

9. ÁREA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

En materia contencioso-administrativa la intervención del Ministerio Fiscal en tutela de personas vulnerables ha tenido durante 2021 un relevante campo de actuación.

Un ámbito en el que la intervención de la especialidad contencioso-administrativa ejerce una trascendente función de amparo en relación, en especial, con menores de edad y personas con discapacidad, pero también con otras personas vulnerables, tales como mujeres embarazadas, víctimas de violencia de género y personas en riesgo de exclusión social en el caso de los desahucios administrativos.

A ello se refiere la Memoria de Castilla-La Mancha que, tras acentuar el especial interés *–por tratarse de una singularidad de la actividad de las Fiscalías Provinciales en este orden jurisdiccional–* que ostenta la intervención del Fiscal en los procedimientos de solicitud por la Administración de autorización de entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiere la autorización del titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración, competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo ex artículos 91.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 8.6 de la Ley de la Jurisdicción, reseña que el Fiscal de Albacete consigna que durante 2021 los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de la capital tramitaron dieciséis procedimientos de autorización para la entrada en domicilio para la ejecución de otros tantos desahucios administrativos; y añade posteriormente que el de Ciudad Real, después de indicar que durante el pasado año los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de su territorio incoaron veintiséis procedimientos de esta clase, señala que, con carácter general, la mayoría de las peticiones de entrada vienen referidas a desahucios de viviendas de protección oficial por falta de pago de la renta por parte de los inquilinos o por ocupación ilegal del inmueble cuando no puede recabarse el consentimiento del morador o éste manifiesta su disconformidad con la entrada solicitada, significando a continuación como en estos casos, de acuerdo con los parámetros establecidos por la jurisprudencia constitucional, la decisión del Juez de lo Contencioso –y, antes, la intervención del Ministerio Fiscal– venía limitándose a constatar la existencia de la resolución administrativa que se trata de ejecutar, su notificación al interesado así como que la Administración ha intentado sin éxito la ejecución por sus propios medios, realizándose, por tanto, un control de la apariencia de legalidad del título ejecutivo y de la falta de consentimiento del ocupante del inmueble, pero a partir de la STS

de 23 de noviembre de 2017, cuya doctrina ha sido reiterada por las recientes SSTs de 15 de febrero y 13 de mayo de 2021, el órgano judicial –y, con carácter previo, el Ministerio Fiscal– debe, además, comprobar la realidad y suficiencia de las medidas de protección y amparo que la Administración haya adoptado respecto de los menores y demás personas vulnerables que, en su caso, residan en la vivienda, así como que esas medidas son proporcionadas y suficientes atendidas las circunstancias concurrentes. En ejercicio de esta función de tutela por el Ministerio Fiscal, que tiene bien presente el interés superior de la persona menor de edad, se ha venido interesando de la Administración la determinación de las medidas que se iban a adoptar en relación con los menores y su situación de llevarse a efecto el desahucio en relación con la disponibilidad de vivienda, familiares con los que pueda residir u otras previsiones que garanticen una adecuada protección de sus derechos; y cuando por parte de la Administración no se ha ofrecido garantías en los términos expuestos, se ha informado en contra de la autorización judicial.

En este orden de actuaciones, como procedimiento de interés, destaca la Fiscalía de Valladolid la causa 1/21 del Juzgado de lo Contencioso n.º 4, que se refería a una solicitud de entrada que afectaba a personas vulnerables (madre embarazada con dos hijos menores de edad) en la que, tras requerir al Ayuntamiento de Valladolid para que adoptara las medidas necesarias destinadas a la protección de los menores y de su madre, finalmente se denegó la autorización, conforme a lo alegado por el Ministerio Fiscal, por considerar insuficiente lo actuado por los Servicios Sociales municipales para la protección de dichos menores cuyo desalojo se planteaba.

También la Memoria de Madrid da cuenta de cómo en el año 2021, se han dictado *numerosas resoluciones de los juzgados denegando la entrada en los casos en los que por parte de los servicios sociales no se han especificado las medidas a llevar a cabo para evitar la situación de desamparo*; y que igualmente, *existen numerosas resoluciones que acuerdan la suspensión de la autorización previamente acordada al sobrevenir circunstancias que hacen necesario retrasar la ejecución para salvaguardar la integridad de los menores.*

