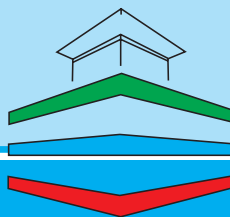




DEFENSOR DEL PUEBLO

**RECOMENDACIONES  
y  
SUGERENCIAS  
2002**



**RECOMENDACIONES  
Y SUGERENCIAS  
2002**



DEFENSOR DEL PUEBLO

**RECOMENDACIONES  
y  
SUGERENCIAS  
2002**

Madrid, 2005

© Defensor del Pueblo  
Eduardo Dato, 31 - 28010 Madrid  
publicaciones@defensordelpueblo.es  
<http://www.defensordelpueblo.es>  
ISBN: 84-87182-51-8  
Depósito legal: M-35281-2005

Fotocomposición e impresión: ELECÉ, Industria Gráfica  
Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)

## SUMARIO

	<i>Página</i>
<b>Recomendación 1/2002, de 8 de enero</b> , sobre cursos de especialización .....	1
<b>Recomendación 2/2002, de 8 de enero</b> , sobre infracciones disciplinarias de carácter leve .....	5
<b>Recomendación 3/2002, de 8 de enero</b> , sobre la admisión por más de una vía de acceso a la Universidad —general y/o porcentaje de reserva— a los estudiantes que reúnan los requisitos para acceder a la universidad a través de ambas vías .....	9
<b>Recomendación 4/2002, de 8 de enero</b> , sobre la aplicación de las normas reguladoras de los procedimientos de acceso a la Universidad en la resolución de solicitudes de admisión de alumnos para iniciar el segundo ciclo de las titulaciones con limitación de plazas .....	11
<b>Recomendación 5/2002, de 10 de enero</b> , sobre modificación de la normativa existente en las pruebas de acceso o promoción a cualquier cuerpo de la Administración pública y, en especial, a la Policía Local, para que la situación de embarazo no suponga un obstáculo o impedimento .....	15
<b>Recomendación 6/2002, de 10 de enero</b> , sobre modificación de la normativa existente para la selección y promoción dentro de los Cuerpos de la Policía Local de la Comunidad de Madrid .....	17
<b>Recomendación 7/2002, de 16 de enero</b> , sobre despenalización de la insumisión .....	21

	<i>Página</i>
<b>Recomendación 8/2002, de 21 de enero</b> , sobre profesores tutores .....	25
<b>Recomendación 9/2002, de 23 de enero</b> , sobre creación de una base de datos con carácter nacional, en la que se recojan, tanto el ADN de las personas fallecidas sin identificar, como el de aquellos familiares que voluntariamente quieran aportar el suyo .....	31
<b>Recomendación 10/2002, de 23 de enero</b> , sobre mejora de las garantías en materia sancionadora de tráfico y prescripción de interpretaciones extensivas e injustificadas de los deberes impuestos a los ciudadanos .....	35
<b>Recomendación 11/2002, de 28 de enero</b> , sobre el perfeccionamiento del régimen disciplinario de la Policía Municipal de Madrid ...	39
<b>Recomendación 12/2002, de 1 de febrero</b> , sobre la reserva de plazas de acceso al segundo ciclo universitario para estudiantes procedentes de universidades que no tengan implantado dicho segundo ciclo .....	41
<b>Recomendación 13/2002, de 8 de febrero</b> , sobre mejora de las garantías procedimentales de la Ordenanza de Recogida y Retirada de Vehículos .....	45
<b>Recomendación 14/2002, de 11 de febrero</b> , para que se agilice la tramitación de las pensiones de jubilación no contributivas .....	47
<b>Recomendación 15/2002, de 11 de febrero</b> , sobre resolución administrativa sancionadora .....	49
<b>Recomendación 16/2002, de 18 de febrero</b> , sobre renuncia a la condición de Guardia Civil .....	51
<b>Recomendación 17/2002, de 1 de marzo</b> , sobre habilitación urgente de un nuevo centro de internamiento de inmigrantes para la isla de Fuerteventura y mejora inmediata de las condiciones del que funciona como tal .....	55
<b>Recomendación 18/2002, 7 de marzo</b> , para que las actuaciones de gestión que le corresponden en los procesos de adjudicación de be-	

	<i>Página</i>
cas y ayudas al estudio observen las normas de carácter procedimental legal y reglamentariamente exigibles .....	59
<b>Recomendación 19/2002, de 7 de marzo</b> , para que las solicitudes de exención o reducción de precios por pertenecer a familia numerosa formuladas ante ella, por alumnos del Instituto Nacional de Educación Física (INEF), sean resueltas de conformidad con el mismo régimen normativo general que, a tal efecto, se aplica a los alumnos de la Universidad Politécnica de Madrid .....	61
<b>Recomendación 20/2002, de 7 marzo</b> , sobre la exteriorización de los planes de pensiones de los trabajadores de la banca .....	65
<b>Recomendación 21/2002, de 12 de marzo</b> , sobre retrasos en la recepción del <i>Boletín Oficial del Cuerpo</i> .....	79
<b>Recomendación 22/2002, de 14 de marzo</b> , para que la información sobre consumo de sustancias psicotrópicas, difundida a través de internet, se ajuste a los criterios establecidos por la comunidad científica .....	81
<b>Recomendación 23/2002, de 14 de marzo</b> , sobre mejoras de las garantías de los procedimientos sancionadores en materia de tráfico ...	83
<b>Recomendación 24/2002, de 20 de marzo</b> , sobre los procedimientos de protección y repatriación de menores extranjeros no acompañados, en Melilla .....	85
<b>Recomendación 25/2002, de 20 de marzo</b> , sobre los procedimientos de protección y repatriación de menores extranjeros no acompañados .....	105
<b>Recomendación 26/2002, de 20 de marzo</b> , sobre mejora de las garantías procedimentales en materia sancionadora de tráfico .....	125
<b>Recomendación 27/2002, de 22 de marzo</b> , sobre ponderación de las medidas coercitivas aplicables a los extranjeros detenidos, al intentar el acceso a territorio español de manera irregular .....	129
<b>Recomendación 28/2002, de 22 de marzo</b> , sobre pruebas de acceso a la Universidad .....	133



	<i>Página</i>
<b>Recomendación 29/2002, de 26 de marzo</b> , sobre subsanación de las deficiencias apreciadas en los centros de internamiento de extranjeros (CIE) .....	137
<b>Recomendación 30/2002, de 1 de abril</b> , sobre modificación de criterios para la aplicación de devoluciones y no de expulsiones a los que son detenidos mientras pretenden acceder irregularmente a territorio nacional. Aplicación efectiva de la posibilidad de solicitar anticipadamente el levantamiento de la medida de internamiento .....	153
<b>Recomendación 31/2002, de 2 de abril</b> , sobre falta de actuación por parte de los poderes públicos respecto a la restitución a la masonería de los bienes incautados durante el proceso inmediato posterior a la Guerra Civil española .....	159
<b>Recomendación 32/2002, de 9 de abril</b> , para que se valore la conveniencia de solicitar autorización judicial cuando el proceso sanitario aconseje, en el caso de enfermos mentales que no estén en condiciones de decidir por sí mismos la adopción de medidas de contención mecánica u otras restrictivas de la libertad individual .....	163
<b>Recomendación 33/2002, de 10 de abril</b> , sobre la negativa de la compañía Iberdrola a atender el suministro de electricidad en un solar propiedad del formulante de una queja .....	167
<b>Recomendación 34/2002, de 17 de abril</b> , sobre la obligación de acusar recibo a las solicitudes presentadas .....	171
<b>Recomendación 35/2002, de 17 de abril</b> , sobre información de derechos a las víctimas, en impresos de la Guardia Civil .....	173
<b>Recomendación 36/2002, de 23 de abril</b> , sobre situaciones de incapacidad temporal .....	175
<b>Recomendación 37/2002, de 23 de abril</b> , sobre valoración de los cursos de doctorado .....	181
<b>Recomendación 38/2002, de 24 de abril</b> , para que sean corregidos los impresos autocopiativos que se proporcionan a los estudiantes universitarios para la formulación de solicitudes, en los que figura de	

	<i>Página</i>
forma imprecisa la información sobre los plazos del procedimiento y el sentido del silencio administrativo que pueda producirse .....	187
<b>Recomendación 39/2002, de 25 de abril</b> , sobre supresión del derecho de retención de futbolistas aficionados en edad escolar .....	191
<b>Recomendación 40/2002, de 30 de abril</b> , sobre adecuación de ficheros no automatizados existentes, a las previsiones de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal .....	197
<b>Recomendación 41/2002, de 3 de mayo</b> , sobre los sistemas de indemnización de inversores así como a la situación jurídica de los inversores de la Agencia de Valores AVA, S.A. ....	201
<b>Recomendación 42/2002, de 18 de mayo</b> , sobre el derecho de acceso y consulta a los registros y documentos públicos .....	205
<b>Recomendación 43/2002, de 30 de mayo</b> , para que se modifique el artículo 107 del Código Civil, con objeto de que los ciudadanos extranjeros residentes legales en nuestro país puedan elegir entre el derecho español o su derecho nacional a la hora de separarse o divorciarse .....	207
<b>Recomendación 44/2002, de 13 de junio</b> , sobre garantías procedimentales en la concesión de la Orden del Mérito del Cuerpo de la Guardia Civil .....	215
<b>Recomendación 45/2002, de 14 de junio</b> , sobre personal sanitario no facultativo .....	221
<b>Recomendación 46/2002, de 14 de junio</b> , sobre la ordenanza fiscal reguladora de la tasa sobre gestión de recogida de residuos sólidos urbanos .....	227
<b>Recomendación 47/2002, de 17 de junio</b> , para que en los casos de extradición los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, permitan a la persona que va a ser trasladada a otro país la posibilidad de comunicar ese traslado a su familia .....	231

	<i>Página</i>
<b>Recomendación 48/2002, de 17 de junio</b> , sobre mejora de las garantías procedimentales en materia sancionadora de tráfico .....	233
<b>Recomendación 49/2002, de 17 de junio</b> , para que en los casos de traslado de un interno de un centro penitenciario a otro país, como consecuencia de una orden de extradición, se permita al mismo comunicar esa situación a su familia .....	235
<b>Recomendación 50/2002, de 17 de junio</b> , sobre obtención del permiso de conducir por parte de extranjeros .....	237
<b>Recomendación 51/2002, de 17 de junio</b> , sobre la obligación de poner de manifiesto los expedientes a los interesados en un procedimiento sancionador, y forma de hacerla efectiva .....	239
<b>Recomendación 52/2002, de 17 de junio</b> , sobre aparcamientos de residentes .....	241
<b>Recomendación 53/2002, de 24 de junio</b> , para que por parte de ese Colegio se impartan las instrucciones oportunas a los letrados integrados en el turno de oficio, a fin de que la asistencia jurídica que prestan a inmigrantes de la isla de Fuerteventura se lleve a término de forma efectiva, con las garantías y el contenido que nuestro ordenamiento establece .....	243
<b>Recomendación 54/2002, de 1 de julio</b> , sobre los concursos de traslados de ámbito nacional para funcionarios de los cuerpos docentes .....	249
<b>Recomendación 55/2002, de 1 de julio</b> , sobre normalización lingüística .....	253
<b>Recomendación 56/2002, de 19 de julio</b> , sobre auxilio de la policía a los ciudadanos en el cumplimiento de resoluciones judiciales .....	261
<b>Recomendación 57/2002, de 19 de julio</b> , sobre la grafía de los apellidos en el DNI .....	263
<b>Recomendación 58/2002, de 19 de julio</b> , sobre proporcionalidad en la medida cautelar de detención aplicada por la Policía Nacional ...	265

	<i>Página</i>
<b>Recomendación 59/2002, de 19 de julio</b> , sobre la imparcialidad de los órganos de promoción de personal .....	267
<b>Recomendación 60/2002, de 19 de julio</b> , sobre información a los consumidores de las limitaciones en el uso y tenencia de armas blancas e imitaciones de armas, que pueden dar lugar a la imposición de sanciones administrativas .....	273
<b>Recomendación 61/2002, de 19 de julio</b> , sobre la tasa por el servicio de gestión de residuos sólidos urbanos .....	277
<b>Recomendación 62/2002, de 19 de julio</b> , sobre interpretación extensiva de la obligación de identificación por el titular del conductor infractor .....	281
<b>Recomendación 63/2002, de 22 de julio</b> , para que su actividad se someta a las normas que en cada caso resulten de aplicación en la resolución de solicitudes de acceso para cursar estudios universitarios ....	285
<b>Recomendación 64/2002, de 22 de julio</b> , sobre derecho a obtener información sobre el estado de tramitación de los procedimientos en el ámbito de los expedientes que tramita la Agencia de Protección de Datos .....	289
<b>Recomendación 65/2002, de 24 de julio</b> , en materia de disminución del tiempo de tramitación de los expedientes de convalidación y homologación de estudios y títulos extranjeros no universitarios .....	293
<b>Recomendación 66/2002, de 24 de julio</b> , sobre la modificación de las normas de procedimiento de devolución de precios públicos por servicios académicos, para que se contemple el inicio de expedientes de devolución en determinados casos .....	297
<b>Recomendación 67/2002, de 24 de julio</b> , sobre el pago del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) de los ciudadanos residentes en paraísos fiscales, como Andorra .....	301
<b>Recomendación 68/2002, de 30 de julio</b> , sobre habilitación de medios personales y materiales .....	305

	<i>Página</i>
<b>Recomendación 69/2002, de 1 de agosto</b> , sobre adecuación de la práctica seguida en la tramitación de permisos de trabajo a las previsiones normativas .....	307
<b>Recomendación 70/2002, de 1 de agosto</b> , sobre agilización del trámite de notificación de resoluciones de expulsión para permitir el acceso efectivo a los tribunales .....	313
<b>Recomendación 71/2002, de 1 de agosto</b> , sobre la necesidad de expresar claramente la voluntad de la autoridad administrativa en las resoluciones que se dicten .....	317
<b>Recomendación 72/2002, de 1 de agosto</b> , sobre adopción de medidas para combatir las demoras en la inscripción de matrimonios en la oficina del Registro Civil del Consulado de España en La Habana (Cuba) .....	321
<b>Recomendación 73/2002, de 1 de agosto</b> , sobre garantías en la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado .....	323
<b>Recomendación 74/2002, de 1 de agosto</b> , sobre cómputo del plazo para instar la documentación de los menores extranjeros tutelados por la Consejería .....	327
<b>Recomendación 75/2002, de 1 de agosto</b> , sobre la neutralidad y seriedad de los informes de la Administración .....	331
<b>Recomendación 76/2002, de 1 de agosto</b> , sobre limitaciones municipales al derecho fundamental de reunión y manifestación .....	333
<b>Recomendación 77/2002, de 1 de agosto</b> , sobre limitaciones municipales al derecho fundamental de libertad de expresión .....	337
<b>Recomendación 78/2002, de 1 de agosto</b> , sobre perfeccionamiento del régimen disciplinario de la Policía Local de Míajadas .....	341
<b>Recomendación 79/2002, de 4 de septiembre</b> , sobre el requisito de edad máxima para el ingreso en la función pública local .....	343

	<i>Página</i>
<b>Recomendación 80/2002, de 4 de septiembre</b> , sobre definición de áreas de influencia a efectos de admisión de alumnos en los centros docentes sostenidos con fondos públicos .....	347
<b>Recomendación 81/2002, de 9 de septiembre</b> , sobre problemas por inclusión de un familiar fallecido en la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) .....	351
<b>Recomendación 82/2002, de 9 de septiembre</b> , sobre mejoras de las garantías de los procedimientos sancionadores en materia de tráfico .....	355
<b>Recomendación 83/2002, de 20 de septiembre</b> , sobre medidas de prevención .....	357
<b>Recomendación 84/2002, de 20 de septiembre</b> , sobre la necesidad de dictar resolución expresa en un proceso de selección .....	359
<b>Recomendación 85/2002, de 23 de septiembre</b> , sobre falta de actuación por parte de los poderes públicos respecto a la restitución a la masonería de los bienes incautados durante el proceso inmediato posterior a la Guerra Civil española .....	363
<b>Recomendación 86/2002, de 2 de octubre</b> , sobre modificación de criterios para la aplicación de devoluciones y no de expulsiones a los que son detenidos mientras pretenden acceder irregularmente a territorio nacional. Aplicación efectiva de la posibilidad de solicitar anticipadamente el levantamiento de la medida de internamiento .....	367
<b>Recomendación 87/2002, de 3 de octubre</b> , sobre cobertura de plazas en el exterior .....	373
<b>Recomendación 88/2002, de 4 de octubre</b> , sobre la obligatoriedad de proporcionar asistencia jurídica a los extranjeros sometidos a procedimientos de devolución .....	379
<b>Recomendación 89/2002, de 9 de octubre</b> , sobre otorgamiento de plazo para subsanar errores por los solicitantes de viviendas protegidas .....	383

