA, Serie A, nº256-A. Véase el comentario de Alexandre H. CATALÁ BAS a esta sentencia titulado "Comentario Introductorio a la Sentencia del TEDH de 25 de Febrero de 1993 (Caso Funke)", en *Revista General de Derecho*, 1996, nº616-617, pp.523-530.

este asunto, la solicitud de información no tendría por objeto hacer cesar una infracción ni sancionar, sino tan solo hacer posible que la Comisión obtenga la información necesaria para verificar la realidad y el alcance de una situación de hecho y de derecho determinada. Por esta razón, esta situación no daría lugar a la aplicación de los derechos de defensa¹²⁴⁷.

El TJCE coincidió con la Comisión en que, cuando estamos ante procedimientos de carácter administrativo seguidos exclusivamente frente a personas jurídicas, no existe ningún principio general que imponga el respeto del derecho a no declarar contra sí mismo¹²⁴⁸.

Sin embargo, la sentencia del TJCE, así como las Conclusiones previas del Abogado General en las que se apoyó aquél para dictar sentencia, son enrevesadas y ambiguas. De hecho, si en algunos de sus pasajes se diría que Abogado General y TJCE consideran que el derecho a no declarar contra sí mismo se protege en Derecho comunitario¹²⁴⁹, en otros lo desmienten y finalmente lo niegan¹²⁵⁰.

El asunto fue incoado por una empresa que consideró que la solicitud de información de la Comisión, con la que ésta quería obtener la confirmación de unos hechos ilícitos (prácticas y acuerdos concertados) que ella pretendía conocer y/o elementos probatorios adicionales, había violado tanto su derecho a no autoincriminarse como su presunción de inocencia. En concreto, en la solicitud de información, la Comisión pedía a la empresa que revelara una serie de datos que implicaban confesar una conducta contraria al art.85 TCE, así como que denunciara a otras empresas del sector.

La empresa en cuestión apoyaba sus argumentos en el art.6 CEDH, en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y en el art.14.3.g del Pacto Internacional de

¹²⁴⁶ *cit.* Rec.1989, 3283ss.

¹²⁴⁷ Esta era la opinión de la Comisión, recogida por el Abogado General DARMON en sus Conclusiones (Rec.1989, p.3310).

¹²⁴⁸ Rec.1989, p.3324 de las Conclusiones y p.3350 de la sentencia.

¹²⁴⁹ “No se puede imponer a una empresa la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumbe a la Comisión” (Rec.1989, p.3351).

¹²⁵⁰ “... no se puede afirmar que exista el derecho de las empresas a no declarar contra sí mismas... (Rec.1989, p.3350).

Derechos Civiles y Políticos, todos los cuales le indicaban que existía un derecho a no autoincriminarse válido tanto para las personas físicas como para las personas jurídicas¹²⁵¹.

Sin embargo, el Abogado General, utilizando los mismos textos jurídicos legales y convencionales, curiosamente llegó a la conclusión opuesta. Así, de su estudio exhaustivo de las Constituciones de los Estados y de su derecho interno extrae la conclusión de que aunque pueda existir un derecho común a no declarar en contra de uno mismo, este derecho se circunscribiría a la materia penal y a las personas físicas pero podría ser excluido en una materia como es el derecho de la competencia¹²⁵². En cuanto al pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, si bien reconoce que su art.14.3 menciona expresamente este derecho, ello no se aplica al caso por dos razones: primero, porque el TJCE aún no ha mencionado que este pacto sea uno de los instrumentos en los que se inspira para determinar los derechos fundamentales aplicables en el Derecho Comunitario¹²⁵³ y segundo, porque de su tenor literal se desprende que no se aplica a personas jurídicas¹²⁵⁴.

En relación al instrumento internacional que en nuestra opinión reviste mayor importancia a estos efectos (el CEDH) el Abogado General llega a la conclusión de que en este caso no se violan ni el apartado 1, ni el 2, ni el 3 del art.6 CEDH invocados el recurrente por varias razones:

1) El CEDH no consagra expresamente el derecho a no declarar contra sí mismo¹²⁵⁵. 2) Ninguna sentencia ni decisión de los órganos de Estrasburgo han reconocido que este derecho esté consagrado en ninguna disposición concreta del CEDH¹²⁵⁶. 3) Pero aunque tal derecho se consagrara en el art.6 CEDH no se aplicaría a un procedimiento desarrollado por la Comisión

¹²⁵¹ Informe para la vista del juez ponente F.A.SCHOCKWEILER, Rec.1989, pp.3295-3296.

¹²⁵² Rec.1989, pp.3327-3333.

¹²⁵³ En nuestra opinión, este argumento es totalmente criticable porque el TJCE sólo ha hablado en general de tratados internacionales sobre derechos humanos en los que los Estados miembros hayan colaborado o adherido como fuente de inspiración, individualizando sólo la importancia especial que reviste el CEDH a este respecto, pero sin elaborar una lista exhaustiva de tratados internacionales en los que se inspira, y sin negar eventual su inspiración en otros. De hecho, en otros casos el TJCE ha citado expresamente este convenio, que sin duda por su ámbito de aplicación prácticamente universal y su exhaustivo contenido, constituye un instrumento de capital importancia (p.ej. en el caso ORKEM, Rec.1989, p.3351 y en el caso DZODI, Sentencia del TJCE de 18 de Octubre de 1990, MASSAM DZODZI/BÉLGICA, as.acs. C-297/88 y 197/89, Rec.1990, pp.I-3763ss. p.3800).

¹²⁵⁴ Rec.1989, p.3334.

¹²⁵⁵ Rec.1989, p.3335.

¹²⁵⁶ Rec.1989, p.3336.

en materia de Derecho comunitario sobre la competencia¹²⁵⁷. 4) Y, en cualquier caso, el CEDH no obliga directamente como tal en Derecho Comunitario porque las CCEE no están vinculadas por él. Por tanto, es posible incluso que el TJCE pudiese realizar una interpretación de sus disposiciones que no coincidiese exactamente con la realizada por los órganos de Estrasburgo y así, que los órganos de Estrasburgo acuñasen la protección del derecho a no autoincriminarse, mientras que el TJCE, no lo hiciera¹²⁵⁸.

La argumentación encadenada del Abogado General resulta confusa y difícil de sostener. Incluso, ante la invocación por el recurrente de jurisprudencia del TEDH que en su opinión demostraría que en materia de represión de infracciones de las normas de la competencia se debe aplicar las garantías que el art.6 prevé para el proceso penal (sentencia ÖZTÜRK¹²⁵⁹), el Abogado General construye sendas argumentaciones a cuál más confusa¹²⁶⁰: En primer lugar, sostiene que no cabe una interpretación diferente a la que él propone de la jurisprudencia de Estrasburgo (y según la cual las empresas contra las que la Comisión incoa un expediente administrativo no están “acusadas de una infracción” y por tanto no tendría naturaleza penal el procedimiento en su contra, por lo que no se beneficiarían de la aplicación del art.6 CEDH¹²⁶¹). En segundo lugar, y por si fallase el primer argumento, mantiene que aunque el sentido de la jurisprudencia de Estrasburgo fuese contrario a sus pretensiones, ello no sería de gran gravedad porque en la aplicación de los derechos fundamentales al ámbito comunitario, siempre será más importante para el TJCE tener en cuenta la jurisprudencia propia -que le da la razón- que extrapolar la posición adoptada por el TEDH al ámbito comunitario¹²⁶². Con esta disgresión, el Abogado General nos estaría previniendo y

¹²⁵⁷ Rec.1989, p.3336.

¹²⁵⁸ Rec.1989, p.3338. De este modo, el Abogado General DARMON prevé la existencia de divergencias y reconoce que los órganos judiciales comunitarios interpretan el CEDH a su manera. En nuestra opinión, esta interpretación libre del CEDH no es conflictiva siempre que el nivel de protección que se alcance en los órganos de Luxemburgo sea superior al asegurado por los órganos de Estrasburgo, pero en el caso opuesto, la situación sería criticable.

¹²⁵⁹ Sentencia del TEDH de 21 de Febrero de 1984, ÖZTÜRK/ALEMANIA, Serie A, nº73. En esta sentencia el TEDH demostró que las garantías del art.6 CEDH se debían aplicar incluso a los procedimientos sancionatorios del código de circulación (apdos.53-58). Por comparación con este caso, el recurrente en el asunto ORKEM entendía que estas garantías se debían aplicar aún con mayor razón a los procedimientos administrativos en el marco del derecho de la competencia.

¹²⁶⁰ Rec.1989, p.3335.

¹²⁶¹ Rec.1989, p.3337.

¹²⁶² Rec.1989, p.3338.

preparando para la comprobación de divergencias entre la jurisprudencia de las instancias de Luxemburgo y las de Estrasburgo.

Los razonamientos del Abogado General resultan forzados en numerosas ocasiones a lo largo del texto de sus Conclusiones. Así, su lectura de la sentencia ÖZTÜRK resulta poco creíble, puesto que en ella lo que claramente quiso indicar el TEDH es que el concepto de “persona acusada de una infracción” es muy amplio y que para comprobar esta situación basta acreditar la existencia de una norma general y una sanción cuya finalidad sea a la vez preventiva y represiva. Si se cumplen tales condiciones, la infracción controvertida tendría carácter penal y a ella se le aplicarían las garantías del art.6 CEDH, incluso si en el orden interno fuera tratada como una mera infracción administrativa.

Del mismo modo, su lectura de la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 6 de Octubre de 1988 en el asunto FUNKE, resulta a la vez errónea y premonitoria. Este caso lo cita el Abogado General como el único del que parece desprenderse un posible reconocimiento del derecho a no autoincriminarse por parte de la Comisión Europea de Derechos Humanos. Sin embargo, pasa de largo sobre este tema y deja el problema sin respuesta alegando que la Comisión Europea de Derechos Humanos aún no había dictado sobre el fondo en el momento en el que él estaba redactando sus Conclusiones¹²⁶³. Decimos que la interpretación que hizo el Abogado General del caso fue a la vez errónea y premonitoria porque la decisión final de la Comisión Europea de Derechos Humanos (y de la ulterior sentencia del TEDH) consagraron el derecho a no autoincriminarse de las personas jurídicas.

A pesar de que el Abogado General adorna sus Conclusiones con citas a la jurisprudencia de Estrasburgo, esas citas que jalonan el texto resultan equivocadas e incluso engañosas. Así, su razonamiento (que apoya en las sentencias MUSIQUE DIFFUSION y VAN LANDEWYCK) por el cual como la Comisión de las CCEE no es un tribunal, no se le puede exigir que aplique las garantías del art.6.1 a los procedimientos administrativos que tienen lugar ante ella en materia de competencia¹²⁶⁴, ha sido contradicho por sentencias del TEDH, como posteriormente se comprobará cuando estudiemos la jurisprudencia elaborada por

¹²⁶³ Rec.1989, p.3336.

¹²⁶⁴ Rec.1989, p.3336.

Estrasburgo sobre este punto. De igual modo, su razonamiento sobre el caso AGOSI¹²⁶⁵ es un razonamiento sesgado cuando sugiere -aunque sin afirmar categóricamente- que el caso fue desestimado en el fondo porque pretendía la aplicación de la presunción de inocencia (art.6.2) a una persona jurídica¹²⁶⁶. En cambio, el análisis de la sentencia demuestra que la demanda del caso AGOSI fue en realidad desestimada simplemente porque el procedimiento impugnado no pretendía resolver sobre “el fundamento de una acusación en materia penal” dirigida contra AGOSI, que es a lo que se aplica el art.6.2 CEDH.

En cuanto a la sentencia del TJCE, hay que destacar que aunque su contenido es mucho más breve que las Conclusiones y por tanto en ella las posibilidades de interpretar el CEDH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las tradiciones constitucionales comunes son mucho menores, el tribunal sigue en líneas generales el argumento sostenido por el Abogado General DARMON, siendo su conclusión final la misma de las Conclusiones y triple: a) ni del art.6 CEDH ni de la jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo se colige un derecho a no declararse culpable¹²⁶⁷. 2) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no es aplicable al caso porque la supuesta infracción la cometió una persona jurídica¹²⁶⁸. 3) Las tradiciones constitucionales comunes sólo consagrarían, como máximo, un derecho a no autoincriminarse de personas físicas en procesos penales¹²⁶⁹. Por tanto, en el ámbito de las infracciones económicas, concretamente en materia de derecho de la competencia, no se puede afirmar que exista el derecho de las empresas a no declarar contra sí mismas. Sin embargo, ya sea en virtud de un principio común a los derechos de los Estados miembros, ya sea en virtud de los derechos garantizados por el CEDH o por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Comisión no puede imponer a una empresa la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumba a la Comisión¹²⁷⁰. Esta última conclusión parece también forzada y contradice lo que anteriormente había manifestado el TJCE en la misma sentencia, negando la predicabilidad del derecho a no declarar contra sí mismo en Derecho Comunitario. Se podría

¹²⁶⁵ Sentencia del TEDH de 24 de Octubre de 1986, AGOSI/REINO UNIDO, Serie A, n°108.

¹²⁶⁶ Rec.1989, p.3339.

¹²⁶⁷ Rec.1989, p.3350.

¹²⁶⁸ Rec.1989, p.3351.

¹²⁶⁹ Rec.1989, p.3350.

¹²⁷⁰ Rec.1989, p.3351.

aventurar que quizá si fue mencionada ello fue como consecuencia de las tensiones que se vivieron en el TJCE por los diferentes planteamientos que mantenían sus jueces, como una especie de concesión a aquellos jueces que sí hubiesen querido que se recogiera en Derecho Comunitario este derecho sin fisuras. Para llegar a este resultado que sigue, como hemos indicado, el de las Conclusiones, el TJCE no cita ni interpreta jurisprudencia del TEDH, como sí hizo el Abogado General, sino jurisprudencia propia (sentencias MICHELIN y HOESCHT)¹²⁷¹.

Nuestra opinión personal sobre este razonamiento del TJCE, que por un lado niega el derecho pero por otro reconoce aspectos limitados de éste, es que el TJCE parece sentir temor o respeto para señalar clara y llanamente que, de modo generalizado, las empresas no gozan del derecho a no declararse culpables en Derecho Comunitario. Pero como no quiere realizar esta afirmación tan tajante, la maquilla con la concesión de que no se puede obligar a una empresa a responder a preguntas que supongan su incriminación.

El TJCE ha tenido ocasión de confirmar sus puntos de vista en la materia en el asunto SOLVAY¹²⁷², cuya sentencia fue dictada el mismo día que la de la sentencia ORKEM y cuyos fundamentos jurídicos no se reproducen en la Recopilación de Jurisprudencia del TJCE porque no difieren de los de la sentencia anterior.

Es más, incluso ha tenido la ocasión el TJCE de mostrarse todavía más restrictivo en una sentencia posterior, la del asunto OTTO BV¹²⁷³ en relación a un proceso civil nacional relativo a la aplicación de los artículos 85 y 86 TCE. El asunto enfrentó a una empresa de venta por correspondencia (OTTO) con el banco a través del cual los clientes de la empresa efectuaban la mayoría de sus pagos a OTTO por la decisión unilateral de éste último de aumentar la cuota que exigía a OTTO por impreso facturado. La empresa exigió ante los tribunales de Amsterdam un examen cauteloso de testigos (personal del banco) a fin de acreditar determinados hechos con carácter previo a la demanda que pensaba entablar contra el banco por prácticas contrarias al TCE. El asunto fue elevado al TJCE prejudicialmente

¹²⁷¹ Rec.1989, p.3351.

¹²⁷² Sentencia del TJCE de 18 de Octubre de 1989, SA SOLVAY/COMISIÓN, C-27/88, Rec.1989, pp.I-3355ss.

¹²⁷³ Sentencia del TJCE de 10 de Noviembre de 1993, OTTO BV/POSTBANK NV, C-60/92, Rec.1993, pp.I-5683ss.

porque el banco estimó que el examen de testigos tenía como objeto que el personal del banco diera información que incriminara al banco en sus respuestas.

