



DOCUMENTO ANALIZADO

Circular 3/1998, de 23 de diciembre, *sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de lo contencioso-administrativo*.

NORMAS INTERPRETADAS POR EL DOCUMENTO

Arts. 1. 1; 5; 7; 19. 1. f); 48. 10; 74; 81 a 85; 86. 2; 100; 101; 112. a); 114 a 122 bis; 131; 135 y 139 Ley 29/1998, de 13 de julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (LJCA).

Art. 111 Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, *del Régimen Electoral General* (LOREG).

MODIFICACIONES LEGISLATIVAS POSTERIORES QUE LE AFECTAN

1. El art. 3.13 Ley 50/1981, de 30 de diciembre, *por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* (EOMF), citado en la Circular, ha pasado a formar parte, en cuanto a su contenido, del art. 3.14 EOMF, como consecuencia de la Ley 14/2003, de 26 de mayo, de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, *por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*.
2. La alusión en la Circular 3/1998 al párrafo último del art. 4 EOMF, debe entenderse hoy hecha al párrafo segundo del apartado quinto del art.4 EOMF, redactado por la Ley 24/2007, de 9 de octubre, *por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*.
3. El art. 40. 1 Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, *del Régimen Electoral General* (LOREG) ha sido modificado por la LO 2/2011, de 28 de enero, que ha atribuido la competencia para conocer del recurso censal al Juez de lo contencioso-administrativo.
4. La alusión en la Circular 3/1998 al art. 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe entenderse hecha al actual art. 773. 2, según la redacción dada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, *de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado*.
5. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que cumple funciones de supletoriedad legal a efectos del proceso contencioso-administrativo.
6. El art. 8. 4 LJCA, citado en la Circular, ha pasado a integrar el art. 8. 5, como consecuencia de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

7. Los arts. 75. 3. y 4. y 85. 5. LJCA, han sido modificados por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, en términos que luego se explicarán.

8. El art. 122 bis LJCA ha sido introducido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, *de Economía Sostenible*.

9. La Ley 37/2011, de 10 de octubre, *de medidas de agilización procesal*; esencialmente orientada a aumentar la celeridad procesal más que a plantear novedades de fondo, ha introducido reformas apreciadas en los siguientes artículos: 4. 8.; 14. 1. segunda; 60. 1. 2. y 4.; 78. 1. y 3.; 81. 1. a.); 86. 2. b.); 96. 3.; 99. 2.; 104; 135 y 139. 1. LJCA. A algunas de esas reformas, de más calado, y en cuanto que afectan o incumben más de cerca al Ministerio Fiscal se aludirá luego.

AFECTADO POR LA JURISPRUDENCIA SENTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

AFECTADO POR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

AFECTADO POR LAS SIGUIENTES CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES

1. Instrucción 1/1999, de 5 de mayo, *sobre recursos contencioso-electorales en materia de proclamación de candidaturas y candidatos*.

2. Consulta 2/2007, de 12 de diciembre de 2007, *sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de rectificación del censo en período electoral del artículo 40 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General*.

EXPLICACIÓN DE LA AFECTACIÓN

1. Las alusiones de la Circular 3/1998 a la LEC van referidas a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, derogada por la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil*; en tanto que la alusión hecha al anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, en trámite al tiempo de dictarse la citada Circular 3/1998, y en concreto a su art. 396.4, debe entenderse hecha al artículo 394. 4 de la vigente Ley 1/2000, que establece que *“En ningún caso se impondrán las costas al Ministerio Fiscal en los procesos en que intervenga como parte.”*

2. Respecto de los procesos electorales -ordinal III- y antes de hacer referencia a alguna posible afectación, hay que decir que la alusión al art. 41 para referirse al recurso censal parece un error, debiendo ser la indicación procedente la del art. 40 LOREG con la modificación, ya expuesta, que lleva a cabo la LO 2/2011, de 28 de enero.

En todo caso y en materia electoral, la Circular 3/1998 debe entenderse matizada de modo complementario por la Instrucción 1/1999 y la Consulta 2/2007, en los términos en que se han analizado precedentemente tanto la Instrucción 1/1999 como la Consulta 2/2007.

3. En cuanto a legitimación -ordinal IV-, al margen de las afectaciones que se están explicando, cabe señalar,

como algunos de los principales supuestos vigentes de legitimación del Ministerio Fiscal a consecuencia de estar prevista la acción pública, los siguientes:

Ley 16/1985, de 25 de junio, *del Patrimonio Histórico Español* -art. 8. 2-.

Ley 22/1988, de 28 de julio, *de Costas* -art. 109-.

Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil* -art. 11.5-, según redacción dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, -D- a. 2.^a- en relación con el art. 19. 1. f) LJCA.

Ley 5/2007, de 3 de abril, *de la Red de Parques Nacionales* -art. 22-.

Ley 26/2007, de 23 de octubre, *de Responsabilidad Medioambiental* -D. a. 8.^a-

Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo* -art. 48-.

Ley 5/1999, de 8 de abril, *de Urbanismo de Castilla y León*. -art. 150-.

Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, *de Ordenación del Territorio y Urbanismo* -art. 9-

Ley 9/2002, de 30 de diciembre, *de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia* -D. a. 4.^a-.

Ley 5/2006, de 2 de mayo, *de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja*. -art. 13-.

Ley 2/2006, de 30 de junio, *de Suelo y Urbanismo*-art 8. 2. C) (País Vasco).

Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo* -art. 12- (Cataluña).

4. En lo tocante al desistimiento -ordinal V- la Circular 3/1998 indicaba que el desistimiento no obliga necesariamente al Juzgador, criterio que se mantiene en la actualidad, una vez que, como se puso de manifiesto, la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, ha modificado los apartados 3 y 4 del art. 75 LJCA, pero si bien antes el desistimiento no se aceptaba en caso de oposición de la Administración o del Ministerio Fiscal -éste en supuestos de acción popular-, ahora y según la redacción vigente del apartado 4, en caso de oposición o bien de apreciar el Secretario Judicial daño para el interés público, dada cuenta, el Juez o Tribunal resolverá “*lo que proceda*”.

5. En cuanto al recurso de apelación -ordinal VII- la Circular 3/1998 se hacía eco de la ausencia en la LJCA de alusión al emplazamiento de las partes para su comparecencia ante la Sala y proponía la solución al caso que estimaba pertinente, pero en la actualidad y tras reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, en el art. 85. 5 LJCA, éste ha venido a establecer “*el emplazamiento de las partes para su comparecencia en el plazo de treinta días ante la Sala de lo Contencioso-administrativo competente...*”.

6. En relación con el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales -ordinal IX- y también al margen de toda posible afectación hay que poner de manifiesto lo que parece un error, como es la alusión a un inexistente art. 115. 3 LJCA, atribuyéndole el contenido que lo sería del art. 115. 2 LJCA.