	<i>Página</i>
<b>Recomendación 90/2002, de 11 de octubre</b> , sobre prácticas policiales e incremento de medios humanos y materiales respecto a la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000 por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado .....	387
<b>Recomendación 91/2002, de 11 de octubre</b> , sobre posibles reformas normativas, y ampliación de medios humanos y materiales para aplicar la Ley Orgánica 5/2000 .....	391
<b>Recomendación 92/2002, de 11 de octubre</b> , sobre ampliación del número de centros de internamiento, para lograr que los menores puedan cumplir la medida de internamiento en centros próximos a sus lugares de residencia .....	395
<b>Recomendación 93/2002, de 11 de octubre</b> , para que se dote a las secciones de menores y a los equipos técnicos del material informático necesario para que puedan desarrollar su trabajo con la rapidez y eficacia que la Ley Orgánica 5/2000 exige .....	397
<b>Recomendación 94/2002, de 11 de octubre</b> , para que se estudie la posibilidad de instalar algún centro para el cumplimiento de las medidas de internamiento, en sus distintas modalidades, en alguna o algunas de las islas menores de la Comunidad Autónoma de Canarias .....	399
<b>Recomendación 95/2002, de 11 de octubre</b> , para que se valore la carga de trabajo que tienen las secciones de menores de las fiscalías de Las Palmas de Gran Canaria y Santa Cruz de Tenerife y se amplíen las plantillas y las dependencias en las que actualmente se encuentra ubicada la sección de menores de Las Palmas de Gran Canaria y el Juzgado de Menores de dicha ciudad .....	401
<b>Recomendación 96/2002, de 11 de octubre</b> , sobre los medios humanos e instalaciones con las que cuenta la Comunidad Autónoma de Cataluña, para aplicar la Ley Orgánica 5/2000 .....	403
<b>Recomendación 97/2002, de 11 de octubre</b> , en relación con los medios humanos y las instalaciones existentes en la Comunidad Autónoma de Galicia, para la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000 .....	405

	<i>Página</i>
<b>Recomendación 98/2002, de 11 de octubre</b> , sobre construcción de algún centro de internamiento de menores en alguna de las islas menores de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears .....	407
<b>Recomendación 99/2002, de 11 de octubre</b> , para que se centralicen en un solo edificio todas las dependencias, tanto de juzgados como de las secciones de menores de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, así como las instalaciones correspondientes a los equipos técnicos y demás dependencias policiales .....	409
<b>Recomendación 100/2002, de 11 de octubre</b> , para que se construya un centro de internamiento en el que pueda llevarse a cabo la ejecución de las distintas medidas de internamiento que prevé la Ley Orgánica 5/2000 .....	411
<b>Recomendación 101/2002, de 11 de octubre</b> , sobre los medios humanos y materiales con los que se aplica la Ley Orgánica 5/2000, en la Comunidad Valenciana .....	413
<b>Recomendación 102/2002, de 11 de octubre</b> , para que se construya un nuevo centro de internamiento para menores o, en su caso, se amplíe y acondicione adecuadamente el existente .....	415
<b>Recomendación 103/2002, de 11 de octubre</b> , para que se construya un nuevo centro de internamiento o, en su caso, se amplíe adecuadamente el existente para que los menores que tienen que ser internados, y que residen en Melilla, puedan permanecer cerca de sus familias .....	417
<b>Recomendación 104/2002, de 11 de octubre</b> , para que los colegios de abogados organicen los turnos de oficio para menores de forma especializada, garantizando de esa manera una asistencia jurídica adecuada .....	419
<b>Recomendación 105/2002, de 11 de octubre</b> , para que se incremente el número de los juzgados de menores existentes en diferentes ciudades, con objeto de que su volumen de trabajo se ajuste a los módulos establecidos por el Consejo General del Poder Judicial .....	423



	<i>Página</i>
<b>Recomendación 106/2002, de 11 de octubre</b> , en relación con la aplicación práctica de la Ley Orgánica 5/2000 por parte de los miembros del Ministerio Fiscal .....	427
<b>Recomendación 107/2002, de 15 de octubre</b> , para que, en alguna de las casas de acogida de la Comunidad de Madrid, se reserven plazas a los hijos varones mayores de 16 años de aquellas mujeres maltratadas que ingresan en las mismas .....	429
<b>Recomendación 108/2002, de 17 de octubre</b> , sobre la necesidad de que el traslado de pacientes al complejo hospitalario de Plasencia se efectúe, en todo caso, en vehículos adaptados y destinados exclusivamente a tal fin .....	433
<b>Recomendación 109/2002, de 23 de octubre</b> , sobre concurso de traslados .....	435
<b>Recomendación 110/2002, de 23 de octubre</b> , sobre permanencia en situación de alta en el Régimen General de la Seguridad Social ....	439
<b>Recomendación 111/2002, de 23 de octubre</b> , sobre modificación de las normas electorales para garantizar la voluntariedad de la inclusión de todos los candidatos en las listas electorales en las que participan .....	445
<b>Recomendación 112/2002, de 28 de octubre</b> , sobre acción social .....	447
<b>Recomendación 113/2002, de 28 de octubre</b> , sobre los criterios interpretativos que deben utilizarse a la hora de aplicar el artículo 172 del Código Civil y la forma en la que debe hacerse uso del derecho de información a los padres que tienen hijos en régimen de protección ...	449
<b>Recomendación 114/2002, de 6 de noviembre</b> , sobre requisitos de los escritos elaborados por la Administración .....	453
<b>Recomendación 115/2002, de 6 de noviembre</b> , sobre contrataciones de carácter temporal .....	457
<b>Recomendación 116/2002, de 26 de noviembre</b> , sobre aclaración de términos que se reflejan en los impresos .....	461

	<i>Página</i>
<b>Recomendación 117/2002, de 27 de noviembre</b> , sobre deberes de tutela de la Administración penitenciaria, en relación a internos que padecen enfermedades psiquiátricas .....	463
<b>Recomendación 118/2002, de 2 de diciembre</b> , sobre requisitos para la tramitación de altas y bajas en los padrones municipales .....	465
<b>Recomendación 119/2002, de 2 de diciembre</b> , sobre falta de información de los notarios en la aceptación de las herencias, ya que advierten de las obligaciones fiscales de abonar el Impuesto sobre Sucesiones y, sin embargo, no informan de la obligación de abonar el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana .....	467
<b>Recomendación 120/2002, de 2 de diciembre</b> , sobre tratamiento fiscal de las cantidades abonadas a personas que realicen tareas domésticas en el domicilio del contribuyente .....	471
<b>Recomendación 121/2002, de 2 de diciembre</b> , sobre límites a la presunción de validez de las denuncias de la autoridad .....	473
<b>Recomendación 122/2002, de 2 de diciembre</b> , sobre requisitos para la aplicación de medidas restrictivas de los derechos fundamentales .....	477
<b>Recomendación 123/2002, de 2 de diciembre</b> , sobre mejora del régimen sancionador de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y medidas concretas para evitar la comisión de delitos en los centros de detención .....	481
<b>Recomendación 124/2002, de 2 de diciembre</b> , sobre concordancia de los documentos de expediente con las anotaciones informáticas .....	485
<b>Recomendación 125/2002, de 2 de diciembre</b> , para que se estudie la conveniencia y necesidad de modificar el artículo 1524 del Código Civil, en el sentido de que contemple la notificación fehaciente al retrayente de la compraventa efectuada y amplíe el plazo, actualmente establecido, para el ejercicio del derecho de retracto legal .....	487

	<i>Página</i>
<b>Recomendación 126/2002, de 2 de diciembre</b> , sobre falta de resolución expresa de expedientes de responsabilidad patrimonial .....	491
<b>Recomendación 127/2002, de 2 de diciembre</b> , sobre aparcamiento de residentes .....	495
<b>Recomendación 128/2002, de 3 de diciembre</b> , sobre modificación de la normativa reglamentaria básica de ordenación de la formación profesional específica para que en la misma se contemple la posibilidad de conceder matrícula de honor a los alumnos que cursan dichas enseñanzas .....	497
<b>Recomendación 129/2002, de 3 de diciembre</b> , sobre comisión de servicios .....	501
<b>Recomendación 130/2002, de 3 de diciembre</b> , sobre valoración del expediente académico de los alumnos a efectos de la admisión en centros sostenidos con fondos públicos para cursar enseñanzas obligatorias .....	503
<b>Recomendación 131/2002, de 3 de diciembre</b> , sobre interpretación de previsiones de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación, sobre incumplimiento de los conciertos educativos en supuestos de inadmisión de un profesor cuyo despido hubiera sido declarado improcedente .....	509
<b>Recomendación 132/2002, de 3 de diciembre</b> , sobre la redacción y aprobación de una normativa propia del Consell Insular de Ibiza y Formentera, regulando la actividad publicitaria que lleva a cabo su Administración .....	513
<b>Recomendación 133/2002, de 13 de diciembre</b> , sobre celebración de pruebas selectivas .....	517
<b>Recomendación 134/200, de 16 de diciembre</b> , sobre el procedimiento de comprobación de la autenticidad de vínculo matrimonial en los casos de reagrupación familiar entre extranjeros no comunitarios .....	521

	<i>Página</i>
<b>Recomendación 135/2002, de 16 de diciembre</b> , sobre procedimiento de apremio tramitado como consecuencia de unas multas por infracciones de tráfico .....	527
<b>Recomendación 136/2002, de 16 de diciembre</b> , sobre la imposibilidad de exigir más requisitos o documentos que los normativamente previstos en la renovación del DNI .....	531
<b>Recomendación 137/2002, de 19 de diciembre</b> , sobre acceso a cursos de formación permanente .....	533
<b>Recomendación 138/2002, de 26 de diciembre</b> , sobre la mejora del protocolo de prevención de suicidios en el ámbito penitenciario ...	535
<b>Recomendación 139/2002, de 26 de diciembre</b> , sobre la realización de estudios para ajustar los niveles de ocupación de los centros penitenciarios a determinados parámetros relacionados con la convivencia, la seguridad y la calidad de los servicios .....	539
<b>Recomendación 140/2002, de 26 de diciembre</b> , sobre la necesidad de que cualquier medida adoptada en el ámbito administrativo lo sea por la autoridad que tiene conferida la competencia para ello .....	543
<b>Recomendación 141/2002, de carácter general</b> , sobre el primer año de vigencia de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores .....	545
<b>Recomendación 142/2002, reflejada en el Informe a las Cortes Generales correspondiente a 2002</b> , sobre listas de espera en el Sistema Nacional de Salud .....	549
<b>Índice analítico</b> .....	555



**Recomendación 1/2002, de 8 de enero, sobre cursos de especialización.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 384.)*

Se ha recibido su escrito de fecha 15 de octubre del año en curso, en relación a la solicitud de informe instada por esta Institución para el esclarecimiento de los hechos deducidos en la queja de referencia.

Una vez examinado el contenido del mismo, esta Institución no puede compartir en su totalidad los argumentos expresados por ese Ministerio, habida cuenta de que la compareciente ha quedado excluida del curso correspondiente porque el requisito previo de acceso le exigía superar unas pruebas físicas que, por su situación de embarazo no podía realizar, sin que la Universidad hubiera admitido a la reclamante a participar en dicho curso, ni tampoco aplazado las pruebas físicas al momento en que pudieran ser ejecutadas sin riesgo, en los términos en que por V. E. ha sido propuesto como alternativa en el citado informe.

La cuestión que se ha analizado en el curso de este procedimiento de queja ha sido, en primer lugar, la de concluir si la actuación de la Universidad de la que emana la decisión que se discute, se ha adecuado al ordenamiento jurídico, cuestión sobre la que el Defensor del Pueblo se ha pronunciado a través de una recomendación<sup>1</sup> dirigida a dicho centro, en los términos en que resulta competente para el ejercicio de una función de control, conforme a lo establecido en el artículo 54 de la Constitución.

En segundo lugar, esta Institución deberá realizar un análisis sobre la norma que sirve de referencia en este supuesto, derivándose respecto a esta cuestión que efectivamente no existe previsión que permita flexibilizar el contenido de las pruebas de aptitud física, que se detallan en

---

<sup>1</sup> Recomendación 76/2001, publicada en el volumen correspondiente al año 2001 de esta serie.

Anexo III A) 3 de la Orden de 11 de enero de 1996, a quienes presenten una situación como la descrita por la interesada; por lo que, en apariencia, pudiera deducirse que existe una perfecta adecuación de la actuación administrativa en este concreto supuesto, a la más estricta legalidad, si no fuera porque no es sólo la legalidad ordinaria lo que aquí se dirime, sino la relevancia constitucional del principio de no discriminación, cuya tutela es exigible a todos los poderes públicos, tanto en atención a preservar la dignidad de la persona (artículo 10.1 de la CE), como a la igualdad real y efectiva de la mujer y del hombre (artículo 9.2 de la CE).

En este marco constitucional, el Defensor del Pueblo no desconoce que la prohibición de la discriminación por razón del sexo, halla su razón concreta, como resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del artículo 14 de la CE, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina, enervándose aquellas conductas discriminatorias directas e indirectas, y alternativamente, reconociendo validez a las acciones positivas de impacto adverso (SSTC 166/1988, 173/1994 y 128/1987).

No resulta novedosa la anterior doctrina si tenemos en cuenta, en nuestro entorno jurídico comunitario, la Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976, la cual consagra el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres tanto en el acceso al empleo como en los criterios de selección que incluyen la promoción y la formación profesional, así como la más reciente Directiva 78/2000, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Y estos fundamentos parecen ajustarse al caso propuesto, toda vez que se aprecia una relación directa entre el hecho genuino del embarazo y la exclusión de la interesada del curso correspondiente, porque aunque la autoridad educativa universitaria ha pretendido justificar su decisión adoptando el criterio neutro de que se trata de «personas con impedimentos físicos o de discapacidad temporal o finalista», no es posible eludir la evidencia de que se trata de una situación que afecta únicamente a la condición femenina, por lo que deviene inaceptable equiparar el embarazo a la enfermedad, toda vez que el primero es un hecho singular de dicho sexo y nunca puede compararse a un estado patológico (STJCE 179/1988).

Sentado lo anterior, desde el análisis de los argumentos mencionados, no parece la actuación administrativa adecuarse a los mismos, como tampoco el rigor con que se ha aplicado la orden ministerial que regula estos procesos de homologación haya tenido su más armonizada res-

puesta, toda vez que advertidas por dicha autoridad las circunstancias que limitaban a la reclamante su capacidad para realizar los ejercicios físicos requeridos, aquélla no ha dispensado a la promovente un trato diferente, en atención al principio de no discriminación que debe presidir en el acceso al empleo y a la formación; máxime teniendo en cuenta que al tratarse de un curso en el que no existía concurrencia ni oposición alguna frente a otros candidatos, en nada se hubiera perjudicado a terceros bajo una presunta invocación de las denominadas medidas de discriminación positiva o de «impacto adverso».

En efecto, esta fundamentación encuentra su más consistente soporte en la STC 128/1987, al afirmarse «la legitimidad constitucional, desde las exigencias del principio de igualdad, de una normativa o de decisiones y actos de los poderes públicos, que, contemplando condicionamientos diferenciales como el sexo o el embarazo, regule o reconozca requisitos, efectos o consecuencias jurídicas diversas o específicas favorecedoras de una equiparación material en el puesto de trabajo».

Jurisprudencia equiparadora que se completa con la STC 174/1994, al ampliar la prohibición constitucional de no discriminación por razón de sexo, a otros aspectos colaterales a la estricta relación laboral, porque de no ser así —afirma— «... quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional (las especiales dificultades en el acceso al empleo de los colectivos discriminados o, en el caso de la mujer, la continuidad de su propia carrera profesional por la maternidad)».

Para mayor ilustración en la defensa de estos argumentos, esta Institución aprecia que en la actualidad en otros sectores profesionales, como en las Fuerzas Armadas, se ha dado respuesta a la exigencia irrenunciable, de promover la igualdad real de la mujer en todos los ámbitos y en particular a la adecuada protección a la maternidad, al preverse en el artículo primero de la Orden 79/1999 que «... no será causa de exclusión en los procesos selectivos para ingreso y promoción en las Fuerzas Armadas el encontrarse en estado de gestación».

En parecidos términos, algunas comunidades autónomas han adoptado medidas de discriminación positiva o de impacto adverso, así la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, ha previsto a través de la Orden de 7 de abril de 1999, por la que se convoca concurso-oposición para ingreso en el Cuerpo de Maestros, la sustitución total o parcial del ejercicio en la especialidad de Educación Física, por una prueba escrita, en el caso de gestación (*BOJA* núm. 41).



En consecuencia, con el fin de evitar situaciones que perjudiquen a la mujer en el acceso al trabajo o en la continuidad de su propia carrera profesional por la maternidad, al amparo de la facultad conferida en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formular la siguiente recomendación:

«Que por el Ministerio de Educación Cultura y Deporte, se valore la conveniencia de modificar la Orden de 11 de enero de 1996, por la que se homologan cursos de especialización para el profesorado de Educación Infantil, de Educación Primaria, de Educación Especial y del primer ciclo de Educación Secundaria Obligatoria y de habilitación para los profesionales del primer ciclo de Educación Infantil (*BOE 23/1/1996*), en el sentido de incorporar medidas adecuadas tendentes a paliar la situación de dificultad que concurre en la mujer embarazada, removiendo los obstáculos que impiden la plenitud del derecho de igualdad en los términos en que se prevé en el artículo 9.2 de la Constitución».

Madrid, 8 de enero de 2002.

**Recomendación dirigida a la Ministra de Educación, Cultura y Deporte.**

**Recomendación 2/2002, de 8 de enero, sobre infracciones disciplinarias de carácter leve.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 403.)*

Agradecemos su escrito (s/ref. 29203), en relación con las quejas planteadas ante esta Institución por (...) y doña (...) registradas, respectivamente, con los números arriba indicados.