Así mismo, el fiscal coordinador de la especialidad de la Fiscalía Provincial de Málaga, subraya *las dificultades que plantean los desahucios administrativos en los que pueden existir menores dentro de las viviendas que deben ser desalojadas.* Señala cómo en esta difícil dialéctica (*derecho de propiedad pública/ obligación de los poderes públicos de proteger los derechos de los menores*), *la Fiscalía exige a la administración la garantía de que los menores implicados en el*

desalojo de la vivienda van a tener un lugar donde residir adecuado, con posibilidad de que ese lugar pueda ser en una institución pública sin la compañía de sus padres, aunque hasta el momento no ha sido necesaria en ningún caso la drástica medida de la separación de los padres y los hijos: Recalca que la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto no resulta fácil puesto que el Ministerio Fiscal ha insistido también en que, probablemente, existan menores implicados en el derecho a una vivienda digna en aquellas familias que en vez de acudir al sistema de ocupación ilegal, han optado por someterse a una lista de espera reglada para que se les asigne la vivienda social ocupada ilegalmente cuando les corresponda.

En la misma línea, enfatiza la Memoria de Palencia que, al observar la presencia de menores o personas vulnerables, se insta por la Fiscalía la adopción de medidas de protección por parte de los servicios sociales y la necesidad de ponderación de todos los derechos e intereses concurrentes en el caso –orientación que aparece corroborada en la doctrina del Tribunal Constitucional, STC 188/2013, de 4 de noviembre–. Se insiste en que deben tomarse en consideración todas las circunstancias concurrentes en el momento de adoptar su decisión y, singularmente, la presencia en la vivienda que deba ser desalojada de personas en situación de especial vulnerabilidad, entre las que cabe incluir a los menores, pero *también a otras personas que se encuentren necesitadas de protección por razones diversas, como pueden ser las víctimas de violencia de género, o aquellas personas que estén en riesgo de exclusión social por razones económicas o de otro tipo, de modo que habrá de comprobarse, antes de autorizar la entrada en domicilio para el desalojo forzoso, que la Administración ha previsto la adopción de las medidas precautorias adecuadas y suficientes para que el desalojo cause el menor impacto posible a aquellos ocupantes que se encontraren en situación de especial vulnerabilidad.*

Por demás, la protección de los intereses de personas vulnerables no sólo se ejercita con ocasión de la autorización judicial de entradas en domicilios y otros lugares constitucionalmente protegidos.

Buen ejemplo de ello es la Memoria de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, en la que se remarca como línea de actuación generalizada que *en todos los procedimientos en los que se pone en conocimiento del Ministerio Fiscal la existencia de interesado menor de edad, al amparo de lo establecido en el artículo 124 de la CE, 541 LOPJ y 1 y 2 EOMF, se solicita que la Sala tenga al Ministerio Fiscal por personado y parte a fin de valorar en cada caso la posición más adecuada en defensa de los derechos del menor, siendo muestra significativa los procedimientos con interesados menores de edad,*

sobre derecho de asilo fundamentalmente, en los que el fiscal ha emitido dictamen. Asimismo, dicha Fiscalía intervino en el procedimiento de la Sala de lo Contencioso, sección 5 (DF 1/21), sobre retorno masivo de menores no acompañados al Reino de Marruecos, interesando la nulidad de las actuaciones administrativas por vulnerar los derechos y garantías de los menores, e igualmente se está personando en procedimientos de expropiación forzosa en los que han sido emplazadas Fiscalías provinciales, en defensa de los derechos de los afectados por la expropiación que no estén en condiciones, jurídicas o materiales de ejercerlos por sí mismos (incomparecencia de titular, personas con capacidad de obrar limitada sin mecanismos de complemento de dicha capacidad, y supuestos de propiedad litigiosa), siguiendo los criterios marcados en la Circular 6/2019, de 18 de marzo, de la FGE.

En efecto, la citada Circular ha enfatizado *la misión de tutela de los derechos de los ciudadanos, especialmente de los menores o de las personas con discapacidad*, y a partir de la doctrina constitucional sobre la garantía de procedimiento expropiatorio (*ex* STC n.º 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 13. C) cifra el sentido y la finalidad constitucional de la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento de expropiación forzosa en una *defensa eficaz de los derechos de los afectados por la expropiación que ha de incluir la posibilidad de cuestionar la medida expropiatoria en sus distintos aspectos (concurencia de la causa habilitante, necesidad y/o urgencia de la ocupación, titularidad del bien, justiprecio, etc.)*, es decir, de «discutir en Derecho el contenido de la decisión» (STC n.º 48/2005, de 3 de marzo, FJ 6), a cuyo fin la propia LEF habilita instrumentos de alegación (*vid. arts. 19, 20, 29 y 30*) o impugnación (*arts. 22, 23*), una vez que la audiencia a los interesados es un derecho de rango constitucional –artículo 105.c de la C. E.–, por lo que, *si la Administración decide privar a un ciudadano de su propiedad, al menos le permita realmente realizar las alegaciones oportunas respecto de la procedencia de tal privación y la posibilidad de alternativas que no pasen por aquélla*. De ahí que la Circular, tras ponderar la relevancia del control jurisdiccional de la actividad expropiatoria con sanción de nulidad en caso de no preservarse las garantías legales del procedimiento a las que se refiere el artículo 33.3 CE, distingue la labor del Ministerio Fiscal en la defensa de los derechos fundamentales del ciudadano afectado por una actuación administrativa en especial cuando a causa de diferentes circunstancias –que enuncia el artículo 5 LEF–, el afectado no se halla en condiciones de asumir dicha defensa por sí mismo.

