

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Revista del Poder Judicial nº 12. Diciembre 1988

Díaz Delgado, José / Escuín Palop, Vicente

Magistrado. Profesor asociado de Derecho administrativo / Profesor titular de Derecho administrativo

LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

Estudios

Serie: *Contencioso - Administrativo*

VOCES: MINISTERIO FISCAL. DERECHOS FUNDAMENTALES. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. RECURSO JUDICIAL. INTERPOSICION DE RECURSOS. ALEGACIONES. PRUEBA. RECURSO DE APELACION.

ÍNDICE

- I. Introducción
- II. La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso regulado en la Ley 62/1978
 - 1. Interposición del recurso
 - A) La posibilidad de interponer el recurso por el Ministerio Fiscal en la Ley 62/1978
 - B) La ampliación de la legitimación prevista en la Ley 62/1978, como consecuencia de la disposición transitoria 2.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
 - C) Cuestiones que suscita la posibilidad de que el Ministerio Fiscal interponga el recurso previsto en la sección segunda de la Ley 62/1978
 - 2. Suspensión del acto administrativo impugnado
 - 3. Fase de alegaciones
 - 4. Fase de prueba
 - 5. Apelación de la sentencia
- III. Conclusiones

TEXTO

I. INTRODUCCION

Una de las novedades más sobresalientes que introdujo el proceso contencioso-administrativo previsto

en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales consiste en la intervención del Ministerio Fiscal de forma simultánea con el Abogado del Estado. Así, ambos informan separadamente acerca de la solicitud de la suspensión de los actos administrativos impugnados (art. 7.3), participan en el procedimiento sumarísimo derivado del ejercicio del derecho de reunión (art. 7.6) y en la audiencia contradictoria prevista por dicha norma, e igualmente en el procedimiento sumario previsto en dicha Ley (art. 8.4).

Tal intervención, celebrada por gran parte de la doctrina (1), no ha dejado de tener críticas (2) en cuanto pueda suponer una duplicidad innecesaria con la intervención del Abogado del Estado (3), ya que su actuación (cuando no defiende al Estado o sus Organismos Autónomos) se efectúa en defensa de la legalidad, y porque, como sostiene GARRIDO FALLA (4), la novedad que significa la intervención simultánea del Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal (art. 8.4) no parece ir acorde con la simplificación que se persigue con este proceso y que ordena el artículo 53.2 de la Constitución, ni añade nada a la correcta constitución de la relación procesal contradictoria, que es básica para que el Tribunal decida con conocimiento de juicio.

En todo caso, queda por determinar su auténtica naturaleza. En efecto, la mayor parte de los autores que han tratado el tema se limitan a destacar la necesaria intervención del Ministerio Fiscal. Sin embargo, quedan por responder aún numerosas cuestiones de las que anticipamos ya algunas: ¿se haya legitimado para la interposición del recurso dicho Ministerio?, ¿es parte en el mismo?, ¿es compatible la intervención del Abogado del Estado con la suya en los supuestos en que aquél no defienda a la Administración demandada?, ¿puede solicitar el recibimiento a prueba y aportarla en su caso?, ¿puede apelar las Sentencias y los Autos con independencia de los interesados y de la posición que adopte el Abogado del Estado? El simple enunciado de estas preguntas nos revela la indefinición normativa que regula la intervención del fiscal en este proceso y Justifica el intento de acercarnos a determinar su naturaleza, lo que a su vez comporta un estudio de las distintas fases procesales del procedimiento previsto en la sección segunda de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre. Todo ello teniendo en cuenta que, en virtud de la disposición transitoria 2.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se establece que dicho recurso será la vía previa al de amparo, por lo que tendremos que relacionar la legitimación que se reconoce al Ministerio Fiscal para la interposición de este último recurso con la del proceso que se regula en esta Ley.

II. LA INTERVENCION DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO REGULADO EN LA LEY 62/1978

1. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO

La posibilidad de que el ministerio fiscal pueda interponer el recurso previsto en la sección segunda de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, goza en la doctrina de numerosos partidarios, como veremos a continuación. No obstante, la Fiscalía General del Estado se muestra contraria en su Circular núm. 2/1979, de 29 de enero, a nuestro juicio acertadamente, si atendiéramos exclusivamente al tenor literal de la citada Ley, si bien la Ley Orgánica de Tribunal Constitucional incide de forma positiva en la legitimación Ministerio Fiscal, como en su momento diremos.

A) La posibilidad de interponer el recurso por el Ministerio Fiscal en la Ley, 62/1978.

La tesis favorable viene sostenida en la doctrina por MONTORO (5) PUERTO MARTIN REBOLLO (6), GONZALEZ PEREZ (7) y GARCIA MANZANO (8) entre otros.

Se basan esencialmente en los siguientes argumentos:

a) El tenor literal del artículo 124.1 de la Constitución.
Dicho precepto establece que:

«El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.»

De este artículo (reproducido en el primero de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) deduce MONTORO PUERTO (9) que éste puede interponer el recurso previsto en la Ley 62/ 1978 en defensa de los derechos de los ciudadanos, pues «promover» no es incorporarse a un proceso, ya en vías de tramitación, sino dar lugar al mismo.

Ciertamente la tesis de que la atribución que el artículo 134 de la Constitución establece en favor de Ministerio Fiscal para promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y de interés público tutelado por la Ley,, implica la legitimación para intervenir en el proceso sin necesidad de *lex interposita* la que expresamente lo establezca para cada caso en concreto, le lleva igualmente a la conclusión de que puede intervenir en cualquier tipo de proceso contencioso-administrativo y, en consecuencia, también en el de Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona, siempre que estemos en presencia de un acto administrativo que lesione, viole o desconozca un derecho fundamental o una libertad pública, si bien en defensa de la legalidad y en posición distinta de como lo hace el Abogado del Estado. No compartimos esta conclusión, ya que, a nuestro juicio, el artículo 124 no atribuye competencias directas en favor del Ministerio Fiscal, sino que define el marco constitucional de su actuación precisando de una ley de desarrollo que defina las concretas competencias. A tal interpretación se llega simplemente con un análisis gramatical del precepto, pues lo que define no son competencias concretas, sino la «misión» de dicho Ministerio dentro del «Poder Judicial», y ello «sin perjuicio de la competencia de otros órganos». Igualmente, el artículo 124.3 de la Constitución difiere a la Ley la regulación del estatuto orgánico del Ministerio Fiscal. De no entenderlo así, éste podría (o incluso debería hacerlo en defensa de los derechos de los ciudadanos) no sólo interponer cualquier proceso contencioso-administrativo, sino también civiles o laborales, interviniera o no la administración, pues también allí se ventilan derechos de los ciudadanos susceptibles de protección y también allí se puede intervenir en defensa de la legalidad.