En el mismo se pone de manifiesto que ni el interesado ni ningún miembro de su familia fueron sometidos a seguimiento alguno por parte de la Guardia Civil, siendo únicamente requerido el interesado para acreditar y documentar convenientemente su solicitud de indemnización por traslado de su residencia y la de los miembros de su familia, indicando V. I. en el informe remitido que se llevaron a cabo las comprobaciones necesarias para asegurar la veracidad del hecho origen de la indemnización. En este sentido, se ha considerado necesario solicitar a esa Dirección General un informe ampliatorio en el que se especifiquen cuáles fueron los medios concretos que se emplearon para llevar a cabo dichas comprobaciones.

Por otra parte, y en relación con la cuestión planteada por la letrada doña (...), respecto a la determinación de si es legalmente admisible o no impedir la asistencia de letrado en el trámite de audiencia previsto en el procedimiento disciplinario por faltas leves, esta Institución, analizadas las consideraciones expuestas por esa Dirección General en el informe remitido, ha considerado necesario realizar una serie de observaciones.

Se ha de iniciar nuestra argumentación precisando que el Tribunal Constitucional ha establecido desde la Sentencia 18/1981, que «los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son mani-

festaciones del ordenamiento punitivo del Estado». De acuerdo con una interpretación finalista de la Constitución, «los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto...», pues así lo viene reconociendo la jurisprudencia constitucional en lo que se refiere a los derechos de defensa, a la presunción de inocencia y a la actividad probatoria, derechos que han de ser reconocidos con especial vigor en los casos de las sanciones disciplinarias.

Así, si los principios constitucionales inspiradores de los procesos penales son aplicables con ciertos matices al procedimiento administrativo sancionador, aproximando al máximo posible el procedimiento administrativo sancionador al proceso penal, la persona a la que se le imputa o se le puede imputar una conducta reprochada puede ejercer su derecho a la defensa, si lo considera oportuno, asistido de letrado.

En este sentido, y al contemplarse como sanción por la comisión de faltas leves por la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, el arresto de uno a treinta días en domicilio, sanción que implica la restricción de libertad, el derecho a la defensa debe estar protegido con rigor respecto de la actuación de la Administración sancionadora.

La jurisprudencia constitucional ha reconocido como límite ineludible a la potestad sancionadora de la Administración el respeto a los derechos de defensa reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española, que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para la imposición de sanciones (SSTC 77/1983, fundamento jurídico 2; 74/1985, fundamento jurídico 4), de modo que la aplicación de las garantías esenciales reflejadas en el artículo 24.2 de la Constitución a la actividad sancionadora de la Administración sólo es posible en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto constitucional y resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador, por lo que, a juicio de esta Institución, no existe ninguna razón que haga «imposible» o «incompatible» con el procedimiento disciplinario el hecho de que el sancionado en un procedimiento por faltas leves no pueda formular alegaciones asistido de letrado, pues la posibilidad de que el trámite de audiencia se lleve a cabo sin asistencia de letrado, no significa la imposibilidad de comparecer asistido por el mismo. En este sentido, y a mayor abundamiento, esta Institución no alcanza a comprender, qué índole de problemas u obstáculos tiene en consideración esa Dirección General

para reconocer a los miembros de la Guardia Civil esta posibilidad, cuando con ello no se perjudica en modo alguno a la tramitación del procedimiento y supone un plus de garantía para la defensa del interesado.

Por último, las infracciones disciplinarias de carácter leve están sancionadas mediante un procedimiento especialmente concebido para ello, pues es un procedimiento preferentemente oral, siendo la sumariedad otra de sus características principales. La conjunción de ambas circunstancias dan como resultado un procedimiento ágil, rápido y simple, con tendencia a evitar dilaciones y a concluir con una pronta resolución y sanción. La autoridad o mando que tenga la competencia para sancionar la falta leve debe observar dos exigencias legales fundamentales como son, la investigación de la realidad de los hechos y la audiencia del presunto infractor, de modo que se respeten las garantías esenciales para evitar la indefensión, pues la sumariedad del procedimiento no puede provocar la indefensión del presunto infractor. A este tenor, si bien la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, no contiene previsión alguna respecto a que el presunto infractor pueda contar con la asistencia de letrado en los procedimientos por faltas leves, contemplándose esta posibilidad para los supuestos de faltas graves a través de expediente disciplinario y para las infracciones disciplinarias muy graves en los expedientes gubernativos, esta Institución considera que, realmente, no existe impedimento técnico para el ejercicio de este derecho, como manifestación del derecho a la defensa y garantía en favor del expedientado.

Por todo lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formular la siguiente recomendación:

«Que se adopten las medidas oportunas para que en los procedimientos disciplinarios por faltas leves, incoados a miembros de la Guardia Civil al amparo de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, al presunto infractor no se le impida, si así lo estima oportuno, el poder comparecer en el trámite de audiencia asistido de letrado, a efectos de ejercer con mayor rigor su derecho a la defensa».

Madrid, 8 de enero de 2002.

**Recomendación dirigida al Director General de la Guardia Civil.**



**Recomendación 3/2002, de 8 de enero, sobre la admisión por más de una vía de acceso a la Universidad —general y/o porcentaje de reserva— a los estudiantes que reúnan los requisitos para acceder a la universidad a través de ambas vías.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 394.)*

Ha comparecido ante esta Institución mediante escrito, don (...) con domicilio en Palma de Mallorca (...), presentando queja que ha quedado registrada con el número arriba indicado.

Sustancialmente expone que no se le ha permitido solicitar su admisión en ninguna Universidad de esa Comunidad autónoma por más de una vía de acceso —general y porcentaje de reserva—, pese a que reunía los requisitos para ello según lo dispuesto en el Real Decreto 69/2000, de 21 de enero, por el que se regula el procedimiento de selección para la admisión en los centros universitarios.

El artículo 13.5 del citado Real Decreto dispone que «los estudiantes que reúnan los requisitos para solicitar la admisión por mas de una vía de acceso general y/o porcentaje de reserva, podrán hacer uso de dicha posibilidad».

De la literalidad del transcrito precepto se desprende con claridad, a juicio de esta Institución, el derecho de los estudiantes a solicitar simultáneamente la admisión a través de la vía general de admisión, y a través del porcentaje de reserva de plazas, siempre que cumplan los requisitos para hacerlo mediante ambos sistemas de acceso, criterio éste coincidente con el manifestado a esta Institución por la Dirección General de Universidades del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, y por el Servicio Jurídico del Estado en el Ministerio mencionado, en virtud del cual resulta preceptivo para las universidades aceptar la simul-

taneidad de ambas vías de acceso, por preverlo así el mencionado artículo 13.5 del Real Decreto 69/2000, de 21 de enero.

En consecuencia, esta Institución, al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, reguladora del Defensor del Pueblo, procede a formularle la siguiente recomendación:

«Que, en los procedimientos de selección para el ingreso en las universidades catalanas, de los estudiantes que reúnan los requisitos para solicitar la admisión por más de una vía de acceso —general y/o porcentaje de reserva—, se les permita, si así lo solicitan, simultanear ambas vías de acceso».

Madrid, 8 de enero de 2002.

**Recomendación dirigida a la Secretaria del Consejo Interuniversitario de Cataluña.**

**Recomendación 4/2002, de 8 de enero, sobre la aplicación de las normas reguladoras de los procedimientos de acceso a la Universidad en la resolución de solicitudes de admisión de alumnos para iniciar el segundo ciclo de las titulaciones con limitación de plazas.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 405.)*

Es de referencia el escrito de V. E. de fecha 8 de octubre del presente año, (s/ref. Registro del Servicio de Alumnos 87801 n.º 200132001799), sobre la queja presentada por doña (...), registrada con el número arriba indicado.

Señala V. E. en su oficio que los traslados de expedientes en esa Universidad están regulados por las normas de traslado de alumnos, aprobadas por la Junta de Gobierno el 11 de julio de 1986, conforme a las cuales las solicitudes para continuar estudios son resueltas por los decanos; son las facultades las que determinan si existen plazas disponibles; y si el número de solicitantes excede el de plazas se valora el expediente académico del alumno, incluida la nota obtenida en las pruebas de acceso a la universidad.

Tal procedimiento suscita algunas dudas respecto a su vigencia y adecuación para la tramitación de solicitudes de alumnos residentes en Madrid que, como la formulante de la queja, desean iniciar en esa Universidad el segundo ciclo de la titulación cuyo primer ciclo lo finalizaron en otra, máxime cuanto tal titulación no se imparte en ninguna otra Universidad pública del distrito universitario de Madrid.

Debe recordarse que, a tenor de lo dispuesto en la disposición transitoria segunda del Real Decreto 69/2000, de 21 de enero —por el que se regulan los procedimientos de selección para el ingreso en los centros universitarios de los estudiantes que reúnan los requisitos legales nece-



sarios para el acceso a la Universidad—, no sería la Facultad de Odontología quien determinaría si existen plazas disponibles, sino el Consejo de Universidades mediante la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de la oferta de plazas para el inicio del segundo ciclo de Odontología en esa Universidad, oferta que quedó fijada en 10 plazas para el acceso al segundo ciclo de la citada titulación para el curso 2001-2002 por Acuerdo de 29 de mayo de 2001, del Consejo de Universidades (*Boletín Oficial del Estado* de 12 de junio de 2001).

Llama por tanto la atención el dato que se facilita en el oficio de V. E., respecto a que no se ha concedido ninguna plaza, dato que por otra parte implica la infracción de lo previsto en el arriba citado Real Decreto 69/2000, que impide expresamente a las universidades dejar vacantes plazas previamente ofertadas, mientras existan solicitudes para ellas, formalizadas dentro del plazo de solicitud por estudiantes que reúnan los requisitos exigidos por la legislación vigente para acceder al primer o segundo ciclo de estudios universitarios que conduzcan a la obtención de títulos oficiales y con validez en todo el territorio nacional (artículo 1.4).

En consecuencia, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, procedemos a recordar una vez más a V. E., como máxima autoridad académica su deber legal de velar por el estricto cumplimiento de los principios legales y constitucionales que deben guiar todas las actuaciones de esa Universidad así como recomendar que: «En lo sucesivo, las solicitudes de admisión de alumnos de nuevo ingreso para iniciar el segundo ciclo de las titulaciones con limitación de plazas, se resuelvan dando cumplimiento a las normas que resultan de aplicación», normas que en el supuesto analizado son las recogidas en el Real Decreto 69/2000, de 21 de enero (*Boletín Oficial del Estado* de 22 de enero), y en el Acuerdo de 29 de mayo de 2001, del Consejo de Universidades.

Madrid, 8 de enero de 2002.

**Recomendación dirigida al Rector de la Universidad Complutense de Madrid.**

**Recomendación 5/2002, de 10 de enero, sobre modificación de la normativa existente en las pruebas de acceso o promoción a cualquier cuerpo de la Administración pública y, en especial, a la Policía Local, para que la situación de embarazo no suponga un obstáculo o impedimento.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 379.)*

Como consecuencia de diversas noticias aparecidas en los medios de comunicación, esta Institución tuvo conocimiento de que el pasado mes de junio de 2001 la Policía Municipal del Ayuntamiento de Madrid (...) fue eliminada de las pruebas de ascenso a la categoría de cabo, por no poder realizar las pruebas físicas debido a su avanzado estado de gestación.

Según se señalaba en la prensa, la interesada había superado con éxito, al igual que su marido, la primera fase del concurso y la primera de las tres pruebas específicas a las que debían someterse los candidatos. Sin embargo no se admitió su solicitud de ser eximida de las pruebas físicas, como permitían las bases de la convocatoria para aquellos aspirantes que alegaran accidente laboral, pues se consideró su embarazo como una patología y no como un accidente.

Por otro lado, al no contemplar tampoco estas mismas bases, como sucede en otros ámbitos de la Administración pública, por ejemplo la Administración militar, la posibilidad de que la plaza obtenida en su caso quedara condicionada a la superación de las pruebas físicas una vez hubiera dado a luz, ese Ayuntamiento optó por suspender a doña (...).

Entendió esta Institución que de ser ciertos estos hechos se habría creado una situación de discriminación contraria a la política de igualdad que es exigible al citado Ayuntamiento, sobre todo teniendo en cuenta que la perspectiva de ser padre no perjudicó al esposo de la interesada,

que al parecer concurrió igualmente a estas pruebas sin ningún tipo de impedimentos o limitación.

A la vista de estos antecedentes, se valoró la necesidad de admitir a trámite esta queja con carácter de oficio, al amparo de lo dispuesto en el artículo 9.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, solicitando al Alcalde de Madrid la remisión del informe preceptuado por el artículo 18.1 de dicha Ley Orgánica.

Recientemente hemos recibido el informe solicitado en el que el Ayuntamiento de Madrid expone que la interesada con fecha 20 de julio de 2001 interpuso recurso de alzada contra el acuerdo adoptado por el tribunal calificador solicitando o bien que se le eximiera de las pruebas físicas o bien que se le emplazara nuevamente para su realización con posterioridad a haber dado a luz.

Del mismo modo se expone que la selección de personal de los funcionarios de la Administración local se rige por lo dispuesto en el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y programas mínimos de procedimiento de selección de los funcionarios de Administración local, y, en concreto, respecto a la selección de los funcionarios del Cuerpo de Policía Municipal ésta debe adaptarse al estatuto funcionarial propio de los miembros de los Cuerpos de Policía Local, dictado al amparo de lo dispuesto en la disposición final primera de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

A continuación nos concreta que el recurso interpuesto por la interesada ha sido desestimado porque las bases de la convocatoria, en concreto la base 8.2 solamente recoge la posibilidad de la exención para aquellos funcionarios que se encuentran disminuidos en sus condiciones físicas, a causa de un accidente profesional acaecido con motivo del ejercicio de la función policial, y nada contempla, ni en su variante de exención ni en su modalidad de suspensión provisional, para el supuesto de que la aspirante tuviera en el momento de la realización de las pruebas físicas disminuidas sus condiciones a causa de un embarazo.

Reconoce igualmente el Ayuntamiento de Madrid que la citada base 8.2 es transcripción literal del apartado 2º del artículo 59 del Decreto 112/1993 de 28 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento Marco de Organización de Policías Locales, norma, que, junto con la Ley 4/1992, de 8 de julio, de Coordinación de Policías Locales de la Comunidad de Madrid, es legislación de referencia en las cuestiones de promoción interna de los funcionarios de los Cuerpos de Policía Municipal de los distintos ayuntamientos de dicha Comunidad.

De hecho el apartado 3 del precitado artículo exige que tanto el contenido de las pruebas que integran la fase de oposición así como su desarrollo se establecerá por la Comunidad de Madrid, debiendo por tanto el Ayuntamiento de Madrid ajustarse a las mismas, dándose sin embargo la circunstancia, como acabamos de ver, de que «... ni la normativa estatal ni la normativa autonómica de aplicación a los procesos de selección y promoción de los funcionarios del Cuerpo de Policía Municipal contienen determinaciones que regulen la singularidad de lo supuestos de embarazo y parto durante el desarrollo de un proceso selectivo en el sentido de guardar notas, exámenes o eximir y puntuar determinadas pruebas». Se produce por tanto una laguna legal que el Ayuntamiento de Madrid no puede solventar, al carecer de capacidad normativa para regular estos supuestos.

El propio Ayuntamiento de Madrid, en el informe remitido a esta Institución hace constar que ante la falta de capacidad normativa del mismo, se elevará al pleno de la corporación desde la Concejalía de Promoción de la Igualdad y Empleo, una propuesta para que se inste a ese Ministerio de Administraciones Públicas, la inclusión en la legislación estatal de las singularidades específicas que precisan los supuestos de embarazo y parto durante los procesos selectivos. En iguales términos se indica que se elevará también una propuesta a la Comunidad de Madrid.

Después de la investigación iniciada ante el precitado consistorio y tras comprobar la veracidad de la noticia en los términos en que se publicó, esta Institución entiende que este vacío normativo está impidiendo a las mujeres, pertenecientes al Cuerpo de Policía Municipal del Ayuntamiento de Madrid y de los otros ayuntamientos de la Comunidad de Madrid, que se encuentren embarazadas su promoción y ascenso, lo que supone una vulneración del artículo 14 de la Constitución.

Al margen de la valoración que pueda hacerse de la interpretación restrictiva que el Ayuntamiento de Madrid ha hecho de la base 8.2 de la convocatoria, y de su ausencia de voluntad para extender su aplicación a la interesada al hacer una interpretación en sentido literal de la norma, es cierto que la gestación no esta contemplada expresamente en ninguna de las normas a las que se ha hecho referencia a lo largo de este escrito y que de regularse específicamente, se lograría una mayor seguridad jurídica a la par que se eliminaría una situación de discriminación por razón de sexo, impropia de nuestro ordenamiento jurídico.

Debe tenerse en cuenta que es un imperativo jurídico dar respuesta a la exigencia irrenunciable de promover la igualdad real de la mujer en todos los ámbitos, lo que conlleva, si es necesario, a introducir aque-

llas reformas en la legislación vigente que sean precisas si se aprecia que la maternidad, futura o reciente, supone un perjuicio a la aspirante que concurre a pruebas de acceso o promoción a la función pública.

A la vista de lo expuesto, esta Institución al amparo del artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida en que la cuestión expuesta afecta a derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, ha valorado la conveniencia de dar traslado a V. E. de la siguiente recomendación:

«Que en el ámbito de sus competencias promueva la modificación de la normativa que sea precisa para que el embarazo de la aspirante al acceso o promoción a cualquier Cuerpo de la Administración Pública, y en concreto de la Policía Local, no suponga un obstáculo o impedimento, de tal manera que esta circunstancia se contemple en las bases de las futuras convocatorias y se le dé el tratamiento legal mínimo necesario para que ninguna aspirante pueda verse discriminada por su condición de mujer».

Madrid, 10 de enero de 2002.