Pues bien, como indica la Circular, la referencia de la LEF a los «incapacitados sin tutor o persona que les represente» ha de entenderse a *todas las personas cuya capacidad puede ser complementada y a los menores que no cuenten, por el motivo que fuere, con la representación o apoyo necesario para completar dicha capacidad de obrar*. Cuando él/la fiscal de la especialidad contencioso-administrativa que conozca el expediente estime que, en efecto, se da la situación descrita en la norma, lo ha de comunicar, junto con los antecedentes necesarios a los/as fiscales especialistas en materia de protección de menores o personas con discapacidad, según el caso, a fin de que puedan adoptar o instar en vía judicial, si ha lugar a ello, la adopción de la medida pertinente para asegurar la defensa de los intereses patrimoniales de la persona afectada en el proceso expropiatorio. Esta actuación se ha de poner en conocimiento de la Administración, sin perjuicio de asegurarse de que las resoluciones judiciales que en su caso recaigan le sean directamente notificadas o trasladadas por la propia Fiscalía al órgano expropiante. En aquellos casos en que la concurrencia de circunstancias excepcionales de las que pueda resultar un perjuicio de imposible o muy difícil reparación para los intereses de la persona afectada, el Ministerio Fiscal puede instar la suspensión del procedimiento administrativo siempre que se den los requisitos que exigen el artículo 56 Ley 39/2015 y la jurisprudencia para la adopción de medidas provisionales.

Amén de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, muchas Fiscalías territoriales (Albacete, Barcelona, Canarias, Castellón, Castilla-León, Ciudad Real, Cuenca, Extremadura, Girona, Huelva, Huesca, Lleida, Madrid, Navarra, País Vasco, Pontevedra, Salamanca, Sevilla, Valencia, y Valladolid) recogen en sus Memorias el escrupuloso cumplimiento de las directrices de la Circular FGE 6/2019 en defensa de los intereses de menores y personas con discapacidad, así como el considerable incremento de la intervención en estos procedimientos. Algunas Memorias, como la de Cáceres, incluso dan cuenta de cómo los criterios de la Circular han sido asumidos por las administraciones expropiantes, lo cual da cuenta de la repercusión que ha tenido en el proceder de éstas, el celo de la actuación del Ministerio Fiscal.

Similares funciones de protección de personas vulnerables se ejercen en virtud de lo dispuesto en el artículo 208 Ley de *Reforma y Desarrollo Agrario* (Decreto 118/1973, de 12 de enero) en cuanto asigna al Ministerio Fiscal intervención *en defensa de las personas cuyos intereses están a su cargo* y especialmente la de los titulares indeterminados o en ignorado paradero –a ejercer en plena igualdad de condiciones con los particulares– en los procedimientos de concen-

tración parcelaria acordados por razón de utilidad pública. Como explica la Memoria de Ciudad Real *el procedimiento de concentración parcelaria tiene como finalidad la reorganización de la propiedad en las zonas donde el parcelamiento de la propiedad rústica revista especial gravedad (art. 171), de tal forma que como resultado del proceso se adjudique a cada propietario en las fincas de reemplazo una superficie semejante a la que poseía. A tal efecto una vez firmes las bases de concentración se procede a la elaboración de un proyecto de concentración con la nueva distribución de la propiedad (art. 197) en el que las fincas que reemplacen a las parcelas cuyo dueño no fuera conocido durante el periodo normal de investigación se incluirán en el acta de reorganización (art. 205)*. Se aplican criterios similares a los contenidos en la Circular FGE 6/2019 para los procedimientos de expropiación, incoándose al efecto, al igual que en éstos, diligencias preprocesales del artículo 5 in fine EOMF.