De otro lado, del propio artículo 124 de la Constitución se deduce que la intervención del Ministerio Fiscal se puede producir «de oficio» o «a petición de los interesados». Será, en consecuencia, la Ley la que deba determinar en su caso uno u otro modo de intervención.

b) Las competencias que en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal se confieren a éste para intervenir en los procesos civiles y contencioso-administrativos.

Se alega a este respecto el artículo 2.7 del Estatuto, o la genérica intervención del Ministerio Fiscal en representación, en cualquier orden judicial, de menores, incapacitados, ausentes o impedidos y demás supuestos previstos en el propio Estatuto, tema al que por su parte ha hecho referencia de manera expresa, a más de otros supuestos, la Ley de Expropiación Forzosa en su artículo 5.1.

Sin embargo, de un análisis de las funciones que el Estatuto citado atribuye al Ministerio Fiscal no cabe deducir que pueda interponer éste el recurso previsto en la Ley 62/1978, sino todo lo contrario. En efecto, cuando se quiere atribuir al Ministerio Fiscal la posibilidad de interponer recursos o acciones se dice expresamente.

Así, en el artículo 3.1 del Estatuto citado, se establece que corresponde al Ministerio Fiscal «velar para que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas

señalados, ejercitando, en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pertinentes». En el apartado 4 de dicho precepto se le atribuye la competencia para «ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda». En el apartado 7, para «asumir o, en su caso, promover la representación y defensa en juicio y fuera de él de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos». En el 8, para «mantener la integridad de la Jurisdicción y competencia de los Jueces y Tribunales promoviendo los conflictos de jurisdicción y, en su caso, las cuestiones de competencia que resulten procedentes e intervenir en las promovidas por otros». En el 10, para «interponer el recurso de amparo constitucional en los casos y forma previstos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional». En el 14, para «promover o, en su caso, prestar el auxilio judicial internacional previsto en las leyes, tratados y convenios Internacionales».

Sin embargo, en otras ocasiones los términos empleados por el Estatuto Orgánico citado son muy distintos, utilizando a veces el término «velar» (para fiscalizar el regular funcionamiento de los órganos jurisdiccionales; el respeto de las instituciones constitucionales «y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas acciones exija su defensa», y por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social): otras, el de «intervenir» (en los procesos ante el Tribunal Constitucional en defensa de la legalidad, en la forma que las leyes establezcan).

Pues bien, cuando dicho precepto se refiere a la defensa de los derechos fundamentales y libertades se refiere con los términos «velar» (artículo 3.3), «intervenir» (en los procesos judiciales de amparo, artículo 12), o «defender» (la legalidad en los procesos contencioso-administrativos que prevén su intervención, artículo 3.13).

Esta última norma es especiosa, pues lejos de permitir la interposición de recursos contencioso-administrativos, habla de «defender la legalidad» (no los derechos de los ciudadanos), y sobre todo porque limita la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso contencioso-administrativo a aquellos que expresamente lo prevean. Es decir, es el legislador el que debe decidir en qué procesos y en qué medida interviene el Ministerio Fiscal.

c) El paulatino reconocimiento de la necesaria intervención del Ministerio Fiscal en el proceso contencioso-administrativo.

En este sentido, se alega la intervención del Ministerio Fiscal en los recursos previstos por la normativa electoral.

Respecto a este argumento, debemos repetir lo dicho anteriormente. No obstante, conviene destacar, en cuanto al ejemplo citado, que en el proceso electoral la defensa de la legalidad no puede ser ejercitada por el Letrado del Estado, funcionario ligado por un principio de dependencia y jerarquía, y quizá se ha buscado la intervención de otro que (sin entrar en su independencia o no respecto al Poder Ejecutivo) se encuentre en una situación más imparcial. Sin embargo, el análisis de la normativa electoral nos lleva precisamente a la solución que sostenemos, pues el Ministerio Fiscal no puede interponer el recurso contencioso-electoral (como claramente se desprende de lo establecido en el artículo 49.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, que reserva la legitimación activa a cualquier candidato excluido y a los representantes de las candidaturas proclamadas o cuya proclamación hubiera sido denegada, y donde no se prevé la intervención del Ministerio Fiscal; y de lo establecido en el artículo 110 de dicha Ley electoral que reserva la legitimación a los candidatos proclamados o no, a los representantes de las candidaturas concurrentes en la circunscripción, y a los partidos políticos, asociaciones, federaciones y coaliciones que hayan presentado candidaturas en la circunscripción, sino que su intervención se limita a «la representación pública y defensa de la legalidad» (art. 111 de dicha Ley). Es decir, el Ministerio Fiscal, cuando existe aquietamiento de las partes interesadas respecto al resultado electoral,

pese a que conociera irregularidades flagrantes en el procedimiento, no puede interponer el recurso contencioso-electoral, y aun cuando no cabe recurso contra las sentencias que recaigan (art. 114.1 de dicha Ley), entendemos que la misma solución debería aplicarse para el supuesto en que se permitiera, y las partes no recurrieran. En consecuencia, el Ministerio Fiscal no es parte en este procedimiento, sino que interviene informando con libertad de criterio en defensa de la legalidad.

d) La justificación de la mención expresa de la legitimación de Ministerio Fiscal en el proceso civil previsto en la sección tercera de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre.

Aun cuando la Ley para la Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona, cuando se refiere al proceso civil, establece en su artículo 12.1 que «están legitimados para actuar como demandante el Ministerio Fiscal ... », y en su número 3 establece que «El Ministerio Fiscal siempre será parte en estos procedimientos», entiende MONTORO PUERTO (10) que ello se justifica porque la intervención del Ministerio Fiscal en el ámbito civil históricamente ha sido reducida, salvo en cuestiones de competencia, conflictos de jurisdicción para sostener las atribuciones, y competencias de los Juzgados y Tribunales (art. 3.8 de su Estatuto Orgánico), centrándose sus funciones en los asuntos sobre estado civil de las personas, representación y defensa de los menores, incapacitados, ausentes o impedidos, para administrar sus bienes hasta que se les provea de las instituciones tutelares previstas por las leyes (art. 3.7 de dicho Estatuto) sustancialmente. Por el contrario, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en su artículo 2.9 (en su anterior redacción), atribuía al Ministerio Fiscal en el proceso contencioso-administrativo «intervenir en la jurisdicción contencioso-administrativo en los casos y forma en que las normas reguladoras de tal jurisdicción determinan».

