

3. ÁREA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Un año más, las Memorias de las Fiscalías de las Comunidades Autónomas y Provinciales coinciden en la confirmación de un dato estadístico que, sin perjuicio de variaciones de volumen, constituye una constante histórica de esta especialidad: en ese plano territorial –es decir, en el ámbito de los Tribunales Superiores de Justicia y los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo– la actividad numéricamente más importante del Fiscal se concentra en los dictámenes de competencia, aunque también es verdad que son bastantes las Fiscalías que detectan una evolución a la baja (Cantabria, Navarra, Castilla-La Mancha y Extremadura, por ejemplo, o en Castilla y León, donde el reparto entre descensos y estabilidad es desigual según las provincias). Aunque no falten Fiscalías que dan cuenta de un incremento en este apartado (Castilla y León, Valencia), en incluso algún caso en que ese aumento se califica de muy elevado (La Rioja).

El clásico análisis –en el que suele incidir en sus sucesivas Memorias, por ejemplo, el Fiscal Superior de Castilla-La Mancha– acerca de los orígenes de esta elevada conflictividad en materia competencial, relacionado con la compleja estructura de los criterios recogidos por la vigente LJCA, encuentra apoyo seguramente en esa percepción de que, de manera progresiva, la consolidación de los criterios jurisprudenciales genera cierta tendencia a la baja, por más que determinados incrementos estadísticos constituyan la excepción, es posible que, además, con ciertos matices. Así, por ejemplo, el espectacular aumento del que da cuenta la Fiscalía de la Rioja se cifra en un 489 %, pero no se aportan las cifras absolutas que determinan esa variación, por lo que partiendo de un volumen global presumiblemente reducido puede generarse una imagen sobredimensionada respecto de su verdadera importancia cuantitativa. Todo ello sin perjuicio de determinados factores estructurales que de manera puntual afectan a algún supuesto, como el de Canarias, –ya también señalado a estos efectos en alguna edición anterior de esta Memoria–, donde la peculiar distribución territorial de las distintas Consejerías del Gobierno entre las dos capitales de la Comunidad Autónoma propicia un notable grado de confusión entre el criterio funcional y el territorial a la hora de fijar la competencia judicial para conocer de los recursos contra sus actos.

En este apartado de las controversias competenciales dan cuenta los Fiscales Superiores y los Fiscales Jefes de algunos casos singulares. Por ejemplo, el de Navarra se refiere a un fenómeno reproducido también en otros territorios, cuando una serie de Ayuntamientos gobernados por determinadas fuerzas políticas iniciaron una campaña

de declaraciones institucionales contrarias a la celebración de actividades o cesión de espacios a organizaciones o entidades que pudieran vincularse con la Embajada o el Estado de Israel. Aunque la cuestión se planteó el contexto de la falta de jurisdicción para el enjuiciamiento de hechos de estricta naturaleza *política*, como pretendían caracterizar esa clase de declaraciones las propias corporaciones municipales, en realidad el debate jurídico se centró en la propia competencia municipal para tal género de actuaciones y pronunciamientos que, por encuadrarse en el ámbito de la política exterior, abordaban una materia correspondiente en exclusiva al Estado conforme al art. 149.1.3 CE.

Ahora bien, la dimensión cuantitativa de esa función básicamente instrumental que se atribuye al Fiscal en materia de competencia judicial, como garante constitucional de la independencia de los Jueces y Tribunales (art. 124 CE), no debe eclipsar, en el plano cualitativo, la evidencia de que el cometido más relevante de las Fiscalías en el orden contencioso-administrativo se centra en su intervención en los procedimientos especiales para la protección de los derechos fundamentales.

Es verdad que también en este ámbito se detecta –con incuestionables excepciones– cierta sensación de desfallecimiento estadístico, previsiblemente vinculado al escaso interés que para los recurrentes representa un proceso que, calificado como *sumario*, no pocas veces se alarga más que los ordinarios, dándose además la circunstancia de que la distribución de objetos entre ambas modalidades permite invocar los derechos fundamentales en un proceso común, pero no resolver cuestiones de legalidad ordinaria en el procedimiento especial, lo que reduce aún más el atractivo de esta segunda modalidad procesal.

Pero, pese a ello, la importancia de las cuestiones que se abordan en este tipo de procedimientos no solo justifica la intervención del Fiscal, sino que impide entender –como ya se ha puesto de manifiesto reiteradamente en Memorias anteriores– la lógica del actual modelo procesal, en el que el papel del Ministerio Público en defensa de los derechos fundamentales queda al final al albur de la voluntad del propio recurrente, en función de cuál sea la vía procesal que libremente escoja para reivindicar su derecho, resultando así en definitiva preterido el *interés general* de dimensión constitucional que determina esa misión de defensa *pública* de los derechos de los ciudadanos.