El TJCE en su sentencia prejudicial recordó que en el asunto ORKEM ya había establecido que ni de las tradiciones constitucionales, ni del CEDH, ni del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se podía concluir la existencia de un principio general del derecho que consagrara el derecho a no testificar contra sí mismo para las personas jurídicas en el ámbito de las infracciones económicas, especialmente en el derecho de la competencia¹²⁷⁴, lo cual no le impidió estatuir que la necesidad de respetar los derechos de defensa en el ámbito comunitario impide a la Comisión exigir a una empresa la contestación a preguntas que le lleven a reconocer la comisión de una infracción cuya existencia deba investigar y establecer la propia Comisión¹²⁷⁵.

Sin embargo, en el ámbito de un procedimiento civil nacional relativo a la aplicación de los artículos 85 y 86, las garantías necesarias para el respeto de los derechos de defensa difieren de las que goza un particular en el marco de un procedimiento administrativo¹²⁷⁶. En este sentido, en un procedimiento que concierne exclusivamente a las relaciones privadas entre particulares (empresas) y que no puede conducir a la imposición de una sanción de la autoridad pública, como es el caso en el asunto OTTO, el Derecho Comunitario no exige que se reconozca a cada parte la facultad de abstenerse de dar respuestas mediante las que se vea abocada a admitir la comisión de infracciones de las normas de la competencia. De este modo, la facultad de abstenerse de dar respuestas auto-incriminatorias sería una garantía reservada no para las relaciones entre particulares (OTTO y POSTBANK), sino para medidas acordadas por la autoridad pública que lleven a admitir al particular la existencia de comportamientos castigados con sanciones penales o administrativas¹²⁷⁷.

¹²⁷⁴ Rec.1993, p.5711.

¹²⁷⁵ Rec.1993, p.5711.

¹²⁷⁶ Rec.1993, p.5712.

¹²⁷⁷ Rec.1993, pp.5712 y 5713. En esta última página se afirma: “Pour l’ensemble de ces motifs, il convient de répondre à la juridiction nationale que le droit communautaire n’impose pas au juge national saisi d’une requête l’invitant à ordonner une audition provisoire de témoins préalable à une procédure de droit civil, d’appliquer le principe selon lequel une entreprise n’est pas tenue de répondre à des questions lorsque la réponse qu’exigent comporte la reconnaissance d’une violation des règles de la concurrence”.

Por tanto, aquella pequeña limitación que la sentencia ORKEM imponía al poder de investigación de la Comisión no puede ser traspuesta a un procedimiento nacional civil de aplicación de los arts.85 y 86 TCE que concierna exclusivamente a particulares (p.ej. una empresa y un banco). Este resultado lleva a WETTZEL a afirmar que en Derecho Comunitario el derecho a no autoincriminarse tiene aún un alcance muy limitado¹²⁷⁸.

Así como la invocación del derecho a no declarar contra sí mismo ha sido relativamente regular ante los órganos de Luxemburgo (especialmente en el marco de procedimientos de investigación de la Comisión en materia de derecho de la competencia) sin embargo un principio estrechamente ligado a éste como es la presunción de inocencia apenas ha sido invocado. La excepción a esta regla está de nuevo en la sentencia ORKEM, así como en la sentencia IMPERIAL CHEMICAL. Pero en ambas, la alegación de la presunción de inocencia tuvo un carácter prácticamente residual.

Con respecto a la sentencia ORKEM, la presunción de inocencia aparece estudiada por el Abogado General DARMON en su exposición de Conclusiones, aunque sólo le dedica escasos párrafos de su escrito¹²⁷⁹. El Abogado General resuelve este argumento brevemente porque considera que ya lo ha tratado a lo largo de sus Conclusiones aunque sin referirse expresamente a él y porque, además, considera que este motivo carece de fundamento¹²⁸⁰. Según la empresa, el hecho de que al solicitarle información, la Comisión le comunicara que disponía de indicaciones de su participación en una infracción, vulneraría su presunción de inocencia. Según su punto de vista, desde el momento en que existe el convencimiento de la participación en una infracción, la empresa afectada debe poder beneficiarse de los derechos del acusado, lo que significa que podría negarse a colaborar en la acusación contra sí misma.

Sin embargo, el Abogado General estimó que el principio no se había vulnerado porque la importancia de las informaciones solicitadas mediante la decisión impugnada ponía de relieve que, si bien la Comisión podía tener sospechas basadas en indicios, no tenía aún ninguna convicción definitiva en cuanto a la culpabilidad de la empresa ni tampoco en cuanto a la delimitación precisa de los hechos que podía imputarle. Por tanto, esas informaciones

¹²⁷⁸ WETTZEL, Luc: "Cour de Justice des Communautés Européennes et Convention Européennes des Droits de l'Homme", en *Bulletin des Droits de l'Homme* 1994, n°2, pp.77-83, p.81.

¹²⁷⁹ Rec.1989, p.3341, p.3341, puntos 150-153 de las Conclusiones.

¹²⁸⁰ Rec.1989, p.3341, punto 153 de las Conclusiones.

requeridas por la Comisión eran necesarias. Por su parte, el TJCE no se refirió en su fallo al argumento de la presunción de inocencia, por lo que desconocemos cuál era en aquellas fechas su modo de encajar este derecho en el Derecho Comunitario.

En IMPERIAL CHEMICAL¹²⁸¹ (sobre el asunto ya estudiando de la negativa de la Comisión a dar acceso a la demandante al expediente que obraba en su poder para defenderse en el procedimiento administrativo incoado por la Comisión por prácticas contrarias a la competencia), la demandante invocó la violación del principio de presunción de inocencia por la actitud de la Comisión que, en palabras de la demandante, pecaba de falta de objetividad y estaba cargada de ideas preconcebidas¹²⁸². Sin embargo el caso nos resulta poco útil ya que este principio fue alegado en relación a una serie de razonamientos y planteamientos de tipo formal difícilmente comprensibles fuera del contexto del caso y que además, aclaran poco a la hora de sonsacar o extraer cuál es la teoría que aplica el juez de Luxemburgo en materia de presunción de inocencia. En concreto, la presunción de inocencia se había violado presuntamente por los prejuicios de la Comisión hacia la compañía y sus tesis preconcebidas sobre el modo de trabajo de IMPERIAL CHEMICAL, cuyo fin no sería otro que demostrar la concertación ilegal de IMPERIAL CHEMICAL con la empresa SOLVAY. A falta de otros medios de prueba, la Comisión habría basado sus argumentos en contra de IMPERIAL CHEMICAL en presunciones no demostrables¹²⁸³.

Aunque el TPI no aprovechó la ocasión para ofrecer su propia teoría sobre la presunción de inocencia ni para adoptar una teoría “prestada” de Estrasburgo, sin embargo finalmente acogió el motivo basado en la violación del derecho de defensa en todas las partes de que constaba este motivo en la alegación de la demandante¹²⁸⁴. Por tanto, indirectamente reconoció la violación de la presunción de inocencia por la actitud de la Comisión, que había prejuzgado a la compañía con sus suposiciones, presunciones, puntos de partida no probados y

¹²⁸¹ *cit.*, Rec.1995, pp.II-1847ss.

¹²⁸² Rec.1995, p.1863.

¹²⁸³ Rec.1995, p.1886.

¹²⁸⁴ Rec.1995, p.1889.

prejuicios sobre la licitud de la actividad de IMPERIAL CHEMICAL antes de investigar los hechos¹²⁸⁵.

Esta es la escasa jurisprudencia que ha desarrollado el juez comunitario sobre la presunción de inocencia. De ella se pueden extraer exiguas conclusiones sobre su modo de aplicar el principio en Derecho Comunitario.

2.2. Jurisprudencia de los órganos del CEDH

El derecho a no declarar contra sí mismo ha sufrido una evolución positiva en el seno de los órganos de Estrasburgo. Así, pese a que este derecho no aparece recogido expresamente en el enunciado de los derechos de defensa del art.6 CEDH, desde la sentencia FUNKE¹²⁸⁶ se ha ido allanado el camino para garantizar su protección y ya con la sentencia SAUNDERS¹²⁸⁷ este derecho ha sido finalmente consagrado sin cortapisas.

El asunto FUNKE ya fue analizado anteriormente en el marco de nuestro estudio sobre la inviolabilidad del domicilio. Pero lo cierto es que también resulta de importancia vital en relación al derecho de no declarar contra sí mismo. Según el recurrente, su condena penal por negarse a entregar los documentos solicitados por las autoridades aduaneras había desconocido sus derechos de defensa. En concreto, la administración habría violado su derecho a no testimoniar contra sí mismo, principio general consagrado tanto en los órdenes

¹²⁸⁵ Resulta más polémica la sentencia HANSEN (sentencia del TJCE de 10 de Julio de 1990, C-326/88, p.2934) porque en ella el TJCE, comentando sobre la legalidad de la imposición de una sanción en el ámbito de la pesca sin culpa probada de la empresa a la que se le imponía, declaró que una sanción en el ámbito de la pesca puede imponerse “independientemente de la existencia de un factor subjetivo como es la culpa”. Por tanto, aquí se permite la posibilidad de sancionar un comportamiento no culposo, algo difícilmente conciliable con el art.6 CEDH y con la jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo. Ello ha llevado a VERMEULEN a señalar:

“There is tension [between the European Court of Justice and the European Convention of Human Rights] here and there with regard to the requirement for full compensation (damages), the proportionality principle and the presumption of innocence” (VERMEULEN B.P.: “The Issue of Fundamental Rights in the Administrative Application of Community Law”, en *Application and Enforcement of EC Law in the Netherlands* 1994, John A.E. Verlaue (de.), Kluwer, Deventer, pp.39-79, p.72).

¹²⁸⁶ Sobre el tratamiento que recibe el derecho a no auto-incriminarse en el asunto FUNKE, véase: DASSESSE, Marc: “Human Rights, European Law and Tax Law: The Implications of the Judgements of the Court of Human Rights in re *Funke* and at the European Court of Justice in re *Corbiau*”, en *EC Tax Review*, 1994, nº3, pp.86-90, pp.87-88.

¹²⁸⁷ Sentencia del TEDH de 17 de Diciembre de 1996, SAUNDERS/REINO UNIDO, Serie A, nº490.

jurídicos de los Estados parte como por el CEDH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El TEDH comprobó que las autoridades aduaneras habían provocado la condena del recurrente -una condena a una multa diaria en tanto el Sr.FUNKE no entregase las pruebas de que había cometido una evasión fiscal- con el fin de obtener unos determinados documentos cuya existencia sospechaban pero respecto de los que no tenían certidumbre. A falta de poder o querer procurárselas por otro medio, las autoridades aduaneras intentaron constreñir al recurrente a suministrar él mismo la prueba de las infracciones que habría cometido¹²⁸⁸. El TEDH estimó que las particularidades del derecho aduanero no podían justificar tal atentado al derecho de todo acusado (en el sentido autónomo y amplio que el artículo atribuye al término acusado) a permanecer callado y no contribuir a su propia incriminación. Por tanto, viola el derecho de todo acusado a guardar silencio y no auto-incriminarse una condena a una multa impuesta por la autoridad pública cuyo objetivo sea constreñirlo a que facilite él mismo la prueba de las infracciones que supuestamente ha cometido.

De esta manera, el TEDH ya claramente aludía, si no al derecho a no auto-incriminarse, a algo muy similar a ello: el derecho de una persona a guardar silencio y a no contribuir a su propia incriminación.

Estos extremos han sido corroborados (e incluso extendidos) en el asunto SAUNDERS. El caso SAUNDERS afectó al ex-jefe ejecutivo de GUINNESS, durante cuya dirección el departamento de comercio e industria del Reino Unido sospechó que la empresa había protagonizado prácticas ilegales (GUINNESS había hinchado artificialmente el precio de sus acciones otorgando beneficios económicos a los accionistas).

Como consecuencia de estas sospechas, los inspectores de este departamento incoaron una investigación a raíz de la cual varios empleados de la compañía fueron entrevistados por

¹²⁸⁸ Los hechos del caso son los siguientes: el matrimonio FUNKE sufrió en su casa un registro por parte de agentes aduaneros de Estrasburgo por sospechas de evasión de capitales. Durante el registro, el Sr.FUNKE admitió que era titular de cuentas bancarias en Alemania pero no tenía pruebas de ello en su vivienda. Las autoridades aduaneras exigieron al Sr.FUNKE que proporcionara pruebas de la existencia de esas cuentas en el extranjero, a lo que éste se comprometió. Sin embargo, posteriormente cambió de parecer y las autoridades aduaneras demandaron al Sr.FUNKE, obteniendo su condena al pago de 50FF diarios hasta que facilitara la información solicitada. El Sr.FUNKE acumuló multas por valor de 10.000FF. Ante esta situación sin salida, el Sr.FUNKE, tras agotar los recursos internos, demandó a Francia ante la Comisión Europea de Derechos Humanos por violación de su derecho a la inviolabilidad del domicilio y de su derecho a no declararse culpable.

los inspectores. Entre ellos, figuraba el Sr.SAUNDERS. La investigación dio como resultado una presunta actuación ilegal, por lo que el departamento de comercio e industria dio traslado de las transcripciones de las entrevistas a la fiscalía, siendo identificado el Sr.SAUNDERS como uno de los potenciales acusados por el caso. El Sr.SAUNDERS fue demandado ante los tribunales británicos. En el juicio, el Sr.SAUNDERS negó los hechos y también negó categóricamente haber tenido conocimiento de la supuesta bonificación que había sido ofrecida por GUINNESS a los compradores de sus acciones con el fin de hinchar artificialmente el valor de éstas. Sin embargo fue condenado en base a la transcripción de las entrevistas llevadas a cabo por inspectores del citado departamento, cuya lectura se realizó ante el tribunal y que demostraban que el Sr.SAUNDERS estuvo al tanto en todo momento de los hechos y los apoyó. Como resultado de la lectura de estas transcripciones, se pudo demostrar que el Sr.SAUNDERS había mentido y toda su defensa (basada en la denegación de que el acusado conociera los hechos) se derrumbó.

El Sr.SAUNDERS, tras apelar sin éxito contra la sentencia que le condenaba a cinco años de cárcel, acudió a la Comisión Europea de Derechos Humanos alegando que el uso en juicio de las respuestas ofrecidas a los inspectores del departamento de comercio e industria convertía de por sí el juicio en injusto por violación del derecho a no declararse culpable que, en su opinión, se derivaba del art.6 CEDH.

Resulta interesante destacar que el gobierno británico, en sus observaciones, no pretendió demostrar que no existiera un derecho a no autoincriminarse por no estar éste mencionado expresamente en el art.6. Por el contrario, concentró sus argumentos en demostrar que ese derecho no es absoluto y que la naturaleza y alcance del “derecho a guardar silencio” establecido en la sentencia FUNKE no habrían sido aún definidos por el TEDH.

La Comisión, por su parte, en su decisión sobre el caso mantuvo en todo momento la existencia del privilegio contra la autoincriminación, que constituiría un importante elemento para salvaguardar a los particulares frente a la opresión y la coerción, estaría vinculado a la presunción de inocencia y se aplicaría por igual a todo tipo de acusado. En opinión de la Comisión, el material incriminatorio contra el Sr.SAUNDERS se habría basado en sus declaraciones en el curso de la investigación del departamento de comercio e industria, a lo largo del cual se vio obligado a admitir una serie de hechos. Por tanto, el uso de las

transcripciones de estas declaraciones como medio de prueba judicial fue opresivo y le impidió defenderse en un juicio justo¹²⁸⁹.

Por su parte, el TEDH ofreció en esta sentencia toda una teoría sobre el derecho a no declararse culpable y testimoniar contra uno mismo:

“The Court recalls that, although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention, the right to silence and the right not to incriminate oneself, are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6. Their rationale lies, *inter alia*, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and the fulfilment of the aims of Article 6... The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence of the will of the accused. In this sense, the right is closely linked to the presumption of innocence contained in article 6.2 of the Convention”¹²⁹⁰.