El art. 122 bis LJCA, ha sido introducido, mucho tiempo después de la formulación de la Circular 3/1998, por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, *de Economía Sostenible*, regulando ciertas autorizaciones judiciales con intervención del Ministerio Fiscal y cumpliendo previsiones establecidas en la Ley 34/2002, de 11 de julio, *de Servicios de la*

Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico. En concreto:

El art. 122. 1 bis LJCA regula la autorización judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal, del requerimiento de cesión de datos -art. 8. 2 Ley 34/2002- para identificar al responsable de un servicio de la sociedad de la información que esté realizando una conducta presuntamente vulneradora de determinados principios, recogidos en el art. 8. 1 Ley 34/2002, a los efectos de adopción “*de las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran.*”.

Por su parte el art. 122. 2 bis LJCA da tratamiento jurídico a la autorización judicial, que precisará previa audiencia contradictoria del Ministerio Fiscal, junto con el representante legal de la Administración y los titulares de los derechos y libertades afectados o la persona que éstos designen como representante, en orden a la ejecución de las medidas para que se interrumpa la prestación de servicios de la sociedad de la información o para que se retiren contenidos que vulneren la propiedad intelectual, adoptadas por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual.

7. En caso de medidas cautelares, temática tratada o aludida en diferentes ordinales por la Circular 3/1998, la Ley 37/2011, de 10 de octubre, *de medidas de agilización procesal*, ha previsto, en el art. 135. 2, la ineludible intervención del Ministerio Fiscal mediante la audiencia previa de éste, cuando sea el afectado un menor y las medidas de que se trate -las denominadas “provisionalísimas” o “cautelarísimas” del art. 135. 1 y caracterizadas por su extraordinaria urgencia- impliquen retorno en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado.

8. En cuanto a las costas procesales de la única o primera instancia -ordinal IX-, la Ley 37/2011, de 10 de octubre, *de medidas de agilización procesal*, modifica el apartado 1 del art. 139 LJCA, para acoger en cuanto al criterio general de imposición el del vencimiento, cuando antes el criterio general era el de la mala fe o temeridad, si bien el indicado criterio del vencimiento admite posible salvedad, con apreciación razonada, cabiendo así exonerar de la imposición de las costas por presentar el caso “*serias dudas de hecho o de derecho*”, regulándose también los supuestos de estimación o desestimación parcial, bajo el criterio general consistente en que será cada parte la que corre con las costas causadas a su instancia y por mitad en las comunes, con la excepción, también de apreciación razonada, de “*mala fe o temeridad*”.

FICHA ELABORADA POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA FISCALÍA DEL TS

TEXTO DE LA CIRCULAR ANALIZADA

Circular 3/1998, de 23 de diciembre, *sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de lo Contencioso administrativo*.

I

INTRODUCCION

La Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que fue publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 14 y que entra en vigor el día 15 de diciembre -disposición final tercera- se

declara en su exposición de motivos «a la vez continuista y profundamente renovadora» de la Ley que deroga, la de 27 de diciembre de 1956.

Sin perjuicio de la fidelidad a la línea de la que ahora fenece, las modificaciones son en algunas de sus partes de profundo calado. Es de citar entre las más señaladas la creación de Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, ya establecidos en la LOPJ pero sin ulterior desarrollo, con la consiguiente redistribución de competencias y la introducción del recurso de apelación; una mayor amplitud de la legitimación, siguiendo en este punto a la jurisprudencia que había acomodado la vieja Ley a las exigencias constitucionales de la tutela judicial; la ampliación del objeto o del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa a las vías de hecho y a la inactividad de la Administración, ampliación que también la jurisprudencia venía reconociendo.

Otra innovación relevante es la atribución exclusiva a este orden jurisdiccional de toda reclamación de responsabilidad patrimonial de las Administraciones, que se completa con la modificación del art. 9.4 LOPJ por L.O. 6/1998, de 13 de julio, que permite demandar conjuntamente a los particulares en este procedimiento; así como la atribución a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de la competencia para conocer de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular para la ejecución forzosa de los actos de la Administración pública que hasta ahora -art. 87.2 LOPJ- venía atribuido a los Juzgados de instrucción.

Se omite toda referencia a la no revisión judicial de la acción política del Gobierno, esto es, de los antes llamados actos políticos, denominación que no aparece en el texto de la ley, aunque, como no podía ser de otra forma, el ámbito de conocimiento jurisdiccional se contrae a «la actividad de las Administraciones públicas sujeta a Derecho administrativo», como reza en su art. 1.1, de donde aquella otra actividad que se produce sin mediación de la ley queda fuera del control judicial.

Destacan también la introducción de un procedimiento abreviado y, bajo la rúbrica de procedimiento especial, de las llamadas cuestiones de ilegalidad; la incorporación al texto de la Ley del procedimiento de protección de los derechos fundamentales de las personas, hasta ahora regulado en Ley aparte; y en general la exacta acomodación de la nueva regulación a nuestro Texto fundamental, labor que con plena solvencia había realizado la jurisprudencia tanto la ordinaria como la constitucional en su aplicación de la vieja Ley, a la que con todo merecimiento no le regatea elogios la exposición de motivos -«universalmente apreciada por los principios en los que se inspira y por la excelencia de su técnica»-, pero se reconoce que, transcurridas cuatro décadas y producidos en este tiempo trascendentales cambios políticos, administrativos, económicos y sociológicos, la necesidad de atemperarse a las nuevas circunstancias imponía su relevo.

Nuestras consideraciones se van a limitar, como es por demás lógico, a analizar la intervención en este procedimiento del Ministerio Fiscal. No se puede hablar de cambios radicales en este apartado, sobre todo teniendo en cuenta que algunas disposiciones posteriores, señaladamente la Ley 62/78, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, habían ampliado la participación del Ministerio Fiscal en el ámbito contencioso-administrativo, pero así y todo se han producido algunas mudanzas e innovaciones que justifican la conveniencia de esta Circular.

La nueva Ley ha continuado en la línea de la anterior de no dar entrada en los recursos contencioso-administrativos al Ministerio Fiscal como defensor de la legalidad, salvo en los casos en que la ley así lo señale, desoyendo lo que algún sector doctrinal ciertamente influyente venía postulando.

No ha sido, sin embargo, ajena del todo a esta corriente y así ha dispuesto, por ejemplo, la intervención del Ministerio Fiscal en el desistimiento en los supuestos de acción popular (art. 74), con lo que, aún apartado el recurrente de la acción impugnatoria, puede el Ministerio Fiscal en su papel constitucional de promotor de la acción judicial en defensa de la legalidad instar la continuación del procedimiento. Asimismo, al reconocerle expresamente legitimación «en los procesos que determina la Ley» (art. 19.1.f), algo que antes no se preveía aunque estaba en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (art. 3.13), permite cuando menos el ejercicio de acciones en aquellos casos en que la ley contempla una acción pública, como ha de verse más adelante. También es de señalar su legitimación en el recurso de casación en interés de ley y no solo para promoverlo sino prescribiendo su audiencia en todos los casos.

II

INTERVENCION DEL FISCAL EN LA DETERMINACION DE LA JURISDICCION Y DE LA COMPETENCIA

Las primeras menciones al Ministerio Fiscal se contienen en los arts. 5 y 7 de la Ley que declaran, respectivamente, la improrrogabilidad de la jurisdicción y de la competencia de los órganos del orden contencioso-administrativo. Cualquier duda que se suscite a instancia de parte o de oficio ha de resolverse con audiencia del Ministerio Fiscal. La Ley derogada, que contenía igual declaración en sus arts. 5 y 8, no preveía expresamente esta audiencia, aunque era práctica obligada por aplicación primero de la vieja LOPJ y posteriormente, desde el 85, de la nueva, así como de las disposiciones que al respecto contiene la LEC, de aplicación subsidiaria antes y ahora en los procesos contencioso-administrativos.