Es decir, que para este autor la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso civil sufría restricciones; no así en el contencioso-administrativo, por lo que le parece por dicho motivo justificada la referencia expresa en el proceso civil.

No compartimos la idea de que, de la anterior redacción del artículo 2.9 de Estatuto Orgánico de Ministerio Fiscal, se deduzca la posibilidad de que éste interpusiera recursos contencioso-administrativos (posibilidad nunca ejercitada). Sin embargo, el hecho de que la Ley 62/1978, cuando se refiere a la garantía jurisdiccional civil de los Derechos Fundamentales de la Persona, expresa mente prevea en su artículo 12 que el Ministerio Fiscal está legitimado para interponer el recurso correspondiente equiparándoles a «las personas naturales o jurídicas titulares de un derecho subjetivo que les faculte para obtener la declaración judicial pretendida», y se silencie la posibilidad en la contencioso-administrativa, no nos puede llevar, en virtud de la regla incluso unius exclusio alterius, sino a la tesis contraria. Esto es, que el legislador ha querido excluir la posibilidad de que el Ministerio Fiscal pueda interponer este recurso.

Conviene destacar además que la Ley distingue frente a la cualidad de parte en el proceso (que expresamente atribuye al Ministerio Fiscal, aun cuando no interponga el recurso), la de mero «interviniente» como coadyuvante en el asunto, exigiendo sin embargo un interés directo. En consecuencia no todas las partes que intervienen en el recurso especial previsto en la Ley 62/1978 (al igual que ocurre en el contencioso-administrativo ordinario) han de tener necesariamente las mismas facultades en orden a la interposición o apelación del recurso.

Entendemos que del análisis de la Ley 62/1978 no se deduce la legitimación activa del Ministerio Fiscal. Ello, aparte de las razones apuntadas, porque mientras que el artículo 162.1.b) de la Constitución establece que el Ministerio Fiscal estará legitimado para interponer el recurso de amparo, el artículo 53.2 de la Constitución reconoce la facultad de recabar la tutela efectiva de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y sección primera de la Constitución a «cualquier ciudadano». Esto es, al titular del derecho supuestamente vulnerado, lo que supone que la Constitución, que ha previsto ambos recursos en el propio artículo 53.2 (... «y en su caso a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional»), ha atribuido expresamente legitimación al Ministerio Fiscal para interponer el recurso de amparo y la ha silenciado

para el otro, aunque ciertamente ello no impida que al lado de los que tengan un Interés legítimo puedan resultar otros «legalmente» legitimados.

Por otro lado, tampoco se prevé la legitimación del Defensor del Pueblo para interponer el recurso previsto en la Ley 62/1978, a pesar de estar legitimado para interponer el recurso de amparo art. 162.1.b) de la Constitución, y a pesar de venir configurado en la Constitución como «alto Comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración» (art. 54 de la Constitución). Resultaría así que se da al Ministerio Fiscal más poder en el control de la Administración que al Defensor del Pueblo, que tan sólo podría interponer recurso de amparo (en el supuesto que prevé el art. 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), una vez que la parte interesada hubiera promovido el proceso de la Ley 62/1978, y se hubieran agotado las instancias, en su caso.

Incluso se daría igualmente más poder al Ministerio Fiscal que al propio Poder Judicial, denominado como tal en la propia Constitución y a quien corresponde la plena fiscalización de la actividad administrativa (art. 106.1 de dicha norma), ya que su actividad es Intersticial (interviene a instancia de parte, sin iniciativa planificadora propia), mientras que el Ministerio Fiscal, regido por el principio de unidad de actuación y dependencia jerárquica (art. 124.2 de la Constitución y 2.1 del Estatuto Orgánico), y cuya máxima representación la nombra y cesa el Rey (mediante acto debido, por la técnica de refrendo previsto en el art. 64 de la Constitución), a propuesta vinculante de Gobierno (art. 124.4 de la Constitución y 20 de Estatuto Orgánico), Podría controlar la adecuación a los derechos fundamentales previstos en la Constitución de todos los actos administrativos, incluyendo los de las Administraciones públicas distintas del Estado y que gozan de autonomía constitucionalmente establecida.

Cabe preguntarse si establecida la legitimación de Ministerio Fiscal para interponer el recurso de amparo en el artículo 162.1.b) de la Constitución en favor del Ministerio Fiscal, no cabe hacer regulación legal que la limite. Entendemos que sí cabe regular y limitar por vía legal tal legitimación, y de hecho lo ha sido en los artículos 46 y 47 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en base a la cobertura que el artículo 165 de la Constitución presta, cuando remite a dicha Ley la regulación de procedimiento ante el mismo... «y las condiciones para el ejercicio de las acciones», siempre que éstas lógicamente no desvirtúen dicha legitimación.

9 La cuestión, a nuestro juicio, ha de resolverse a la vista del carácter con que se configure legalmente el recurso de amparo constitucionalmente previsto respecto a los procesos judiciales de amparo de los derechos fundamentales. No habiendo optado el legislador por el carácter autónomo del recurso de amparo (en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria 2.2 de la Ley Orgánica), y sí, por el contrario, por configurar al recurso judicial como vía previa a aquél (11), procederá, como veremos, el reconocimiento al Ministerio Fiscal de la legitimación para interponer el recurso de la Ley 62/1978.

Sin embargo, entendemos que ni de la Ley 62/1978 (12) ni de la Constitución se desprende la legitimación para interponer el recurso contencioso-administrativo previsto en aquélla.

B) La ampliación de la legitimación prevista en la Ley 62/1978, como consecuencia de la disposición transitoria 2.2 de la Ley Orgánica del Tribunal *Constitucional*.