**Recomendación dirigida al Ministro de Administraciones Públicas.**

**Recomendación 6/2002, de 10 de enero, sobre modificación de la normativa existente para la selección y promoción dentro de los Cuerpos de la Policía Local de la Comunidad de Madrid.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 395.)*

Como consecuencia de diversas noticias aparecidas en los medios de comunicación, esta Institución tuvo conocimiento de que el pasado mes de junio de 2001 la policía municipal del Ayuntamiento de Madrid (...) fue eliminada de las pruebas de ascenso a la categoría de cabo por no poder realizar las pruebas físicas, debido a su avanzado estado de gestación.

Según se señalaba en la prensa, la interesada había superado con éxito, al igual que su marido, la primera fase del concurso y la primera de las tres pruebas específicas a las que debían someterse los candidatos. Sin embargo no se admitió su solicitud de ser eximida de las pruebas físicas, como permitían las bases de la convocatoria para aquellos aspirantes que alegaran accidente laboral, pues se consideró su embarazo como una patología y no como un accidente.

Por otro lado, al no contemplar tampoco estas mismas bases, como sucede en otros ámbitos de la Administración, la posibilidad de que la plaza obtenida en su caso quedara condicionada a la superación de las pruebas físicas una vez hubiera dado a luz, ese Ayuntamiento optó por suspender a doña (...).

Entendió esta Institución que de ser ciertos estos hechos se habría creado una situación de discriminación contraria a la política de igualdad que es exigible al citado Ayuntamiento, sobre todo teniendo en cuenta que la perspectiva de ser padre no perjudicó al esposo de la interesada, que al parecer concurrió igualmente a estas pruebas sin ningún tipo de impedimentos o limitación.

A la vista de estos antecedentes, se valoró la necesidad de admitir a trámite esta queja con carácter de oficio, al amparo de lo dispuesto en el artículo 9.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, solicitando al Alcalde de Madrid la remisión del informe preceptuado por el artículo 18.1 de dicha Ley Orgánica.

Recientemente hemos recibido el informe solicitado en el que el Ayuntamiento de Madrid expone que la interesada con fecha 20 de julio de 2001 interpuso recurso de alzada contra el acuerdo adoptado por el tribunal calificador solicitando o bien que se le eximiera de las pruebas físicas o bien que se le emplazara nuevamente para su realización con posterioridad a haber dado a luz.

A continuación nos concreta que tal recurso ha sido desestimado porque las bases de la convocatoria, en concreto la base 8.2 solamente recoge la posibilidad de la exención para aquellos funcionarios que se encuentran disminuidos en sus condiciones físicas a causa de un accidente profesional acaecido con motivo del ejercicio de la función policial, y nada contempla, ni en su variante de exención ni en su modalidad de suspensión provisional, para el supuesto de que la aspirante tuviera en el momento de la realización de las pruebas físicas disminuidas sus condiciones a causa de un embarazo.

Reconoce a continuación que la citada base 8.2 es transcripción literal del artículo 59.2 del Decreto 112/1993 de 28 de octubre, por el que se aprueba el reglamento Marco de Organización de Policías Locales, norma que, junto con la Ley 4/1992, de 8 de julio de Coordinación de Policías Locales de la Comunidad de Madrid, es legislación de referencia en las cuestiones de promoción interna de los funcionarios de los cuerpos de policía municipal de los distintos ayuntamientos de dicha Comunidad.

De hecho el apartado 3 del precitado artículo exige que tanto el contenido de las pruebas que integran la fase de oposición así como su desarrollo se establecerá por la Comunidad de Madrid, debiendo por tanto el Ayuntamiento de Madrid ajustarse a las mismas, dándose sin embargo la circunstancia, como acabamos de ver, de que «... la normativa autonómica de aplicación a los procesos de selección y promoción de los funcionarios del Cuerpo de Policía Municipal no contiene determinaciones que regulen la singularidad de los supuestos de embarazo y parto durante el desarrollo de un proceso selectivo en el sentido de guardar notas, exámenes o eximir y puntuar determinadas pruebas». Se produce por tanto una laguna legal que el Ayuntamiento de Madrid no puede solventar al carecer de capacidad normativa para regular estos supuestos.

El propio Ayuntamiento de Madrid, en el informe remitido a esta Institución hace constar que ante la falta de capacidad normativa del mismo, se elevará al pleno de esa corporación desde la Concejalía de Promoción de la Igualdad y Empleo, una propuesta para que se inste a esa Comunidad de Madrid a fin de que modifique la normativa específica que es de aplicación a la selección y promoción del personal al servicio de los cuerpos de Policía Local, incluyendo una regulación específica de los supuestos de embarazo y parto. En iguales términos se indica que se elevará también una propuesta al Ministerio de Administraciones Públicas.

Después de la investigación iniciada ante el precitado consistorio y tras comprobar la veracidad de la noticia en los términos en que se publicó, esta Institución entiende que este vacío normativo, está impidiendo a las mujeres que se encuentren embarazadas pertenecientes al Cuerpo de Policía Municipal del Ayuntamiento de Madrid y de los otros ayuntamientos de la Comunidad de Madrid su promoción y ascenso, lo que supone una vulneración del artículo 14 de la Constitución.

Al margen de la valoración que pueda hacerse de la interpretación estricta que el Ayuntamiento de Madrid ha hecho de la base 8.2 de la convocatoria, y de su ausencia de voluntad para extender su aplicación a la interesada al hacer una interpretación en sentido literal de la norma, es cierto que la gestación no está contemplada expresamente ni en la Ley 4/1992, de 8 de julio ni en el Decreto 112/1993, de 28 de octubre. Por ello de regularse específicamente el estado de embarazo, se lograría una mayor seguridad jurídica a la par que se eliminaría una situación de discriminación por razón de sexo, impropia de nuestro ordenamiento jurídico.

Debe tenerse en cuenta que es un imperativo jurídico dar respuesta a la exigencia irrenunciable de promover la igualdad real de la mujer en todos los ámbitos, lo que conlleva, si es necesario, a introducir aquellas reformas en la normativa vigente que sean precisas si se aprecia que la maternidad, futura o reciente, supone un perjuicio a la aspirante que concurre a pruebas de acceso o promoción a la función pública.

A la vista de lo expuesto, esta institución al amparo del artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida en que la cuestión expuesta afecta a derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, ha valorado la conveniencia de dar traslado a V. E. de la siguiente recomendación:

«Que se proceda a la modificación de la normativa específica que es de aplicación a la selección y promoción del personal al servicio de los



cuerpos de policía local de la Comunidad de Madrid, de tal manera que se regule específicamente aquella situación en la que la aspirante, en el momento de realizar las correspondientes pruebas físicas, se encuentra embarazada, de tal manera que este hecho físico no le suponga ningún obstáculo o impedimento ni en el acceso a la función pública ni en su promoción».

Madrid, 10 de enero de 2002.

**Recomendación dirigida al Presidente de la Comunidad de Madrid.**

**Recomendación 7/2002, de 16 de enero, sobre despenalización de la insumisión.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 393.)*

Quisiera ante todo manifestarle la preocupación de esta Institución, y la de algunos comisionados autonómicos que me lo han hecho saber, en relación a la situación de los insumisos responsables de delitos de negativa al cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria.

En primer lugar, la importancia del asunto, patente en el amplio eco que ha tenido en la prensa, nos obliga institucionalmente a una profunda reflexión, coadyuvando así a clarificar un tema frecuentemente tergiversado, o mal entendido desde la opinión pública.

En un Estado democrático la desobediencia civil no es una vía legítima para promover cualesquiera iniciativas de carácter colectivo, y esta vía ilegítima sólo es tolerable en la medida en que no lesiona o pone en peligro bienes jurídicos de la colectividad que el Estado debe proteger; en esto consiste, a grandes rasgos, la tesis del Tribunal Constitucional en su conocida sentencia 160/87 y otras sobre el mismo tema.

Entrando ya en la cuestión mencionada al principio, también es preciso deshacer algunos equívocos, como el de la equiparación de la insumisión en general, cuyas conductas se encuentran tipificadas en los artículos 527 y 604 del Código Penal, con otras conductas como las que integran los tipos de la desertión o la insubordinación grave. Si no nos atuviéramos estrictamente a las conductas referidas en los artículos citados, estaríamos poniendo en cuestión la totalidad de los delitos especiales propios de carácter militar cometidos por militares de reemplazo; delitos como el ya mencionado de desertión que, además, ni es previsible ni razonable que desaparezcan.

Desde la perspectiva anterior, el indulto, con carácter individual y sujeto a las peculiaridades procesales que le son propias, puede ser remedio idóneo para cada situación personal específica; a este respecto, y sin perjuicio de la consideración individual de cada expediente y de las circunstancias que en él concurren, esta Institución ha de manifestarse favorable a la concesión de indultos para aquellos militares de reemplazo que hayan sido condenados por delitos de desertión o desobediencia en el ámbito del servicio militar, siempre bajo la premisa de que hayan sido cometidos sin mediar violencia, intimidación en las personas o daño material, o que en este último caso dicho daño haya sido reparado por el culpable.

Delimitado así el asunto, esta Institución estima que resultaría conveniente la modificación de la normativa penal con la finalidad de producir una despenalización de las conductas referidas en los artículos 527 y 604 del Código Penal, toda vez que ha desaparecido el deber jurídico que les servía de sustento. La despenalización de estas conductas tendría como consecuencia, por virtud de lo dispuesto en el artículo 2 del Código Penal, la revisión de todas las condenas, hubieran o no adquirido carácter de firmeza, en aplicación de la ley más favorable. Este beneficio de la aplicación de la ley más favorable, de añeja tradición en nuestro Derecho histórico, desde la legislación de 1848, no tiene más justificación que la de humanizar las penas, incluso por encima de lo que la lógica jurídica demandaría, aspecto éste suscitado por toda la doctrina y recogido en alguna sentencia del Tribunal Supremo, como la de 25 de noviembre de 1991.

Sin embargo, no se puede olvidar la preeminencia de consideraciones político-criminales sobre otras meramente dogmáticas y, por tanto, la consideración en primer lugar de las consecuencias prácticas de la aplicación de la pena que, en este caso, viene a salvaguardar un bien jurídico que se ha configurado de manera distinta.

Superada en el ámbito penal una ontología de los valores que hoy nadie pretende defender, las funciones concretas e instrumentales del Derecho penal, y su tendencia hacia la garantía, también expresada desde la intervención mínima, hacen rechazable la idea de conservar una conminación penal sobre un deber jurídico extinguido, y también hacen rechazable la idea de continuar aplicando una pena a personas condenadas por unos hechos que hoy ya no constituyen delito.

En este sentido, la consideración formal del deber de cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria como mera suspensión, no oculta su carácter de permanencia. Ahora bien, no siendo previsible su reinstauración al haberse optado por un modelo de Fuer-

zas Armadas profesionales, no parece razonable el mantenimiento de unos preceptos conminatorios materialmente vacíos de contenido.

Esta Institución se congratula por la favorable disposición de los ministerios concernidos, de la cual se ha adquirido constancia por diversos medios de comunicación, para avanzar en la solución del problema planteado, valorando asimismo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, la conveniencia de formular a V. E. la siguiente recomendación:

«Que se inicien los trámites oportunos para promover la reforma del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), al objeto de despenalizar las conductas contempladas en los artículos 527 y 604 del mismo.

Que se tenga en cuenta, a la hora de resolver sobre los indultos que se soliciten en relación a delitos cometidos por militares de reemplazo, en particular los de deserción, el menor desvalor de la conducta por el carácter no profesional del militar, y la desaparición del deber de cumplimiento del servicio militar a los efectos de atenuar la responsabilidad».

Madrid, 16 de enero de 2002.

**Recomendación dirigida al Ministro de Justicia.**



**Recomendación 8/2002, de 21 de enero, sobre profesores tutores.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 402.)*

Han comparecido ante esta Institución doña (...), junto con cinco promoventes, todos ellos profesores tutores que prestan sus servicios docentes en el Centro Asociado de (...) en esa Universidad, en relación con su queja, tramitada con el número arriba expresado.

Los comparecientes cuestionan la indefinición de la naturaleza jurídica de la figura del profesor tutor de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, toda vez que, si bien indican que los profesores tutores están en posesión de la *venia docendi*, no disponen de contrato de trabajo, ni tampoco se encuentran incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social.

En concreto solicitan los interesados que se introduzcan las modificaciones normativas necesarias respecto al régimen tutorial, solicitando a esta Institución que recomiende a las autoridades públicas competentes la adopción para estos profesionales de un contrato de trabajo o, subsidiariamente, uno de naturaleza administrativa.

Concluyen los citados promoventes que durante los últimos años han mantenido diversos contactos y reuniones con representantes de esa autoridad académica, exponiendo la problemática aludida, sin que hasta la fecha se haya emprendido actuación alguna para encontrar una solución satisfactoria al problema.

Del contenido de las pretensiones de los interesados se dio traslado, en su momento, a esa Universidad, quien sustancialmente expuso en su informe, en relación a la vinculación del profesor tutor con la Universidad por una parte y con los patronatos de los centros asociados por otra,

que en la actualidad se atienen a lo que ordena el Real Decreto 2005/1986, de 25 de septiembre, sobre régimen de la función tutorial en los centros asociados de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

Por lo que respecta al reconocimiento de la figura de profesor tutor a efectos de promoción docente, afirma esa Universidad que en las convocatorias públicas de plazas de profesorado, se tiene en cuenta lo que indica el artículo 4º.2 del citado Real Decreto.

Continuaba informando esa Administración de que se estaba a la espera de la aprobación y publicación de la Ley Orgánica de Universidades para adaptar esta figura docente, si fuera necesario; no obstante indica que el colectivo de profesores que desempeñan la función tutorial en los centros asociados de la UNED está compuesto en la actualidad por 5.439 personas, de los que un 78 por 100 son funcionarios con dedicación compatible con la tutoría, gracias a la normativa actual en la que se fundamenta esta figura, por lo que afirma que alterar en estos momentos, con carácter general, la definición y normativa del Profesor tutor afectaría a la situación de una gran parte de este profesorado.

Añade su informe que la dedicación que declaran los profesores tutores que se han dirigido al Defensor del Pueblo no es la normal y que la misma está lejos de la media de dedicación del colectivo, que, en su mayoría, no superan las tres horas semanales, señalando que según prevé la disposición adicional 2ª del Real Decreto 2005/1986, citado, el Patronato del centro asociado, siempre que se den las circunstancias que así lo aconsejen, podría introducir las modificaciones a este régimen tutorial general.

Concluía esa Administración, en relación con la solicitud expresa de los reclamantes para ser contratados directamente por esa Universidad Nacional, que únicamente podría darse tal eventualidad a través de las figuras de profesorado establecidas en la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria y normas de desarrollo.

Una vez trasladado este informe a los comparecientes y finalizado y cumplimentado el trámite de alegaciones acordado, esta Institución ha valorado positivamente las consideraciones realizadas por esa Administración, en orden a no descartar la posibilidad de contratar con estos docentes a través de las figuras de profesorado establecidas en la Ley Orgánica 11/1983, de Reforma Universitaria, así como de introducir posibles modificaciones para adaptar esta figura docente a las previsiones que *lege ferenda* incorpore la Ley Orgánica de Universidades.

Sobre ese particular y respecto a la forma en que esa Universidad pueda vincular a estos docentes en el marco de una relación de servicios, se ha informado a los promoventes de que no resulta posible en sede del Defensor del Pueblo sustituir el margen de decisión que tiene esa autoridad educativa para adoptar las políticas que respecto a su personal considere necesarias dentro del ejercicio de sus potestades de autoorganización.

Sin embargo, respecto a algunas de las cuestiones planteadas en esta queja, el Defensor del Pueblo ha apreciado la existencia de una actividad administrativa que, en la actualidad y pese a revestir una apariencia de legalidad basada en un estricto cumplimiento de la norma reglamentaria citada, no parece adecuarse a las exigencias constitucionales que se derivan de lo dispuesto en los artículos 9.2, 35.1 y 41 de la Constitución.

Constituye el objeto de esta queja la excepcional situación que padecen los interesados en cuanto que mantienen una relación de servicios con esa Universidad que rebasa algunos contenidos del Real Decreto 2005/1986, de 25 de septiembre que regula la actividad tutorial, circunstancia ésta que no sólo desnaturaliza la institución de la tutoría, sino que crea *ex novo* una relación jurídica que debiera ser tutelada dados los derechos constitucionales e intereses legítimos que se ventilan en este procedimiento.

En efecto, esta Institución advierte una doble situación de la que podrían deducirse irregularidades. De un lado, que algunos de estos docentes superan en la actualidad las setenta y cinco horas de dedicación que el artículo 3 del citado Real Decreto prevé como límite a partir del cual esta relación de servicio es considerada como desempeño de un puesto de trabajo o actividad a los efectos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

Una segunda situación anómala, conectada con la anterior, podría tener su origen en la equiparación prevista de estos docentes con los becarios, conforme dispone el artículo 5 de dicho Real Decreto, siendo así que, dándose esta semejanza, resulta aplicable la definición aportada por la doctrina jurisprudencial al señalar que,

«La beca como institución jurídica tiene un carácter gratuito y una finalidad docente en beneficio del perfeccionamiento y ampliación de conocimientos y formación del becario, que recibe ayudas, en metálico, en especie o en ambas a la vez para facilitarle sus estudios» (entre otras, SSTCT 22 octubre 1975, 13 enero 1979 y 14 octubre 1982).