La actual indicación de la audiencia al Ministerio Fiscal es necesaria consecuencia de lo que se prevé en el art. 9.6 de la LOPJ en cuanto a la jurisdicción, que luego reitera al regular los conflictos de competencia (arts. 43 a 45); lo mismo ocurre con las cuestiones de competencia, en las que el art. 51 se remite a «las normas establecidas en las leyes procesales», entrando aquí en juego el art. 77 de la LEC. Finalmente, en los conflictos de jurisdicción, donde también la LOPJ hace una remisión a la ley que los regula, la LO 2/1987, de 18 de mayo, está prevista la intervención del Ministerio Fiscal tanto en el planteamiento del conflicto como en su fase decisoria por la Sala Especial que dispone la LOPJ.

El hecho de que el art. 51 que regula el trámite de inadmisión por los varios motivos que se recogen, entre ellos la falta de jurisdicción o la incompetencia del órgano judicial, no prevea expresamente la intervención del Ministerio Fiscal, no obsta a la preceptividad de ésta, que está impuesta con carácter general por los arts. 5 y 7 y por las disposiciones vistas de la LOPJ.

Los señores Fiscales deberán estar en todo momento atentos al cumplimiento por parte de los Jueces y Tribunales de estas previsiones y formular razonadamente sus dictámenes.

III

PROCESOS ELECTORALES

Los arts. 8 a 12 recogen la competencia de los distintos órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. No hay referencia alguna al Ministerio Fiscal. Ahora bien, una de las materias de que conocen son las impugnaciones electorales y el art. 111 de la LO 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (LOREG), asigna al Ministerio Fiscal «la representación pública y la defensa de la legalidad en el recurso contencioso-electoral». En el art. 8.4 de la LJCA se establece la competencia en materia electoral de los Juzgados de lo contencioso-administrativo, el art. 10.1.f, de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y el art. 12.3 a) de la Sala del Tribunal Supremo.

La LOREG no regula más que dos recursos contencioso electorales (dejando aparte el del art. 41, de resoluciones de la Oficina del Censo Electoral, que no es un recurso electoral sino censal): el de impugnación de la proclamación de candidaturas y de candidatos (art. 49) y el de impugnación de la proclamación de electos (arts. 109 a 117). Las otras impugnaciones de actos y disposiciones de las Juntas a las que expresamente se refiere la LJCA no tienen señalado procedimiento especial, por lo que habrá de aplicarse el procedimiento contencioso-administrativo, según dispone el art. 116.2 LOREG. Si se imputa vulneración de derechos fundamentales -supuesto harto probable porque la participación en asuntos públicos o el acceso a los cargos públicos (art. 23 CE) se halla de ordinario presente en estas reclamaciones-, la vía judicial procedente será la del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la LJCA y en tal caso la intervención del Ministerio Fiscal es evidente. Si el proceso es el ordinario, parece igualmente obligada su intervención en la medida que, aunque el procedimiento no sea llamado contencioso electoral, no deja de tener esta naturaleza al surgir en el curso de unas elecciones en las que siempre está implicado un interés general y desde luego la legalidad cuya defensa corresponde al Ministerio Fiscal.

La diferencia entre los recursos específicos y los generales, ya sea el especial de protección de los derechos fundamentales ya el ordinario, está en que en los primeros no hay otra representación pública que la del Ministerio Fiscal, mientras que en los otros se aplicarán las reglas generales de la LJCA y la Administración electoral tendrá la consideración y tratamiento de Administración demandada, con la consiguiente defensa jurídica que unas veces corresponderá a los Servicios jurídicos de la Administración concernida y otras, cuando se trate de la Junta Electoral Central, a los Letrados de las Cortes Generales, según señala la disposición adicional sexta de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e Instituciones públicas.

No sobra recordar la brevedad con que es absolutamente necesario sustanciar estas impugnaciones, pues en modo alguno pueden alterarse los inexorables plazos electorales. Ello reclama de todos y por supuesto de los Fiscales la máxima diligencia en su despacho.

3.1 El art. 8.4 asigna a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo el conocimiento de las impugnaciones contra los actos de las Juntas Electorales de Zona, esto es, del último peldaño, jerárquicamente contemplada, de la Administración Electoral, e impugnación de la proclamación de candidaturas y candidatos, sea cual fuera la Junta que la hubiera efectuado.

En cuanto lo primero, es de resaltar que solo habla de actos, no de disposiciones como se dice en los otros dos artículos que reconocen competencia a los Tribunales Superiores de Justicia y al Tribunal Supremo. No es de descartar la posibilidad, ciertamente no sólita, de que las Juntas de Zona puedan dictar alguna disposición general. Hay que entender, por la simple fuerza de la lógica, que también de su impugnación conocerán los Juzgados.

Nada se dice en el art. 49 LOREG sobre la audiencia al Fiscal, pero por las razones ya vistas ninguna duda puede ofrecer la preceptividad de su intervención, aunque en ocasiones algún tribunal haya preferido ignorarla. No obsta que el art. 111 esté incluido en la sección correspondiente a la impugnación de electos. La declaración que hace, de suyo, alcanza a cualquier otro contencioso electoral. Es la misma legalidad la que se ve comprometida en uno y otro recurso. Hay que añadir a lo anterior que el RDL 20/1977, de 18 de marzo, antecedente único y próximo de la LOREG, que introdujo en nuestro Derecho los recursos contencioso electorales, en su art. 73.4 contenía una disposición idéntica a la del actual art. 111 cuando regulaba conjuntamente la impugnación de candidaturas y de electos.

No puede servir como pretexto para eludir la intervención del Ministerio Fiscal la brevedad de los plazos que prevé el art. 49. Igual brevedad se da en el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y el acuerdo de éste de 23 de mayo de 1986 que aprueba las normas sobre su tramitación da un plazo de un día al Fiscal (art. 5) para efectuar las alegaciones procedentes. Y ha sido un plazo que siempre se ha respetado. Los señores Fiscales harán valer razonadamente en todos los casos, si se actuare de otro modo, la representación pública que les corresponde en estos recursos.

Se reconoce la competencia de los Juzgados de lo contencioso-administrativo para conocer de la impugnación de la proclamación de candidaturas y candidatos «efectuada por cualquiera de las Juntas Electorales». Por tanto, sea cual sea la Junta Electoral la competencia se hace residir en los Juzgados. Con tan clara dicción se pone término a las dudas que quisieron verse en la redacción del art. 49 LOREG que simplemente dice que «se podrá interponer recurso contra los acuerdos de proclamación de las Juntas Electorales ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo». Comoquiera que el Tribunal Supremo, en autos de 12.6.89 y 11.6.92 y más tarde en Sentencia de 25.5.96, tiene reconocida su competencia para conocer de los acuerdos de la Junta Electoral Central, se entendió que también la impugnación de candidaturas realizada por éstas, era atribución del Tribunal Supremo. Y así, en las elecciones al Parlamento Europeo, en las que existe una única circunscripción nacional y por consiguiente la proclamación de candidaturas se efectúa por la Junta Electoral Central, en las convocadas en 1994 el Tribunal Supremo conoció de las impugnaciones contra la proclamación, en todos los casos con un voto particular (SS de 22 y 23.5.94, Sala 3.ª, Sección 7.ª).