Del hecho de que el proceso previsto en la Ley 62/1978 sea vía judicial previa o presupuesto para acudir al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, se desprende que el recurso previsto en dicha Ley quede ampliado, en los mismos términos que el amparo constitucional, pues no parece lógico que estando legitimado el Ministerio Fiscal para la interposición del recurso de amparo, no lo esté para interponer la vía judicial previa en el supuesto previsto en el artículo 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (violaciones de derechos y libertades originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de

hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades Autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes), porque en ese caso se vaciaría la legitimación que para interponer el recurso de amparo constitucional se prevé en el artículo 162.1.b) de la Constitución. En consecuencia, tras la publicación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional la legitimación activa para interponer el recurso previsto en la Ley 62/1978 no será la establecida en el artículo 28 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sino la prevista en el artículo de la Constitución (13), es decir, «toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo», así como el Defensor de Pueblo y el Ministerio Fiscal.

El Tribunal Supremo, que en la importante Sentencia de 14 de agosto de 1970 (14) baraja incluso la posibilidad de que del artículo 53.2 de la Constitución se desprenda la existencia de una acción pública ciudadana para la interposición del recurso allí previsto (en cuya hipótesis vano sería cuestionar la legitimación del Ministerio Fiscal), admite que la regulación de la legitimación establecida para la interposición del recurso de amparo se proyecta sobre el proceso previsto en la Ley 62/78, de 26 de diciembre. Así en la Sentencia de 17 de julio de 1984 se establece, frente a la alegación como causa de inadmisibilidad de falta de legitimación activa para interponer el recurso, alegando que el acto administrativo impugnado no tenía relación con el derecho de reversión que el recurrente pretendía, que... (por cuanto según el artículo 162 de la Constitución, está legitimada para interponer el recurso de amparo toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, esa misma persona estará también legitimada para promover la vía Judicial previa a la interposición de dicho recurso», y en el mismo sentido los Autos de 21 de noviembre de 1984 y de 3 de diciembre de 1984).

La cuestión ya había sido resuelta en el mismo sentido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 40/82, de 11 de octubre, que establece en su fundamento jurídico tercero que:

«Para resolver el problema de la legitimación así planteado no basta con el análisis del artículo 28.1.a), de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en virtud de la remisión que a ella se contiene en el artículo 6 de la Ley 62/1978, de modo que todo se reduzca a decidir si los miembros del Consejo estaban o no legitimados en función de que les reconozca o no un «interés directo», en los actos de la Administración impugnados. En relación con la impugnación de los actos de la Administración hipotéticamente atentatorios contra algún derecho fundamental o libertad pública, y que son precisamente los impugnables a través del proceso contencioso-administrativo especial de la Ley 62/1978, como vía previa para el amparo constitucional ante este Tribunal (art. 53.2 de la Constitución Española y disposición transitoria 2.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), basta con la exigencia de un «Interés legítimo» en el litigante, para reconocerle la legitimación que le otorga el artículo 162.1.b) de la Constitución, expresión ésta («Interés legítimo») más amplia que la de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa («interés directo»), y que no puede entenderse referida exclusivamente a la fase del amparo pedido ante el Tribunal Constitucional, sino extensiva a la fase previa de que habla el artículo 53.2 de la Constitución Española, pues de otro modo la restrictiva interpretación de la legitimación en la vía judicial previa ante la que se recaba la tutela general encomendada a los Tribunales de justicia (art. 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), de las libertades y derechos reconocidos en los artículo 14 a 29 y 30.2 de la Constitución (art. 53.2 de la Constitución Española), haría inoperante e impediría la amplitud de la legitimación activa con la que la Constitución ha configurado la defensa de tales derechos por medio del recurso de amparo.»

Este argumento cabría extenderlo a la posibilidad de interponer cualquier recurso contencioso-administrativo, pues también el ordinario es vía previa para la interposición del recurso de amparo (a tenor de la disposición transitoria 2.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). No creemos, sin embargo, que el Ministerio Fiscal pueda optar por interponer el recurso contencioso-administrativo ordinario o el previsto

en la Ley 62/1978, y ello porque aun cuando el primero sirva como presupuesto procesal para la interposición del recurso de amparo, en virtud de lo establecido en la citada disposición, no es menos cierto que el que reúne los requisitos de preferencia y sumariedad a que se refiere el artículo 53.2 de la Constitución es el previsto en la sección segunda de la Ley 62/1978. De otro lado, en el recurso ordinario se fiscalizan los actos administrativos no sólo con el parámetro de los derechos fundamentales de la persona, sino con los de mera legalidad, y no parece que en nuestro ordenamiento el Ministerio Fiscal controle en general la legalidad de los actos administrativos, como hemos puesto de relieve anteriormente, sin que por otra parte pueda desconocerse que nos encontramos con un proceso que se rige por el principio dispositivo, en el que la parte se puede apartar en cualquier momento del proceso, esto es, en todo momento es dueño de la acción ejercitada, en virtud de lo establecido en la propia Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (arts. 88 a 91), y en el Código Civil (art. 6.2), que prevé la validez de la exclusión voluntaria de la Ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudique a terceros.

C) Cuestiones que suscita la posibilidad de que el Ministerio Fiscal interponga el recurso previsto en la sección segunda de la Ley 62/1978

a) La ineficacia práctica del control de la Administración.

Se comprueba ya de hecho de que no exista de momento ningún pronunciamiento jurisprudencial acerca de un recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal utilizando dicha legitimación. Pero además dicha posibilidad de interponer el recurso citado será usualmente inútil, dados los escasos plazos que el artículo 8.1 prevé para la impugnación de los actos administrativos, que supuestamente pudieran vulnerar los derechos fundamentales de los ciudadanos (diez días desde la notificación si fuere expreso, veinte días en caso de silencio de la Administración), y sobre todo, porque no existe un sistema que permita la fiscalización de dichos actos, que no se notifican al Ministerio Fiscal (al modo previsto, por ejemplo, en el artículo 56 de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local 7/1985, de 2 de abril, para la fiscalización de los actos de las Corporaciones Locales, por las Administraciones estatal o autonómica). En efecto, tal medida no figura entre las que en el ejercicio de sus funciones puede adoptar el Ministerio Fiscal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 4 de su Estatuto Orgánico.

b) La parte puede optar por interponer este recurso o el contencioso-administrativo ordinario. La relación en que ambos procesos se encuentran ha sido puesta de relieve por el Tribunal Supremo en diversas Sentencias. Baste decir aquí que es posible la interposición de un recurso por la vía de la Ley 62/1978, y al mismo tiempo o sucesivamente el recurso contencioso-administrativo ordinario, quedando reducido el objeto de aquél al análisis de la posible violación de los derechos fundamentales de la persona previstos en los artículos 14 al 29 de la Constitución, y reservando para el último las cuestiones de legalidad. Cabe, sin embargo, que el interesado opte por interponer el recurso contencioso-administrativo ordinario, y hacer valer en él tanto las cuestiones de legalidad como las relativas a las posibles violaciones de los derechos fundamentales de la persona. El Ministerio Fiscal, sin embargo, como ya hemos dicho, no puede interponer el recurso contencioso-administrativo ordinario, ni interviene en el mismo, aun cuando allí se hagan valer alegaciones referentes a posibles conculcaciones de derechos fundamentales.