Pues bien, siguiendo esta línea jurisprudencial, la institución jurídica del régimen tutorial equiparada a la beca, no se corresponde en su naturaleza, carácter y finalidad con el supuesto aquí contemplado, toda vez que la exclusiva vinculación académica que se pretende hacer ver en esta relación, se expande hacia una más amplia función en la que, de forma sucesiva, estos profesores, a través de la concesión de la *venia docendi*, han venido transmitiendo sus conocimientos a los alumnos, prestando un apoyo complementario a la docencia que ha repercutido en un aprovechamiento para ese centro universitario.

En este contexto, habida cuenta de la presunción de laboralidad dimanante del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, y dado que las horas trabajadas por estos profesores supera la franja horaria del artículo 3 del Real Decreto citado, podemos en la actualidad entender que concurren las notas previstas en el artículo 1.º.1 de dicho texto legal, que califica como laboral la relación jurídica existente entre las partes en la que se den —como parece ocurrir en este caso— las notas de voluntariedad, ajeneidad, retribución y sometimiento a una organización empresarial docente (por todas STS, 24 mayo 1996).

En consecuencia, una adecuada interpretación de las normas que regulan el ejercicio de los derechos contenidos en el artículo 35.1 y 41 de la Constitución, permite adaptar para este supuesto una solución que no prive a los interesados del derecho constitucional a integrarse en el Régimen Público de la Seguridad Social, en los términos en que prevé el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

Por lo que respecta a las objeciones que esa Administración ha realizado respecto al posible perjuicio de una gran parte del profesorado, esta Institución debe señalar que no se pretende alterar con carácter general la definición y normativa del profesor tutor, como tampoco quebrantar el necesario principio de inderogabilidad singular reglamentaria previsto en el artículo 52.2 de la Ley de Procedimiento Común, pues todo lo contrario, aprovechando la cláusula de apoderamiento que introduce la disposición adicional segunda del Real Decreto 2005/1986 citado, resulta posible introducir modificaciones en relación a un número determinado de profesores tutores, en función de su dedicación académica.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, he resuelto, al amparo de la facultad que me confieren los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, formular la siguiente recomendación:

«Que por esa Universidad Nacional de Educación a Distancia se adopten las medidas necesarias que tiendan a facilitar a los profesores

tutores que en la actualidad no están dados de alta, el reconocimiento al derecho constitucional a la Seguridad Social, en los términos en que prevé el artículo 41 de la Constitución».

Madrid, 21 de enero de 2002.

**Recomendación dirigida a la Rectora de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.**



**Recomendación 9/2002, de 23 de enero, sobre creación de una base de datos con carácter nacional, en la que se recojan, tanto el ADN de las personas fallecidas sin identificar, como el de aquellos familiares que voluntariamente quieran aportar el suyo.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 385.)*

Como consecuencia de las actuaciones realizadas desde esta institución, a raíz de la documentación que presentó la Asociación (...), que agrupa a familiares de personas desaparecidas, se han podido conocer una serie de situaciones que afectan tanto a las personas desaparecidas como a sus familiares.

En este momento existen aproximadamente algo más de 2.000 casos sin resolver que afectan a personas desaparecidas. Según indica la citada Asociación en la actualidad hay en España aproximadamente 1.200 personas que han fallecido sin poder ser identificadas, siendo posible que alguna de las personas que están siendo buscadas hubieran fallecido y sin embargo, al no utilizarse las técnicas de análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN), no es posible comprobar ese hecho. También pone de manifiesto dicha Asociación que los medios de comunicación de titularidad pública, especialmente las televisiones deberían colaborar para emitir en las franjas horarias de máxima audiencia fotografías de personas desaparecidas, sobre todo cuanto existan indicios fundados de que su ausencia se ha producido en contra de su voluntad o bien cuando esas personas tengan sus facultades mentales disminuidas.

A la vista de la información facilitada por la expresada Asociación, desde el Defensor del Pueblo se solicitó la colaboración de ese Ministerio, en relación a la primera de las cuestiones señaladas, para conocer si estaba en proyecto la creación de un banco de datos genéticos respecto

de personas fallecidas sin identificar. Desde ese Ministerio se informó que actualmente la Dirección General de la Guardia Civil dispone de dos ficheros de ADN. Uno de ellos es conocido con el nombre de *Programa Fénix* y consiste en la obtención del ADN de muestras cedidas voluntariamente por los familiares directos de la persona desaparecida y de muestras extraídas de los cadáveres sin identificar, previa autorización judicial. Según se hace constar en la información que se remitió, este programa ha abierto una nueva vía de carácter humanitario, al margen de la investigación criminal, ya que con él se pretende mejorar la respuesta que se viene dando para la localización de personas desaparecidas así como para identificar a cadáveres anónimos.

Igualmente se reconoce desde ese Ministerio que si la base de datos de ADN fuera única y abarcara a todos los cadáveres sin identificar, independientemente del cuerpo policial implicado y se consiguiera un número amplio de donaciones voluntarias de familiares, los resultados para localizar e identificar a personas desaparecidas serían más positivos.

A la vista de la información recibida de ese Ministerio así como de la documentación que ha remitido la Asociación (...), desde el Defensor del Pueblo se estima que sería de gran utilidad el poder contar con un fichero genético a nivel nacional en el que, además de contar con la «huella genética» de las personas fallecidas sin identificar, se pudiera disponer también de la de los familiares de los desaparecidos que voluntariamente quisieran someterse a las pruebas de ADN.

El desarrollo científico y técnico ha dado lugar a la introducción de nuevas técnicas de gran utilidad en todo tipo de investigaciones, si bien muchas de esas técnicas innovadoras todavía no han tenido un soporte normativo en nuestro ordenamiento, a pesar de que en los años 1995 y 1998 se presentaron unas proposiciones de ley para regular las bases de datos de ADN, las cuales no fueron finalmente aprobadas.

La regulación normativa de esta materia requiere de una serie de garantías, ya que la utilización de esas técnicas entra en conflicto con determinados derechos fundamentales (derecho a la dignidad personal, derecho a la integridad física, derecho a no declarar contra sí mismo, derecho a la intimidad, etc.). Además su aplicación práctica debe ser realizada teniendo en cuenta unos principios que han sido abordados en la sentencia n.º 207/1996, de 16 de diciembre, del Tribunal Constitucional. Ahora bien la creación de un fichero genético a nivel nacional, con la finalidad que aquí se propone, no requiere de todas las garantías que son necesarias en las investigaciones por hechos delictivos, toda vez que la obtención del ADN a los familiares del desaparecido, sería siempre vo-

luntaria y por otra parte la obtención de la «huella genética» a la persona fallecida sin identificar, requeriría en todos los casos la intervención de una autoridad judicial, un juez de instrucción en los casos de muertes violentas, o un juez encargado del registro civil en los casos en los que no haya indicios de muertes de esa naturaleza.

La propuesta que se realiza no sería utilizada para investigar hechos delictivos, sino que su finalidad fundamental sería la de localizar a personas que encontrándose desaparecidas hubieran fallecido sin tener constancia de ello. Sería suficiente con ciertas garantías en todo lo relativo a la conservación de las muestras así como en el tratamiento y cesión de los datos. En el caso concreto de los familiares, los datos que voluntariamente ellos aportaran, sólo podrían ser utilizados, lógicamente, con la finalidad de encontrar a sus parientes.

La gestión y custodia de este fichero genético de carácter nacional, podría encomendarse a una futura Agencia Nacional de Perfiles de ADN, para que bajo su supervisión y control pudieran utilizarse todos los datos existentes en dicho fichero. La naturaleza y el marco competencia de dicha Agencia, podría ser el que se fijó en el borrador de anteproyecto de ley reguladora de las bases de datos de ADN que se publicó en el *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia*, suplemento n.º 1854 de 1 de octubre de 1999. De esta manera ese organismo autónomo podría aglutinar a las distintas bases de datos que hoy existen en los diferentes cuerpos policiales (Policía Nacional: base de datos *la Humanitas* y base de datos *la Veritas*. Y la Guardia Civil: base de datos *Adnic* y base de datos *Fénix*).

Por supuesto, en la elaboración de la norma que desde esta Institución se propone, se tendría en cuenta la Ley Orgánica 5/1992 de 29 de octubre, Reguladora del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, en la medida en que los datos obtenidos se incorporaran a bases de datos o ficheros informatizados. Igualmente habría que tener en cuenta las dos resoluciones del Consejo de la Unión Europea, que se refieren a esta materia, la de 9 de junio de 1997, en la que se invitó a todos los Estados miembros a que consideraran la creación de bases de datos nacionales sobre ADN y la de 25 de junio de 2001 en la que se determinaron los aspectos técnicos que debe reunir toda investigación relativa al ADN.

Tal y como se indicaba al inicio de esta comunicación, además de la cuestión tratada anteriormente, también expresaron las personas que forman parte de la Asociación (...), la conveniencia de que los medios de comunicación públicos, especialmente las televisiones, pudieran colaborar para encontrar a las personas que desaparecen sobre todo cuando

existen indicios fundados de que la ausencia se produce en contra de su voluntad o bien cuando esas personas tienen sus facultades mentales disminuidas. Para abordar este aspecto se solicitó la colaboración de Televisión Española, desde donde se ha participado que la dificultad mayor que existe para colaborar en este tipo de asuntos, se centra en definir y delimitar los casos que deben ser objeto de ese tratamiento informativo. En opinión de Televisión Española, debería existir un órgano o institución distinta del propio ente público, capaz de establecer en qué casos y con qué condiciones pueden emitirse ese tipo de servicios, protegiendo también el libre derecho de las personas a vivir alejados de sus familias.

Por todo lo anterior, esta Institución al amparo del artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida en que los puntos expuestos afectan a derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y se refieren a materias que son competencias de ese departamento, ha valorado la conveniencia de dar traslado a V. E. de la siguiente recomendación:

«1.º Que se proceda a crear una base de datos de carácter nacional, a la que tengan acceso tanto el ADN de las personas fallecidas sin identificar, como el de aquellos familiares que voluntariamente quieran aportar el suyo, con la finalidad de contar con un instrumento que ayude a localizar e identificar a aquellas personas que figurando como desaparecidas hayan podido fallecer. Que a la hora de regular esa base de datos se tengan en cuenta las consideraciones que se han efectuado en el contenido del presente escrito.

2.º Que se determinen los supuestos en los que puede resultar beneficioso para los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, así como para los familiares de personas desaparecidas, que los medios de comunicación de titularidad pública, especialmente las televisiones, colaboren en la búsqueda de personas desaparecidas sobre todo cuando existen indicios fundados de que la ausencia no ha sido voluntaria o bien cuando se trate de personas con sus facultades mentales disminuidas. En estos casos debe ser obligatorio para esos medios de comunicación prestar la colaboración que se les demande».

Madrid, 23 de enero de 2002.

**Recomendación dirigida al Ministro del Interior.**

**Recomendación 10/2002, de 23 de enero, sobre mejora de las garantías en materia sancionadora de tráfico y prescripción de interpretaciones extensivas e injustificadas de los deberes impuestos a los ciudadanos.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 397.)*

Agradecemos su atento escrito, en el que nos contesta a la queja planteada por don (...), registrada con el número arriba indicado.

En dicho escrito se manifiesta, por lo que se refiere al deber de identificar al conductor responsable de la infracción, que «la petición de identificación adecuada y precisa (bien por fotocopia del pasaporte, documento nacional de identidad u otro medio similar) parte del riesgo que la conducción de vehículos ocasiona para personas o bienes y en tal circunstancia el dejarlo a otra por el titular conlleva a la presunción (salvo en caso de robo) de confianza o seguridad en la persona que lo conduce. Ha de evitarse así las falsas identificaciones que acontecen en muchos casos, cuando los titulares señalan como conductores de sus vehículos a personas que no lo han sido y aportan documentos que no son exactos».

Asimismo, se señala que la Ley de Bases de Tráfico 18/1989, de 25 de julio, establece respecto del titular del vehículo «un especial deber de diligencia que le obligará a conocer y facilitar a la Administración todos los datos necesarios para identificar al conductor» y que, a tal respecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 197/1995, de 21 de diciembre, declara que el artículo 72.3 de la Ley de Tráfico y Seguridad Vial recoge la obligatoriedad del titular de identificar al conductor a requerimiento de la Administración.

En relación con el contenido de dicho informe, ponemos en su conocimiento que esta Institución se dirigió el 14 de octubre de 1997 al Subsecretario de Interior para sugerirle que procediera a revocar la multa



impuesta al titular de un vehículo que había comunicado el nombre, apellidos y domicilio del conductor presuntamente responsable, ya que la comunicación de dichos datos se consideraba suficiente para dar por cumplida la obligación prevista en el artículo 72.3 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, no siendo necesario a tal fin aportar el número del DNI.

La Subsecretaría del Ministerio del Interior aceptó la sugerencia formulada y nos remitió un informe, de fecha 16 de enero de 1998, en el que se reconocía que no existe base legal suficiente para requerir con carácter general a los titulares de los vehículos el número del DNI de los conductores, cuando se aportan otros datos significativos para su identificación, como es el nombre y el domicilio de quien presuntamente cometió la infracción.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 197/1995, de 21 de diciembre, al analizar lo dispuesto en el artículo 72.3 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial sobre el deber de identificar al conductor responsable de la infracción, se refiere a la obligación de hacer una declaración que exteriorice un contenido relativo a la identidad de quien realizaba la conducción en un momento determinado, de comunicar a la Administración el nombre del conductor del vehículo o la identidad de quien realizaba la conducción; expresiones que no permiten deducir que este deber de colaboración implica la obligación de comunicar el número del DNI o del permiso de conducir, ni de aportar la fotocopia de este permiso, ni tampoco la carga de probar a la Administración quién lo conducía al tiempo de producirse una supuesta infracción de tráfico.

La obligación del titular del vehículo a que se refiere el citado artículo 72.3 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, debe interpretarse en relación con lo dispuesto en apartado 6 de la Base octava de la Ley 18/1989, de 25 de julio, de Bases sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, que establece que el especial deber de diligencia del titular del vehículo por el que debe aportar los datos necesarios para identificar al conductor tiene como objeto poder dirigir contra éste el correspondiente procedimiento sancionador.

Para alcanzar la finalidad que se pretende, es decir que la Administración pueda notificar la denuncia al posible infractor, es suficiente que el órgano instructor del expediente tenga conocimiento del nombre, apellidos y domicilio del conductor del vehículo.

Indudablemente existen otros datos que identifican a una persona, como son el lugar y la fecha de su nacimiento, el nombre de sus padres,

el número de su DNI, su profesión, etc., pero el contenido concreto del deber de identificación al que hace referencia el citado artículo 72.3 ha de delimitarse considerando el objeto de la declaración que se exige al titular del vehículo, que es identificar a la persona que conducía el vehículo para que pueda la Administración dirigir contra ella el procedimiento sancionador.

Por todo cuanto antecede, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, hemos considerado conveniente recomendar a V. I. que modifique el criterio que sigue en la actualidad sobre el cumplimiento del deber del titular del vehículo de identificar al conductor responsable de la infracción y, en consecuencia, no considere que se produce la infracción prevista en el artículo 72.3 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, cuando el titular del vehículo indica quién era el conductor y aporta los datos que permiten a la Administración dirigir contra éste el procedimiento sancionador.

Como consecuencia directa de la precedente recomendación y en relación con el caso concreto que afecta a don (...), esta Institución ha considerado necesario sugerir a V. I. que dicte las instrucciones oportunas para que se proceda a revocar la resolución sancionadora que se impuso al interesado en el procedimiento sancionador número 00/16194.

Madrid, 23 de enero de 2002.

**Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Logroño.**



**Recomendación 11/2002, de 28 de enero, sobre el perfeccionamiento del régimen disciplinario de la Policía Municipal de Madrid<sup>2</sup>.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 398.)*

Se acusa recibo a su atento escrito, de fecha 14 de noviembre del presente año, en el que nos contesta a la queja tramitada con carácter de oficio y registrada con el número arriba indicado.

En el informe de referencia se participa que se ha procedido al archivo definitivo de las actuaciones en vía administrativa, habida cuenta del Auto dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 19 de los de Madrid, decretando el sobreseimiento provisional del juicio de faltas 14/2000.

No obstante lo anterior, en el citado informe no se manifiesta si, por parte de ese Ayuntamiento, se aceptaba o no la recomendación formulada, con carácter general, por esta Institución.

Por ello, quedamos a la espera de un nuevo informe al respecto.

Madrid, 28 de enero de 2002.

**Recomendación dirigida al Alcalde de Madrid.**

---

<sup>2</sup> Recomendación 7/2001, publicada en el volumen correspondiente al año 2001 de esta serie.



**Recomendación 12/2002, de 1 de febrero, sobre la reserva de plazas de acceso al segundo ciclo universitario para estudiantes procedentes de universidades que no tengan implantado dicho segundo ciclo.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 397.)*

Presentada queja ante esta Institución por doña (...) y registrada con el número Q0023911 se dio por admitida al estimar que reunía los requisitos legalmente establecidos, iniciándose la investigación a la que se refiere el artículo 18 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, ante esa Universidad Politécnica de Valencia.

La queja de referencia tenía su objeto en la aplicación efectuada por esa Universidad de la Orden de la Consejería de Cultura y Educación de la Generalidad Valenciana, de 29 de mayo de 2000, por la que se regulan los procedimientos de admisión a enseñanzas universitarias en la Comunidad Valenciana, y en concreto de la previsión de reserva del 15 por 100 del total de las plazas para estudiantes procedentes de universidades del distrito universitario valenciano que no tengan implantado el segundo ciclo en centros públicos de las mismas, correspondiendo el 5 por 100 de reserva para estudiantes procedentes de otras universidades.