Los señores Fiscales velarán siempre por el exacto cumplimiento de esta atribución en los Juzgados, saliendo al

paso de cualquier posible vuelta a ya caducados criterios competenciales.

3.2 La segunda asignación de competencia en materia electoral es la contenida en el art. 10.1.f), en esta ocasión a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia. También es doble: Actos y disposiciones de las Juntas Electorales Provinciales y de Comunidades Autónomas e impugnación de acuerdos sobre proclamación de electos y elección y proclamación de presidentes de Corporaciones locales en los términos de la legislación electoral.

La LOREG en su art. 112, tras la modificación llevada a cabo por la LO 8/1991, de 13 de marzo, dispone que el Tribunal competente para conocer de los recursos contencioso electorales en elecciones generales (de Diputados y Senadores a Cortes Generales) o al Parlamento Europeo es la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, y en el supuesto de elecciones autonómicas o locales la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la respectiva Comunidad Autónoma.

La intervención del Fiscal es obligada en todos los casos en los recursos contra cualquier acuerdo por lo dicho anteriormente, y en el específico contencioso-electoral especial por imperativo expreso de art. 111 LOREG.

3.3 El cuadro competencial electoral se cierra en el art. 12.3.a). Igualmente con doble contenido: actos y disposiciones de la Junta Electoral Central y proclamación de electos en los términos previstos en la legislación electoral que ya conocemos. En uno y otro caso, por lo antes dicho, es preceptiva la audiencia al Ministerio Fiscal. Conviene insistir que dentro de los acuerdos de la Junta Central en ningún caso se incluye la proclamación de candidaturas que pueda haber efectuado.

3.4 Hay que completar esta referencia a los procesos electorales con lo dispuesto en la LO 2/1980, de 18.1, sobre Referéndum. Su art. 11 contiene una remisión en cuanto al procedimiento al régimen electoral general y a la constitución de las diversas Juntas. Remisión que se reitera en el art. 19 al regular las reclamaciones y recursos, que serán los previstos en dicho régimen general. Se alude expresamente al recurso contencioso electoral en su apartado 2, reiterando en su apartado 3 que será el establecido en la legislación electoral «para el que tiene por objeto la validez de las elecciones». Son competentes para conocer de estos recursos las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia conforme se señala en el apartado 6 (que habla de Audiencias Territoriales). El procedimiento será el de proclamación de electos, con las escasas particularidades que sobre legitimación se disponen. La intervención del Ministerio Fiscal será, pues, la propia del recurso contencioso electoral.

En atención a la brevedad de los plazos en todos los procesos contencioso electorales, que en ocasiones puede ser de un solo día en el que inexcusablemente ha de emitirse el informe razonado, los señores Fiscales deberán seguir con toda atención el devenir electoral desde la convocatoria de las elecciones. Los Fiscales Jefes considerarán la conveniencia de nombrar uno o más Fiscales a los que se les encomendará esta tarea, los cuales deberán extremar su cuidado en los dos momentos claves de cara a posibles impugnaciones: el de proclamación de candidatos y candidaturas y, ya verificada la votación, el de proclamación de electos.

LEGITIMACION

4.1 La siguiente referencia al Ministerio Fiscal la encontramos en el art. 19, que regula la legitimación. En su apartado 1.f) reconoce la legitimación del Ministerio Fiscal «para intervenir en los procesos que determine la Ley». Solo, pues, en los casos que la Ley lo disponga, según fórmula que ya se encuentra utilizada en el art. 3.13 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

No se ha incorporado la idea de una participación universal del Ministerio Fiscal en asuntos de legalidad administrativa como postulaba algún sector de la doctrina. No obstante se amplía el ámbito general de legitimación activa, línea en la que ya venía empeñada la jurisprudencia en un loable esfuerzo de adaptación de la vieja LJCA a las prescripciones constitucionales.

También tendrá legitimación el Ministerio Fiscal en aquellos casos en que la acción sea pública, que vemos llamada acción popular en el art. 74.3 al regular el desistimiento. Esta acción pública la encontramos en el D. 833/75, de 6 de febrero, sobre protección del ambiente atmosférico (art. 16); en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Nacional (art. 8.2); en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (art. 109); y en la Ley del Suelo (art. 304), del RDL. 1/1992, de 26 de junio, dejado expresamente en vigor por la disposición transitoria única de la nueva Ley 6/1998, de 13 de abril. También las diversas Leyes reguladoras de los parques nacionales reconocen acción pública para exigir la estricta observancia de las normas protectoras.

4.2 Al hablar de legitimación es menester recordar que el art. 124.1 CE asigna al Fiscal como misión «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad». No le encomienda por lo tanto la defensa directa de la legalidad, sino el ejercicio de las acciones que resulten procedentes en cada caso.

El Ministerio Fiscal, pues, no es vigilante ni fiscalizador de la actividad de la Administración. No está prevista, con carácter general, su intervención en el hacimiento administrativo de suerte que la administración haya de recabar su dictamen o seguir las indicaciones que *motu proprio* pueda hacerle llegar.

El Ministerio Fiscal tiene vedado dirigirse a las Administraciones reclamando información o antecedentes sobre actividades en curso a fin de verificar su adecuación a la legalidad administrativa no sólo en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa -por la particular configuración de su propia legitimación activa y de la reglada intervención que se le ofrece en el procedimiento- sino también en otros ámbitos de actuación como pueden ser los relacionados con la represión penal de conductas ilícitas producidas en el seno de la administración.

La indagación de comportamientos indiciariamente delictivos exige en muchas ocasiones un examen retrospectivo de las vicisitudes acaecidas en la instrucción y resolución de expedientes con el fin de comprobar la posible concurrencia de conducta criminalmente reprochable por parte de los gestores públicos, pero no legitima al Fiscal para suplantar a éstos o para integrar el contenido de sus decisiones cuando todavía no han sido adoptadas.

Ante la noticia de actividades que indiciariamente puedan ser constitutivas de delito el Ministerio Fiscal puede iniciar las diligencias de investigación que prevé el art. 5.º de su Estatuto Orgánico y reclamar de las Administraciones la información necesaria. Las Administraciones deben entonces colaborar y atender inexcusablemente dentro de los límites legales los requerimientos que se les dirijan según dispone el art. 4, párrafo último, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Pero la existencia de indicios de criminalidad constituye un *pruis* de la intervención fiscal.

No puede actuarse cautelamente, en previsión de un futuro delito. Ni, menos, arrogarse el Ministerio Fiscal funciones de señalar a la Administración el camino adecuado para no incurrir en ilegalidad administrativa.