Ejemplo claro de la especial trascendencia de algunos de los asuntos que se ventilan a través de esta modalidad procesal son las numerosas reseñas que ofrecen las distintas Memorias territoriales. La Fiscal Provincial de Barcelona evoca, por ejemplo, el preocupante grado de penetración que alcanza el conflicto soberanista planteado

en la Comunidad Autónoma de Cataluña, centrando su atención en lo que elegantemente describe como «uno de los trozos en que se ha roto el frágil jarrón de las relaciones sociales» al referirse a la instrumentalización de los Colegios profesionales «al servicio de determinadas visiones de la vida social por medio de una serie de acuerdos y manifiestos de claro sesgo ideológico (...) bajo el paraguas de un pretendido derecho a la libertad ideológica», que en realidad se traduce en la vulneración de los derechos de quienes, para ejercer una profesión sujeta a colegiación obligatoria, no tienen más remedio que optar entre alinearse con esa opción ideológica o política o enfrentarse a ella en los Tribunales. Da cuenta la Fiscalía de Barcelona que, quienes han decidido por esta segunda vía, en defensa de sus libertades, no solo han contado con el apoyo y tutela del Ministerio Fiscal, sino que han obtenido resoluciones judiciales favorables en todos los casos.

Más allá de esas situaciones lamentablemente críticas, en general la presencia del Fiscal, por este cauce del procedimiento especial de los arts. 114 y ss. LJCA, en conflictos vinculados al ejercicio de los derechos *políticos* o *cívicos* es importante y se centra en cuestiones de gran interés teórico y/o práctico. Así, la Memoria de Cantabria se refiere a la singular actitud de un concejal que pretendía grabar con su propio teléfono móvil el desarrollo de un pleno del Ayuntamiento; y son bastante frecuentes los recursos de miembros de los parlamentos autonómicos o las entidades locales contra actos de sus órganos de gobierno que, a juicio de los recurrentes, restringen o limitan su derecho a acceder a la información necesaria para el ejercicio de sus funciones.

Campo abonado para este tipo de procedimientos son igualmente los que traen causa de la aplicación del art. 23 CE no ya en el plano de la representación política vinculada al derecho de sufragio, sino en el del acceso y la permanencia en los cargos –y, en suma, en la función pública– en condiciones de igualdad. Sin dejar de mencionar el auténtico laberinto procesal por el que desde hace años transita un aluvión de recursos contra la convocatoria de diferentes procesos selectivos por el Gobierno de Castilla-La Mancha en 2012, que incluyen la complicación añadida de alguna aparente discrepancia hermenéutica del TSJ de esa Comunidad respecto de los criterios expresados por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, se podría hacer referencia a otros muchos conflictos en este ámbito. Algunos, como el que reseña el Fiscal Superior de Madrid, de notabilísima incidencia en el área de aplicación del principio de igualdad de mujeres y hombres, relativo en concreto a las condiciones físicas de acceso a determinadas unidades de las Fuerzas Armadas (en el caso puntual que reseña, el Cuerpo

Militar de Intervención) en las que la determinación de una talla mínima de estatura con independencia del sexo del candidato comportaba un efecto discriminatorio vinculado a la evidencia estadística de la menor altura media de las mujeres. El Fiscal apoyó y el Tribunal asumió la pretensión anulatoria de la demanda, estimando vulnerado el derecho fundamental a la igualdad.

También en el propio desenvolvimiento del estatus funcional son frecuentes los pleitos en los que el Fiscal ha de pronunciarse sobre el ejercicio de los derechos sindicales (la Fiscalía de Navarra destaca un conflicto de esa naturaleza en el seno de la Policía Local de Pamplona, por ejemplo) y en particular el derecho de huelga, con muy especial incidencia del problema de la fijación de servicios mínimos que, como dice la Memoria de la Fiscal de Andalucía, exigen especial cuidado para evitar que una insuficiente motivación de dichos servicios y una fijación abusiva de su alcance acabe vaciando de contenido el legítimo ejercicio del derecho fundamental, por más que en algunos casos, como apunta la Fiscal del País Vasco, se trate de conflictos de grave repercusión social, como el afrontado en esa Comunidad respecto de la convocatoria de huelgas encadenadas a lo largo de todo 2018 en el sector de la enseñanza concertada.