“The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent”¹²⁹¹.

“...basic principles of a fair procedure inherent in article 6.1 of which the right not to incriminate oneself is a constituent element”¹²⁹².

“...like the Commission, it considers that the general requirements of fairness contained in article 6, including the right not to incriminate oneself, apply to criminal proceedings in respect of all types of criminal offences without distinction from the most simple to the most complex. The public interest cannot be invoked to justify the use of answers compulsorily obtained in a non-judicial investigation to incriminate the accused during trial proceedings”¹²⁹³.

¹²⁸⁹ Serie A, nº490, apdo.65 de la sentencia.

¹²⁹⁰ Serie A, nº490, apdo.68 de la sentencia.

¹²⁹¹ Serie A, nº490, apdo.69 de la sentencia.

¹²⁹² Serie A, nº490, apdo.69 de la sentencia.

¹²⁹³ Serie A, nº490, apdo.74 de la sentencia.

De este modo tan amplio pero claro, el TEDH reconoce que el derecho a no autoincriminarse está implícitamente reconocido en el art.6 CEDH, se relaciona obviamente con el derecho a guardar silencio y la presunción de inocencia e implica que una persona no puede ser condenada sobre la base de sus propias declaraciones si éstas fueron obtenidas bajo presión o amenaza.

La presunción de inocencia ha sido alegada en diversas ocasiones ante los órganos del CEDH. Ello ha permitido a estas instancias, especialmente al TEDH, desarrollar toda una teoría sobre la aplicación del art.6.2, sus límites y su alcance.

Así, en las sentencias SALABIAKU¹²⁹⁴ y PHAM HOANG¹²⁹⁵ el TEDH advierte contra el uso descontrolado por los Estados de presunciones de hecho y de derecho que, aunque a menudo se hacen necesarias en una situación jurídica, sin embargo pueden producir indefensión y prejuzgar los derechos del acusado. P.ej. en la sentencia SALABIAKU se estableció que una presunción legal según la cual quien detente una mercancía prohibida importada fraudulentamente es responsable penalmente de contrabando, atenta a la presunción de inocencia.

En la sentencia BARBERÁ, MENEGUÉ Y JABARDO¹²⁹⁶ (sobre el juicio, preñado de violaciones a los derechos de defensa de los presuntos terroristas que adhirieron al cuerpo de su víctima una bomba que explotó) el TEDH estableció que se infringe la presunción de inocencia cuando, sin que se pruebe legal y previamente la culpabilidad del acusado, se refleja en una resolución judicial que le afecta el sentir de que es culpable.

En la sentencia ALLENET DE RIBEMONT¹²⁹⁷ el TEDH estableció (a raíz de las manifestaciones del ministerio de interior y de altos funcionarios de la policía que le acompañaban con ocasión de una conferencia de prensa y en las que acusaban a una persona de instigar un asesinato) que el atentado a la presunción de inocencia puede provenir no sólo de una autoridad judicial, sino que tiene un alcance más extenso: aunque constituye ante todo una garantía de carácter procedimental en materia penal, no se impone sólo al juez penal que

¹²⁹⁴ Sentencia del TEDH de 7 de Octubre de 1988, SALABIAKU/FRANCIA, Serie A, nº141-B.

¹²⁹⁵ Sentencia del TEDH de 25 de Septiembre de 1992, PHAM HOANG/FRANCIA, Serie A, nº243.

¹²⁹⁶ Sentencia del TEDH de 6 de Diciembre de 1988, BARBERÁ, MENEGUÉ Y JABARDO/ESPAÑA, Serie A, nº146.

resuelve sobre el fundamento de una acusación, sino también a otras autoridades. Por tanto, unas manifestaciones de la policía o de miembros del ejecutivo, previas al pronunciamiento judicial en un proceso por asesinato, declarando la culpabilidad del acusado, incitan al público a creer en ellas y prejuzgan la apreciación de los hechos por los jueces competentes.

En los recientes casos A.P, M.P Y T.P.¹²⁹⁸ y E.L., R.L Y J.O.¹²⁹⁹ se indica que la responsabilidad penal no se hereda, por lo que atenta contra la presunción de inocencia de un heredero la transmisión de la culpa del fallecido.

El primer caso se sustanció por la demanda de dos hijos y la viuda de un constructor contra la decisión de Hacienda de multarles por una supuesta evasión de capitales cometida por el ahora finado. En Suiza, la ley de impuestos directos federales indicaba que, independientemente de que el heredero fuera inocente de la evasión de capitales del causante, aquél ocupaba la posición de éste incluso con respecto a penas por fraude tributario. Sin embargo, el TEDH entendió que esta medida condenaba a tres personas por el delito supuestamente cometido por un tercero, lo cual es contrario al art.6 CEDH¹³⁰⁰.

A excepción de las circunstancias personales de los demandantes, este caso es mimético al caso E.L., R.L. y J.O. en sus fundamentos jurídicos, legislación aplicable y resultado de la sentencia, por lo que obviamos el estudio del segundo asunto. Sin embargo, reiteramos que en ambos se confirma la prevención que siente el TEDH hacia las presunciones de hecho o de derecho que, usadas sin límites, pueden prejuzgar los derechos de una persona y colocarla en situación de indefensión.

3. Principio de confidencialidad en las relaciones abogado-cliente y derecho a la asistencia de un defensor

Los instrumentos internacionales sobre protección de derechos humanos incluyen dentro de los derechos de defensa el principio de libre comunicación entre los abogados y los

¹²⁹⁷ Sentencia del TEDH de 10 de Febrero de 1995, ALLENET DE RIBEMONT/FRANCIA, Serie A, nº308.

¹²⁹⁸ Sentencia del TEDH de 29 de Agosto de 1997, A.P, M.P y T.P./SUIZA, Serie A, nº690.

¹²⁹⁹ Sentencia del TEDH de 29 de Agosto de 1997, E.L., R.L. y J.O/SUIZA, Serie A, nº694.

¹³⁰⁰ Serie A, nº690, apdo.44 de la sentencia.

clientes como derecho que tiene todo justiciable a dirigirse con toda libertad a su abogado, cuya profesión comporta la obligación de dar consejo jurídico a las personas que lo necesiten (p.ej. así ocurre con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Si bien es cierto que el derecho como tal no aparece recogido en el art.6 CEDH, sin embargo el TEDH ha entendido que estaba implícito en él, especialmente en el art.6.3.b (derecho a las facilidades adecuadas para la preparación de la defensa) y el 6.3.c (derecho a ser asistido por un abogado). Del mismo modo, también el TJCE se ha referido a este principio como consecuencia clara del derecho de todo justiciable a ser representado legalmente.

Los instrumentos internacionales también reconocen expresamente (el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el art.14) e incluso el CEDH en su art.6 el derecho de todo justiciable a la representación legal, en la idea de que sin alguien con conocimientos jurídicos que asista a un justiciable lego en derecho, la persona no podría prácticamente defenderse en el enmarañado y complejo sistema jurídico de las sociedades actuales.

3.1. Jurisprudencia de los órganos judiciales comunitarios

En los órganos de Luxemburgo, el principal caso en el que el TJCE se ha referido hasta ahora al principio de confidencialidad es la sentencia AM & S, que anteriormente estudiamos bajo el prisma del secreto de las comunicaciones del art.8 CEDH. Este asunto lo provocó la petición de la Comisión al personal de la empresa AM & S en el curso de una operación de verificación para que entregaran todos los documentos respecto de los cuales se invoca el “legal privilege” del secreto entre abogado y cliente. AM & S entendió que la correspondencia mantenida entre los abogados y sus clientes está protegida en todos los Estados miembros en virtud de un principio general común a todos ellos que, sin embargo, no tendría un alcance armonizado en todos ellos. Este principio, en su opinión, también se extendería al Derecho Comunitario, por lo que la Comisión no podría exigir que se le presentara, cuanto menos en su texto íntegro, la correspondencia mantenida entre el abogado y

su cliente¹³⁰¹. Examinar determinados documentos amparados por dicha protección significaría tanto como negar el principio de confidencialidad y negar el carácter confidencial de los mismos¹³⁰².

El TJCE fue receptivo al reconocimiento de este derecho en el ámbito comunitario y, así, frente a las alegaciones de la Comisión -que esgrimía su facultad para exigir la presentación de documentos que estime “necesarios” para comprobar la existencia de una infracción de las normas del derecho de la competencia y su absoluta competencia para decidir si un determinado documento le debe ser presentado o no¹³⁰³- el TJCE contestó que hay que reconocer, siempre que se respeten determinadas condiciones, el carácter confidencial de determinados documentos profesionales¹³⁰⁴. Abundando en esta tesis, el TJCE añadió que la facultad de solicitar documentos por parte de la Comisión a una empresa, encuentra su límite en la exigencia del respeto de la confidencialidad pero siempre y cuando “la correspondencia de que se trate haya sido intercambiada entre un abogado independiente, es decir, no vinculado al cliente por una relación laboral, y éste último”¹³⁰⁵.

Desconocemos la razón, ya que el TJCE no la menciona, por la que el derecho a la confidencialidad se limita a la relación entre un cliente y un abogado independiente, excluyéndose a un abogado de empresa o a un abogado que, aun siendo independiente y manteniendo un despacho en el que asesore a varios clientes, haya suscrito un contrato de prestación de servicios con una determinada firma.

El TJCE continúa su argumento en términos más comprensibles y razonables, indicando que cuando una empresa se niegue a presentar, entre aquellos documentos empresariales exigidos por la comisión, la correspondencia intercambiada con su abogado, deberá facilitar a los agentes de la Comisión los elementos de prueba que permitan determinar si dicha correspondencia reúne los elementos que justifiquen su protección legal, sin por ello

¹³⁰¹ Rec.1982, pp.1575ss, p.1605.

¹³⁰² SCHWARZE examina esta sentencia e indica que: “The AM & S judgement has to be regarded as an important landmark decision on the path towards the development of individual rights in the Community by way of adopting common principles of administrative law” (SCHWARZE 1986 *op.cit.*, p.415).

¹³⁰³ Rec.1982, p.1610, punto 17.

¹³⁰⁴ Rec.1982, p.1610, punto 18.

¹³⁰⁵ Rec.1982, p.1612, punto 27.

tener que desvelar el contenido de aquella¹³⁰⁶. Pero en un momento determinado, la Comisión podría estimar que la empresa no ha aportado suficientes elementos de prueba que demuestren que los documentos que se resiste a entregar están amparados por el secreto profesional. En tal caso, puede ser obligada a presentar medios de prueba suplementarios para determinar el carácter confidencial de los documentos y, en caso negativo, se podría infligir a la empresa una multa sancionadora o coercitiva¹³⁰⁷.

Esta es la sentencia en la que, de modo más extenso, el TJCE ha elaborado sobre el tema que está siendo objeto de estudio. Sin embargo, también en la sentencia DOW CHEMICAL¹³⁰⁸ el TJCE ha aludido a este principio en el marco de otro caso sobre procedimientos de investigación de la Comisión que dio lugar a la solicitud de documentos empresariales. En esta sentencia, de modo breve y casi desvinculado del resto del razonamiento jurídico, el TJCE declaró:

“Por tanto, si bien algunas manifestaciones del derecho de defensa sólo afectan a los procedimientos de naturaleza contradictoria que siguen a una comunicación de los cargos imputados, otras, como el derecho a asesoramiento jurídico y el derecho a la confidencialidad de la correspondencia entre abogado y cliente (reconocido por este Tribunal en la sentencia de 18 de Marzo de 1982, AM & S, 155/79, Rec.1982, p.1575), deben ser respetados ya en la fase de investigación previa”¹³⁰⁹.

Por tanto, en esta sentencia el TJCE, en relación al derecho analizado, añade algo que aún no había admitido en la sentencia AM & S cinco años antes: que este es uno de los derechos de defensa tan esenciales que no puede ser sólo reconocido desde el momento en que la comisión comunica formalmente los cargos contra una empresa, sino incluso previamente, en la fase de investigación que puede dar como resultado la comunicación o no de datos a la empresa -según la Comisión estime que procede o no acusar a la empresa de infracción de las normas del TCE.

¹³⁰⁶ Rec.1982, p.1613, punto 29.

¹³⁰⁷ Rec.1982, p.1613, puntos 30 y 31.

¹³⁰⁸ *cit.* Rec.1989, pp.3165ss.

¹³⁰⁹ Rec.1989, p.3185.

El TJCE también ha tenido ocasión de analizar el derecho a la representación legal en sí mismo, desconectado de su relación con el de confidencialidad. Así p.ej. en el caso BASF¹³¹⁰, en el que esta multinacional creía que sus derechos habían sido vulnerados al no habersele permitido ser representado por sus abogados en una vista previa a la adopción de una decisión por la Comisión. El TJCE declaró que las empresas deben gozar de la posibilidad de hacerse asistir durante el desarrollo de la vista por abogados u otras personas debidamente cualificadas¹³¹¹.

En la sentencia ADOUI Y CORNUAILLE, el TJCE también mencionó el derecho a la representación legal, aunque no como argumento principal del caso, sino simplemente de forma accesoria, cuando dio por hecho que las recurrentes en el juicio tenían derecho a ser asistidas o representadas ante la autoridad competente de conformidad con las normas nacionales de procedimiento¹³¹², razonamiento en el que había coincidido el Abogado General CAPOTORTI¹³¹³.

En cuanto a cómo aparece el argumento del derecho a la representación legal en la sentencia DOW CHEMICAL, lo cierto es que se produce una mención de pasada y sin que tenga especial relevancia para la resolución del asunto. En concreto, se cita el derecho al asesoramiento jurídico como uno de los derechos de defensa que deben ser respetados en la fase de investigación previa al procedimiento administrativo que puede dar lugar a una sanción y no sólo durante éste último¹³¹⁴.

También en la sentencia ADAMS¹³¹⁵ se analizó el derecho a la asistencia de un defensor pero bajo otro prisma. La sentencia, recordamos, versaba sobre los siguientes hechos: ADAMS había facilitado pruebas a la Comisión sobre prácticas anticompetenciales cometidas en la sucursal parisina de la empresa ROCHE, en cuya sede suiza él trabajó. Pidió a la Comisión que respetase su anonimato y se trasladó a vivir a Italia con su familia. Sin embargo, la Comisión faltó a su deber e identificó a su informador, con lo que fue detenido

¹³¹⁰ *cit.* Rec.1972, pp.713ss.

¹³¹¹ Rec.1972, p.731.

¹³¹² *cit.*, Rec.1982, pp.1665ss, p.1711.

¹³¹³ Rec.1982, p.1728.

¹³¹⁴ *cit.*, Rec.1989, p.3185.

¹³¹⁵ *cit.*, Rec.1985, pp.3539ss.

cuando se trasladó a Suiza de vacaciones poco tiempo después¹³¹⁶. Ante estos hechos, primeramente solicitó ayuda a la Comisión, pero posteriormente la acusó porque aparentemente, sus funcionarios se habrían comprometido e incumplido la promesa de asesorarle sobre el mejor modo de demandar a Suiza ante la Comisión Europea de Derechos Humanos. La historia continuó en los términos dramáticos que ya relatamos, pero en relación a lo que en estos momentos nos concierne (el derecho a la representación legal) el TJCE en su sentencia recalcó la importancia que reviste el que una persona acusada pueda ser asesorada jurídicamente de modo adecuado, constatando la falta de diligencia de la Comisión, e incluso su dejadez, absteniéndose de asesorar al implicado, a lo que se había comprometido. No obstante, considera que tampoco tenía la Comisión la obligación jurídica de poner sus abogados a disposición de ADAMS y que no cometió ninguna negligencia porque al menos pagó los honorarios de los defensores contratados por ADAMS¹³¹⁷.