Tipos penales como el de la prevaricación -art. 404 CP- o como los acuñados en los arts. 320, 322 y 329 del Código Penal vigente, que castigan como formas específicas de prevaricación la concesión de autorizaciones y licencias o la emisión de informes en zonas de actuación administrativa relativas a la ordenación del territorio y de los recursos naturales o a la protección del patrimonio histórico-artístico, no convierten por ello al Ministerio Público en protagonista o partícipe en estas áreas de gestión, ni en controlador ordinario de las mismas.

El deber del Fiscal de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y del interés social demanda una actitud vigilante y llegado el caso el ejercicio de acciones penales contra las Autoridades y funcionarios que incurran en conductas arbitrarias e injustas, pero este legítimo ejercicio de la acción penal y en su caso de las potestades de investigación conferidas en los arts. 5 EOMF y 785.bis LECr -cuyo empleo se aconseja en el punto 2.º de la Circular 1/90, de 26 de noviembre, en términos de razonable cooperación con las autoridades administrativas-, sólo se justifica en la previa existencia indiciaria de un delito. Obrar de otra forma desnaturaliza la función constitucional y legal del Ministerio Fiscal invadiendo terrenos que le son ajenos.

Los Fiscales, por consiguiente, deberán abstenerse de reclamar a las Administraciones o a sus Autoridades o funcionarios ninguna información que no esté directamente conectada con la investigación de hechos tenidos por criminales, salvo que expresamente esté prevista su competencia y actividad en otros órdenes jurisdiccionales distintos del penal.

4.3 Mención especial merece la impugnación de las resoluciones recaídas en expedientes sancionadores incoados contra Jueces y Magistrados, pues el art. 425 LOPJ, apartado 8, autoriza al Fiscal a interponer los recursos que legalmente procedan frente a las resoluciones que recaigan en los mismos.

Esta legitimación conecta con la función constitucionalmente atribuida al Ministerio Público de velar por la independencia de los Tribunales -art. 124.1 CE- y es consecuencia obligada de su continuada y activa presencia en los distintos momentos de la tramitación del expediente.

No se contiene, en cambio, disposición semejante cuando se trata de sanciones a funcionarios públicos, lo que resulta lógico porque no interviene en la correspondiente tramitación (art. 48.3 del RD 33/1986, de 10 de enero, de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado).

4.4 Capítulo aparte merece por su importancia y singularidad la legitimación del Ministerio Fiscal en el

procedimiento para la protección de los derechos fundamentales, ahora incorporado a la LJ sin apenas recibir cambio la anterior regulación de la Ley 62/1978.

Al igual que ocurriera en esta Ley, no se contiene mención expresa a la legitimación del Ministerio Fiscal para interponer este recurso, aunque le está expresamente reconocida la legitimación para interponer el recurso de amparo constitucional (art. 46.1.a) LOTC).

La legitimación, una vez promovido el recurso, está prevista al disponer, primero, la convocatoria del Ministerio Fiscal a una comparecencia sobre posible inadmisión y después al dársele traslado de la demanda para que formule sus alegaciones (arts. 117.2 y 119). Asimismo, se le convoca a la audiencia que se contempla en el art. 122.2 en el caso del derecho de reunión.

La legitimación del Ministerio Fiscal para interponer este recurso contencioso-administrativo no ha recibido un tratamiento unitario en la doctrina de la Fiscalía General del Estado. La Circular 2/79, de 29 de enero, anterior, pues, a nuestro festó contrariamente a la legitimación del Fiscal para interponer el recurso, ya que la Ley -se decía- sólo prevé su incorporación al proceso luego de iniciado éste. Por el contrario, la posterior Consulta 5/1989, de 27 de noviembre, punto III.B, sí aceptó tal legitimación. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 28 de noviembre de 1990 sostuvo, con amplia fundamentación este criterio.

En estos momentos no cabe abrigar dudas sobre la legitimación del Ministerio Fiscal para emprender acciones en caso de actuaciones lesivas de los derechos fundamentales. Y en tal sentido ha de pronunciarse, superadas anteriores vacilaciones, la Fiscalía General del Estado. El mandato contenido en el art. 124 CE de promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos, que reproduce el art. 3.3 del Estatuto Orgánico, así lo exige.

No obstante, el Fiscal ponderará cuidadosamente el juego de los intereses concurrentes en cada caso y en principio deberá tomar conocimiento de la opinión de los particulares presuntamente afectados por la lesión, abriendo un cauce preliminar de información para audiencia de los afectados con el objeto de valorar la oportunidad y pertinencia de la impugnación del actuar administrativo.

Los señores Fiscales harán por ello un uso prudente y ponderado de las facultades de legitimación inicial que en este ámbito jurisdiccional cabe reconocer al Ministerio Público.

4.5 Es de reseñar en este procedimiento especial, el distinto tratamiento que tiene la suspensión del acto o disposición recurridos comparativamente al que se ordenaba en la Ley 62/1978. Anteriormente recibía un tratamiento especial la suspensión que divergía notablemente del régimen general establecido en la LJ. Hoy el tratamiento es común para todo procedimiento bajo la rúbrica de «Medidas cautelares» en los arts. 129 a 136.

El art. 131 habla de «audiencia a la parte contraria» mientras que el art. 7.3 de la Ley 62/1978, indicaba que en la pieza separada que se formará para la suspensión «se dará traslado al Ministerio Fiscal y al Abogado del Estado» de la solicitud de suspensión. Sin duda que la nueva redacción está pensada en el procedimiento ordinario. Ninguna duda puede suscitar, pese al cambio de redacción, la necesidad de la audiencia al Ministerio

Fiscal. Su condición de parte procesal así lo reclama.

V

RESPONSABILIDAD PENAL POR DESOBEDIENCIA

Otra intervención prevista del Ministerio Fiscal se encuentra en los arts. 48.10 y por remisión a éste en el art. 112.a). Aquí la llamada al Ministerio Fiscal no es para participar en el procedimiento contencioso-administrativo propiamente dicho sino para depurar las posibles responsabilidades penales en que se haya podido incurrir por desobedecer los requerimientos judiciales.

«La Ley -dice su exposición de motivos- ha realizado un importante esfuerzo para incrementar las garantías de ejecución de las sentencias, desde siempre una de las zonas grises de nuestro sistema contencioso-administrativo». Se cuida, pues, de adoptar las medidas posibles para que se lleven a efecto los mandatos judiciales por parte de la Administración, en un primer momento, en el que llama diligencias preliminares, imponiendo que se cumpla el requerimiento de remisión del expediente administrativo, cuya inobservancia acarrea multas coercitivas e, impuestas las tres primeras a «la autoridad o empleado responsable», de no remitirse el expediente, «se pondrán los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal». No dice más, pero el posible delito no puede ser otro que el de desobediencia, como ya señalaba el art. 46.4 de la antigua Ley («las responsabilidades a que diera lugar la desobediencia»). En el último momento, ya dictada resolución de fondo, en el art. 112, para caso de incumplimiento de lo fallado por el Juez o Tribunal, se prevén igualmente multas coercitivas y «deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder» («desobediencia punible» decía el art. 109 de la anterior Ley). El Juez o Tribunal, puede remitir directamente tal testimonio al Juzgado de Instrucción o hacerlo al Fiscal como sería coherente a la vista de lo dispuesto en el art. 48.10.