Precisamente el contexto educativo y las distintas vertientes del derecho a la educación y el régimen de la enseñanza pública y privada constituyen otra fuente habitual de litigiosidad afectante a los derechos fundamentales en el orden contencioso-administrativo. Deja constancia de ello por ejemplo la Fiscalía de La Rioja, en dos contextos bien diferentes: el del problema de la adaptación de los recursos a las necesidades educativas de los niños con discapacidad, y el de la tutela del derecho a educar a los hijos de acuerdo con las convicciones y creencias religiosas de los padres, que en esa Comunidad Autónoma se ha concretado, aunque con menor incidencia numérica que el año anterior, en las pretensiones referidas a la impartición de la asignatura de islam en algunos colegios, por falta de cobertura legal explícita e insuficiencia de recursos suficientes para subvenir a la demanda de las familias. En este mismo ámbito educativo, la Fiscalía de la Comunitat Valenciana también da cuenta de un conflicto de especial dificultad, atinente al reconocimiento de la identidad y la expresión de género que se regulan en un Decreto (102/2018) del Consell de dicha Comunidad, y que fue recurrido por diversas asociaciones católicas de padres de alumnos.

También los problemas relacionados con la entrada y la presencia de ciudadanos extranjeros –y en especial de menores no acompañados– en España ha ido generando una cierta evolución al alza en esta

jurisdicción (la Fiscal de Asturias hace referencia, por ejemplo, a varios procedimientos relacionados con la retirada de pasaporte y la imposición de medidas de presentación periódica en el curso de procedimientos incoados al amparo del art. 53 de la Ley de Extranjería), en no pocos casos vinculada a cierta estrategia de *huida* de la jurisdicción civil, cuando en esta se han consolidado criterios desfavorables a determinadas pretensiones, por ejemplo, las de revisar las decisiones de los Fiscales en materia de determinación de la edad de los extranjeros de cuya minoría se duda.

En otro orden de cosas, son relativamente escasas las intervenciones anotadas por los Fiscales territoriales en el ámbito de la cuestión de inconstitucionalidad. El de Navarra da cuenta de un problema específicamente derivado del régimen singular de la fiscalidad de esa Comunidad Foral, y el de Castilla-La Mancha de un conflicto singularmente interesante para los propios Fiscales de esta especialidad, porque afectaba a la constitucionalidad de un aspecto concreto de la reforma de la LJCA operada por LO 7/2015, en relación con la regulación del recurso de casación, en la medida en que la modificación de ciertos preceptos se efectuaba por normas con rango de ley, y no de ley orgánica (advierte en todo caso de que las cuestiones, planteadas por cierto en contra del criterio de la Fiscalía, fueron finalmente desestimadas por el Tribunal Constitucional).

De especial interés resulta la atención que muchos Fiscales Superiores y Provinciales dedican en sus Memorias a un problema sobre el que ya –como muchos de ellos recuerdan– ha tenido ocasión de ocuparse y preocuparse la red de Fiscales especialistas en materia contencioso-administrativa, con ocasión de sus Jornadas anuales. Se trata del elevadísimo número de supuestos de concesión de autorización para la entrada en domicilio o lugar cerrado al amparo de la norma competencial recogida en el art. 8.5 LJCA. Aparte de la gran disparidad de criterios acerca de la intervención del Fiscal en ese trámite (en Navarra, por ejemplo, los Juzgados ni dan traslado a la Fiscalía ni ponen en su conocimiento la existencia de la solicitud), es prácticamente generalizado el notable aumento de este tipo de actuaciones (Aragón, Andalucía, Extremadura, Madrid, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Valencia), y sobre todo la preocupación suscitada por el hecho de que esa norma –cuya función, hay que insistir, se ciñe exclusivamente a fijar una regla competencial para la autorización judicial, en ciertos casos, de la *ejecución forzosa de actos de la Administración pública*– viene siendo utilizada de manera creciente para llevar a cabo actuaciones administrativas que pueden afectar a intereses o situaciones especialmente vulnerables, como ocurre en el supuesto de los desahucios, o que inciden

en diversos derechos fundamentales (no solo la intimidad del domicilio) cuya restricción exige un juicio ponderativo y valorativo que, de acuerdo con la propia doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, no resulta abarcado por la decisión judicial de autorización. Como sucede, por ejemplo, con la muy habitual autorización de entradas con el fin de obtener u ocupar documentación en el curso de expedientes de investigación o sancionadores en el marco de la actividad de la Agencia Tributaria o de determinados órganos reguladores o de control, como la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en los que la valoración del Juez de lo Contencioso no incluye por definición la existencia de indicios y razones suficientes (proporcionalidad, idoneidad y necesidad) que justifiquen la decisión administrativa de llevar a cabo esa actuación que «se ejecuta». Esta materia deberá seguir sin duda alguna siendo objeto de estudio y especial atención de la Fiscalía.