En relación al beneficio de justicia gratuita, hay que señalar que en la jurisprudencia de Luxemburgo no encontramos señales de que este aspecto de los derechos de defensa haya sido tratado en sede comunitaria. Quizá ello se deba en parte al hecho de que los abogados de oficio están previstos para personas físicas y no para personas jurídicas, que son quienes en mayor medida presentan demandas ante el TPI y en casación ante el TJCE. A este respecto, CHUECA señala que también en Derecho Comunitario es evidente que dentro de los derechos de defensa se incluye el derecho a la asistencia de un defensor y el derecho a elegirlo libremente. Sin embargo “el sistema de protección de los derechos fundamentales no ha avanzado hasta el punto de prever la existencia de abogados de oficio, para quienes no dispongan de los medios necesarios para contratarlos¹³¹⁸”.

Lo cierto es que no parece que se haya presentado aún ningún caso que afecte al beneficio de justicia gratuita ante órganos judiciales de Luxemburgo. Difícilmente un sistema

¹³¹⁶ Para un análisis más amplio y en profundidad sobre el derecho a la protección de datos personales según la normativa del Consejo de la CE (así como la del Consejo de Europa y de la que deriva de la normativa de la CJAI) véase ZERDICK, Thomas: “European Aspects of Data Protection: What Rights for the Citizen?”, en *Legal Issues of European Integration*, 1995, nº2, 59-83.

¹³¹⁷ Rec.1985, pp.3590 y 3591.

Como indica CHUECA, es muy significativo que la Comisión corriera con los gastos originados por el procesamiento de ADAMS. Al fin y al cabo, no era un funcionario comunitario. Con este comportamiento, la Comisión implícitamente admite su responsabilidad en los hechos, aunque niegue haber actuado negligentemente (CHUECA 1986 *op.cit.*, p.275)

¹³¹⁸ CHUECA 1986 *op.cit.*, p.275.

de protección de los derechos fundamentales pretoriano como es el de las CCEE puede haber reconocido este derecho si no ha tenido todavía la oportunidad de estatuir sobre él.

3.2. Jurisprudencia de los órganos del CEDH

Los órganos del CEDH, y especialmente el TEDH a través de sus sentencias, también han contado con algunas ocasiones para referirse al principio de confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente como derecho de defensa. Muchas de las sentencias que aquí se citen ya fueron estudiadas anteriormente como casos en los que se invocaba este mismo derecho pero desde la perspectiva del art.8 CEDH. Y la mayoría de ellas se refiere a la situación particular de un abogado con su cliente cuando éste último está preso, situación en la que se deben redoblar los esfuerzos para proteger los derechos de defensa del cliente dado que en su posición, es mucho más vulnerable.

Mencionamos ya a este respecto la sentencia S/SUIZA que criticamos previamente porque en ella el TEDH ofreció un primer argumento falto de imaginación. El TEDH explicó que, a diferencia de lo que ocurre con el Convenio Americano de Derechos Humanos y los derechos internos, el CEDH no reconoce el derecho objeto de estudio. Sin embargo, afortunadamente, el TEDH supo ir más allá de esta primera afirmación e indicó que el derecho para el acusado de comunicar con su abogado fuera del alcance de terceros figura entre las exigencias elementales del proceso equitativo en una sociedad democrática y se deriva del art.6.3.c. Si un abogado no pudiera recibir instrucciones confidenciales, su asistencia perdería mucha de su utilidad, mientras que la finalidad del CEDH consiste en proteger derechos concretos y efectivos.

Destaca asimismo la sentencia CAMPBELL¹³¹⁹, en la que el TEDH, a raíz de la lectura por parte de las autoridades penitenciarias de la correspondencia mantenida entre un interno y su abogado, combinó la argumentación del art.8 con la del art.6 y concluyó que el derecho al respeto de la correspondencia reviste una importancia particular en el marco carcelario, en el que un asesor jurídico puede tener dificultades para visitar a su cliente por razón de la lejanía del establecimiento. Por ello, un control sistemático (apertura y lectura) de la correspondencia

¹³¹⁹ *cit.* Serie A, n°233.

de un preso con su abogado no responde a una necesidad imperiosa ni es necesaria en una sociedad democrática.

Por último, destaca también la sentencia CALOGENO DIANA¹³²⁰ (referente también a la interceptación de las comunicaciones de un preso) en la que el TEDH recuerda la estrecha relación que existe entre el art.6 y el 8 CEDH en este aspecto concreto de las relaciones abogado-cliente puesto que el TEDH reconduce la reclamación del recurrente al art.8, entendiendo que los hechos no producían una violación por separado de los arts.6 y 8 CEDH, sino una única violación de ambos conjuntamente¹³²¹.

El TEDH ha tratado sobre el derecho de toda persona a defenderse por sí misma o con la asistencia de un abogado del art.6.3.c en numerosas ocasiones. Sin embargo, la característica principal de los casos en los que los órganos de Estrasburgo han tratado sobre este particular, es que se refieren a procesos judiciales penales contra una persona.

Un primer bloque de sentencias establece el principio según el cual no se puede denegar la defensa de una persona a través de su abogado por el mero hecho de que el implicado haya optado por no comparecer personalmente. Dentro de este bloque de sentencias, destacan las de los asuntos POITRIMOL¹³²², LALA¹³²³ y PELLADOAH¹³²⁴.

En los tres casos el TEDH detectó un atentado al art.6 basado en el hecho de que el implicado fue condenado en su ausencia sin que su abogado hubiera podido presentar sus medios de prueba. Para el TEDH, una cosa es que el implicado renuncie a comparecer en juicio personalmente (o incluso que su juicio se celebre en rebeldía) y otra distinta que ello repercuta negativamente en sus derechos de defensa y que se le impida ser defendido por su representante legal. Por tanto, no se puede “castigar” al implicado por el hecho de no comparecer en juicio. Aún así, tiene derecho a que su abogado le represente y le defienda, razón por la que los tribunales han de permitir a su abogado que cumpla su misión.

¹³²⁰ *cit.* Serie A, nº694.

¹³²¹ Serie A, nº694, apdo.38.

¹³²² Sentencia del TEDH de 23 de Noviembre de 1993, POITRIMOL/FRANCIA, Serie A, nº277-A.

¹³²³ Sentencia del TEDH de 22 de Septiembre de 1994, LALA/HOLANDA, Serie A, nº297-A.

¹³²⁴ Sentencia del TEDH de 22 de Septiembre de 1994, PELLADOAH/FRANCIA, Serie A, nº297-B.

En el asunto POITRIMOL, el TEDH desarrolló su teoría sobre la no comparecencia del acusado y su derecho a ser representado legalmente. En este sentido, el TEDH fijó el alcance del tema al indicar que la cuestión que se planteaba era saber si un acusado que evita deliberadamente comparecer conserva el derecho a disfrutar de la asistencia de un defensor de su elección, en el sentido del art.6.3.c CEDH. Aunque el TEDH reconoce la importancia que reviste la incomparecencia del acusado, tanto por razón de su derecho a ser oído como por la necesidad de controlar la exactitud de sus afirmaciones y confrontarlas con las declaraciones de la otra parte, sin embargo también admite que no es lícito sancionar la incomparecencia con la privación del derecho a la asistencia letrada. Ello constituiría una medida desproporcionada incluso si, como en este caso, el incomparecido, que tenía obligación de comparecer, se había fugado con el fin de eludir la acción de la justicia.

En los asuntos LALA y PELLADOAH, se abundó en este mismo tema, añadiendo el TEDH que la incomparecencia no puede, incluso a falta de excusa para dicha incomparecencia, justificar que la persona sea privada del derecho a la asistencia de un abogado defensor, que le reconoce el art.6.3 CEDH (en el asunto LALA, el acusado no estaba en rebeldía, sino que simplemente no había acudido a la sala del juicio porque no tenía obligación legal de hacerlo; en el segundo caso, el acusado sí estaba en rebeldía pero había designado abogado para defenderse).

Otro tipo de casos sobre el derecho a la representación legal de todo acusado es aquél en el que la idea central es qué ocurre cuando quien no comparece en juicio es el propio defensor elegido personalmente por el implicado. Este es el conflicto que se planteó en el caso TRIPODI¹³²⁵ que, según el recurrente, había dado lugar a su indefensión y a la violación de su derecho a ser representado legalmente. El razonamiento en este asunto fue objetivo y claro: habría que diferenciar aquellos casos en los que la incomparecencia del defensor sea repentina, inesperada y sobrevenida, de aquéllos otros en los que el cliente conocía de antemano la circunstancia de que su abogado no acudiría a defenderle, como ocurrió en el caso TRIPODI. Una vez acreditado que el abogado se encontraba impedido de participar en los debates, el cliente debería haber actuado designando un sustituto, es decir, un segundo abogado. Si no lo hizo, su desidia o dejadez no puede afectar a la buena marcha del proceso, que prosiguió en ausencia del abogado defensor. Por tanto, el recurrente no podía prevalecerse

¹³²⁵ Sentencia del TEDH de 22 de Febrero de 1994, TRIPODI/ITALIA, Serie A, nº281-B.

del art.6.3.c para reclamar una violación de su derecho a ser representado por un abogado de su elección.

El alcance y los límites del derecho al beneficio de la justicia gratuita resulta un tanto incierto debido sin duda al propio tenor literal del art.6.3.c que indica que el derecho a un abogado de oficio se circunscribe a dos casos: cuando el acusado no tenga medios para pagar su defensa y cuando los intereses de la justicia así lo exijan.

No resulta excesivamente claro cuándo una persona es insolvente ni tampoco cuándo los intereses de la justicia exigen otorgar a una persona tal beneficio. El TEDH decide sobre el cumplimiento o no de estas dos condiciones de forma casuística, atendiendo a las circunstancias del caso.

Así, p.ej., en el caso AIREY¹³²⁶ (sobre la negativa de las autoridades irlandesas a garantizar a la Sra.AIREY el beneficio de justicia gratuita en su proceso de separación) el TEDH entendió que esta persona tenía derecho a disfrutar de este beneficio porque aunque el art.6 CEDH no garantiza el derecho a la ayuda legal gratuita como tal¹³²⁷, y menos todavía en procedimientos que no son penales (como es el caso de un juicio civil de separación) sin embargo la complejidad de un proceso de separación, sobre todo cuando quien lo incoa es una persona sin estudios y lega en derecho, le impide defenderse por sí mismo y obtener un juicio justo. En efecto, resultaría extremadamente difícil para un lego en derecho probar la existencia de adulterio, prácticas antinaturales o crueldad, recurrir a expertos, buscar testigos e interrogar. Además, las controversias matrimoniales con frecuencia conllevan estados pasionales escasamente compatibles con el grado de objetividad indispensable para la actuación de los tribunales. La Sra.AIREY intuía la complejidad de un juicio de tales características, por ello había intentado contratar los servicios de un abogado para su proceso, pero la cuantía de los honorarios a pagar le habían persuadido de hacerlo¹³²⁸.

Todas estas circunstancias llevaron al TEDH a indicar que, incluso en procesos cuya naturaleza no sea penal, la ausencia de la cláusula del beneficio de justicia gratuita en los procedimientos civiles puede tornarse indispensable para el acceso efectivo ante los

¹³²⁶ Sentencia del TEDH de 9 de Octubre de 1979, AIREY/IRLANDA, Serie A, nº32.

¹³²⁷ Serie A, nº32, apdo.26.

¹³²⁸ Serie A, nº32, apdo.27.

tribunales, ya sea porque la ley exija la asistencia de letrado, o ya sea, como en este caso, por la complejidad del procedimiento o del asunto.

De este modo, el TEDH cumplió el tenor literal del propio art.6.3.c, indicando que también en algunas ocasiones se debe extender este beneficio a casos civiles.

En el caso BONER¹³²⁹, el TJCE ha recordado que no todos los recurrentes que reúnan las condiciones financieras obtendrán automáticamente la ayuda de asistencia judicial gratuita. Ello se decidirá teniendo en cuenta también si los intereses de la justicia exigen su representación letrada. En otros casos, el TEDH ha profundizado en la delimitación de los intereses de la justicia que pueden justificar, junto a la falta de medios económicos, la obtención del beneficio de justicia gratuita. Así, parece que difícilmente pueda defenderse de manera satisfactoria y adecuada sin asistencia letrada un joven drogadicto, extranjero, de origen modesto, con un pasado delictivo y que vivía de la caridad¹³³⁰.

Y aún en otros casos, el TEDH ha entendido que no era incompatible con el art.6.3.c el que el Estado que en su día otorgó este beneficio a un acusado insolvente, le reclame los gastos de su defensa cuando se acredite que se le otorgó el beneficio por desconocimiento de su verdadera situación económica¹³³¹. Otras veces, ha indicado que los intereses de la justicia no son idénticos si el asunto está en primera instancia o si ya está en apelación o casación¹³³².

4. Protección contra dilaciones indebidas

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída y decidida en un plazo razonable de tiempo. Retrasos exagerados en la resolución de un procedimiento pueden afectar a la eficacia y credibilidad de la justicia e, incluso, en casos penales, puede producir inseguridad sobre el destino de una persona¹³³³.

¹³²⁹ Sentencia del TEDH de 28 de Octubre de 1994, BONER/REINO UNIDO, Serie A, nº300-B.

¹³³⁰ Sentencia del TEDH de 24 de Mayo de 1991, QUARANTA/SUIZA, Serie A, nº205.

¹³³¹ Sentencia del TEDH de 25 de Septiembre de 1992, CROISSANT/ALEMANIA, Serie A, nº237-B.

¹³³² Sentencia del TEDH de 28 de Octubre de 1994, MAXWELL/REINO UNIDO, Serie A, nº300-C; GRANGER *cit.* Serie A, nº174.

¹³³³ HARRIS, O'BOYLE, WARBRICK *op.cit.*, p.223.

Este derecho, que aparece recogido en el art.6.1 y que se refiere a todo tipo de litigios (incluso los desarrollados ante órganos administrativos) ha sido objeto de análisis frecuentes ante los órganos de Estrasburgo, aunque ha tenido muchas menos ocasiones de ser invocado ante los de Luxemburgo. Sin embargo, de la comparación entre la única sentencia en la que este argumento fue alegado ante el TPI con la abundante jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo en la materia, se extrae como conclusión la total sintonía entre los órganos de estas organizaciones en su modo de aplicación del principio. En efecto, ambos ponen el acento, más que en fechas, meses o años transcurridos desde el comienzo del procedimiento, en el hecho de si, atendiendo a las circunstancias concretas del caso y al comportamiento de quien invoca ese derecho, tal plazo es razonable¹³³⁴.

4.1. Jurisprudencia de los órganos judiciales comunitarios

En el caso D/COMISIÓN que ya fue analizado anteriormente, se estudiaba si durante el procedimiento disciplinario en el que a un funcionario comunitario fue degradado por acoso sexual, se había atentado contra los derechos de defensa.

En él, el TPI tuvo ocasión de comentar, aunque muy brevemente, sobre si los sucesivos actos de persecución de la infracción supuestamente cometida por el Sr.D se produjeron en un plazo razonable de tiempo. El TPI recordó que el período más largo que medió entre un trámite y el siguiente en el procedimiento disciplinario fue de 39 días. El TJCE concluyó que ese plazo no era irrazonable atendiendo a las circunstancias particulares del caso (las supuestas víctimas del acoso sexual que debían declarar ante el comité de disciplina vivían lejos, además, había que preparar minuciosamente la confrontación a fin de que se realizase de manera eficaz y respetando los derechos del acusado) y a la propia conducta personal del acusado (por dos veces, el recurrente retrasó el careo con las supuestas víctimas alegando razones familiares. Con ello contribuyó él mismo a la prolongación del

¹³³⁴ Sin embargo, la situación puede cambiar en un futuro no muy lejano, cuando sea resuelta la sentencia T-213795 (FEDERATIE VAN NEDERLANDSE KRAANERHUUR BEDRIJVEN EN STITCHING CERTIFICATIE KRAANVERHUURBEDRIT) pendiente de solución ante el TPI y en el que el litigio principal gira en torno a la pretendida responsabilidad extracontractual en la que habría recaído la CE por el excesivo tiempo que necesitó la Comisión para adoptar una decisión *ex art.85 TCE*.

proceso, lo cual resultaba inexplicable dado que este careo se realizaba precisamente a petición suya)¹³³⁵.