VI

DESISTIMIENTO

El art. 74 contempla el desistimiento como «otro modo de terminación del procedimiento». Sigue en líneas generales la anterior regulación con una novedad de notable relevancia: Que, a diferencia de lo que antes sucedía, el desistimiento no obliga necesariamente al juzgador, que «no lo aceptará si se opusiere la Administración o en su caso el Ministerio Fiscal, incluso podrá rechazarlo razonadamente cuando apreciare daño para el interés público (número 4), a los cuales efectos se dispone audiencia a las demás partes y en los supuestos de acción popular al Ministerio Fiscal (número 3).

La oposición del Ministerio Fiscal al desistimiento impedirá su aceptación y en tal caso el Ministerio Fiscal tendrá que sostener la acción a fin de que subsista la contradicción propia de una relación procesal. Así pues,

en los casos de acción pública el Fiscal se incorpora al procedimiento como parte principal mediante este trámite.

Los señores Fiscales deberán, al recabarse su audiencia en estos casos, estar atentos a la presencia de un interés general que trascienda al de los particulares demandantes y que se haga acreedor de un pronunciamiento judicial con independencia de la actitud procesal de los interesados. La oposición habrá de ser motivada y, como acaba de indicarse, la continuación del recurso sin la presencia del actor obliga al Ministerio Fiscal a sostenerlo.

VII

RECURSO DE APELACION

Su introducción en el procedimiento contencioso-administrativo es, como antes se indicó, una consecuencia obligada de la instauración de los Juzgados.

La sección que lleva por nombre el recurso ordinario de apelación (arts. 81 a 85) contempla solo la apelación contra las sentencias. En artículo precedente, fuera de esta sección, se regula apelación contra autos.

En ningún momento se menciona al Ministerio Fiscal. No era tampoco necesario puesto que la apelación está abierta a quienes hayan sido parte en el proceso de instancia (art. 82). Hay que hacer constar que todas las sentencias dictadas en el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales -en el que el Fiscal es siempre parte- son apelables en un solo efecto. Así se dice en el art. 81.2.b) y luego se repite innecesariamente en el art. 121.3. Conviene tener presente asimismo que se admite la posibilidad de adherirse a la apelación (art. 85.4).

El recurso de apelación se interpondrá ante el Juzgado actuante y «deberá contener las alegaciones en que se fundamente el recurso» (art. 85.1). Ante el propio Juzgado, una vez admitido el recurso, las demás partes pueden formalizar su oposición también en escrito razonado. Tras diversas incidencias que se especifican, se elevarán los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a la Sala competente.

No se habla del emplazamiento de las partes para su comparecencia ante la Sala pero es algo que necesariamente ha de hacerse, en último caso sería de aplicación la LEC (art. 387), y el plazo, a falta de otra indicación, debe ser el de quince días que señala este artículo.

Una vez ante el Tribunal *ad quem*, el recurso puede declararse concluso y dictar sentencia sin más trámite si así se ha pedido en los escritos de interposición y de oposición. Pueden, por el contrario, pedir las partes en sus escritos la celebración de vista o presentación de conclusiones, la Sala acordará una u otras si lo hubieran pedido todas las partes o si se hubiera practicado prueba o cuando lo estimare necesario atendida la índole del asunto.

En cuanto a la actuación concreta del Fiscal después de cumplidos los trámites en el Juzgado, si éste radica en

el territorio de la Fiscalía que ha de actuar ante la Sala, al obrar en la misma todos los antecedentes, por lo común intervendrá el mismo Fiscal que haya actuado en la instancia, que dispondrá así de toda la información precisa.

Si la sede es distinta y es otra Fiscalía la que ha de intervenir, deberá remitirse a ésta, en los más de los casos la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, los antecedentes necesarios ante la contingencia de la celebración de vista o de la presentación de conclusiones.

Estos antecedentes, sin perjuicio de aquéllos otros que el mejor conocimiento del asunto aconseje, serán: Escritos de interposición y de demanda, resolución administrativa recurrida, escrito o escritos de contestación, informe del Ministerio Fiscal, sentencia o resolución recaída, notificación del emplazamiento, así como el escrito de interposición de la apelación y de las demás alegaciones y las posibles incidencias surgidas en el Juzgado.

Esta remisión deberá efectuarse con prontitud. No es necesario subrayar la atención que debe ponerse en la adecuada motivación de las alegaciones que el Fiscal evacue en el trámite del recurso y más aún si es el Fiscal el recurrente, pues en dichos motivos habrá de fundarse la intervención ulterior en vista o conclusiones. De considerarlo conveniente, se acompañará un informe reservado a efectos meramente internos.

Se hacen extensivas a este ámbito procesal las consideraciones que en su día se verificaron sobre desplazamientos de Fiscales en la Instrucción 1/1997 de 6 de octubre, en relación con el uso excepcional y motivado del mecanismo configurado en el art. 26 EOMF cuando se considere necesaria la asistencia a la vista de la Sala del Fiscal que conoció de la causa en primera instancia.

VIII

RECURSO DE CASACION

Se siguen en la nueva Ley las líneas generales de la normativa anterior. Existe, pues, un recurso de casación, que hay que denominar ordinario o común para distinguirlo de los otros que también son llamados casación pero que presentan señas de identidad propias: el recurso de casación para unificación de doctrina y el recurso de casación en interés de ley.

8.1. Recurso de casación

Al igual que se ha visto en el de apelación, no existe referencia singular al Ministerio Fiscal salvo la del art. 92.3, necesaria cuando el recurrente sea el defensor de la Administración o el Ministerio Fiscal a fin de que manifiesten si sostienen o no el recurso.

En lo que concierne al procedimiento de protección de los derechos fundamentales, ámbito al que prácticamente quedará reducida la participación del Ministerio Fiscal, hay que destacar que, a diferencia de lo que se establece en la apelación, no todas las sentencias dictadas en el mismo serán recurribles. El art. 121.3 sólo habla de que procederá siempre la apelación contra las sentencias dictadas por los Juzgados. Las pronunciadas por las Salas

correrán la suerte general y, por tanto, las mismas excepciones que se establezcan, salvo, según expresamente se recoge en el art. 86.2.b), cuando la irrecurribilidad sea en razón a la cuantía; en este caso «procederá el recurso cualquiera que sea la cuantía». Esto quiere decir que las que se refieren a cuestiones de personal siguen el sistema general y no son recurribles salvo que afecten al nacimiento o a la extinción de la relación de servicio de los funcionarios de carrera (art. 86.2.a). Se pone término así al debate existente con la anterior normativa sobre la recurribilidad en casación de las sentencias recaídas en el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales en materia de personal.

Persiste el recurso de casación frente a resoluciones del Tribunal de Cuentas (art. 86.5), remitiéndose a lo que dispone su Ley de Funcionamiento, Ley 7/1988, de 5 de abril (art. 81 a 84). El Ministerio Fiscal será siempre parte en el mismo, al haberlo sido ya en la instancia. Expresamente se dice que el Ministerio Fiscal podrá interponerlo (art. 81.3). Sus motivos son los mismos que en la LEC y en la LJCA, con la particularidad paradójica que se mantiene el número 4.º, «error evidente en la apreciación de la prueba», desaparecido de estas otras leyes en su reforma por la Ley 10/1992, de 30 abril. El procedimiento de sustanciación es el mismo de la LJCA, al que se remite el art. 84.1.