El Real Decreto 69/2000, de 21 de enero, en su artículo 24, señala lo siguiente: «El acceso a un segundo ciclo que no constituya continuación directa del primer ciclo cursado, así como a enseñanzas de sólo segundo ciclo, se realizará de conformidad con las prioridades y criterios de valoración que establezca cada Comunidad autónoma, a propuesta de las universidades de su territorio, respetando, en todo caso, las siguientes previsiones:

1.<sup>a</sup> Cuando se trate de acceso al segundo ciclo de enseñanzas de primero y segundo ciclos, las universidades deberán reservar un por-

centaje mínimo de plazas, a determinar por las correspondientes comunidades autónomas, a estudiantes procedentes de cualquier universidad que no tenga implantado dicho segundo ciclo en centros públicos de la misma...».

Por su parte, la Consejería de Cultura y Educación de la Generalidad Valenciana, mediante Orden de 29 de mayo de 2000 dispone en su séptimo apartado que «La admisión a un segundo ciclo previo, así como a enseñanzas de sólo segundo ciclo, se determinará de conformidad con las prioridades y criterios de valoración siguientes:

a) Las universidades reservarán el 15 por 100 del total de las plazas para estudiantes procedentes de universidades del distrito universitario valenciano que no tengan implantado el segundo ciclo en centros públicos de las mismas y el 5 por 100 para estudiantes procedentes de otras universidades. En ningún caso podrá quedar vacante plaza alguna si existieran aspirantes».

En consecuencia, esa Universidad Politécnica de Valencia tendría la obligación de reservar el 15 por 100 de las plazas disponibles para acceder a la Escuela Técnica Superior de Arquitectura de Valencia desde Arquitectura Técnica, sólo en el supuesto de que existiesen estudiantes de esta titulación procedentes de universidades del distrito universitario valenciano que no tuvieran implantado el segundo ciclo en centros públicos de las mismas.

A este respecto y frente a la opinión defendida por la señora (...) en sus reclamaciones administrativas ante esa Universidad —a la que pretendía acceder a través del 15 por 100 de plazas reservadas—, se ha venido manteniendo por V. E. el criterio de que la Universidad de Alicante sí tiene implantados los estudios de Arquitectura Superior, a los que se puede acceder desde los de Arquitectura Técnica de su propia Universidad, por lo que no procedería esa reserva del 15 por 100 para acceder a la E.T.S. de Arquitectura de Valencia, para los titulados Arquitectos Técnicos procedentes, como la interesada, de la Universidad de Alicante.

En virtud de tal criterio, y según se manifestaba expresamente en los informes remitidos por esa Universidad a esta Institución, la Escuela Técnica Superior de Arquitectura de Valencia sólo viene reservando el 5 por 100 del total de plazas para los estudiantes procedentes de otras universidades, quedando las restantes para estudiantes de la propia Universidad Politécnica.

Partiendo de tales datos esta Institución consideró que en el acceso a esa Universidad de titulados en Arquitectura superior, la reserva del

15 por 100 mencionada carece de operatividad alguna, pues no parecía existir en el ámbito de la Comunidad Valenciana la posibilidad de que se diera el supuesto que en la misma se preveía, ya que tanto en la Universidad Politécnica de Valencia como en la de Alicante se imparten enseñanzas para la obtención del título de Arquitecto Técnico, y en ambas universidades se imparten asimismo las enseñanzas correspondientes a Arquitectura Superior, por lo que no existirían en el distrito universitario valenciano universidades a cuyos alumnos se pudiera aplicar el criterio en el que se fundamenta la citada reserva del 15 por 100 de las plazas.

Analizados estos supuestos, el Defensor del Pueblo resolvió trasladarlos a la Consejería de Cultura y Educación de la Generalidad, desde donde se nos ha remitido un informe con el siguiente contenido:

«A pesar de que existen en la Comunidad Valenciana dos escuelas de Arquitectura (Universidad Politécnica de Valencia y Universidad de Alicante), debe tenerse en cuenta el hecho de que se trata de dos situaciones absolutamente distintas desde un punto de vista académico, puesto que la Universidad de Alicante ya desde su inicio, implantó un plan de estudios con arreglo al Real Decreto 1497/87, de 27 de marzo, mientras la E.T.S. de Arquitectura de la Universidad Politécnica de Valencia todavía mantiene un plan de estudios antiguo (no estructurado en créditos) basado en el de 1964, con diversas modificaciones. Este hecho resulta decisivo para el tema de la queja por lo siguiente:

El Plan de Estudios de Valencia contempla la incorporación al segundo ciclo mediante la realización de un curso de adaptación compuesto por asignaturas específicas, establecido exclusivamente, para los titulados Arquitectos Técnicos que hubiesen cursado el Plan de estudios de 1972 y ello en base a lo establecido en la Orden de 31 de julio de 1974 (BOE de 11 de septiembre de 1974).

La E.T.S. de Arquitectura de Alicante, al no implantar dicho Plan, no puede establecer el citado procedimiento de acceso segundo ciclo, con lo que los titulados técnicos antes indicados lo solicitan en Valencia y si lo hacen en Alicante se han de preinscribir para el primer curso.

Resulta por tanto evidente que la Universidad de Alicante no tiene implantado el segundo ciclo, motivo por el cual es totalmente procedente la aplicación por la Universidad Politécnica de Valencia del porcentaje del 15 por 100 para los titulados Arquitectos Técnicos del Plan antes citado».

Cabe deducir de lo anterior una clara discrepancia con el criterio que ha venido manteniendo esa Universidad respecto a la aplicación del



repetido porcentaje del 15 por 100, ya que mientras V. E. negaba abiertamente que debiera éste aplicarse a los titulados Arquitectos técnicos que, como la formulante de la queja, procedieran de la Universidad de Alicante, el órgano autonómico consultado señala la obligación de esa Universidad de aplicar el repetido porcentaje a los citados titulados.

En consecuencia, esta Institución, al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, reguladora del Defensor del Pueblo, procede a formular a V. E. como máxima autoridad de esa Universidad la siguiente recomendación:

«Que mientras permanezca vigente en esa Universidad el actual Plan de Estudios de Arquitectura, y en observancia de lo previsto en el artículo 24.1º del Real Decreto 69/2000, de 21 de enero, el porcentaje de reserva de plazas que en virtud de tal precepto determine la Generalidad Valenciana se aplique a las solicitudes de acceso al segundo ciclo de Arquitectura formuladas por alumnos procedentes de la Universidad de Alicante».

Madrid, 1 de febrero de 2002.

**Recomendación dirigida al Rector de la Universidad Politécnica de Valencia.**

**Recomendación 13/2002, de 8 de febrero, sobre mejora de las garantías procedimentales de la Ordenanza de Recogida y Retirada de Vehículos.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 399.)*

Agradecemos su atento escrito (referencia: 001321), en el que nos contesta a la queja planteada por don (...), registrada con el número arriba indicado.

En dicho escrito se señala que se actuó conforme a lo previsto en el artículo 6 de la Ordenanza Fiscal número 8 de ese Ayuntamiento, reguladora de la tasa por recogida y retirada de vehículos indebidamente estacionados en la vía pública, que señala que «para mayor facilidad de los afectados podrá liquidarse la tasa correspondiente mediante recibo que podrá ser hecho efectivo en el acto a los agentes de la autoridad debidamente acreditados».

Asimismo, se manifiesta que fue expedido otro recibo en impreso normalizado que el interesado nunca retiró de las dependencias de la Policía Local, a pesar de haber sido advertido verbalmente que obraba allí a su disposición.

En relación con el contenido de dicho informe, esta Institución ha valorado la conveniencia de poner en su conocimiento las siguientes consideraciones:

La entrega de un simple recibo por el importe de una tasa no puede considerarse equivalente a la notificación de la liquidación a que hace referencia el artículo 124 de la Ley General Tributaria.

La notificación de la liquidación de una tasa debe expresar los elementos esenciales de la misma y los medios de impugnación que puedan

ser ejercitados, con indicación de plazos y organismos en que habrán de ser interpuestos.

Lo previsto en el artículo 6 de la Ordenanza Fiscal, es decir la posibilidad de liquidar la tasa mediante recibo que podrá ser hecho efectivo en el acto, para mayor facilidad de los afectados, no excluye la notificación posterior de la liquidación en los términos previstos en la Ley General Tributaria.

El sujeto pasivo de la tasa, para hacer posible el pleno ejercicio de sus derechos, debe tener conocimiento de los elementos esenciales de la liquidación y de las posibilidades de impugnación de la misma.

Por todo cuanto antecede, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, hemos considerado conveniente recomendar a V. E. que valore la oportunidad de dictar las instrucciones oportunas para que en aquellos casos en los que se liquide la tasa por recogida y retirada de vehículos indebidamente estacionados en la vía pública mediante un recibo que podrá ser hecho efectivo en el acto, se notifique posteriormente la liquidación al sujeto pasivo con expresión de los elementos esenciales de la misma y de los medios de impugnación que puedan ser ejercitados.

Madrid, 8 de febrero de 2002.

**Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Yecla (Murcia).**

**Recomendación 14/2002, de 11 de febrero, para que se agilice la tramitación de las pensiones de jubilación no contributivas.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 396.)*

En su día compareció ante esta Institución don (...) poniendo de manifiesto su precaria situación económica por la que había estado cobrando el Ingreso Madrileño de Integración, hasta la fecha en que cumplió los sesenta y cinco años. En dicha fecha, presentó la documentación necesaria para el reconocimiento del derecho a una pensión de jubilación en su modalidad no contributiva, habiendo transcurrido dos meses sin ingreso alguno.

Solicitado informe a esa Consejería, se comunica que con fecha 7 de junio de 2001, se concedió al interesado el derecho a la pensión solicitada el 22 de marzo anterior, y fue incluido en el pago referente al mes de julio siguiente la mensualidad correspondiente y los atrasos.

De cuanto antecede se desprende que, aun cuando la Administración no incumplió el plazo máximo previsto en las disposiciones vigentes para resolver la solicitud del interesado, el señor (...) tuvo que hacer frente durante cuatro meses a sus necesidades mínimas de subsistencia, sin contar para ello con ningún tipo de ingreso.

En relación con ello debe considerarse la finalidad, tanto de la cuantía que el interesado percibía en concepto de Ingreso Madrileño de Integración, como la de la pensión de jubilación no contributiva, destinadas ambas a satisfacer necesidades básicas de los ciudadanos, de modo que el retraso en el abono de estas prestaciones que se entregan de una sola vez, obliga a los beneficiarios, entre tanto, a solventar su difícil situación por otros medios. Además, al ser el mismo órgano administrativo el encargado de la gestión de las dos prestaciones y existir requisitos

comunes como la carencia de ingresos que dicho órgano debe conocer, no se justifica la notable demora existente entre la finalización de la primera y el efectivo pago de la segunda.

En mérito a cuanto antecede y, en uso de las atribuciones que le vienen conferidas por el artículo 54 de la Constitución y el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, esta institución dirige a esa Consejería de Servicios Sociales la siguiente recomendación:

«Que se dicten las instrucciones pertinentes para agilizar la tramitación del reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación, en su modalidad no contributiva, y de forma especial en aquellos supuestos en que los interesados vean extinguida su incorporación al programa de Ingreso Madrileño de Integración, por haber cumplido la edad de sesenta y cinco años; de manera que los afectados tengan reconocido su derecho al percibo de dicha pensión desde el primer mes que les corresponda. Todo ello, incidiendo en la actuación conforme al principio de eficacia, recogido en el artículo 103 de la Constitución Española».

Madrid, 11 de febrero de 2002.

**Recomendación dirigida a la Consejera de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid.**

**Recomendación 15/2002, de 11 de febrero, sobre resolución administrativa sancionadora.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 406.)*

Se ha recibido su escrito de fecha 8 de octubre de 2001, en el que contesta a la queja formulada por doña (...) en representación de la confitería (...), que fue registrada en esta Institución con el número arriba indicado.

En el informe emitido por V. E. se indica que, de acuerdo con el artículo 111.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la eficacia ejecutiva del acto administrativo no queda enervada por la interposición de un recurso administrativo.

Sin embargo, olvida ese Ayuntamiento que estamos en presencia de una resolución administrativa sancionadora que, según prevé el artículo 138.3 de la mencionada Ley sólo son ejecutivas cuando adquieren firmeza en vía administrativa, por lo que se carecía de potestad para proceder a la ejecución del acto sancionador mientras no se hubiese dictado la correspondiente resolución al recurso de reposición presentado.

La actuación municipal en este acto ha sido contraria a los principios que según la Constitución y la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común deben regir en el procedimiento administrativo sancionador.

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en auto de 26 de abril de 1996 que textualmente dice: «De lo expuesto resulta que una sanción administrativa será ejecutiva cuando se haya agotado la vía administrativa, con independencia del control que sobre dicha actuación administra-

tiva puedan desplegar los tribunales de justicia; criterio, por cierto, que ha sido acordado normativamente en el artículo 138.3 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el Real Decreto 1398/1993, de 4 agosto, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora».

Por consiguiente, de acuerdo con lo dispuesto anteriormente, si a la interesada se le hubiesen ocasionado gastos derivados de la ejecución anticipada de la resolución administrativa sancionadora, debe proceder ese Ayuntamiento a la devolución de oficio de los mismos, toda vez que carecía de competencias para la exacción de la citada sanción.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, procede formular a V. E. la siguiente recomendación: «Que se den las órdenes oportunas para que en los procedimientos sancionadores que se sigan en ese Ayuntamiento se proceda conforme ordena el artículo 138.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, en consecuencia, no se ejecuten las resoluciones hasta que no hayan adquirido firmeza en vía administrativa».

Madrid, 11 de febrero de 2002.

**Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Madrid.**

**Recomendación 16/2002, de 18 de febrero, sobre renuncia a la condición de Guardia Civil.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 383.)*

Ante esta Institución compareció don (...), solicitando nuestra intervención.

Sustancialmente exponía que con fecha 17 de marzo de 2001 solicitó la renuncia a la condición de Guardia Civil por haber obtenido plaza de funcionario interino como Policía Local en el Ayuntamiento de (...), todo ello al amparo de los artículos 88 y 89 de la Ley 42/1999, de Régimen de Personal de la Guardia Civil. En concreto, el apartado 1 de este último precepto dispone que la renuncia a la condición de Guardia Civil y de militar de carrera de la Guardia Civil, requerirá un preaviso con una antelación mínima de seis meses, salvo circunstancias personales excepcionales que reglamentariamente se determinen.

Según el interesado, el problema radica en que al no haberse producido todavía el desarrollo reglamentario de la aludida Ley, aún no se han fijado esas circunstancias personales excepcionales que pudieran eximirle del requisito de preaviso de seis meses, considerando que esta inactividad reglamentaria únicamente imputable a la Administración, le está causando graves perjuicios.

Iniciada la oportuna investigación ante la Dirección General de la Guardia Civil, se indicó a esta Institución que las circunstancias personales excepcionales a las que hace referencia el artículo 89.1 de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, está previsto regularlas en el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Adquisición y Pérdida de la Condición de Militar de Carrera de la Guardia Civil y de Situaciones Administrativas de dicho Cuerpo, cuya elaboración, en se-



gunda prioridad del desarrollo reglamentario de dicha Ley, está previsto que comience a principios del año 2002.

Asimismo, y en relación a la cuestión planteada por esta Institución sobre las medidas a adoptar a los efectos de que, en tanto se apruebe el correspondiente Reglamento, se definan y reconozcan las denominadas «circunstancias personales excepcionales», con el fin de no dejar vacío de contenido un derecho expresamente reconocido por Ley, la citada Dirección General puso de manifiesto que al tenor literal del artículo 89.1, se deduce que el preaviso a la renuncia a la condición de Guardia Civil no constituye ni puede constituir en sí mismo, manifestación de renuncia, y que sólo podrá eximirse de preaviso a los interesados en los que concurrieren las circunstancias personales excepcionales que defina el Reglamento, por lo que, a falta del mismo, no parece viable establecer dispensa singular del requisito del preaviso.

En atención al contenido del informe remitido, esta Institución considera que al no haberse fijado aún esas circunstancias personales excepcionales, se está imposibilitando a un determinado grupo de funcionarios el ejercicio de un derecho que la Ley les reconoce, siendo evidentes los perjuicios tanto personales como profesionales que a los miembros de dicho instituto que desean renunciar a la condición de Guardia Civil, les está causando el retraso en la elaboración del Reglamento de desarrollo de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, pues si tal y como indica el informe remitido su elaboración está prevista que comience a principios del año 2002, serían casi tres años desde la aprobación de la citada Ley.

La renuncia a la condición de Guardia Civil constituye la manifestación de un derecho situado en el ámbito de la autonomía de la voluntad de su titular, que no puede depender o estar sujeto a la voluntad de un tercero, y que su ejercicio solo puede estar condicionado al cumplimiento de los requisitos que establecidos por Ley posibiliten su ejercicio, no pudiendo la ausencia de determinación normativa, a nuestro juicio, erigirse en obstáculo insalvable al ejercicio del derecho. Así pues, correlativa al derecho del funcionario de renunciar a la condición de Guardia Civil, está la obligación de la Administración de declarar la extinción de la relación funcionarial de servicios o pérdida de tal condición por renuncia del solicitante.

Por todo lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, se ha resuelto formular la siguiente recomendación:

«Que se adopten las medidas oportunas para que se agilicen, en la medida de lo posible, los trabajos de elaboración del Reglamento de desarrollo de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil, con el fin de no dejar vacío de contenido el derecho expresamente reconocido a los miembros de dicho instituto en los artículos 88 y 89 que, en aplicación de los mismos, soliciten renunciar a tal condición».