Admitida la tesis favorable a la posibilidad de interponer el recurso por el Ministerio Fiscal por la vía de la Ley 62/1978, se daría la paradoja de que se privaría a la parte interesada y víctima de la conculcación de derecho fundamental, de la posibilidad de alegar tal violación en un proceso contencioso-administrativo ordinario (que podría resultarle más beneficioso al poder alegar además cuestiones de mera legalidad, o por el distinto sistema establecido en cuanto a la condena en costas, etc.), al provocar respecto a los derechos fundamentales supuestamente conculcados una situación de litispendencia o en su caso de cosa

juzgada, de donde más que en beneficio de los ciudadanos, la Intervención sería en su perjuicio.

2. SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

La Ley se refiere al Ministerio Fiscal por primera vez en el artículo 7.3 (15) cuando señala que:

«De esta misma solicitud, y en pieza separada, se dará traslado al Ministerio Fiscal y al Abogado de Estado, y se requerirá al órgano de que dimana el acto impugnado para que en el plazo de cinco días pueda informar acerca de la solicitud de suspensión.»

De la simple lectura de este artículo se desprenden, a nuestro juicio, dos consecuencias. En primer lugar, que la Intervención en este trámite tanto de Abogado de Estado como del Ministerio Fiscal es imperativa, dado el término «se dará».

En segundo lugar, que su actividad no consiste en «solicitar» a la Sala la suspensión o el mantenimiento, sino «informar» en un sentido favorable o negativo a la petición formulada por el demandante (o en su caso acerca del levantamiento de la suspensión solicitado por la Administración demandada). Ello tiene a mi juicio importancia, pues revela hasta qué punto la Ley preveía que la acción ejercitada pertenece al recurrente que puede disponer válidamente de la misma, desistiendo, renunciando, etc., y así puede, tras haber solicitado la suspensión, dirigirse a la Sala revocando tal petición, sin que el órgano judicial pueda en ese caso suspender, sea cual sea el contenido de los informes (que deben versar únicamente sobre los posibles daños que se derivarían de la no suspensión) del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado, en cuanto defensores de la legalidad.

Ciertamente la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha venido a alterar este régimen. Establecida la legitimación para recurrir en vía judicial a favor del Ministerio Fiscal entendemos que puede recurrir, en los supuestos en que procesalmente sea posible, las resoluciones recaídas acerca de la suspensión. Sin embargo, entendemos debería distinguirse entre los derechos fundamentales o libertades supuestamente vulnerados, pues si parece correcto que el Ministerio Fiscal solicite que se suspenda el acto administrativo que somete a un ciudadano a un trato degradante (aun cuando no lo haga éste), no parece tan justificado que se haga de acto, que supuestamente infringe el principio de igualdad respecto a un sujeto pasivo de un tributo, que no obstante acepta la ejecutividad de aquél; por ejemplo, para evitar el pago de intereses o el coste de la fianza.

En tercer lugar, que no representan y defienden a la Administración demandada (salvo que sea la del Estado, en la que el Abogado del Estado asumirá también dicha defensa), ni tampoco a los ciudadanos recurrentes, cuyos derechos fundamentales han sido supuestamente vulnerados por aquélla, y que deben ir provistos de la necesaria representación y defensa, sino que emitirán sus informes en defensa de la legalidad (16).

Entendemos, sin embargo, que en ningún caso puede recurrir si se ha procedido a la suspensión del acto administrativo, salvo si se recurren en garantía de un derecho de otra persona, pues como veremos la intervención se realiza en defensa de los derechos fundamentales de la persona, y no como defensores de la Administración demandada.

3. FASE DE ALEGACIONES

El segundo artículo en el que se prevé la intervención del Ministerio Fiscal es en el 8.4, que establece que:

«Recibido el expediente o transcurrido el plazo para su remisión y, en su caso, el del emplazamiento a los demás interesados, la Sala, dentro del siguiente día, pondrá de manifiesto el expediente y demás actuaciones al recurrente para que en el plazo improrrogable de ocho días pueda formalizar la demanda y aportar la documentación que estime conveniente. Acto seguido se dará traslado al Ministerio Fiscal, al Abogado del Estado y a quienes se hubieren personado, para que en el plazo común e improrrogable de ocho días efectúen, en su caso, las alegaciones que estimen pertinentes. A los escritos de contestación a la demanda podrá acompañarse la documentación que se considere oportuna» (17).

De la lectura de este precepto se desprende, ab initio, que al Ministerio Fiscal y al Abogado de Estado ha de dárseles necesariamente traslado para que efectúen las alegaciones que estimen pertinentes en defensa de la legalidad, sin que deban personarse previamente. Sí lo debe de hacer, por el contrario, la Administración o Administraciones demandadas, y en su caso quien intervenga como coadyuvante. Ello ya supone una diferencia de trato de Ministerio Fiscal, en relación con el que da la Ley a las partes.

Además, se desprende que quienes «contestan» no son el Ministerio Fiscal ni el Abogado de Estado, pues ellos no pueden «acompañar la documentación que estimen oportuna», sencillamente porque no la poseen. Sí, en cambio, la Administración demandada. Y, de otro lado, porque al venir sus alegaciones marcadas por la defensa de la legalidad, pueden no «contestar» a la demanda, sino mostrar su conformidad y apoyo a la misma.