El recurso de casación se prepara ante la Sala sentenciadora y se formaliza ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. La Fiscalía que haya intervenido en la instancia remitirá a la del Tribunal Supremo los mismos antecedentes, con las particularidades propias de la casación, que se han indicado antes en relación con la apelación.

8.2. Recurso de casación para la unificación de doctrina

No está prevista específicamente la intervención del Ministerio Fiscal. Igual que ocurría en la Ley fenecida. Por las razones que sean, no se ha considerado conveniente acordar un régimen como en el orden jurisdiccional social de intervención del Fiscal en todos los recursos de esta naturaleza. Su participación quedará entonces limitada a aquellos procesos de que haya sido parte o intervenido en la instancia.

8.3. Recurso de casación en interés de ley

Es recurso que ha permanecido en el procedimiento contencioso-administrativo después que el Proyecto remitido a las Cortes Generales prescindiera de él. En la tramitación parlamentaria fue restablecido.

Por primera vez se da entrada en este recurso al Ministerio Fiscal, al que se le legitima para interponerlo «cuando estime gravemente dañosa para el interés general y errónea la resolución dictada», tanto frente a las sentencias de las Salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia Nacional (art. 100) como frente a las de los Juzgados (art. 101), en el primer caso únicamente por infracción de normas estatales y en el segundo de las emanadas de la Comunidad Autónoma que hayan sido determinantes del fallo recurrido.

La duda que podría suscitarse acerca de si el Ministerio Fiscal puede recurrir en todo caso o solo en aquéllos en que haya intervenido anteriormente, debe resolverse según lo primero. A tal conclusión hay que llegar teniendo

en cuenta que el apartado 6 del art. 100 llama al Ministerio Fiscal, aunque no haya intervenido previamente en el recurso, abriéndole audiencia por término de diez días después de haberse presentado o no escritos de alegaciones y antes de dictar sentencia. Esta audiencia al Fiscal, que puede tenerse por ajena a la condición de parte propia -actúa evidentemente como *amicus curiae*-, evidencia el interés del legislador en la intervención del Ministerio Fiscal precisamente en atención a intereses superiores que trascienden de los individuales y que se hallan presentes en esta especial casación. Es razón que permite admitir que también puede, en aras a este interés, promover el propio recurso en todas las ocasiones que así convenga al interés general, haya sido o no p arte previamente.

Innovación que hay que hacer notar es que la sentencia estimatoria se publicará en el Boletín Oficial del Estado y «a partir de su inserción en él vinculará a todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional». Se respetará, sin embargo, y en todo caso la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida (art. 100.7).

IX

PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

Es de especial interés para el Ministerio Fiscal puesto que su participación en el mismo es constante a lo largo de su tramitación.

Ya está dicho que este procedimiento queda incorporado al texto de la LJCA (arts. 114 a 122). La disposición derogatoria segunda ha derogado los arts. 6 a 10, de la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, que conformaban la llamada garantía contencioso-administrativa.

9.1. *Ámbito del procedimiento y legalidad ordinaria*

En la exposición de motivos se dice de este procedimiento que trae «el mismo carácter preferente y sumario que ya tiene y con importantes variaciones sobre la normativa vigente», añadiéndose que la más relevante novedad es el tratamiento del objeto del recurso en cuanto que contempla la lesión de los derechos susceptibles de amparo desde la perspectiva de la conformidad de la actuación administrativa con el ordenamiento jurídico; con ello, se agrega, se trata de superar «la rígida distinción entre legalidad ordinaria y derechos fundamentales por entender que la protección del derecho fundamental o libertad pública no será factible, en muchos casos, si no se tiene en cuenta el desarrollo legal de los mismos». Esta novedad, anunciada en la exposición de motivos, se concreta después en el texto legal de alguna manera indicando que se podrán hacer valer en este procedimiento las mismas pretensiones que en el ordinario «siempre que tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos y libertades por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado» (art. 114.2).

En modo alguno puede esto significar que se podrá tratar cualquier cuestión de legalidad ordinaria. Sí, en cambio, aquéllas que estén indisolublemente unidas a la virtualidad o al ejercicio del derecho invocado. No se

trata, en definitiva, de otra cosa que resolver instrumentalmente las cuestiones de legalidad ordinaria que sean necesarias para el entendimiento y preservación o restablecimiento del derecho fundamental comprometido. Lo cierto es que la práctica judicial venía con frecuencia examinando la legalidad ordinaria que pudiera delimitar el derecho fundamental siempre con carácter medial: Como forma o instrumento de conocer el exacto alcance del derecho, en especial en aquéllos de delimitación legal (señaladamente, por ejemplo, el derecho de acceso a cargos y funciones públicas del art. 23.2 CE). De todas maneras, habrá que estar atentos, más que nunca, a la inadmisión o desestimación de un recurso bajo la simple razón de que el problema a solucionar es de legalidad ordinaria; esto no será admisible cuando la legalidad ordinaria integre el contenido del derecho fundamental.

9.2. Novedades en la tramitación: Escrito de interposición y trámite de inadmisión

En el procedimiento propiamente dicho no hay modificaciones de verdadero fuste. Deben señalarse, sin embargo, dos que han de tenerse bien en cuenta, referidas al escrito de interposición y al incidente de inadmisión.

El escrito de interposición no se reduce, como en el ordinario y en la anterior regulación de este procedimiento, a citar la disposición, acto, inactividad o vía de hecho que se impugne, sino que en el mismo «se expresará con precisión y claridad el derecho o derechos cuya tutela se pretende y, de manera concisa, los argumentos sustanciales que den fundamento al recurso» (art. 115.3), exigencia que se explica por el posible incidente de inadmisión que tiene lugar antes de redactar la demanda en el que se necesita conocer el objeto del recurso y la fundamentación que lo sustenta. Se trata en realidad de un verdadero anticipo de demanda.

El incidente de inadmisión constituye la segunda innovación a subrayar. Aunque en algunas ocasiones el uso forense lo había introducido y desde luego era demandado por la doctrina, carecía de un verdadero respaldo legal. Ahora se regula en los arts. 116 y 117, con intervención expresa del Ministerio Fiscal.

Surge la duda, confrontados los diversos apartados del art. 117, si este incidente se extenderá a cualquiera de los motivos de inadmisión que para el procedimiento ordinario se recogen en el art. 51, como se deriva con naturalidad de sus apartados 1 y 2, en especial de este segundo que habla de posibles motivos, más de uno pues, o si queda reducido a la inadecuación del procedimiento, el único que se menciona en el apartado 3. A reserva de lo que la jurisprudencia pueda determinar, parece lo más lógico pensar que serán todos los motivos de que habla el art. 51; en otro caso, podrán hacerse valer según las normas generales del procedimiento ordinario, de aplicación subsidiaria (art. 114.1), dándose el contrasentido de un doble incidente de inadmisión, con plazos además en este último que malamente se compadecen con el carácter preferente y sumario que se le asigna. La simple lógica impone que el incidente de inadmisión sea único y considere cualquiera de los posibles motivos.