Las conclusiones que extraemos de este único caso son que: 1. Este derecho se aplica incluso a procesos disciplinarios. 2. Atiende no tanto a datos temporales concretos sino a las circunstancias del caso y al comportamiento de las partes.

4.2. Jurisprudencia de los órganos del CEDH

Hemos indicado ya anteriormente que el TEDH se ve enfrentado a este derecho en numerosas ocasiones, tanto en casos civiles como penales, como incluso en procedimientos ante órganos de la administración. A este respecto, ha señalado que la alegación por parte del gobierno de la sobrecarga de trabajo que sufre la administración de justicia no sirve como excusa en el caso concreto¹³³⁶. Muy al contrario, el art.6.1 constriñe a los Estados parte del Convenio a organizar su situación judicial de manera que permita a sus jurisdicciones cumplir cada una de sus exigencias¹³³⁷.

El carácter razonable de la duración de un procedimiento se aprecia según¹³³⁸ las circunstancias del caso¹³³⁹ y los criterios consagrados por la jurisprudencia del TEDH (en

¹³³⁵ *cit.*, Rec.1995, p.459.

¹³³⁶ Sentencias del TEDH de 28 de Marzo de 1990, B/AUSTRIA, Serie A, nº175.

¹³³⁷ Sentencia del TEDH de 26 de Febrero de 1993, PIZZETTI/ITALIA, Serie A, nº257-C.

¹³³⁸ Sentencias del TEDH de 24 de Octubre de 1989, H/FRANCIA, Serie A, nº162-A; de 30 de Octubre de 1991, WIESINGER/AUSTRIA, Serie A, nº213; de 24 de Julio de 1997, TORRI/ITALIA, Serie A, nº685.

¹³³⁹ P.ej., supuso la lesión de este derecho la excesiva duración de un procedimiento administrativo que afectaba a intereses tan sensibles como el urbanismo y la protección del medio ambiente, de gran impacto y repercusión para el futuro (sentencia del TEDH de 27 de Octubre de 1994, KATTE KLITSCHKE DE LA GRANGE /ITALIA, Serie A, nº293-B).

Unos plazos y retrasos que, en circunstancias normales podría entenderse que no atentaban contra los derechos de una persona, se pueden convertir en atentatorios del art.6.1 cuando la situación del recurrente obligue a una cierta celeridad del procedimiento. De este modo, la duración del examen de una reclamación por daños y perjuicios de una víctima contaminada con una grave enfermedad infecciosa por una transfusión, se considera excesiva atendiendo al estado del enfermo y a su reducida esperanza de vida, que imponía en el caso una diligencia excepcional (sentencia del TEDH de 26 de Agosto de 1994, KARAKAYA/FRANCIA, Serie A, nº289-B).

particular, la complejidad del caso¹³⁴⁰, el comportamiento del recurrente¹³⁴¹ y el de las autoridades competentes¹³⁴²).

5. Derecho al proceso y a un tribunal independiente e imparcial

El art.6.1. CEDH comienza con las palabras: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída ... por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley...”.

En estas palabras se encierran los dos últimos derechos que serán tratados en relación con los derechos de defensa.

El derecho al proceso (también conocido como derecho al recurso, o a la tutela judicial efectiva) se concretaría en la posibilidad de que toda persona pueda reclamar un procedimiento que dirima sus controversias y se completaría en la última parte de la frase del CEDH: que pueda hacerlo ante un juez independiente e imparcial. Sin embargo, estos dos derechos guardan estrecha relación con otra disposición del CEDH, en concreto, con su art.13 que versa sobre el derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional:

“Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

Las disposiciones de estos dos artículos son tan similares que a lo largo del siguiente análisis, a menudo comprobaremos cómo ambos artículos del CEDH son citados

¹³⁴⁰ P.ej. cuando el asunto implica la intervención de dos tipos de jurisdicción, como en el caso GUILLEMIN (*cit.* Serie A, nº611) sobre un proceso de expropiación el que primeramente tienen que actuar los tribunales administrativos -que declaran la legalidad de la medida- y posteriormente los ordinarios, que fijan la indemnización (apdo.42 de la sentencia).

¹³⁴¹ Así, en el caso VENDITELLI (sentencia del TEDH de 18 de Julio de 1994, VENDITELLI/ITALIA, Serie A, nº293-A) los reenvíos solicitados por éste, aunque legítimos, causaron un considerable retraso, por lo que el recurrente tenía cierta responsabilidad en la prolongación del proceso ante el tribunal de apelación.

¹³⁴² Así, la suspensión injustificada del procedimiento por parte del tribunal competente durante más de 21 meses, constituye la prueba flagrante de que la instrucción del asunto no fue llevada con la necesaria rapidez y diligencia (sentencia del TEDH de 28 de Junio de 1978, KÖNIG/ALEMANIA, Serie A, nº27).

conjuntamente, tanto en la jurisprudencia de los órganos de Luxemburgo como en la de los de Estrasburgo.

5.1. Jurisprudencia de los órganos judiciales comunitarios

El derecho al recurso ha sido adaptado al contexto comunitario y ha sido invocado en varias ocasiones ante el TJCE. Incluso en algunos casos ha sido alegada con referencia expresa a los artículos 6 y 13 CEDH. Este es el caso de la sentencia BORELLI¹³⁴³, controversia en la que esta sociedad buscaba la anulación de la decisión de la Comisión denegatoria de la concesión de un crédito del FEOGA con arreglo al Reglamento 355/77 del Consejo.

El Abogado General DARMON en sus Conclusiones indicó que: “Recordemos, en efecto, las exigencias del principio del “derecho a la tutela judicial efectiva” cuya importancia fundamental en el ordenamiento jurídico comunitario ha sido reconocida por la jurisprudencia del TJCE (sentencias JOHNSTON y HEYLENS). Un particular que se considere lesionado por un acto que le despoja de un derecho o una ventaja basado en la normativa comunitaria debe poder disponer de un recurso contra dicho acto y debe disfrutar de una completa protección judicial”¹³⁴⁴.

Pero es el propio TJCE quien, completando el argumento del Abogado General DARMON, menciona en sus fundamentos de derecho los artículos 6 y 13 CEDH: “En efecto, como ha declarado el Tribunal de justicia, especialmente en las sentencias de 15 de mayo de 1986 JOHNSTON... y de 15 de Octubre de 1987, HEYLENS..., la exigencia de un control jurisdiccional de cualquier decisión de una autoridad nacional constituye un principio general del Derecho comunitario que deriva de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y que está consagrada en los artículos 6 y 13 del convenio Europeo de Derechos Humanos”¹³⁴⁵.

¹³⁴³ Sentencia del TJCE de 3 de Diciembre de 1992, OLEIFICIO BORELLI SPA/COMISIÓN, C-97/91, Rec.1992, pp.I-p.6313ss.

¹³⁴⁴ Rec.1992, p.6328.

¹³⁴⁵ Rec.1992, p.6334.

Con estas palabras, el TJCE establece el derecho al control judicial de cualquier decisión que tenga carácter definitivo. En esta sentencia, el Abogado General y el TJCE se apoyaban en otras dos anteriores para confirmar sus aseveraciones. Las sentencias a las que aludía son la sentencia JOHNSTON y la sentencia HEYLENS:

La sentencia JOHNSTON se pronunció en el caso ya relatado de la policía nor-irlandesa a la que se despide a raíz de una nueva legislación para el Ulster discriminatoria hacia las mujeres. A lo largo de este procedimiento, la agente despedida invoca el derecho a un control jurisdiccional efectivo, principio que, recuerda, se encuentra en la base de las tradiciones constitucionales comunes y además, está consagrado en los artículos 6 y 13 CEDH.

El TJCE opinó que ese principio, que se aplicaba también en Derecho Comunitario, era incompatible con lo que sucedía en este caso: el despido de todo el personal femenino de la policía de Irlanda del Norte basado en una decisión no recurrible del Secretario de Estado que exhortaba a la no contratación de agentes femeninas, por razones de seguridad y para no poner en riesgo sus vidas.

El TJCE prosiguió su razonamiento diciendo que un principio de estas características e inspirado en el CEDH exige que toda persona tenga derecho a un recurso efectivo ante una jurisdicción competente frente a los actos que estime lesivos hacia el principio de igualdad de trato entre hombre y mujer.

Por tanto, una decisión gubernamental que establezca una desigualdad, es susceptible de control jurisdiccional aunque la autoridad administrativa le otorgue el carácter de “no revocable”¹³⁴⁶.

Más explícito resulta el TJCE en la sentencia HEYLENS, sobre el caso ya evocado del entrenador de fútbol belga al que Francia se negaba a convalidar su diploma. En este asunto también resultaba afectado el derecho al acceso a los tribunales, como indica el juez ponente SCHOCKWEILER en su informe para la vista¹³⁴⁷. En este asunto, el TJCE menciona de nuevo el derecho fundamental atribuido por el tratado individualmente a cada trabajador de la

¹³⁴⁶ *cit.*, Rec.1986, p.1683.

¹³⁴⁷ *cit.*, Rec.1987, p.4104.

Comunidad a la existencia de una vía de recurso de carácter jurisdiccional contra cualquier decisión de una autoridad nacional que impida el ejercicio de ese derecho. Para apoyar su argumento, se menciona aquí también las tradiciones constitucionales, los arts.6 y 13 CEDH y la sentencia JOHNSTON¹³⁴⁸.

Contrasta este argumento con la perspectiva dada al asunto por el Abogado General MANCINI, que no adoptó, como sí hizo el TJCE, una visión del problema basada en los derechos fundamentales. Pero además, como indica LAWSON¹³⁴⁹, la importancia del uso por parte del TJCE del CEDH en HEYLENS va más allá del simple hecho de que el tribunal aludiese a este convenio *motu proprio*:

“In the Heylens judgement the Court did not simply use the ECHR as an auxiliary argument confirming a rule of positive Community law. The only positive rule at stake in the Heylens case was article 48, the free movement of workers -a principle that, as such, does not contain any requirements as to judicial review. The application by the Court of the human rights provisions to the French practice, therefore, functioned as a rather independent human rights test. The only “excuse” for doing so is that a fundamental principle of community law was involved in the case”.

Pero antes de pronunciarse sobre los casos JOHNSTON y HEYLENS, el TJCE ya se había referido al derecho a un recurso efectivo en 1976, 1980 y 1981, en lo que constituye una saga de casos bastante similares: ROYER¹³⁵⁰, PECASTAING¹³⁵¹ y ADOUI Y CORNUAILLE¹³⁵², respectivamente.

En todas ellas se plantea cuáles son los límites a la libertad de circulación de ciudadanos comunitarios cuando su presencia en un país comunitario pueda considerarse como contraria al orden público.

En el primero de estos asuntos (ROYER) se planteaba si el mero hecho de incumplir las medidas de control de extranjeros (requisito de inscripción en el registro de población) por

¹³⁴⁸ Rec.1987, p.4117.

¹³⁴⁹ LAWSON 1992 *op.cit.*, p.110.

¹³⁵⁰ Sentencia del TJCE de 8 de abril de 1976, ROYER/BÉLGICA, C-48/75, Rec.1976, pp.497ss.

¹³⁵¹ Sentencia del TJCE de 5 de Marzo de 1980, PECASTAING/BÉLGICA, C-48/79, Rec.1980, pp.691ss.

¹³⁵² *cit.* Rec.1980, pp.691ss.

parte de un trabajador migrante comunitario daba derecho a la autoridad pública a expulsarlo del territorio del Estado bajo el pretexto de atentar contra el orden público.

El TJCE consideró que de por sí la omisión de las formalidades sobre acceso, desplazamiento y estancia de extranjeros comunitarios no atentaba contra el orden ni contra la seguridad pública. Un comportamiento de este tipo por sí sólo no amenaza al orden público ni faculta para expulsarlo de territorio comunitario, salvo caso de urgencia debidamente justificado. Pero también añadió en relación a lo que nos interesa, aunque sin citar en ningún momento el CEDH:

“... toute personne frappée d’une mesure d’éloignement du territoire doit pouvoir introduire contre cette décision les recours ouverts aux nationaux contre les actes administratifs; qu’à défaut, l’intéressé doit avoir, à tout le moins aux termes de l’article 9, la possibilité de faire valoir ses moyens de défense devant une autorité compétente, différente de celle qui a pris la mesure restrictive de sa liberté; qu’il convient de préciser, à cet égard, que toutes dispositions doivent être prises par les États membres en vue d’assurer, à toute personne frappée par une mesure restrictive de ce genre, la jouissance effective de la sauvegarde que constitue, pour elle, l’exercice de ce droit de recours; que cette garantie deviendrait cependant illusoire si les États membres pouvaient, par l’exécution immédiate d’une décision d’éloignement, priver l’intéressé de la possibilité de faire fruit, utilement, des moyens de recours dont la jouissance lui est garantie par la directive n°64/221; que dans le cas des recours juridictionnels visés par l’article 8 de la directive n°64/221, l’intéressé doit à tout le moins recevoir la possibilité, dès avant l’exécution de la mesure d’éloignement, d’introduire son recours et d’obtenir ainsi la suspension de l’exécution de la mesure prise... la décision d’éloignement de saurait être exécutoire avant que l’intéressé ait été en mesure d’introduire un tel recours...”¹³⁵³.

Los casos PECASTAING y ADOUI Y CORNUAILLE son prácticamente idénticos: afectan a trabajadoras francesas en bares de alterne belgas contra las que la autoridades del último país adoptan órdenes de expulsión por considerar contrario al orden público su trabajo en locales de dudosa moralidad.

¹³⁵³ Rec.1976, pp.516 y 517.

Sus litigios planteaban un problema desde el punto de vista de los recursos con los que contaban contra la decisión de expulsión pero también desde el punto de vista de la igualdad de trato por razón de la nacionalidad. Efectivamente, las recurrentes alegaban que las camareras de bares de alterne de nacionalidad francesa no podían ser expulsadas de su país de origen por razón de su actividad, por lo que tampoco esa medida represiva se podía adoptar si trabajaban en bares de bares alterne de otros Estados comunitarios¹³⁵⁴.

Pero a pesar de la similitud de los dos procesos en relación con los derechos procesales de las demandantes (incluso en ambos lo cuestionado desde el punto de vista de los derechos de la defensa son los arts.8 y 9 de la directiva 64/221 sobre coordinación de medidas especiales sobre extranjeros en materia de desplazamiento y estancia justificados por razón de orden público, seguridad pública y salud pública), el caso PECASTAING se planteó en términos del derecho al proceso, mientras que en el caso ADOUI y CORNUAILLE las dos demandantes exploraron una nueva vía: la imparcialidad de la comisión que estaba llamada a resolver sobre las decisiones de expulsión de extranjeros.

Así, comprobamos cómo unos mismos hechos y el cuestionamiento de una misma disposición legal pueden llevar a dos estrategias jurídicas diferentes: invocación de la violación del derecho al proceso en PECASTAING e invocación de la falta de imparcialidad de la comisión decisora en ADOUI Y CORNUAILLE.

En el caso PECASTAING, la demandante se quejaba de que la vía abierta a los extranjeros comunitarios que quisieran contestar una decisión de expulsión o de no renovación del permiso de residencia en Bélgica, fuera el acudir a una comisión consultiva (comisión de extranjería) mediante una carta de reclamación dirigida al ministro de justicia dentro del plazo de ocho días desde que tuvieran conocimiento de la denegación de su permiso de permanencia o residencia en Bélgica¹³⁵⁵, siendo inadmitidos ante el Consejo de Estado los recursos presentados por extranjeros destinatarios de la decisión denegatoria si

¹³⁵⁴ Esta invocación del derecho a la igualdad de trato no podía pasar desapercibida para el TJCE. Es por esto que el TJCE dio la razón a las recurrentes. De otro modo, tanto en uno como en otro caso se hubiera producido lo que cíclicamente califica MANCINI como una situación por la que sólo los camareros extranjeros de bares de alterne serían castigados, pero no los nacionales de ese Estado, como si el ejercicio de dicha actividad sólo fuera reprochable si lo realizan extranjeros (MANCINI, Federico: "L'Incidenza del Diritto Comunitario sul Diritto del Lavoro degli Stati Membri", en *Rivista di Diritto Europeo*, 1989, vol.XXIX, pp.9-32, p.23).