4. FASE DE PRUEBA

El artículo 8.6 de la Ley 62/1978 establece que, transcurrido el plazo de alegaciones, la Sala decidirá en el siguiente día sobre el recibimiento a prueba en su caso, por un período probatorio no superior a veinte días, común para la proposición y práctica, a prudente arbitrio de la Sala. No vemos ningún inconveniente en que tanto por el Ministerio Fiscal, como por el Abogado del Estado, se solicite el recibimiento a prueba y se propongan las que tengan por conveniente, necesarias para la defensa de la legalidad. Ello no sólo porque dicha posibilidad la tienen también los coadyuvantes, sino porque ya el Tribunal debería acordar dicho recibimiento a prueba y la práctica de las que creyera oportunas, si existieran contradicciones entre las partes (18)

La absoluta insuficiencia de la regulación de la intervención del fiscal en el proceso que analizamos plantea también aquí graves problemas. ¿A quién se imputan las costas de las pruebas solicitadas por el Ministerio Fiscal?. Pensemos, por ejemplo, en la solicitud por el mismo de un dictamen pericia con objeto de poder determinar un posible tratamiento discriminatorio a un ciudadano. ¿A la Administración del Estado, en cuanto personificación jurídica de éste?, Parece en principio la solución más lógica, aun cuando sería conveniente su regulación legal expresa.

5 APELACIÓN DE LA SENTENCIA

Sin duda una de las cuestiones más dudosas es la de si puede el Ministerio Fiscal apelar contra la Sentencia recaída en primera instancia, aun cuando no quepa duda que puede intervenir en la fase de apelación.

El problema es determinar si puede apelar autónomamente, incluso cuando el recurrente y la Administración acepten la Sentencia, esto es, en el supuesto de que existiera «paz jurídica». Se nos hace difícil admitir tal posibilidad, que vendría a quebrar la naturaleza contradictoria de proceso contencioso-administrativo, introduciendo un elemento perturbador de difícil justificación.

Del contenido de la Ley 62/1978 no se desprende tal posibilidad:

a) Porque a tenor de lo dispuesto en el artículo 6.1 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, a falta de previsión especial en dicha Ley se aplicará supletoriamente la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

b) Porque en el recurso contencioso-administrativo rige el principio dispositivo, como claramente se desprende de la disposición adicional sexta de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, al establecer que en lo no previsto en dicha Ley regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil, y a tenor de lo establecido en el artículo 6.2 del Código Civil: «La exclusión voluntaria de la Ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.» En consecuencia, se nos hace difícil pensar que quien ha recurrido, por ejemplo, un concurso de traslado entre funcionarios, por la vía de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, prevista en la Ley 62/1978, por entender que se le ha discriminado en la valoración de sus méritos, obteniendo del órgano jurisdiccional una estimación parcial de su pretensión, y en consecuencia una determinada plaza, pueda ver su situación jurídica individualizada (según resulte de la resolución judicial) afectada por la interposición de un recurso por parte del Ministerio Fiscal.

c) Porque a tenor de lo dispuesto en el artículo 95.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, «los recursos de apelación podrán interponerse por quienes, según la presente Ley, estén legitimados como parte demandante o demandada», circunstancia que no concurrirá normalmente en el Ministerio Fiscal, aun cuando pudiera ser considerado como parte. Y según el apartado 2, «no podrán interponer recurso de apelación los coadyuvantes con independencia de las partes principales», de lo que se deduce que no todos cuantos intervienen en el proceso contencioso-administrativo pueden apelar autónomamente.

d) En el artículo 101 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se prevé la interposición de un recurso extraordinario de apelación por parte de la Abogacía del Estado, en interés de Ley, contra las Sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales, cuando estime gravemente dañosa y errónea la resolución dictada. Sin embargo, la Sentencia que se dicte se limitará a fijar la doctrina legal, pero «respetará la situación jurídica particular derivada del fallo que se recurre».

Por el contrario, en el caso de admitir que el Ministerio Fiscal puede recurrir las Sentencias recaídas en el proceso que analizamos, los efectos de la Sentencia recaída en la segunda instancia serán los previstos en el artículo 84 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y cuando menos el previsto en el apartado a), esto es, la declaración de no ser conforme a Derecho y, en su caso la anulación total o parcial del acto recurrido. Con lo cual el particular que se haya aquietado a la Sentencia en primera instancia puede ver agravada su situación, en virtud del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

e) Las costas procesales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.3 de la Ley 62/1978, «se impondrán al recurrente o a la Administración Pública si fueran rechazadas o aceptadas, respectivamente, todas sus pretensiones. En otro caso se seguirán las reglas comunes». Se establece en consecuencia el criterio del vencimiento, para los supuestos de estimación o desestimación total. No se prevé sin embargo, la imposición de las costas al Ministerio Fiscal. Ello revela ya por sí el carácter no principal de su intervención, pero además de estimar que puede recurrir la Sentencia de apelación no se explica cómo pueden imponerse las costas al recurrente o a la Administración demandada, de desestimarse en su totalidad el recurso interpuesto por dicho Ministerio.

Sin embargo, por las mismas razones por las que entendíamos podía interponer el recurso previsto en la Ley 62/1978, esto es, por el hecho de que la disposición transitoria 2.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional haya convertido este recurso en la vía previa al de amparo, entendemos que puede recurrir,

siempre que la Sentencia no hubiere reconocido plenamente el derecho vulnerado y restablecido las consecuencias de su violación.

A esta última solución se llega del análisis de la importante Sentencia del Tribunal Constitucional número 86/1985, de 10 de julio, recaída en el recurso de amparo 193/1985, interpuesto por el Ministerio Fiscal contra Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1985, que estimó en parte los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra tres Ordenes del Ministerio de Educación y Ciencia, de 16 de mayo de 1984, sobre régimen de concesiones a centros docentes. Se planteó como cuestión previa la falta de legitimación para interponer el recurso por parte del Ministerio Fiscal, pues se entendía por los demandados en amparo y recurrentes en vía judicial que, ejerciendo esta acción el Ministerio Público, no habría interpuesto, en rigor, un recurso de amparo, sino una acción «en interés de ley», sin que concretara los posibles agraviados en sus derechos fundamentales por la Sentencia, y desconociendo el carácter de este recurso cuando lo promueve el Ministerio Fiscal, porque no se puede pretender la anulación de una Sentencia que, justamente, amparó a quienes comparecen en el recurso de amparo como demandados.