9.3. Otras cuestiones

De la demanda se dará traslado al Fiscal por el mismo plazo de ocho días antes existente.

Anteriormente nos hemos referido a la posibilidad de promover el recurso por parte del Fiscal, que hay que

admitir sin vacilación, así como su intervención, también preceptiva, en la adopción de medidas cautelares, significadamente la suspensión del acto o disposición impugnada.

Conviene repetir que todas las sentencias dictadas por los Juzgados de lo contencioso-administrativo en este procedimiento son apelables en un solo efecto (arts. 81.2.b y 121.3), siendo aquí aplicables las consideraciones que se efectuaron en el apartado dedicado al recurso de apelación.

Peculiaridad de este procedimiento es el caso de prohibición o de propuesta de modificación de reuniones prevista en la norma reguladora de este derecho (LO 9/83, de 15 de julio) que se contiene en el art. 122. El Ministerio Fiscal es convocado a la audiencia en que se oye a todos los personados y se resuelve sin más y sin ulterior recurso. El apartado 3 del art. 122 dispone que «la decisión que se adopte únicamente podrá mantener o revocar la prohibición o las modificaciones propuestas», tratando así de evitar que se establezca en el fallo de la sentencia una modificación de la reunión o manifestación decidida en última instancia por el juzgador.

La participación del Ministerio Fiscal, como se ve, es prácticamente idéntica a la prevista en la Ley 62/1978. Los Fiscales seguirán actuando de igual forma a como lo vienen haciendo, razonando de modo conveniente todas sus intervenciones. De ser el Ministerio Fiscal recurrente, se cuidará en el escrito de interposición de cumplir con toda exactitud lo que previene el art. 115.3.

X

CUESTION DE ILEGALIDAD

Es una de las innovaciones más llamativas. Se hallan reguladas, como procedimiento especial, en los arts. 123 a 126. La intervención en este proceso del Ministerio Fiscal se limitará a aquéllos casos en que haya sido parte en el recurso antecedente, al prever el emplazamiento a las partes para que puedan comparecer y formular alegaciones.

No interviene por tanto el Ministerio Fiscal como defensor de la legalidad administrativa fuera de su condición de parte. No parece que ofrezca dificultad alguna extender este especial procedimiento a las sentencias dictadas en el también especial de protección de los derechos fundamentales.

Si la cuestión ha de sentenciarse ante Tribunal con sede en provincia distinta a la que falló el recurso previo, de ser emplazado el Ministerio Fiscal se remitirá a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia los antecedentes precisos, que serán mutatis mutandis los indicados en caso de recurso de apelación, con las alegaciones oportunas para ser presentadas al tiempo de personarse ante la Sala. Igual se procederá cuando sea el Tribunal Supremo el que haya de resolver la cuestión de ilegalidad.

XI

COSTAS PROCESALES

Reguladas en el art. 139, por primera vez en un texto procesal se declara expresamente que «en ningún caso se impondrán la costas al Ministerio Fiscal» (apartado 5). Es criterio que parece que va a extenderse con carácter general, pues está recogido en iguales términos en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil -art. 396.4- actualmente en trámite.

Señalemos en cuanto a su imposición que ha desaparecido la particularidad aceptada en la Ley 62/78 -criterio del vencimiento total o pleno- para someterse al criterio general de cualquier otro procedimiento contencioso-administrativo: el de mala fe o temeridad en sostener su acción o interponer el recurso, si bien no desaparece del todo el del vencimiento «cuando de otra manera se haría perder al recurso su finalidad».

Esto en cuanto a la primera o única instancia, en las demás instancias o grados se impondrán al recurrente que haya visto desestimado totalmente el recurso, salvo que concurren circunstancias que conduzcan a su no imposición, lo que deberá ser razonado debidamente.

XII

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Hemos de referirnos finalmente a la regulación de los problemas temporales que ocasiona la aplicación de la nueva Ley y que podrá condicionar, en su caso, la intervención del Ministerio Fiscal. Se contiene en nueve disposiciones transitorias.

a) Se sienta el principio general de la *perpetuatio ius risdictionis*, según el cual las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia seguirán tramitando hasta su conclusión los recursos pendientes que ahora correspondan a los Juzgados (DT. 1.^ª1), añadiéndose que mientras no entren en funcionamiento los Juzgados de lo contencioso-administrativo las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia tendrán la competencia para conocer de los procesos que conforme a esta Ley corresponda a los Juzgados, manteniéndose los recursos previstos en esta Ley para las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (DT. 1.^ª2).

Aunque sólo habla de Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y de Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, y no de Juzgados Centrales y de Salas de la Audiencia Nacional, el mismo régimen, de toda lógica, sea aplicado a estos segundos.

Hay que tener en cuenta lo dispuesto en la disposición transitoria inicial 2 de la LO 6/98, de 13 de julio, de reforma de la LOPJ: «las Salas de lo contencioso administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia podrán constituirse con un solo Magistrado para conocer de los procesos que atribuidos por esta Ley a los Juzgados de lo contencioso administrativo, estén pendientes en el momento de entrada en vigor de la Ley». Parece, por lo que acaba de verse, que el mismo régimen será de aplicación a la Sala de lo contencioso administrativo de la

Audiencia Nacional.

b) En cuanto al procedimiento, también el principio general es que continuará aplicándose el anterior a los recursos interpuestos antes de la entrada en vigor de la nueva Ley (DT. 2.^a1). Igual tratamiento se aplica al procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales (DT. 5.^a).

Hay dos excepciones que se consignan para el procedimiento ordinario, aunque nada se dice para el especial, pero que le serán, en lo que quepa, aplicables dado el carácter subsidiario en éste de las normas generales de la Ley (art. 114.1). Estas dos excepciones son: Una, cuando el plazo para dictar sentencia se haya iniciado después de la entrada en vigor de la nueva Ley serán de aplicación las disposiciones de ésta respecto a la sentencia oyendo a las partes si se aplicara precepto que suponga innovación, y otra, que en todos los procesos no fallados les serán de aplicación las nuevas normas sobre otros modos de terminación del procedimiento (DT. 2.^a).

c) En lo que concierne a los distintos recursos de casación, los ya preparados se regirán por la Ley antigua. La nueva normativa será de aplicación a las sentencias dictadas con posterioridad a su entrada en vigor y aún a las de fecha anterior cuando no hayan transcurrido los plazos antes establecidos para recurrir, contándose los nuevos desde la fecha de entrada en vigor (DT. 3.^a).

d) La ejecución de las sentencias firmes dictadas después de la entrada en vigor de la nueva Ley se llevará a cabo según lo dispuesto en ésta, como asimismo aquellas dictadas anteriormente que no hayan sido totalmente ejecutadas (DT. 4.^a).

e) La cuestión de ilegalidad sólo podrá plantearse en todos los procedimientos cuya sentencia adquiera firmeza desde la entrada en vigor de esta Ley (DT. 6.^a).

f) Las medidas cautelares se podrán solicitar y aplicar en los procedimientos pendientes a la entrada en vigor (DT. 8.^a).

g) Por último, el régimen de costas procesales sólo se aplicará a los procesos que se inicien bajo la nueva normativa (DT. 9.^a).