¹³⁵⁵ Rec.1980, p.695.

incumplieran el requisito de reclamar previamente ante la comisión de extranjería en el lapso de tiempo citado¹³⁵⁶.

A ello PECASTAING añadía que al extranjero afectado por una medida de expulsión no se le comunicaba en el momento de comunicación de la decisión ni sobre la posibilidad de reclamar ante la comisión de extranjería, ni menos aún sobre las consecuencias que se derivarían de su no reclamación ante la comisión de extranjería a efectos de la eventual introducción de un recurso judicial ante el consejo de Estado.

PECASTAING presentó una demanda ante los órganos judiciales internos (tribunal de primera instancia de Lieja) porque consideraba que la combinación de estas medidas afectaba a su derecho a un juicio justo, citando en su favor el art.6 CEDH y la sentencia ROYER. El tribunal planteó una cuestión prejudicial ante el TJCE en la que preguntaba al TJCE, entre otras cosas, si la interesada estaba en su derecho para presentar contra una decisión de rechazo de renovación del permiso de residencia o contra una decisión de expulsión del territorio, los mismos recursos (tanto administrativos como de otra jurisdicción) de los que gozan los nacionales contra los actos administrativos. También le preguntaba si, indefectiblemente, el extranjero se debía dirigir a la comisión de extranjería¹³⁵⁷.

El TJCE estimó que no se puede subordinar la admisión de un recurso presentado por un nacional comunitario a exigencias de forma o de procedimiento particulares y menos favorables que las que se aplican a los recursos presentados por los nacionales contra los actos administrativos. Las personas que entran dentro del ámbito de aplicación de la directiva 64/221 deben ser tratadas de la misma manera que los nacionales en lo que se refiere a las posibilidades de recurso abiertas ante estas jurisdicciones contra los actos de la administración¹³⁵⁸. Por tanto, la protección judicial asegurada debe ser la misma para los nacionales que para los demás ciudadanos comunitarios¹³⁵⁹. Por tanto, el art.9 de la directiva

¹³⁵⁶ Rec.1980, p.696.

¹³⁵⁷ Rec.1980, p.697.

¹³⁵⁸ Rec.1980, p.712.

¹³⁵⁹ Rec.1980, p.713.

no debe ser interpretado en el sentido de que el Estado restrinja o pueda hacer inoperantes las posibilidades de recurso de los extranjeros comunitarios¹³⁶⁰.

Curiosamente, el TJCE, que llega a una conclusión totalmente compatible con el art.6 CEDH, sin embargo añade en su sentencia que todas sus conclusiones sobre la necesidad del juicio justo y del régimen de recursos judiciales se extraen únicamente de su interpretación de la directiva 64/221, por lo que no estima necesario interpretar el art.6 CEDH. De este modo, añade, “cet aspect des questions posées par le juge national peut donc rester sans réponse dans le presente espèce”¹³⁶¹. Así, el TJCE desaprovecha una ocasión de oro para demostrar que las normas comunitarias se adecuan al CEDH. Resulta llamativo que el TJCE deje sin contestar una pregunta del juez interno, tanto más cuanto que la eventual respuesta no le hubiera supuesto ningún cambio jurisprudencial. De hecho, como se comprobará cuando se estudien las exigencias del derecho al proceso justo, tal y como los órganos de Estrasburgo aplican este concepto, el contenido de la sentencia PECASTAING es totalmente compatible con la interpretación que los órganos de Estrasburgo dan a este derecho. Únicamente podemos conjeturar sobre las razones de esta actitud reservada del TJCE y, a este respecto, habría una hipótesis: el TJCE prefiere no referirse al CEDH (instrumento que no considera como texto comunitario sino como mera fuente de inspiración) innecesariamente cuando de una norma comunitaria pueda extraerse el mismo resultado, evitando citar en tal caso al CEDH ni siquiera “a mayor abundamiento”, para no darle mayor importancia a este convenio¹³⁶².

En cambio, en la sentencia ADOUI Y CORNUAILLE se pone el acento en otro aspecto del art.6: el derecho a que la causa sea examinada por un órgano independiente e imparcial. Por ello posponemos el estudio de esta sentencia hasta el momento en que, en este mismo epígrafe, analicemos el derecho a un tribunal independiente e imparcial.

Sin embargo, el art.9 de la directiva 64/221 ha seguido dando lugar a nuevos casos en los que se cuestiona su compatibilidad con el derecho a un recurso efectivo (aunque ya no desde la perspectiva de la defensa del orden público, como ocurría en las sentencia ROYER,

¹³⁶⁰ Rec.1980, p.714.

¹³⁶¹ Rec.1980, p.716.

¹³⁶² En palabras de LAWSON (1992 *op.cit.*, p.113): “Apparently, the Court reserves the right not to apply the ECHR if necessary”.

PECASTAING y ADOUI Y CORNUAILLE). Podemos aludir, p.ej., al caso MASSAM DZODZI¹³⁶³, que enfrentó a una nacional togolesa con el Estado belga.

La Sra.DZODZI era la viuda de una nacional comunitario que, en vida, nunca ejerció su libertad de circulación. El matrimonio apenas vivió unos meses en Bélgica, ya que el marido murió a los seis meses de casarse y parte de su vida de casados transcurrió en Togo. A la muerte de su marido, el servicio de inmigración belga, a través de la comisión de extranjería, desestimó la solicitud de regularización de estancia, incluyendo la orden de abandonar territorio belga. La Sra.DZODZI consideró que tenía derecho a permanecer en Bélgica, pero además estimó que en todo el procedimiento de expulsión se habían violado sus derechos de defensa, en concreto, su derecho a un recurso efectivo y urgente ante un órgano judicial nacional antes de la ejecución de la medida controvertida que se pronuncie sobre las impugnaciones relativas al derecho de residencia. En concreto, la Sra.DZODZI lamentaba el agravio comparativo que suponía el que, mientras que el nacional belga podía obtener del presidente del tribunal interno una medida provisional cuando un acto aparentemente ilegal de la administración lesionara sus derechos y fuera urgente remediar el daño, en cambio para los nacionales comunitarios (y asimilados) cuyo derecho sea cuestionado, se les niega la posibilidad de recurrir a esta vía procesal para impugnar una denegación de su permiso de estancia o una medida de expulsión, obligándoseles a acudir a la comisión de extranjería. Todo ello la recurrente lo considera contrario al principio de efectividad del derecho establecido por el TEDH en la sentencia GOLDER de 24 de Febrero de 1975 y el art.14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que implica que toda impugnación referente a un derecho u obligación de naturaleza civil pueda ser sometida ante un órgano jurisdiccional en condiciones adecuadas para permitirle velar por la protección de ese derecho¹³⁶⁴.

El Abogado General DARMON, ante estas reclamaciones, sólo efectúa unas escuetas declaraciones, porque entiende que no ha lugar a estudiar el caso dado que, como el nacional

¹³⁶³ Sentencia del TJCE de 18 de Octubre de 1990, MASSAM DZODZI/BÉLGICA, as.acs. C-297/88 y 197/89; Rec.1990, pp.I-3763ss.

¹³⁶⁴ Rec.1990, p.3777 del informe para la vista del juez GRÉVISSE.

comunitario fallecido no ejerció su libertad de circulación, su cónyuge no puede beneficiarse de las garantías procesales de los arts.8 y 9 de la directiva¹³⁶⁵.

Por el contrario el TJCE, aunque también estimó que la directiva no se aplica a situaciones puramente internas como es la de una nacional de tercer Estado, cónyuge de un nacional de un Estado miembro que invoca un derecho de residencia o permanencia en territorio de ese mismo Estado miembro del que era originario su cónyuge, sin embargo aprovechó la ocasión y zanjó la pregunta planteada por el tribunal de Bruselas para el caso hipotético de que el trabajador nacional del Estado miembro sí hubiera estado empleado en territorio de otro Estado comunitario. De este modo, no dejó la pregunta en el aire, sino que la cuestión prejudicial le sirvió para analizar este interesante punto. En este sentido, recuerda que las personas que cumplen los requisitos para los que se aplique la directiva, tendrán derecho a interponer los mismos recursos de que disponen los nacionales del estado de que se trate contra los actos administrativos¹³⁶⁶. Además, el Estado no puede establecer, para las personas contempladas por la directiva, recursos que obedezcan a procedimientos especiales que ofrezcan menos garantías que los recursos interpuestos por nacionales de ese Estado contra los actos de la administración¹³⁶⁷. Por ello, el Estado debe permitir el acceso de estas personas a los tribunales en las mismas condiciones que a los nacionales¹³⁶⁸.

Si pasamos ahora a la interpretación que el juez da de la frase “juez independiente e imparcial” comprobaremos que su lectura de este precepto ha sido muy restrictiva y sesgada. Tanto es así, que la doctrina de modo unánime ha entendido que con esta interpretación, el TJCE desconoce la interpretación que del art.6 CEDH dan los intérpretes naturales del CEDH, los órganos de Estrasburgo.

Hay que tener en cuenta que en el ámbito comunitario no se presentan realmente tantas ocasiones para invocar esta garantía procesal en un ámbito judicial. Por tanto, la virtualidad y aplicabilidad de este derecho a un juez imparcial se debe manifestar especialmente frente al

¹³⁶⁵ Rec.1990, p.3781.

¹³⁶⁶ Rec.1990, p.3793, punto 57.

¹³⁶⁷ Rec.1990, p.3793, punto 58.

¹³⁶⁸ Rec.1990, p.3793, punto 59.

poder y discreción administrativos, especialmente frente al poder de la Comisión pero también de otros comités consultivos nacionales, etc.¹³⁶⁹.

Sin embargo, en numerosas ocasiones, el TJCE ha indicado que al no constituir la Comisión un tribunal, no se le puede exigir que respete los requisitos del art.6 CEDH en cuanto a imparcialidad e independencia. P.ej., en la sentencia VAN LANDEWYCK, donde a pesar de que el demandante se apoya en la jurisprudencia de Estrasburgo (sentencias KÖNIG y RINGEISEN), el TJCE responde que la Comisión, cuando aplica el derecho de la competencia, no es un tribunal en el sentido del art.6 CEDH porque no actúa de modo independiente del poder ejecutivo¹³⁷⁰.

Idéntica idea se plasma en el asunto MUSIQUE DIFFUSION¹³⁷¹, en el que se analiza el papel controvertido de la Comisión en procesos sancionadores derivados de la acumulación en esta institución comunitaria de las funciones acusatoria y decisoria. En este asunto, de nuevo, el TJCE se niega a examinar las reglas procesales que aplica la Comisión en materia de competencia a la luz del art.6 CEDH porque el TJCE considera que la Comisión no es un tribunal en los términos del CEDH¹³⁷².

También asume este planteamiento el Abogado General DARMON en sus Conclusiones al caso ORKEM en los siguientes términos que no dejan lugar para la duda: "Ahora bien, creo que de las sentencias Fedetab de 29 de Octubre de 1980, y Musique Diffusion se desprende claramente que este Tribunal de Justicia considera que el apartado 1 del artículo 6 no se aplica a los procedimientos desarrollados por la Comisión en materia de derecho comunitario sobre la competencia".

La doctrina mantiene prácticamente sin fisuras que esta interpretación del art.6 CEDH según la cual sus garantías se aplican a tribunales judiciales pero no a cualquier otro órgano

¹³⁶⁹ vide SCHWARZE, Jürgen: "The Procedural Guarantees in the Recent Case-law of the European Court of Justice", en *Institutional Dynamics of European Integration: Essays in Honour of Henry G.Schermers*, Deirdre Curtin y Tom Heukels (eds.), 1994, Martinus Nijhoff Publishers, vol.II, pp.487-496, p.495 y LENAERTS Y VAN HAMME *cit.*, pp.555-558.

¹³⁷⁰ Rec.1980, pp.3125ss., p.3248. En su parecer, el TJCE sigue al del Abogado General REISCHE, en Rec.1980, p.3302.

¹³⁷¹ Sentencia del TJCE de 7 de Junio de 1983, MUSIQUE DIFFUSION FRANÇAISE (PIONEER)/COMISIÓN, C-100/80 a 103/80, Rec.1983, pp.1825ss.

¹³⁷² Rec.1983, p.1880.

que adjudique sobre derechos es errónea¹³⁷³, siendo calificada como una lectura “ciega” del art.6, ignorante de la jurisprudencia reciente del TEDH¹³⁷⁴.

La conclusión que mantenemos de este estudio de la jurisprudencia de Luxemburgo es justo la opuesta a la que mantiene el TJCE en los asuntos reseñados. Por las especiales circunstancias que concurren en la Comisión en el derecho de la competencia (donde combina el rol de policía, fiscal, juez y jurado) esta instancia comunitaria debería redoblar sus esfuerzos por demostrar su adscripción y respeto a las garantías procesales del art.6 CEDH. Precisamente por acumular la función acusatoria y la decisoria, tiene una responsabilidad especial en tutelar las garantías del art.6 -como en la práctica ha hecho en muchos de los asuntos relatados en los diferentes epígrafes de este capítulo (en el principio de audiencia, de contradicción, etc.)¹³⁷⁵.

En otro orden de cosas y dejando al margen la cuestión de si la Comisión es un tribunal o no a los efectos de cumplir los requisitos del art.6 CEDH, el juez comunitario ha tenido que afrontar en dos casos ya aludidos la imparcialidad de los órganos administrativos o disciplinarios.

En el primero de ellos, el caso DE COMPTE, el TJCE estableció que el consejo de disciplina que juzgaba a este funcionario debía respetar sus derechos procesales a pesar de la composición del órgano, formado por representantes de la administración¹³⁷⁶.

En el segundo de ellos, D/COMISIÓN, el TPI abundó en la naturaleza del consejo de disciplina, indicando que es un órgano independiente que tiene como misión efectuar

¹³⁷³ La única excepción a esta unanimidad doctrinal la representa R.H.LAUWAARS: “Rights of Defence in Competition Cases”, en *Institutional Dynamics of European Integration: Essays in Honour of Henry G.Schermers*, Deirdre Curtin y Tom Heukels (eds.), 1994, Martinus Publishers, vol.II, pp.497-509, p.508.

¹³⁷⁴ CHURCHILL, R.R y FOSTER N.G.: “Double Standards in Human Rights? The Treatment of Spanish Fishermen by the European Community”, en *European Law Review* 1987, vol.12, pp.430-443, p.437. Véase también la crítica de LAWSON a la sentencia MUSIQUE DIFFUSION (LAWSON 1994 *op.cit.*, p.234) donde considera esta jurisprudencia comunitaria “inconsistent with the jurisprudence of the European Community and Court of Human Rights in so far as it held that the European Commission is not subject to article 6 ECHR when acting in the field of competition law”. En la misma línea WILS, Wouter P.J.: “La Compatibilité des Procédures Communautaires en Matière de Concurrence avec la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, en *Cahiers de Droit Européen*, 1996, nº3-4, pp.329-354, p.339.

¹³⁷⁵ BELLAMY, Christopher: “Legal Protection of Individuals, their Fundamental Rights and their Rights of Defence”, en *Sanktionen Als Mittel Zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts*, 1996, Bundesanzeiger, Köln, band 12, pp.115-121, p.115.

¹³⁷⁶ Rec.1985, pp.1951ss., p.1966.

investigaciones para constatar las infracciones disciplinarias y establecer las circunstancias esenciales a tener en cuenta para determinar la sanción a infligir¹³⁷⁷.

En la sentencia ADOUI Y CORNUAILLE se pone el acento en este aspecto del art.6: el derecho a que la causa sea examinada por un órgano independiente e imparcial. A este respecto, las demandantes dudaban sobre si “la autoridad competente” a la que hace referencia el art.9 de la directiva 64/221 (comisión de extranjería) tenía una composición y características que asegurasen su independencia e imparcialidad.