Da, por cierto, noticia la Fiscalía Provincial de Valencia de un supuesto limítrofe con esta clase de situaciones, pero en cierto modo *inverso*, al haberse alegado por un particular la violación de su derecho a la intimidad como consecuencia de la ejecución de una orden administrativa de precinto de una caja de seguridad, como medida cautelar de preservación de elementos de prueba sobre presuntos ingresos no declarados. Con independencia de que pueda resultar afectado el mencionado derecho fundamental, lo sugerente del caso –aún no resuelto por los Tribunales– es que a tal efecto no parece lo mismo *abrir* la caja que impedir que la abra su titular.

En fin, junto a la exposición de datos estadísticos y de apreciaciones valorativas sobre el contenido de su actividad, son muchas las Memorias de las Fiscalías territoriales que hacen mención al modelo organizativo dispuesto para la prestación del servicio y al estado y grado de operatividad de los recursos materiales y humanos disponibles. Como en años anteriores, la diversa organización de las Fiscalías según su tamaño y las peculiaridades de su estructura (una o varias sedes, etc.), se traduce en modelos de gestión diferentes que, sin embargo, en general ofrecen un servicio razonablemente eficaz, gracias sobre todo a la inmejorable disposición y la impronta vocacional de la que participan la gran mayoría de los Fiscales de la red de especialistas de contencioso-administrativo. La mayor concentración de asuntos relevantes de fondo en las Fiscalías de las Comunidades Autónomas, que atienden las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, no impide valorar el ímprobo trabajo de las Fiscalías Provinciales, ni tampoco olvidar que también en algunas Fiscalías de Área se viene desarrollando una magnífica labor. A título de ejemplo, el Fiscal de Extremadura menciona en

su Memoria la Fiscalía de Mérida, afirmando que «todos los dictámenes emitidos son fundados, recogen la legislación aplicable y establecen con claridad la petición del Fiscal, centrándose en la petición y asunto en concreto y huyendo de generalizaciones legales. Y si ello es así en todos los procesos, mención aparte merecen las causas de derechos fundamentales, ya que los fundamentos que se vierten por la Fiscal en cada una de ellas son extensos, motivados y acertados».

Y también como en ejercicios anteriores no faltan referencias a las dificultades que cotidianamente encuentran los Fiscales en el manejo de los medios especialmente las aplicaciones informáticas— de los que han de valerse para realizar su trabajo. Con alguna excepción (el Fiscal de Canarias se muestra satisfecho del funcionamiento del sistema «Atlante»), son más las opiniones críticas, aun reconociendo en algunos casos ciertos avances. Así, la Fiscal Superior de Castilla y León informa de que «las dificultades que el sistema *LexNet*, implantado en la Comunidad en el año 2016, entrañaba para el despacho de los asuntos de lo contencioso, que se traducían en un empleo de tiempo cuatro veces superior al que necesitaría el despacho en papel (...) se han visto superadas en el año 2018 al implantarse gradualmente en todo el territorio *Fortuny Digital*, que viene al menos a evitar algunos de los problemas (...). Sin embargo, es dificultosa la búsqueda en el Visor documental de los documentos necesarios para emitir el dictamen, no siempre incorporados en su totalidad a aquél, o mal escaneados y de difícil lectura, y siguen siendo múltiples los pasos, algunos de ellos quizá innecesarios, como el de tener que acudir al Portafirmas para hacer la firma electrónica y luego tener que volver a *Fortuny* para enviar los escritos al órgano judicial. Algunos días directamente no funciona el Visor o la firma digital».

Las últimas palabras de este resumen anual han de dedicarse a la Fiscalía de la Audiencia Nacional. Es sin duda relevante el dato de que en dicho órgano el volumen de actividad en materia contencioso-administrativa se ha visto notablemente incrementado durante el último ejercicio en todos los apartados (informes sobre competencia, procedimientos de derechos fundamentales, justicia gratuita), y destacan por su importancia y repercusión social muchos de los asuntos que informa. En el apartado de esta misma Memoria dedicado a la Fiscalía del Tribunal Supremo se hace mención, por ejemplo, al papel determinante que, en materia de protección de los derechos de los consumidores y usuarios, ha tenido la Fiscalía de la Audiencia Nacional en el proceso seguido por la impugnación del sistema de recuperación de puntos del permiso de conducir.