Madrid, 18 de febrero de 2002.

**Recomendación dirigida al Subsecretario del Ministerio de Defensa.**



**Recomendación 17/2002, de 1 de marzo, sobre habilitación urgente de un nuevo centro de internamiento de inmigrantes para la isla de Fuerteventura y mejora inmediata de las condiciones del que funciona como tal.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 386.)*

Como V. E. conoce, esta Institución viene mostrando en los informes que anualmente eleva a las Cortes Generales su preocupación por la situación en que se encuentran los inmigrantes que pretenden entrar irregularmente en nuestro territorio desde las costas españolas, fundamentalmente de Andalucía y Canarias.

En los últimos años se viene experimentando un fenómeno por el cual la llegada de estos inmigrantes se ha desplazado a estas islas, debido probablemente, entre otros factores, al incremento de las medidas de control en el Estrecho de Gibraltar.

El elevado número de personas llegadas a la isla de Fuerteventura obligó a la Administración ya en el año 1999 a habilitar un recinto en el que dar alojamiento y manutención a estas personas, en tanto se resolvía sobre su situación administrativa. Este recinto, que es una antigua terminal del aeropuerto para recogidas de maletas en desuso, comenzó a ser utilizado para esta nueva función con carácter provisional, pero es lo cierto que transcurridos tres años desde entonces, no se ha habilitado otro lugar más adecuado para la estancia de estos inmigrantes.

El Defensor del Pueblo ha visitado este recinto en distintas ocasiones, y ha reflejado en los informes anuales correspondientes las graves deficiencias observadas durante las visitas y la absoluta inadecuación de estas instalaciones para el albergue de inmigrantes. Así se puso de manifiesto en los informes anuales de los años 1999 y 2000.

Ante las alarmantes noticias, ampliamente divulgadas en los medios de comunicación de la insostenible situación en la que se encontraban estas instalaciones, el día 26 de febrero de 2002 doña María Luisa Cava de Llano, Adjunta Primera del Defensor del Pueblo, se desplazó a la isla de Fuerteventura para comprobar personalmente las condiciones del recinto en el que se alberga a los inmigrantes.

En el curso de la visita se examinaron las instalaciones y se mantuvieron distintas reuniones con el Director Insular de la Administración General en Fuerteventura, el Comisario de Policía de la isla, los coordinadores de CEAR y de Cruz Roja y, telefónicamente se contactó con el Decano del Colegio de Abogados de Las Palmas. Asimismo, la Adjunta del Defensor del Pueblo mantuvo personalmente conversaciones con todos los inmigrantes alojados en este recinto que lo desearon, a fin de tener un conocimiento exhaustivo de la situación.

Tras la realización de esta visita se ha elaborado un acta, cuya copia se acompaña para su mejor conocimiento, en la que queda reflejada la grave situación en que se encuentran los inmigrantes alojados en este recinto.

En lo que se refiere a la estructura del recinto, esta Institución no considera necesario extenderse, ya que se trata de una información ya conocida por ese Ministerio. No obstante, se ha de señalar que las instalaciones resultan absolutamente insuficientes para albergar al alto número de personas que allí se alojan (205 en el momento de la visita), sin ventilación ni espacios abiertos, prácticamente ocupadas en su totalidad por literas y colchones en un lamentable estado de conservación.

Durante la visita se puso un especial énfasis en la constatación de los servicios de los que disponen estas personas, fundamentalmente jurídicos y sanitarios, con la finalidad de constatar el grado de cumplimiento de las garantías exigidas en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en su reglamento de desarrollo, y en la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999.

En lo que se refiere a los aspectos jurídicos, preocupa a esta Institución la existencia de una deficiente asistencia letrada de oficio, que al parecer se realiza en muchos casos de forma global y no individualizada, y que existe sólo en el momento de la incoación de los expedientes, bien de devolución, bien de expulsión, sin que se informe a los interesados de sus derechos y de la posibilidad de solicitar asilo en algunos casos en los que existen motivos para ello.

En lo que respecta a la asistencia sanitaria, ésta es prestada por un solo médico dependiente de la Policía que presta servicios en Lanzarote

y Fuerteventura, que únicamente se desplaza al centro cada 15 ó 20 días, pese a que las condiciones de llegada de estas personas y las insalubres condiciones de vida durante su permanencia en el centro exigirían una especial atención.

En este sentido, Cruz Roja señaló a esta Institución la insuficiencia de medios para poder atender las necesidades médicas y asistenciales que estos inmigrantes requieren.

Dada la gravedad de la situación resulta ocioso extenderse sobre cada una de las condiciones que el centro debería tener, tanto estructural como organizativamente. Esta Institución considera que las deficiencias observadas quedan suficientemente reflejadas en el acta que se acompaña, y que de ello se desprende que el centro en el que se aloja a los inmigrantes en Fuerteventura no sólo incumple la normativa que para estos centros exige la legislación vigente, sino que carece de los requisitos mínimos exigibles para la estancia de estas personas en condiciones aceptables.

Por todo ello esta Institución ha valorado la necesidad de dirigir a V. E. las siguientes recomendaciones, al amparo de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril:

1.º Que se proceda a habilitar un recinto adecuado para albergar dignamente a las personas inmigrantes llegadas de forma irregular a la isla de Fuerteventura, removiéndose los obstáculos que puedan dificultar la apertura de otro centro.

2.º Que, en tanto se habilita este otro centro, se subsanen con la máxima urgencia los dos aspectos señalados (asistencia jurídica y sanitaria), a fin de que se garantice la prestación de estos servicios en la forma prevista en la Ley.

Por último cúmplenos poner en conocimiento de V. E. que con esta misma fecha se procede a iniciar la correspondiente investigación de oficio, ante el Decano del Colegio de Abogados de Las Palmas, en lo que se refiere a la asistencia jurídica gratuita que se presta a estos inmigrantes.

Madrid, 1 de marzo de 2002.

**Recomendación dirigida al Ministro del Interior.**



**Recomendación 18/2002, 7 de marzo, para que las actuaciones de gestión que le corresponden en los procesos de adjudicación de becas y ayudas al estudio observen las normas de carácter procedimental legal y reglamentariamente exigibles.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 395.)*

Presentada queja ante esta Institución por doña (...) en nombre de su hijo don (...) y registrada con el número Q0108190 se dio por admitida al estimar que reunía los requisitos legalmente establecidos y se promovió la investigación sumaria e informal para el esclarecimiento de los supuestos en que se basaba dando cuenta de ello a V. E., mediante comunicación del día 27 de septiembre de 2001, a los efectos que prevé el artículo 18 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de nuestra Institución.

La señora (...) hacía referencia en su queja a los trámites administrativos procedimentales que siguieron a la solicitud de beca formulada por su hijo, al amparo de la Orden de 16 de febrero de 2001 —por la que se convocaron becas para los alumnos que fueran a iniciar estudios universitarios en el curso 2001/2002—, señalando algunos supuestos que podían implicar la inobservancia de las reglas de procedimiento recogidas en la propia Orden de convocatoria y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Analizados los datos generados con motivo de las investigaciones efectuadas, cabe deducir que esa Universidad de Barcelona remitió una comunicación a 299 estudiantes cuyas solicitudes debían ser subsanadas, significándoles que éstas no habían sido admitidas a trámite, y que debían volver a presentar la solicitud, debidamente cumplimentada, en el momento de formalizar la matrícula en el centro universitario donde finalmente obtuvieran plaza.



Lo anterior implica la infracción de lo que establece el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al disponer que «si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo anterior y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos...», así como también lo que en concordancia con lo anterior contemplaba el artículo 33.1 de la propia Orden de 16 de febrero de 2001, por la que se convocaron estas becas, al señalar que «las solicitudes de beca serán examinadas para comprobar si reúnen los requisitos exigibles para, en caso contrario, exigir al interesado con el fin de que subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos...».

Al margen de lo anterior esta circunstancia impidió que los 299 solicitantes afectados pudieran aprovechar la finalidad principal perseguida por la repetida convocatoria, dirigida a que los alumnos que iban a iniciar sus estudios universitarios conocieran si reunían las condiciones para obtener beca antes de llevar a cabo su preinscripción en la Universidad.

Por todo ello, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, procedemos a formular a V. E., como máxima autoridad académica de esa Universidad y quien ejerce su dirección, gobierno y gestión, la siguiente recomendación:

«Que en lo sucesivo las actuaciones de gestión que correspondan a esa Universidad en los procesos de adjudicación de becas y ayudas al estudio de carácter general, observen las normas de carácter procedimental previstas en las órdenes de convocatoria y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

Madrid, 7 de marzo de 2002.

**Recomendación dirigida al Rector de la Universidad de Barcelona.**

**Recomendación 19/2002, de 7 de marzo, para que las solicitudes de exención o reducción de precios por pertenecer a familia numerosa formuladas ante ella, por alumnos del Instituto Nacional de Educación Física (INEF), sean resueltas de conformidad con el mismo régimen normativo general que, a tal efecto, se aplica a los alumnos de la Universidad Politécnica de Madrid.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 396.)*

Se ha recibido en esta Institución escrito de V. E. de fecha 26 de noviembre de 2001, (s/ref. salida n.º 019020) sobre la queja presentada por don (...), y registrada con el número arriba indicado.

Analizada detenidamente la comunicación de V. E., así como todos los datos generados con motivo de la tramitación de la presente queja, es preciso señalar cuanto sigue:

Se aducía por esa Universidad que la condición de miembro de familia numerosa alegada por el señor (...) no había sido suficientemente justificada por el mismo, al carecer de la apostilla de La Haya el documento aportado a tal fin.

A este respecto es evidente que para reconocer a cualquier ciudadano los derechos que propugna la Ley 25/1971, de 19 de junio, de Protección a las Familias Numerosas resulta en primer lugar exigible la suficiente acreditación del cumplimiento de su condición de miembro de familia numerosa.

Sin embargo no es menos evidente que, de poder confirmar esta condición, al formulante de la queja le correspondería incuestionablemente el derecho a que cualquiera de las universidades públicas de Madrid le concediera en el curso 2001/2002 determinadas exenciones o reducciones en el pago de los precios públicos por estudios conducentes a

títulos oficiales, y ello por haber quedado así establecido en la Ley 25/1971, de 24 de junio, de Protección a las Familias Numerosas, y en el Decreto 87/2001, de 21 de julio (*BOCAM* de 27 de junio de 2001).

Esta Institución no puede compartir el criterio alegado por V. E., respecto a la imposibilidad competencial que determinaría el hecho de que no pueda aplicar dicha exención por tratarse, el Instituto Nacional de Educación Física, de un centro adscrito y no integrado en la misma.

En primer lugar, por Real Decreto 1192/1998, de 12 de junio, el Instituto Nacional de Educación Física y las enseñanzas que imparte quedaron transferidos a la Comunidad de Madrid, adscribiéndose posteriormente por Decreto 155/1998, de 3 de septiembre a esa Universidad Politécnica de Madrid para impartir las enseñanzas conducentes al título oficial de licenciado en Ciencias de la Actividad Física y el Deporte.

De los datos obrantes en esta Institución se desprende que esta adscripción quedó configurada como un periodo transitorio para proceder a la integración una vez efectuadas determinadas adecuaciones de personal. Sin embargo la impartición de enseñanzas oficiales no quedó afectada de transitoriedad alguna. En este sentido los centros adscritos a una universidad pública tienen reconocimiento legal pleno para impartir enseñanzas conducentes a la obtención de títulos oficiales de conformidad con el artículo 8 de la Ley Orgánica 11/1983, de 2 de agosto, de Reforma Universitaria, y por tanto, y en el ámbito de las normas de la universidad a la que están adscritos, para cobrar los precios públicos y eximir de los mismos.

En consecuencia esta Institución considera que al ser los alumnos del Instituto Nacional de Educación Física alumnos de esa Universidad Politécnica de Madrid —que es quien oferta las plazas y admite a los alumnos que las ocupan y quien expide sus títulos oficiales—, el régimen aplicable a efectos del pago de precios públicos por servicios académicos universitarios es el general de los alumnos de la Universidad Politécnica de Madrid.

En consecuencia, y dado que en el último informe de esa Universidad no se hace mención alguna de la imposibilidad competencial alegada por V. E. en su momento para aplicar exenciones o reducciones en el pago de los precios a los alumnos del Instituto Nacional de Educación Física, se procede a recomendar a V. E., como máxima autoridad académica de la Universidad y quien ejerce su dirección, gobierno y gestión, que las solicitudes de exención o reducción de precios que propugna la

Ley 25/1971, de 19 de junio, de Protección a las Familias Numerosas, formuladas ante esa Universidad por alumnos del Instituto Nacional de Educación Física, sean resueltas de conformidad con el mismo régimen normativo general que a tal efecto se aplica a los alumnos de la Universidad Politécnica de Madrid.

Madrid, 7 de marzo de 2002.

**Recomendación dirigida al Rector de la Universidad Politécnica de Madrid.**



**Recomendación 20/2002, de 7 marzo, sobre la exteriorización de los planes de pensiones de los trabajadores de la banca.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 396.)*

Establecemos de nuevo contacto con V. E., en relación con la queja Q9713815, que versa sobre el problema planteado por la disposición transitoria decimocuarta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, a los trabajadores de entidades financieras debido a que dicha disposición transitoria establece, con carácter general, la obligación de las empresas de exteriorizar los compromisos por pensiones que tengan con sus trabajadores constituyendo, a tal efecto, fondos de pensiones externos con el fin de garantizar la percepción efectiva de las prestaciones y desvincularla del riesgo propio de la actividad empresarial, quedando excluidos de esta obligación los bancos que podrán mantener los compromisos por pensiones en la forma en la que lo venían haciendo hasta ahora, esto es, mediante planes internos.

Ante esta excepción, los trabajadores del sector se sienten perjudicados ya que se ven privados de la posibilidad de transferir o movilizar las cantidades dotadas para el pago de sus pensiones si cambian de trabajo, posibilidad que sí tendrían si constituyeran fondos externos, de conformidad con la normativa reguladora de los planes y fondos de pensiones, considerando, además, que esta excepción supone una vulneración del derecho a la libre circulación de trabajadores en el ámbito nacional y comunitario.

Sobre esta cuestión, tanto el Ministerio de Economía y Hacienda como la Dirección General de Seguros han defendido el modo en que se ha articulado la excepción y negado que la misma produzca un efecto discriminatorio para los trabajadores de entidades financieras, no obstante el Consejo de Estado declara, en su dictamen emitido el 22 de sep-

tiembre de 1999 con motivo de la tramitación del proyecto del reglamento regulador de esta materia y con respecto a esta excepción, la existencia de diferencia de trato sobre trabajadores de entidades financieras y los de las demás empresas, que no fueron recogidos en el texto definitivo del Reglamento sobre instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios, aprobado por el Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, manteniéndose la pérdida del derecho a pensión complementaria de los trabajadores del sector financiero en los casos de cesación anticipada de la relación laboral.

En el informe remitido acerca de ello ese Ministerio sostiene que los comparecientes hacen una interpretación errónea de la norma, al considerar que discrimina a los trabajadores del sector financiero al no reconocerles el derecho de rescate, pues creen que la norma ha impuesto el reconocimiento de este derecho al resto de los sectores obligados a la adaptación cuando, por el contrario, dado su carácter instrumental, la norma tampoco reconoce *per se* este derecho a los trabajadores de otros sectores, obligados a exteriorizar cuando los compromisos se han configurado entre las partes como meras expectativas de derecho. Es decir, la protección de los derechos a las prestaciones de vejez en virtud de los regímenes complementarios que la legislación debería garantizar se deja en manos de la concertación dentro de las empresas.

No obstante se informaba que se había interpuesto recurso contencioso administrativo contra el capítulo IV del Real Decreto 1588/1999, por varias asociaciones de trabajadores, en cuyo procedimiento probablemente se hayan personado otras partes interesadas en representación de las entidades de crédito. Pese a encontrarse el asunto sub júdice, se solicitó de ese departamento el envío de la documentación en la que sustentaba las consideraciones realizadas en su informe, remitiendo, entre otros, los siguientes documentos:

— Sentencia de 22 de junio de 1999, de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dictada en el procedimiento de conflicto colectivo número 55/1999, interpuesto por Caja de Ahorros y pensiones de Barcelona, contra las secciones sindicales de CC. OO., UGT, S.E.G.P.B., F.E.C. y S.I.B., cuyo fallo estima la demanda declarando que en los supuestos de extinción de la relación laboral entre la entidad demandante y los partícipes del Régimen de Previsión del personal de la Caixa, por causa distinta a la jubilación, muerte o invalidez permanente (total, absoluta o gran invalidez) del trabajador éste no tiene ningún derecho de rescate, transferencia o movilización del fondo constituido para la cobertura de tales contingencias.

— Recurso contencioso-administrativo n.º 556/99 contra el capítulo IV del Reglamento de instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios, aprobado por Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, interpuesto por la Asociación (...) y 11 más.

— Sentencia n.º 12/98 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 13 de febrero de 1998, que desestima la demanda interpuesta por (...) contra (...). sobre conflicto colectivo.

— Sentencia n.º 1618/1998 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre el recurso de casación interpuesto contra la anterior sentencia n.º 12/98, cuya parte dispositiva desestima el citado recurso de casación.