El TJCE examinó este extremo (curiosamente ni las demandantes invocaron el art.6 CEDH, ni el Abogado General CAPOTORTI lo utilizó en sus Conclusiones, ni tampoco el TJCE lo citó en su sentencia) indicando que la directiva no precisa el procedimiento de designación de la autoridad competente contemplada en su art.9. Tampoco exige que dicha autoridad sea un órgano jurisdiccional o esté integrado por magistrados ni que sus miembros se designen de un modo determinado:

“Lo esencial es que se prevea con toda claridad que la referida autoridad ha de ejercer sus funciones con toda independencia y que, en el ejercicio de las mismas, no ha de estar sujeta, directa o indirectamente, a control alguno por parte de la autoridad que ha de adoptar las medidas previstas en la directiva. Con tal de que se satisfaga esta exigencia, ni en las disposiciones de la directiva, ni en su finalidad, existe nada que se oponga a que la retribución de los miembros de la autoridad competente corra a cargo del presupuesto del servicio administrativo en que se integre la autoridad que haya de adoptar la decisión, ni a que la secretaría de dicha autoridad esté ocupada por un funcionario que pertenezca al mismo servicio”¹³⁷⁸.

En esta idea el TJCE contradice al Abogado General CAPOTORTI, quien era más riguroso en el concepto que aplicaba de “independencia del tribunal” y sugería al tribunal responder como sigue:

“L’organe consultatif que prévoit l’article 9 de la directive précitée 64/221, doit bénéficier d’une indépendance réelle par rapport à l’autorité compétente pour adopter la

¹³⁷⁷ Rec.1995, p.477.

¹³⁷⁸ Rec.1982, p.1710.

décision limitative qui fait l'objet de l'avis. Cette exigence d'indépendance exclut en particulier que puissent faire partie de l'organe précitée des fonctionnaires appartenant à la même unité administrative que celle qui est investie du pouvoir de décision"¹³⁷⁹.

Aunque el TJCE no indica las razones por las que no concede mayor importancia al hecho de que la composición funcional de la comisión de extranjería belga pueda afectar a la independencia de un órgano que toma la decisión de denegar el acceso de una persona a territorio belga o su expulsión de él, conjugando el contenido de esta sentencia con la del asunto PECASTAING, se podría concluir que ello se debe a que la decisión de la comisión de extranjería puede ser sometida a control judicial (como indicó el TJCE en la sentencia PECASTAING). El hecho de que la administración sea, como los ciudadanos, controlada por la justicia, da garantías al ciudadano (nacional o comunitario) de que su causa podrá ser oída en última instancia por un auténtico tribunal independiente e imparcial -todo ello sin perjuicio de que su primera reclamación frente a la decisión administrativa deba ser presentada ante la propia administración.

5.2. Jurisprudencia de los órganos del CEDH

El derecho al proceso ha sido interpretado en la jurisprudencia de los órganos del CEDH abundantemente. Las características principales de este derecho se pueden resumir en los siguientes puntos:

1) Viola el derecho al recurso toda decisión definitiva de la autoridad gubernativa o administrativa definitiva cuya legalidad escape al control de las jurisdicciones ordinarias o administrativas o de cualquier otro órgano que pueda ser considerado como un tribunal a los fines del art.6.1 CEDH. A este respecto, toda decisión que se considere como no recurrible viola el derecho al proceso porque impide al afectado por la decisión contestarla o que su causa sea oída¹³⁸⁰.

¹³⁷⁹ Rec.1982, p.1731.

¹³⁸⁰ P.ej. en el asunto MATS JACOBSSON en el que la decisión de modificar el plan de construcción de 1938, que englobaba su propiedad, se consideró que violaba este derecho porque no podía ser objeto más que de un recurso extraordinario (sentencia del TEDH de 28 de Junio de 1990, MATS JACOBSSON/SUECIA, Serie A, nº180-A). También el asunto SKÄRBY, en el que el derecho sueco regulador de las prohibiciones de construir no preveía ningún recurso contra una decisión de rechazo de la comisión de construcción. Ello impidió al

2) También viola el art.6.1 CEDH una deficiente comunicación de un acto administrativo que impide al afectado recurrir a los tribunales en tiempo y forma¹³⁸¹.

3) El derecho al proceso no es de carácter absoluto, sino que puede someterse a límites que tomen la forma de una reglamentación por parte del Estado siempre que no afecten a la sustancia del derecho, se dirijan a obtener una finalidad legítima y constituyan una medida proporcionada¹³⁸².

4) El art.6.1, al consagrar el derecho a un tribunal, no obliga, sin embargo, a los Estados contratantes a someter todo litigio sobre derechos y obligaciones de carácter civil a procedimientos que se desarrollen en cada uno de sus Estados ante tribunales. Imperativos de flexibilidad y eficacia, pueden justificar la intervención previa de órganos administrativos o corporativos¹³⁸³, pero que deben cumplir los demás requisitos del art.6.1.

5) Pero incluso a pesar de que un órgano jurisdiccional o administrativo encargado de examinar controversias que versen sobre derechos civiles y políticos de carácter civil no reúna todas las exigencias del art.6.1 CEDH, no se produce violación de éste si el procedimiento ante dicho órgano ha sido objeto del control ulterior de un órgano judicial de plena jurisdicción que presente las garantías del mencionado precepto. Por tanto, las carencias o

recurrente construir un edificio en una localización determinada de su propiedad así como recurrir tal prohibición (sentencia del TEDH de 28 de Junio de 1990, SKÄRBY/SUECIA, Serie A, nº180-B). También resulta interesante la sentencia ZANDER, sobre la decisión del gobierno de otorgar una licencia de vertidos en una zona adyacente a la propiedad del recurrente sin que el derecho sueco ofreciera a los interesados ningún medio de prueba para someter tal resolución al control de los tribunales (sentencia del TEDH de 25 de Noviembre de 1993, ZANDER/SUECIA, Serie A, nº279-B). O el asunto FREDIN (*cit.* Serie A, nº192) por el que una retirada de un permiso de explotación podía ser únicamente resuelta en última instancia, a la sazón, por el propio gobierno. O el asunto HAKANSSON Y STURESSON, por el que una privación de propiedad cuyo objeto era la racionalización de la agricultura sólo podía ser recurrida ante el gobierno (sentencia de 21 de Febrero de 1990, HAKANSSON Y STURESSON/SUECIA, Serie A, nº171-A).

En cambio, desde el momento en que los recurrentes hubieran podido someter sus reclamaciones a los tribunales ordinarios con jurisdicción para operar un control completo de cualquier acto administrativo, existe tutela suficiente de este derecho (sentencias del TEDH OERLEMANS *cit.*, Serie A, nº219; JAMES *cit.*, Serie A, nº98 y AIR CANADA *cit.* Serie A, nº316).

¹³⁸¹ Sentencia del TEDH GEOUFFRE DE LA PRADELLE *cit.* Serie A, nº253-B.

¹³⁸² En el asunto TOLSTOY MILOSLASKY (sentencia del 13 de Julio de 1995, TOLSTOY MILOSLASKY/REINO UNIDO, Serie A, nº316-B) el condicionar la presentación de un recurso de apelación al pago de una *cautio judicatum solvi* ni afectaba a la sustancia del derecho, ni a su derecho al acceso a los tribunales, ni era desproporcionada a la finalidad del art.6 CEDH. Véase también el asunto FAYED (sentencia del TEDH de 21 de Septiembre de 1994, FAYED/REINO UNIDO, Serie A, nº294-B).

¹³⁸³ Sentencia de 28 de Junio de 1981, LE COMPTE, VAN LEUVEN Y DE MEYÈRE/BÉLGICA, Serie A, nº43 y sentencia ÖZTÜRK *cit.*, Serie A, nº73, apdo. 53.

irregularidades de un primer procedimiento pueden quedar subsanadas si se produjo una última instancia en el que tales irregularidades no se repitieron¹³⁸⁴.

6) El derecho a un tribunal es de tal magnitud que aunque sea posible renunciar a él, esta renuncia debe ser establecida de manera inequívoca¹³⁸⁵, libre de coacciones y de amenazas¹³⁸⁶.

En cuanto a la interpretación de la frase “juez independiente e imparcial”, el TEDH ha indicado en la sentencia BELILOS¹³⁸⁷ y ha confirmado en la sentencia BEAUMARTIN¹³⁸⁸:

Un tribunal se caracteriza por su función judicial: resolver conforme a las reglas del derecho y después de un procedimiento reglado, cualquier cuestión que dependa de su competencia. Ha de reunir también una serie de requisitos: independencia, especialmente en relación al poder ejecutivo, imparcialidad, inamovilidad, duración determinada del mandato de sus miembros, garantías del procedimiento -varias de las últimas aparecen en el propio texto del art.6.1¹³⁸⁹.

¹³⁸⁴ Sentencias del TEDH de 22 de Enero de 1995, BRYAN/REINO UNIDO, Serie A, nº335-A; de 25 de Noviembre de 1994, ORTENBERG/AUSTRIA, Serie A, nº295-B; de 26 de Abril de 1995, FISCHER/AUSTRIA, Serie A, nº312-A; de 10 de Febrero de 1983, ALBERT Y LE COMPTE/BÉLGICA, Serie A, nº58; ÖZTÜRK *cit.* Serie A, nº73.

En esta última sentencia el TEDH indica: “Confier cette tache (celle de poursuivre et réprimer) pour (certains) infractions, à des autorités administratives ne se heurte pas à la Convention pour autant que l’intéressé puisse saisir de toute décision ainsi prise à son encontre un tribunal offrant les garanties de l’article 6”.

CLAPHAM se hace eco de esta interpretación del TEDH del art.6.1 CEDH: “... closer examination of the case-law of the Court of Human Rights would have revealed that, if the right in question is a “civil right” then the Member State is obliged to ensure that recourse can be had to a tribunal; whether the body already carrying out that role is, or not, a tribunal is irrelevant” (CLAPHAM 1991, *op.cit.*, p.58).

¹³⁸⁵ Sentencia del TEDH de 12 de Febrero de 1985, COLOZZA/ITALIA, Serie A, nº89.

¹³⁸⁶ En este sentido, la renuncia del recurrente a un proceso justo determinada por la amenaza realizada por la autoridad pública del sufrimiento de un perjuicio grave (como el cierre del comercio por infracciones de la normativa sobre precios) viola sin duda el derecho del recurrente al tribunal (sentencia de 27 de Febrero de 1980, DEWEER/BÉLGICA, Serie A, nº35).

¹³⁸⁷ Sentencia de TEDH de 29 de Abril de 1988, BELILOS/SUIZA, Serie A, nº132.

¹³⁸⁸ Sentencia del TEDH de 29 de Noviembre de 1994, BEAUMARTIN/FRANCIA, Serie A, nº296-B. Comentada por Margarita SOLER SÁNCHEZ en “Comentario Introductorio a la Sentencia del TEDH. Caso Beaumartin c.Francia (35/1993/340/509) de 24 de Noviembre de 1994”, en *Revista General de Derecho*, 1996, nº619, pp.3745-3750.

¹³⁸⁹ Apdo. 64 de la sentencia ya citada BEAUMARTIN, Serie A, nº296-B.

Esta definición es muy extensa porque contiene elementos tanto de la organización del tribunal (composición, inamovilidad, duración del mandato...) como del procedimiento ante él (imparcialidad, garantías procesales...).

En relación a los elementos de la organización, un tribunal puede componerse de personas que no sean jueces profesionales, admitiéndose p.ej. a funcionarios en tribunales administrativos o disciplinarios¹³⁹⁰. El hecho de que un órgano cumpla también funciones de otro tipo (p.ej. administrativas) no impide que sea también un tribunal cuando ejerce su función judicial¹³⁹¹. Lo importante es que, además o en lugar de dictámenes (decisiones consultivas) pueda tomar también decisiones definitivas y obligatorias¹³⁹².

La mayoría de los casos en los que el TEDH decide sobre la independencia de un tribunal se refieren a tribunales disciplinarios, médicos o administrativos, a los que Estrasburgo no exige tanta condición como a los tribunales judiciales ordinarios p.ej. en materia de protección frente a presiones externas, o en cuanto a la duración de su mandato.

La independencia se refiere a actuar de modo autónomo con respecto al ejecutivo y también a las partes¹³⁹³, e incluso con respecto al legislativo¹³⁹⁴. Por ejemplo, la decisión de un miembro del ejecutivo no es independiente¹³⁹⁵, ni tampoco la decisión de un órgano administrativo que al juzgar sobre un asunto jurídico (la interpretación de un tratado) estaba

¹³⁹⁰ Por esta razón no prosperó la reclamación de STALLINGER Y KUSO (*cit.* Serie A, n°631) que contestaban que el Land Reform Board (comité para la reforma de la tierra), frente al que se sustanciaban los recursos sobre parcelación de tierras en Austria, fuese un juez imparcial. El TEDH fue de la opinión de que, aunque su composición fuera de ocho funcionarios nombrados por el gobierno del land, se nombraban por ser expertos en agronomía, agricultura y bosques y nada permitía sospechar que actuasen parcialmente o hubieran actuado arbitrariamente en la resolución del caso de los señores STALLINGER y KUSO.

Por ello tampoco prosperó la demanda de LITHGOW (sentencia del TEDH de 8 de Julio de 1986, LITHGOW/REINO UNIDO, serie A, n°102), quien argumentaba que el tribunal arbitral que le había juzgado no cumplía las exigencias del art.6.1 porque dos de sus miembros los nombró el ministro. Empero, teniendo en cuenta que los demandantes no alegaban que los miembros fueran subjetivamente parciales y que además no surgió discrepancia sobre sus nombramientos en el momento de su selección, el TEDH estimó que no había existido violación del CEDH.

¹³⁹¹ Sentencia del TEDH de 28 de Junio de 1984, CAMPBELL & FELL/REINO UNIDO, Serie A, n°80.

¹³⁹² Sentencia del TEDH de 23 del Octubre de 1985, BENTHEM/PAÍSES BAJOS, Serie A, n°97.

¹³⁹³ Sentencia del TEDH de 16 de Julio de 1971, RINGEISEN/AUSTRIA, Serie A, n°13, apdo.95 y LITHGOW *cit.* Serie A, n°102.

¹³⁹⁴ Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 18 de Diciembre de 1980, CROCIANI/ITALIA, Serie B, 1980, vol.22.

¹³⁹⁵ Sentencia BENTHEM *cit.* Serie A, n°97, apdo.42.

sometido al dictamen vinculante del ministerio de asuntos exteriores¹³⁹⁶, ni tampoco la decisión de un órgano administrativo que no examinaba los hechos porque aceptaba sin más el resultado del examen previo que realizaba el ejecutivo provincial¹³⁹⁷.

La imparcialidad de un órgano se presume a menos que se pruebe lo contrario. Pero además, la imparcialidad no ya orgánica o en bloque del tribunal sino la individual de los miembros del tribunal también se presume salvo prueba en contrario¹³⁹⁸. La supuesta imparcialidad debe apreciarse según un aspecto subjetivo, intentando determinar la convicción personal del juez en esa ocasión, y también según un aspecto objetivo conducente a asegurar que se ofrecían las garantías suficientes para excluir al respecto cualquier duda legítima¹³⁹⁹.

Pero aunque la imparcialidad se presume, en el asunto CAMPBELL y FELL¹⁴⁰⁰ se mencionan algunos indicios que pueden indicar pistas para comprobar la independencia de un tribunal: 1) manera del nombramiento de sus miembros; 2) existencia de garantías frente a presiones; 3) apariencia de independencia del órgano.

Sin embargo, el nombramiento de los miembros de un órgano considerado como tribunal puede ser realizado por el ejecutivo¹⁴⁰¹. Por tanto, para demostrar que el nombramiento de los miembros de un tribunal es ilegítimo por este motivo, debería demostrarse que se llevó a cabo con influencias, por motivos impropios o ilegítimos¹⁴⁰².