El Tribunal Constitucional analiza en dicha resolución la naturaleza de la legitimación para recurrir en amparo que la Constitución atribuye al Ministerio Fiscal en el artículo 162.1.b), y entiende que «se configura como un *ius agendi* reconocido a este órgano en mérito a su específica posición institucional, funcionalmente, delimitada en el artículo 124.1 de la norma fundamental. Promoviendo el amparo constitucional, el Ministerio Fiscal, defiende, ciertamente, derechos fundamentales, pero lo hace, y en esto reside la peculiar naturaleza de su acción, no porque ostente su titularidad, sino como portador de interés público en la integridad y efectividad de tales derechos: esta legitimación, según se desprende del tenor literal del citado apartado 46. 1.b), de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y como corresponde también a su carácter institucional, no queda condicionada a la exigencia de haber actuado como parte el Ministerio Público en el proceso judicial antecedente, exigencia ésta que privaría de sentido a la propia previsión constitucional y legal de la legitimación que se considera, aunque sí ha de decirse que ésta no puede desplegarse, en virtud del carácter subsidiario del recurso de amparo, sino una vez que haya recaído, en la vía jurisdiccional ordinaria, resolución firme» (19).

Por otro lado entiende el Tribunal Constitucional que a veces no es posible determinar subjetivamente a los afectados por la violación de los derechos fundamentales de la persona, y en cuanto a la alegación de que se había desnaturalizado el cauce del amparo constitucional, responde que el reconocimiento de derechos fundamentales en una resolución Judicial no es obstáculo para la consideración..., «si así se pide, de las hipotéticas lesiones de los derechos y libertades de otros que tal acto haya podido deparar, posibilidad ésta que no es descartable, de principio, cuando la decisión judicial hizo aplicación, como en este caso, del principio de igualdad».

De esta Sentencia se deduce que el Ministerio Fiscal no puede recurrir, sino en garantía de los derechos fundamentales de la persona, física o jurídica, por lo que de ser estimado el recurso en vía judicial, y no existir otros posibles perjudicados, no puede recurrir, so pena de convertirse en defensor de la Administración demandada.

IV. CONCLUSIONES

Primera: La posibilidad de interponer el Ministerio Fiscal el proceso previsto en la sección segunda de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona se fundamenta en la disposición transitoria 2.2, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y no del propio texto de la Ley

62/1978.

Segunda: Se hace necesaria la regulación de dicha intervención por vía legal.

Tercera: El Ministerio Fiscal puede recurrir los Autos y Sentencias que no reconozcan en su totalidad el derecho fundamental de la persona en cuya protección intervienen, pero no si ha sido amparado en vía-judicial, y no existen otros afectados lesionados en sus derechos fundamentales por el acto recurrido.

NOTAS:

(1) Como ejemplo, GONZALEZ PEREZ, Jesús. Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ed. Civitas, Madrid, 1978, pags. 84 y 85.

(2) En este sentido, CANO MATA. Antonio (La Ley de Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona y sus garantía contencioso-administrativas. Deseable ampliación de algunas de sus innovaciones a la vía judicial ordinaria». RAP. núm. 98, agosto 1982). para quien esta intervención no era conveniente ni mucho menos deseable. Introduciendo una duplicidad de intervención no satisfactoria.

De hecho, la circular núm. 5/38, del 25 febrero, de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, dirigida a los Letrados del Estado, dispone que:

«la relativa frecuencia con que los órganos jurisdiccionales, fundamentalmente en el orden contencioso-administrativo, en procesos en que no son parte la Administración del Estado con la finalidad de evacuar algún trámite procesal (y muy particularmente el de alegaciones, tanto en la pieza separada de suspensión como en los autos principales, en los recursos contencioso-administrativos tramitados por el procedimiento de la Ley 62/1978), hace aconsejable clarificar los criterios a seguir en tales casos por los Servicios Jurídicos del Estado; ello con la finalidad de evitar unas situaciones procesalmente anómalas que, por otro lado, sobrecargan innecesariamente el trabajo -ya de por sí elevado- de los Letrados destinados en los Servicios Jurídicos del Estado ante los Tribunales. En consecuencia, en los procesos en que sean demandadas Comunidades Autónomas, Organismos dependientes de éstas y Colegios Profesionales (o Consejos Generales de éstos), el Letrado del Estado, sea cual fuere el proceso de que se trate y el trámite para el que se le dé traslado, deberá siempre abstenerse de intervenir, poniendo de manifiesto su falta de postulación ante el órgano jurisdiccional. ».

Es decir, para esta Dirección General el Abogado del Estado sólo es parte en el proceso previsto en la sección segunda de la Ley 62/1978 cuando defiende al Estado o a sus Organismos Autónomos, sin que se entienda deba intervenir en los demás supuestos, pese a la dicción expresa de la Ley que así lo establece.

(3) Para SERRA CONTRERAS. Pedro Luis («La protección de los derechos fundamentales y el orden contencioso-administrativo». Revista de Derecho Procesal Iberoamericano. 1979. 2. Págs. 381-382), la intervención del Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal son compatibles al obedecer a distinta finalidad

(4) GARRIDO FALLA. F.. «El artículo 53 de la Constitución». REDA. 21. Abril-junio 1979, pág 183.

(5) MONTORO PUERTO, Miguel («garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales y libertades públicas» en el volumen colectivo Libro homenaje al profesor don Juan Galván Escutia. Valencia. 1980. pág. 466).

(6) MARTIN REBOLLO. Luis. , «La justicia administrativa ante el texto constitucional (apostillas a un libro reciente)

'bb, REDA, núm. 19, octubre-diciembre 1978. págs. 519 y sigs.

(7) GONZALEZ PEREZ. Jesús, op. cit.. págs. 84 y, 85.

(8) GARCIA MANZANO, Pablo, «Las vías judiciales previas al recurso de amparo constitucional». El Tribunal Constitucional. Dirección General de lo Contencioso, Instituto de Estudios Fiscales, vol.I, pág. 1158.

(9) MONTORO PUERTO, Miguel, op. cit. pág. 467.

(10) MONTORO PUERTO, Miguel, op. cit. pág. 468.

(11), Esta es la opinión entre otros, de ALZAGA VILLAMIL. Oscar. La Constitución Española de 1978. Madrid. 1978, y de PRIETO SANCHIS. Luis. «El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución Española». Anuario de Derechos Humanos. 1983. pág. 412.