Por lo que concierne a la actividad de la especialidad respecto de las personas extranjeras menores y/o vulnerables, en ocasiones es la Sección Contencioso-Administrativa especializada de las distintas Fiscalías la que asume la intervención en los Procedimientos de Derechos Fundamentales seguidos ante los órganos contencioso-administrativos, pero lo más común es que sean fiscales integrantes de la Sección de Extranjería quienes se ocupen del despacho de los asuntos específicos de su especialidad en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, *si bien circunscrito al procedimiento especial de derechos fundamentales y cuando tiene por objeto la materia propia de su sección* (tal y como refiere, entre otras, la Fiscalía de Provincial de Santa Cruz de Tenerife y en términos más generales la Memoria del Fiscal Superior de Canarias en relación a *procedimientos de expulsión o devolución propios de esa especialidad*). En cualquier caso, existe, como indica –entre otras– la Fiscalía de Palencia, una fluida *comunicación con los integrantes de otras especialidades, como extranjería y menores, en orden a comunicar incidencias relativas a las mismas, repatriaciones, menas, etc.*

En relación con la llegada irregular a nuestras costas de inmigrantes sobre los que la Administración sanitaria ha adoptado la medida de hospitalización obligatoria por COVID en los casos de contacto con personas que presentaban síntomas, resultan de especial interés las actuaciones seguidas en defensa de sus derechos fundamentales (arts. 17 y 24 CE) desde la Fiscalía de Alicante, cuyo Fiscal Jefe Provincial en su momento se puso en contacto con el Fiscal de Sala Delegado para la materia contencioso administrativo y la Fiscal Jefe de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional con objeto de explorar, de

modo coordinado, la posibilidad de agotar la vía ordinaria y en su caso, acudir a la jurisdicción de amparo, por entender que las resoluciones judiciales dictadas que avalan la práctica administrativa están vulnerando los derechos fundamentales a la libertad, a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías. La tesis que anima la posición fiscal en estos supuestos es atender al criterio de la sentencia de la Sección 9.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid núm. 48/2001, de 13 de noviembre que, en su momento y a instancia del Ministerio Fiscal, aceptó aplicar por analogía lo previsto en el artículo 763 LEC para internamientos involuntarios, argumento que se encontraría reforzado en el contenido de la STEDH, de 25 de enero de 2005, dictada en el caso *Enhorn contra Suecia*, en la medida que señala que, entre las diferentes causas de privación de libertad del artículo 5,1.e CEDH, existe una identidad de fondo. A las garantías a incorporar en este tipo de situaciones ya se ha hecho referencia en el apartado dedicado a la actividad desarrollada en el área especializada contencioso-administrativa.

Finalmente muestra de la coordinación entre secciones y/o fiscales especialistas concernidas en la función de tutela de personas vulnerables es la comunicación conjunta de fecha 24 de febrero de 2021 por el Fiscal de Sala delegado para el orden civil, la Fiscal de Sala para la protección de personas con discapacidad y mayores y el Fiscal de Sala delegado para el orden contencioso-administrativo, relativa a la administración forzosa o no consentida de la vacuna contra la COVID-19, en la que, frente a la práctica seguida y la fundamentación jurídica empleada por diversos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo que la autorizaban, se establecieron las siguientes pautas en sus conclusiones:

1. *En tanto la ley no establezca la obligación de vacunarse, no cabe invocar razones genéricas de salud pública o específicamente basadas en la especial vulnerabilidad de determinados grupos de personas, globalmente considerados, o de quienes se integran en ellos, para justificar la administración forzosa de la vacuna contra la COVID-19, puesto que tales razones y circunstancias no han sido acogidas por el Legislador; en el marco del artículo 43.2 de la Constitución, para establecer excepciones de esa índole al carácter no obligatorio de la vacunación, y, por tanto, a la libertad de decisión individual para prestar o negar el consentimiento a tal fin.*

2. *Por consiguiente, las controversias que puedan suscitarse en torno a la indicación médica de vacunación de personas adultas en el pleno ejercicio de sus derechos, con independencia de su edad y de*

cualquier otra circunstancia que no afecte legalmente a su capacidad de decidir, o de menores que con arreglo a la ley pueden hacerlo, han de ser resueltas conforme a la normativa reguladora de la relación médico-paciente, en los términos que resultan de la Ley de Autonomía del Paciente.

3. *Cualquier conflicto derivado, en esos supuestos, de la prestación del consentimiento por representación en relación con menores de edad, personas con la capacidad modificada judicialmente o que presenten indicios de no poder adoptar dicha decisión por sí mismas (art. 9.3 de la Ley 41/2002) debe resolverse por los cauces ordinarios ante la Jurisdicción Civil (vid. arts. 87 a 89 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria).*