En cuanto a la existencia de garantías suficientes frente a presiones externas, una reglamentación que permita su cese en cualquier momento y sin causas probadas, o

¹³⁹⁶ Sentencia BEAUMARTIN *cit.* Serie A, nº296-B.

¹³⁹⁷ Sentencia del TEDH de 17 de Diciembre de 1996, TERRA WONINGEN B.V./PAÍSES BAJOS, Serie A, nº555, apdo.54.

¹³⁹⁸ Sentencia ALBERT Y LE COMPTE *cit.* Serie A, nº43.

¹³⁹⁹ Sentencias del TEDH de 24 de Mayo de 1989, HAUSCHILDT/DINAMARCA, Serie A, nº154; de 25 de Febrero de 1997, GREGORY/REINO UNIDO, Serie A, nº617 apdo.43; de 26 de Agosto de 1997, HAAN/PAÍSES BAJOS, Serie A, nº673 apdo.49.

¹⁴⁰⁰ Sentencia del TEDH CAMPBELL Y FELL *cit.* Serie A, nº80. Véase también en el mismo sentido sentencia del TEDH de 1 de Octubre de 1982 PIERSACK/BÉLGICA, Serie A, nº53.

¹⁴⁰¹ Sentencia STALLINGER Y KUSO *cit.* Serie A, nº631, apdo.34.

¹⁴⁰² Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 17 de Mayo de 1977, demanda nº7360/76 ZAND/AUSTRIA, Serie B, 1978, vol.15, apdo.70.

transferirlos a otras actividades, o que permita una reducción de sueldo, puede ser prueba irrefutable y clara de presiones¹⁴⁰³.

La apariencia de independencia se refiere a un tipo de examen que realiza el TEDH y que le llevó a considerar que p.ej. había existido parcialidad cuando un acusado fue condenado por una falta por un comité policial compuesto de un solo miembro, un funcionario local adscrito a la policía¹⁴⁰⁴, o cuando el criterio de un inspector de urbanismo (órgano unipersonal y cuasijudicial que resuelve conflictos de urbanismo) pueda ser revocado en cualquier momento del procedimiento por el ministerio. El hecho de que el ejecutivo, cuya política puede estar en cuestión, disponga de tal facultad basta para privar al inspector de la apariencia de independencia requerida, incluso si esa facultad en la práctica es poco ejercida¹⁴⁰⁵.

También parece comprometida la imparcialidad cuando cinco de los nueve miembros del tribunal o jurado militan en un determinado partido político y el demandado es una casa editorial que en otra época publicó artículos que reflejaban opiniones que suscribía ese partido político¹⁴⁰⁶.

De acuerdo con estas indicaciones facilitadas por los propios órganos del CEDH, el TEDH ha considerado que una comisión de la infancia que decidía sobre cuestiones de acogimiento, retirada de la custodia de hijos y adopciones, violaba el derecho de la Sra. McMICHAEL a que su caso fuera oído por un tribunal imparcial. En efecto, aunque el TEDH admite que pueden existir buenas razones en el ámbito delicado del derecho de familia para que un órgano jurisdiccional tenga una composición o siga procedimientos que no sean los de una jurisdicción de tipo ordinario, el hecho de que sus métodos no fueran contradictorios, ni facilitasen información a los padres sobre las decisiones y expedientes, conculcó el derecho a un tribunal imparcial¹⁴⁰⁷.

¹⁴⁰³ Decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos en las demandas n°8209/78 SUTTER/SUIZA, Serie B, 1979, vol.16 apdo.166 y n°12839/87 ECCLES, McPHILLIPS & MCSHARE/IRLANDA, Serie B, 1988, vol.59 apdo.212.

¹⁴⁰⁴ Sentencia del TEDH BELILOS *cit.* Serie A, n°132.

¹⁴⁰⁵ Sentencia del TEDH BRYAN *cit.* Serie A, n°335-B.

¹⁴⁰⁶ Sentencia del TEDH de 25 de Noviembre de 1993, HOLM/SUECIA, Serie A, n°279-A.

¹⁴⁰⁷ Sentencia del TEDH McMICHAEL *cit.* Serie A, n°307-B.

En cambio, los órganos de Estrasburgo no se han pronunciado sobre un asunto cuya resolución hubiese sido interesante a efectos de comparar la jurisprudencia de los órganos comunitarios con la de los órganos del CEDH. Nos referimos al caso PANCOTTI¹⁴⁰⁸, cuyos antecedentes de hecho se asemejan mucho a los de las sentencias del TJCE PECASTAING o ADOUI Y CORNUAILLE. Estamos de nuevo en presencia de una francesa que ejerce la prostitución en Bélgica y que recibe una orden de expulsión por parte de este país por actividades contrarias a las buenas costumbres.

La afectada, en lugar de reclamar ante el TJCE por violación de su libertad de circulación, acude a los órganos judiciales internos (Consejo de Estado) ignorando el paso previo exigido por Bélgica y que ya conocemos: la reclamación previa ante la comisión de extranjería en un plazo de ocho días desde la comunicación de la medida de expulsión. Por esta razón, el Consejo de Estado rechaza el recurso de la Sra.PANCOTTI. Ésta acude a la Comisión Europea de Derechos Humanos por violación de su derecho a un juez imparcial y de su derecho a la no discriminación (porque considera que la obligación de acudir a la comisión de extranjería le discrimina respecto a los belgas y que, en cualquier caso, este órgano no es un tribunal independiente e imparcial).

Como vemos, este caso es mimético al asunto PECASTAING, juzgado por el TJCE. Lo más llamativo es que en uno y otro se invoquen unos mismos argumentos jurídicos - parcialidad de la comisión de extranjería y discriminación- cuando los órganos ante los que se está dirimiendo el conflicto son tan distintos y además pertenecen a distintas organizaciones internacionales.

El caso PANCOTTI podría haberse erigido en un caso ejemplar para comparar la jurisprudencia de Luxemburgo y de Estrasburgo. Sin embargo, la Comisión Europea de Derechos Humanos se abstuvo de darle una solución. De hecho, no admitió la demanda por falta de agotamiento de los recursos internos. Esta respuesta formal ha llevado a MENDELSON a afirmar : “La Commission a évité une nouvelle fois de se prononcer sur la relation précise entre la Convention et le droit communautaire”¹⁴⁰⁹.

¹⁴⁰⁸ Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 13 de Octubre de 1982, Serie B, demanda nº9097/80, MARIE-VÉRONIQUE PANCOTTI/BÉLGICA.

¹⁴⁰⁹ MENDELSON 1984 *op.cit.*, p.26.

Donde sí detectamos elementos que muestran una desviación entre la jurisprudencia de los órganos de Luxemburgo y la de los de Estrasburgo es en las ya mencionadas sentencias del TJCE VAN LANDEWYCK y MUSIQUE DIFFUSION, por un lado, y la sentencia RINGEISEN del TEDH, por otro. En efecto, en las sentencias VAN LANDEWYCK y MUSIQUE DIFFUSION, el TJCE había afirmado que como la Comisión no es un tribunal, esta institución no tenía porqué aplicar las garantías procesales del TEDH. Sin embargo, con esta postura el TJCE se ha desviado de la temprana jurisprudencia del TEDH en el asunto RINGEISEN. En ésta última, el TEDH declaró que la primera parte de la frase del art.6.1¹⁴¹⁰ se aplica a todo procedimiento cuyo resultado sea determinante para los derechos y obligaciones de carácter privado; poco importa la naturaleza de la ley según la cual el litigio tenga que ser resuelto y el órgano competente para resolver¹⁴¹¹.

Por tanto, aplicando esta dicción a los procedimientos por prácticas colusorias del Derecho Comunitario, la consecuencia que extraemos consiste en que el art.6.1 CEDH debe extenderse a procedimientos ante la Comisión en los que se toman decisiones definitivas sobre derechos y obligaciones, pese a que ésta no sea un órgano judicial independiente¹⁴¹². Esta posición es perfectamente coherente con la jurisprudencia del TEDH en materia de derecho al proceso, según la cual, imperativos de flexibilidad y eficacia pueden justificar la intervención de órganos administrativos o corporativos -siempre que exista la posibilidad ulterior de presentar un recurso judicial- como pueda ser la Comisión. Sin embargo, tales órganos deberán cumplir las garantías procesales del art.6 CEDH¹⁴¹³.

6. Conclusiones

¹⁴¹⁰ “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil...”.

¹⁴¹¹ Esta jurisprudencia fue sentada en el asunto RINGEISEN y corroborada en las sentencias LE COMPTE, VAN LEUVEN Y DE MEYÈRE (*cit.* Serie A, nº43) y BENTHEM (*cit.* Serie A, nº97).

¹⁴¹² Esta es la misma solución alcanzada por O’NEILL (1995 *op.cit.* p.79) y por CHURCHILL y FOSTER (*op.cit.* p.437). Para un análisis de la aplicación del concepto “litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil” a nivel del CEDH y de los órganos judiciales comunitarios, véase: SCHLOSSER, Peter F.: “A New Dimension of Human Rights’ Consideration in Civil Procedure”, en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1995, Genaio-Marzo, nº1, pp.31-40.

¹⁴¹³ YERNAULT, Dimitri: “Une Administration doit-elle respecter les Règles du Droit à un Procès Équitable?”, en *Administration Publique* 1995, nº4, pp.241-294, p.268.

1) En relación al derecho a no declarar contra sí mismo, se comprueba una incompatibilidad clara entre lo establecido por el TJCE en la sentencia ORKEM y lo establecido posteriormente por el TEDH en FUNKE y SAUNDERS. Si bien la incompatibilidad es excusable por ser sobrevenida, lo cierto es que el TJCE podía haber previsto la futura discrepancia a la vista de la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, que el Abogado General del caso ORKEM cita y en la que la Comisión Europea de Derechos Humanos parece decantarse por el reconocimiento del derecho a no inculparse. Al haber sido rebatido por el TEDH lo manifestado por el TJCE en la sentencia ORKEM, suponemos que el TJCE, cuando vuelva a tener ocasión de estatuir sobre este derecho de defensa, cambiará el sentido de su jurisprudencia para adacuarla a la del intérprete natural del CEDH.

2) El principio de la presunción de inocencia es invocado y aplicado tanto en la jurisprudencia de Luxemburgo como en la de Estrasburgo, aplicándose en ambas instancias no sólo a procesos judiciales, sino también a procesos civiles, administrativos, disciplinarios... (compárese p.ej. el caso IMPERIAL CHEMICAL del TJCE con el caso ALLENET DE RIBEMONT del TEDH). Sin embargo, la presunción de inocencia no se aplica tan ampliamente en Luxemburgo como en Estrasburgo, dado que el TJCE entiende que una sanción en el marco de la pesca puede imponerse independientemente de la existencia de un factor subjetivo como es la culpa.

3) Tanto los órganos comunitarios como los del CEDH reconocen el derecho a la confidencialidad de las relaciones entre abogado y cliente, pero los órganos de Luxemburgo limitan este derecho a las relaciones de un cliente con un abogado independiente, descartando el beneficio para el caso de que el defensor esté ligado al cliente por una relación laboral.

4) El TJCE ha extendido el derecho a ser asistido por un abogado a procesos administrativos que puedan dar lugar a una sanción e incluso a la fase de investigación previa al procedimiento administrativo. Sin embargo, el TJCE aún no ha tenido ocasión para tratar sobre el beneficio de pobreza, quizá debido a que las personas que normalmente incoan procedimientos ante los órganos de Luxemburgo son personas jurídicas, en mayor medida que físicas. En consecuencia, existen dudas sobre si en el ámbito comunitario se protege el derecho a la asistencia gratuita de un abogado. Ello se debe al hecho de que ni ante el TPI ni ante el TJCE se ha planteado aún ningún caso en el que se esgrima o invoque este derecho y,

como ya sabemos, en tanto en cuanto no le sea sometida al juez comunitario una controversia sobre un derecho concreto, éste no puede reconocer la existencia de este derecho en el orden de las CCEE. Ello conlleva grandes dosis de incertidumbre e inseguridad acerca de los derechos protegidos e insatisfacción sobre el modo de protección.

5) Existe sintonía entre ambas instancias en materia de dilaciones indebidas. Tanto los órganos de órganos de las CCEE como los del CEDH coinciden en que todo depende de las circunstancias concretas del caso y del comportamiento personal de quien alega la violación más que del número total de años/meses transcurridos desde el comienzo del procedimiento. Ambos también coinciden en aplicar esta garantía procesal a procedimientos disciplinarios.

6) La actividad de la Comisión de las CCEE en procedimientos administrativo-sancionatorios se caracteriza porque ésta entiende que no tiene porqué seguir las reglas establecidas en el art.6 CEDH dado que no se considera un tribunal. En este sentido, su actitud contrasta con la jurisprudencia de Estrasburgo, que exige aplicar las garantías del art.6 CEDH a todo procedimiento cuyo resultado sea determinante para derechos u obligaciones de carácter privado. Esta tesis resulta tanto más peligrosa cuanto que el propio TJCE ha declarado que debe ser especialmente escrupuloso en el ámbito de los derechos de defensa porque en su estado actual de desarrollo, la normativa comunitaria no prevé todas las garantías procesales que sí se contemplan en el derecho de los Estados miembros (sentencia AL-JUBAIL). En realidad, no es incompatible con el art.6 CEDH el que la Comisión (que no es un tribunal) reprima infracciones administrativas siempre que éstas sean recurribles judicialmente¹⁴¹⁴. Lo que resulta incompatible con el art.6 es que la Comisión inaplique todas las demás garantías del art.6 por el hecho de no ser un tribunal. En otras palabras, lo que no resulta tolerable es que la Comisión aplique la teoría según la cual, ella no tiene porqué cumplir con los requisitos que el art.6 exige que se cumplan ante los tribunales. En este sentido, la jurisprudencia de Estrasburgo es clara y demuestra la inadecuación del parecer de la Comisión (reflejado en sentencias como VAN LANDEWYCK) con su propia jurisprudencia: los requisitos del art.6 se han de aplicar a todo procedimiento que afecte a litigios de carácter civil o acusaciones penales, independientemente de que éste se desarrolle frente a un tribunal judicial o no.

¹⁴¹⁴ Como decía el TEDH en la sentencia LE COMPTE, VAN LEUVEN Y DE MEYERE no es necesario que todas las controversias se sometieran a auténticos tribunales (*cit.* Serie A, n°43, apdo.51).

7) Los órganos de ambas organizaciones coinciden en afirmar que, aunque la administración pueda tomar decisiones definitivas, ello no contraviene el derecho a un juez imparcial e independiente siempre que el individuo goce de la oportunidad de presentar un ulterior recurso judicial contra la resolución.

8) Existe sintonía entre los órganos de ambas organizaciones al entender que toda decisión gubernativa o administrativa definitiva no recurrible viola el art.6.1 CEDH (véase p.ej. las sentencias HEYLENS y JOHNSTON del TJCE y las sentencias MATS JACOBSSON, SKÄRBY, ZANDER y FREDIN del TEDH).

9) En nuestra opinión, en la que seguimos a COHEN-JONATHAN¹⁴¹⁵, en la interpretación de los conceptos autónomos del CEDH (p.ej. qué es una controversia sobre derechos u obligaciones de carácter civil o sobre su interpretación sobre qué órganos están obligados a resolver un litigio aplicando las garantías procesales del art.6 CEDH) el TJCE debería seguir la jurisprudencia del TEDH, que es el intérprete supremo del CEDH. Y ahí donde no haya jurisprudencia de Estrasburgo, el TJCE debería mostrarse cauto y asegurarse de que sus actuales afirmaciones no puedan quedar sobrepasadas por la jurisprudencia ulterior de Estrasburgo, que de modo sobrevenido pueda juzgar sobre el mismo tema. Si el nivel de protección de Luxemburgo queda por debajo del mínimo común denominador (el nivel de tutela del CEDH) lo normal será que en su próxima jurisprudencia, Luxemburgo adecue su jurisprudencia a la de Estrasburgo.

¹⁴¹⁵ COHEN-JONATHAN 1996 *op.cit.*, p.130.