(12) De la regulación prevista en la Ley, 62/1978. en cuanto a la legitimación para interponer este recurso, habría de aplicarse el artículo 28 de la Ley de Jurisdicción (en virtud de lo dispuesto en artículo 6 de la primera) y dado que el recurso especial es de plena jurisdicción y no de simple anulación y, al tratar de defender un derecho fundamental o una libertad pública individualizada en uno o varios sujetos determinados, sería de aplicación el artículo 28, apartado 2, de la Ley de Jurisdicción.

(13) En el mismo sentido. GARCIA MANZANO. Pablo . op. cit. págs. 1157 y 1158.

(14) La Sentencia establece en uno de sus considerandos que:

« ... la legitimación activa... debe ser dilucidada, en tanto que requisito obstativo al conocimiento del fondo del debate, sobre la base de la hipótesis planteada en la acción; ahora bien, la hipótesis inicial cobra un vigor especial en este proceso de tutela ya que , o bien se admite en él la acción pública ciudadana, con apoyo en el artículo 53.2 de la Constitución (a lo que, paradójicamente, parece inclinarse la Abogacía del Estado), y entonces sobra toda argumentación. o bien se admite provisionalmente que quien reclama la protección es, por definición, quien lo necesita, abriéndose así el proceso, que constituye la primera forma o escalón de tutela, para decidir en la Sentencia si la libertad del recurrente ha sido efectivamente menoscabada...; no se trata sino de averiguar en qué medida afecta la disposición a un derecho fundamental de la persona, con lo que queda dicho que ésta es, precisamente, si ya no la colectividad, la legitimada para accionar».

(15) El artículo 7.2 establece que:

«En el mismo escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, o en cualquier momento posterior, podrá solicitarse la suspensión de la efectividad del acto administrativo impugnado.»

(16) Esta es también la opinión de CANO MATA, Antonio («la Ley de Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona y sus garantías contencioso-administrativas. Deseable ampliación de algunas de sus innovaciones a la judicial ordinaria »RAP, núm. 98, agosto 1982). quien entiende que en cuanto a la capacidad procesal, legitimación, representación y defensa de las partes ha de estarse a la Ley de 27 de diciembre de 1956, con la única excepción consistente en que el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado «intervienen» preceptivamente aun cuando no como defensores de un ente administrativo - que si es diferente del Estado puede comparecer con propio Abogado y Procurado o con Abogado con poderes al efecto-, sino como defensores de la más estricta legalidad, ejerciendo ambas funciones propias del Ministerio Público, aun cuando reconozca que esta posición no es tan clara como la que tiene atribuida el Abogado del Estado - en defensa estricta de la Ley- en el proceso especial recogido en el artículo 118 de la Ley Contenciosa, en donde el objeto de impugnación es un acto administrativo que ha sido dejado en suspenso por otro órgano público.

(17) Para MONTORO PUERTO. Miguel. Garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales y libertades públicas, pág. 466, a partir de este instante la intervención del Ministerio Fiscal continúa hasta la total resolución del proceso, incluso en vía de apelación, intervención que se dice tácitamente ya que, aun cuando no se haga mención expresa de ello, es obvio que si pudo formular alegaciones ante la demanda, habrá de poder mantener su posición hasta el fin del proceso.

(18) Para SALAS, Javier y TORNOS MAS, Joaquín («Comentarios a la Ley de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la Persona».RAP. núm. 93, septiembre-diciembre 1980. pág. 93), esta amplia concepción de las funciones del Ministerio Fiscal, entre las que destaca el papel de garante de los derechos fundamentales de la persona, se encuadra perfectamente el protagonismo que el artículo 12 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre. concede ;a esta institución

En este sentido, la circular de la Fiscalía General del Estado de 30 de diciembre de 1978 establece que los derechos de los españoles reconocidos en la Constitución «constituyen el catálogo de vigencias cuya tutela, protección y defensa atañe al Ministerio Fiscal, no como concepción abstracta y genérica, sino de manera precisa, como misión dinámica fundamental para el mantenimiento del orden público, vigilancia y exigencia de su respeto y satisfacción del interés social. En su consecuencia, cuando las normas reguladoras de esos derechos del ciudadano hayan sido quebrantadas a corresponde al Ministerio Fiscal ejercitar las acciones procedentes en orden a la restauración del derecho conculcado y persecución de los infractores y, en su caso, el ejercicio de las acciones o recursos a que puedan dar lugar el desarrollo legislativo del artículos 53 y 162»,

De esta circular se desprende, sin embargo, que la posibilidad de interponer recursos por parte del Ministerio Fiscal queda deferida al desarrollo legislativo de los preceptos constitucionales citados.

(19) Para MONTORO el Ministerio Fiscal no precisa agotar la vía judicial previa, ya que el artículo 46 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se refiere sólo la legitimación para la interposición de recurso de amparo, esto es, desde una óptica distinta de la que pueda encontrarse «la persona directamente afectada»

En el mismo sentido se manifiesta FAIREN GUILLEN. Víctor («Algunos problemas procesales que plantea la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español», El Tribunal Constitucional. Instituto de Estudios Fiscales. vol. I, págs. 981 y sigs.), quien considera que tanto el Ministerio Fiscal como el Defensor del Pueblo pueden acudir directamente a la vía del proceso de amparo constitucional, evitándose «pasar por ese proceso preferente y sumario previo. Se basa para ello en que el artículo 162.1.b) de la Constitución legitima para interponer este recurso, distinguiendo a «toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo», así como «el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal». Y de otro lado, en que en el artículo 46.1.b) de la Ley Orgánica del Tribunal constitucional se distingue entre la legitimación para interponer el recurso de amparo entre «quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente» y el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal». Entiende en consecuencia este autor que cuando en el artículo 43 de la LOTC se establece que «las violaciones de los derechos y libertades, etc. » abren el recurso de amparo, «una vez que se haya agotado la vía judicial precedente, de acuerdo con el artículo 53.2 de la Constitución» ha de interpretarse a la luz del artículo 46, de tal forma que ni el Ministerio Fiscal, sin embargo, la cuestión no la ve tan clara, por su actual estatus (el del artículo 124.2 de la Constitución) confuso, ya que la doctrina estima que no son compatibles los principios de legalidad y dependencia jerárquica. Y de otro lado alega que, cuando interviene para exigir responsabilidad a los Jueces y Tribunales, no se le exige un antejuicio previo, como a cualquier ciudadano, por lo que aquí tampoco puede igualársele.