Con posterioridad, el interesado se ha vuelto a dirigir a la Institución solicitando la intervención del Defensor del Pueblo para que se le reconozca junto al resto de los trabajadores del sector financiero español, que el compromiso por pensión complementaria derivado de la aplicación del vigente convenio colectivo de Banca y cuyas dotaciones realiza la entidad bancaria donde presta sus servicios (...), se realice, al igual que el resto de empresas del sector ajenas al financiero, de forma individualizada, con reconocimiento del derecho a pensión que tenga en cada momento y la posibilidad de movilización del mismo en caso de cambio de empresa o país de residencia, aunque, y mientras preste servicio en este banco, permanezca en su balance como fondo interno.

En este sentido, la Secretaría Estatal Técnica (...) se ha dirigido al Banco de España denunciando las actuaciones llevadas a cabo por los bancos que han suscrito pólizas de seguro, a lo largo de la década de los 90, para cambiar los compromisos por pensiones con sus empleados en activo y jubilados y realizando una serie de consideraciones a este respecto.

Así, se manifiesta que los citados bancos suscribieron pólizas de seguros sin la adhesión e información a los asegurados que exigen los artículos 76.4. y 106 del Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, que aprueba el Reglamento de Ordenación del Seguro Privado y, por ello, actualmente siguen su curso varias reclamaciones iniciadas por miembros de la Plataforma por las Pensiones ante la Dirección General de Seguros y secundadas por varios cientos de trabajadores. En algún caso este organismo de control ha considerado que la posibilidad excepcional de los bancos para mantener sus compromisos por pensiones como fondo interno, exime a estos contratos de cumplir con las obligaciones de adhesión e información que ordena la citada norma, pero reconoce la ne-



cesidad de que los asegurados en la póliza consientan, por escrito, su aseguramiento por causa de muerte.

Consideran que el motivo que movía a los bancos a suscribir estos contratos de seguros es que el tipo de interés en estas pólizas de seguros es superior al que se aplica a los fondos internos en el balance de las entidades, lo que determina una diferencia favorable al banco, entre el valor calculado de los fondos de pensiones internos y el valor de los contratos de seguros, diferencia de la que los bancos han dispuesto para abonarla a beneficios extraordinarios.

Por otra parte, se indica que a las dotaciones para la provisión de los fondos internos ha de imputárseles los rendimientos generados a su favor, pues las dotaciones anuales deberán determinarse atribuyendo a dichos fondos, además, una determinada rentabilidad que incrementa su cuantía, no siendo deducible fiscalmente este costo financiero, de tal modo que suscribir un contrato es una forma de eludir esta tributación.

A propósito de ello, se pone de relieve las observaciones realizadas por la Agencia Tributaria en su informe al proyecto de reglamento sobre instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios «Las diferencias contables, financieras y fiscales son abismales entre los fondos internos y las operaciones de seguros o similares. A título de ejemplo, analícese la proliferación de estas operaciones como forma de eludir la no deducibilidad del coste financiero de los rendimientos por intereses generados a favor del fondo ya constituido, exigido por la Circular 4/1991, de 14 de junio, del Banco de España o entidades de crédito sobre normas de contabilidad y medidas de estados financieros».

Es el tomador del seguro, esto es, el propio banco, quien se reserva el derecho de rescate por causa distinta a la jubilación o el fallecimiento del trabajador asegurado, es decir, por causa de su cese o despido.

Se añade que desde 1999 la Plataforma por las Pensiones ha cursado diversas reclamaciones ante el Banco de España debido, por una parte, a la hipótesis de una edad generalizada de jubilación a los 65 años que, por lo general, utilizan los bancos para fijar las provisiones de fondos internos o para la suscripción de los contratos de seguros, pues ello determina que, con la apariencia de que los compromisos por pensiones están cubiertos al 100 por 100, como obliga el Banco de España y el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios, en realidad se está enmascarando un déficit considerable, dado que para los trabajadores que se jubilan a los 60 años de edad se precisan cinco años más de prestaciones.

Por otra parte, las reclamaciones formuladas tienen su razón de ser en la forma de utilizar el fondo interno de pensiones para mejorar los resultados del ejercicio dado que, el menor tipo de interés en que se rentabiliza el fondo interno y el mayor tipo de interés de los contratos de seguros, determina una menor necesidad de capital para pagar la prima del seguro, lo que ha permitido a los bancos abonar a beneficios extraordinarios esta diferencia que se produce entre la dotación del fondo interno y la prima del seguro contratado, lo que supuso al Banco Español de Crédito abonar a beneficios extraordinarios 11.342 millones de pesetas, procedentes del fondo interno de pensiones, en el ejercicio de 1996.

Tales iniciativas propiciaron la Circular del Banco de España 5/2000 de 19.09.2000, más exigente con los fondos internos al establecer, entre otras medidas que:

— Los contratos de seguros de estas características, se registrarán en el activo del balance del Banco.

— La edad estimada de jubilación de cada empleado será la primera a la que tengan derecho a jubilarse.

— Las diferencias que existan entre el valor de los fondos internos de pensiones calculado anteriormente y el valor de los contratos de seguros, que se deban exclusivamente a que las inversiones en las que estén materializados los contratos, están pactadas a tipos de interés superiores a los que se apliquen en el cálculo de los compromisos asumidos con el personal... deberán producir un efecto nulo en la cuenta de resultados.

Entienden que, debido a las presiones ejercitadas por la banca española, no se ha desarrollado una normativa nacional que adaptara fielmente el Derecho comunitario, reconociendo como salario diferido los compromisos por pensiones y asegurando su cobro por los trabajadores ante cualquier eventualidad de la empresa (quiebra, insolvencia, etc.) o del trabajador (cese o despido).

Consideran, haciendo un análisis retrospectivo que de modo ajeno a la negociación colectiva fue deformado el sentido inicial del pacto por pensiones tal y como fue concebido en los convenios colectivos en la década de los años 60, cuando la seguridad en el empleo daba por incuestionable la permanencia del trabajador en la empresa hasta su jubilación y, con ella, el consiguiente cobro de su pensión profesional. Es decir, desde los años 1962 a 1980, en caso de despido improcedente, situación de carácter excepcional en aquellos años, la opción a elegir entre indemnización y baja o readmisión y permanencia en el empleo, correspondía al trabajador y no al empresario en las empresas de más de 50 trabajado-

res, siendo así que era superfluo poner en duda la percepción futura del complemento de pensiones por el trabajador de banca.

De esta manera, el convenio colectivo de banca privada consolidaba como derecho la pensión de jubilación pactada, dado que mediante un despido improcedente la empresa no podía privar al trabajador de la pensión. En tal caso, era el propio trabajador quien podría decidir, mediante el ejercicio de su derecho de opción, si conservaba el empleo y el cobro de su pensión futura o prefería causar baja en la empresa y cobrar la indemnización legal, indicando que nada impedía que, para que la opción de causar baja fuera la elegida por el trabajador, éste la condicionara a que en el montante de la indemnización se incluyera una valoración de sus derechos de pensión ya devengados por sus años de trabajo prestados.

Así, se concluye que aquel derecho de pensión de los trabajadores de banca derivó en una expectativa con un final incierto, ya que esta expectativa puede ser truncada, unilateral y arbitrariamente, por una decisión del empresario, privando así al trabajador, de un solo golpe, de su empleo y de la pensión provisionada en función de los años de trabajo prestados.

Entienden, finalmente, que el «Régimen de compromisos por pensiones ya asumidos», título de la disposición transitoria decimocuarta de la Ley 30/1995, debería considerar en ese régimen (si ya lo hace de la excepción para las entidades de crédito) también los compromisos originales de los trabajadores de la banca privada en el contexto y con el alcance en que fueron realmente asumidos. No solo corrigiendo el cambio que supuso sobre los términos del pacto laboral por pensiones la modificación legal de 1980, mantenido hasta hoy, sino incluso superando la primitiva concepción de las pensiones profesionales y adaptándolas en el tiempo a su definición actual como salario diferido, en armonía con el Derecho comunitario en la materia.

La pretensión de estos trabajadores del sector financiero como V. E. conoce, ha sido objeto de distintos procedimientos judiciales cuyos fallos han sido favorables a aquellos.

Destacamos, en primer lugar, la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 31 de enero de 2001, sobre el recurso de casación interpuesto por la (...) de Catalunya, la Sección Sindical de (...), la Sección Sindical de (...), la Sección Sindical del (...), la Sección Sindical del (...).

El citado recurso tiene su origen en la demanda de conflicto colectivo interpuesta por la (...) relativa al régimen de previsión de su perso-

nal que está regulado por un reglamento que ha sido aprobado por acuerdo colectivo de empresa. Se solicita en la demanda la declaración de que en los supuestos en que la relación laboral de sus empleados se extingue por causas distintas a la jubilación, la muerte o la invalidez permanente (total, absoluta o gran invalidez) del trabajador, éste no tiene ningún derecho de rescate, transferencia o movilización del fondo constituido para la cobertura de tales contingencias.

La sentencia de instancia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional estima la demanda fundamentándose en los siguientes argumentos: 1) que el régimen de previsión de los empleados de (...) no tiene naturaleza de plan de pensiones sometido a la Ley 8/1987 de Planes y Fondos de Pensiones, sino que es, como ya señalara una sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1995, una mejora voluntaria de la Seguridad Social gestionada por un «fondo interno»; 2) que la titularidad y el patrimonio de dicho fondo interno corresponden a (...); 3) que la existencia de los fondos internos para el abono de regímenes de previsión como el de (...) está permitido por la disposición adicional decimo cuarta de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados; y 4) que en los fondos internos «no se contempla la posibilidad de consolidar derecho alguno antes de que se produzca cualquiera de las contingencias protegidas ni, por ende, la posibilidad de movilizar dichos derechos, que no son tales sino simples expectativas no consolidadas».

El fallo de la meritada sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo estima los recursos de casación interpuestos contra la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional de fecha 22 de junio de 1999 declarando que los empleados de (...) que cesen en la misma por motivos distintos a los que determinan el paso a la condición de beneficiarios de un régimen de previsión, están facultados, alternativamente, para rescatar o movilizar sus derechos consolidados acreditados en la fecha de su cese en los supuestos y condiciones previstas en la legislación sobre planes de pensiones, o para percibir los derechos de previsión social acumulados en su cuenta de capitalización individual en el momento en que se producen las contingencias determinantes de la situación de beneficiario.

Importa reseñar el párrafo tercero del fundamento de derecho noveno que dice: «Así las cosas, aun siendo interno el fondo que garantiza sus prestaciones, la pérdida de los derechos económicos o de previsión social de los trabajadores en los supuestos de cese anticipado no parece compatible con un plan o régimen de previsión como el de (...). La irrevocabilidad de las aportaciones de la empresa, su cálculo y asignación en régimen de capitalización individual y el carácter de “prestación defini-

da” del plan de previsión establecido conducen, en suma, a la consecuencia lógica de reconocer a los trabajadores que cesan anticipadamente en la empresa el derecho a la reserva constituida en su nombre y por su cuenta. Esta solución es, por cierto, la recomendada por la Comunidad Europea para “eliminar los obstáculos a la movilidad de los trabajadores por cuenta ajena” (Recomendación 92/442/CEE. Y en el mismo sentido de reconocer al trabajador derechos de previsión social “en todos los casos de compromisos por pensiones (haya o no obligación de exteriorizarlos)” se ha pronunciado también el Dictamen del Consejo de Estado sobre modificación del Reglamento de compromisos por pensiones (recopilación de doctrina legal/año 1999, p. 1608)».

También es de interés poner de relieve el fundamento de derecho décimo: «A favor de la tesis de que los trabajadores de (...) adquieren derechos consolidados de previsión social cuando cesan anticipadamente al servicio de la empresa deben tenerse en cuenta además otros dos argumentos. El primero de ellos se desprende de la disposición adicional decimocuarta de la Ley 30/1995. La finalidad expresa de dicha disposición es adoptar la legislación de planes y fondos de pensiones como cauce y modelo normativo al que se han de ajustar todos los “compromisos por pensiones» de los empresarios con sus empleados. En este contexto los «fondos internos” ya existentes se permiten, con un campo de aplicación personal limitado, a título de excepción, y como tal excepción debe ser interpretada estrictamente en cuanto al alcance o extensión de la normativa exceptuada.

De acuerdo con esta pauta interpretativa, el alcance de la excepción de los fondos internos prevista en la disposición adicional decimocuarta de la Ley 30/1995 se limita en principio a la parte de la legislación de los planes y de los fondos de pensiones que se refiere a estos últimos (los fondos) y no a los primeros (los planes). Partiendo de esta premisa, la excepción de los “fondos internos” supone solo la inaplicación de la normativa establecida para los fondos externos en la Ley 8/1987 y disposiciones complementarias, pero no implica necesariamente la exclusión de los preceptos sobre planes de pensiones; máxime en supuestos, como el de la presente causa, en que el régimen de previsión social establecido ha adoptado de manera deliberada y sistemática una terminología que sólo es comprensible en el contexto y con la ayuda de los conceptos acuñados en la normativa de planes de pensiones.

Al argumento anterior debe añadirse una razón de equidad. La solución de reconocer derechos de previsión social derivados de la actualización de las contingencias protegidas a los trabajadores que cesan anticipadamente en la prestación de servicios a (...) resulta ser la más

equitativa en un régimen de indemnización tasada de despido, como el español, que atiende en el cálculo de la misma a la pérdida del puesto de trabajo y no a la eventual privación de derechos sociales como los cuestionados en este proceso».

En este sentido la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 28 de Barcelona dictada sobre procedimiento: reconocimiento de derecho 1327/1998, estima la demanda interpuesta por los actores frente a (...) y otros, declarando su derecho a transferir o movilizar la totalidad de los derechos consolidados en sus respectivos planes de pensiones a la fecha de las extinciones de sus contratos de trabajo y condenando a las codemandantes (...) y (...), conjunta y solidariamente, a realizar la transferencia al plan de pensiones establecido con carácter general en la entidad de ahorro codemandada para sus clientes en un plan de pensiones abierto al público.

Asimismo, interesa hacer referencia a la sentencia número 270/2001 dictada por el Juzgado de lo Social n.º 25 de Madrid, sobre autos n.º D. 604/2000 que estimando parcialmente la demanda formulada por los actores «declara su derecho a que los importes que les correspondan a cada uno de ellos a la fecha de extinción de su contrato de trabajo, por los compromisos por pensiones asumidos mediante fondos internos por la hoy demandada, puedan transferirse a otro instrumento de previsión social complementaria que libremente designe.

Conviene citar también las sentencias números 398/01 de 18 de junio de 2001 y 528 de 31 de julio de 2001 correspondientes a los Juzgados de lo Social n.º 12 y 14 de Barcelona y los autos n.º 427/00 y 220/00 respectivamente.

Respecto de la sentencia n.º 528/01, que condena a la entidad demandada (...) a que abone al actor una determinada cantidad calculada hasta la fecha del cese de la empresa, es necesario que nos detengamos en el fundamento de derecho 4 párrafo 3º: «... La irrevocabilidad de las aportaciones de la empresa, su cálculo y asignación en régimen de capitalización individual y el carácter de “prestación definida” del Plan de «previsión» establecido conducen, en suma, a la consecuencia lógica de reconocer a los trabajadores que cesan anticipadamente en la empresa el derecho a la reserva constituida en su nombre y por su cuenta. Esta solución es, por cierto, la recomendada por la Comunidad Europea para “eliminar los obstáculos a la movilidad de los trabajadores por cuenta ajena” (Recomendación 92/442/CEE). Y en el mismo sentido de reconocer al trabajador derechos de previsión social “en todos los casos de compromisos por pensiones (haya o no obligación de exteriorizarlos)” se ha pronunciado también el Dictamen del Consejo de Estado sobre modificación del Reglamento de Compromisos por pensiones».

Por su parte, la sentencia n.º 398/01 falla que «estimando la demanda formulada por los actores contra (...) y (...), debo reconocer y reconozco a aquellos el derecho a poder transferir o movilizar al plan de pensiones que cada uno de ellos desee las dotaciones individuales que tenían acreditadas en el fondo interno de (...) referidas al momento de sus respectivos despidos, o baja voluntaria, resultado de las sucesivas aportaciones empresariales efectuadas durante su relación laboral...».

Es relevante reseñar el fundamento séptimo de la sentencia que comentamos que expresamente dice que la controversia de fondo está ya resuelta por la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 31.01.2001, aplicable indiscutiblemente al caso, no por la vía del carácter complementario del ordenamiento jurídico que tiene la doctrina establecida por el alto tribunal prevista en el artículo 1.6 del Código Civil, sino por la vinculante del efecto positivo de la cosa juzgada dispuesta en el artículo 158.3 de la Ley de Procedimiento Laboral, que alcanza a «los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versa sobre idéntico objeto» como es manifiestamente el presente con relación en el conflicto colectivo en el que recayó aquella sentencia y que atribuye a la resolución firme recaída en los procesos de conflictos colectivos carácter normativo, lo que implica que, una vez constatada la identidad de objeto de ambos procesos, la interpretación de la normativa en cuestión dada por la sentencia recaída en el conflicto colectivo deba extenderse a la que resuelva el conflicto individual. Por ello, existiendo plena y absoluta identidad de objeto entre el proceso del conflicto resuelto por el TS en aquella citada sentencia y el presente, cual es «si en los supuestos de extinción de la relación laboral entre (...) y los partícipes del Régimen de Previsión del Personal de la misma por causa distinta de la jubilación, muerte o invalidez permanente (total, absoluta o gran invalidez) del trabajador, éste tiene o no algún derecho de rescate, transferencia o movilización del fondo constituido para la cobertura de tales contingencias», y resuelto aquél en sentido favorable a tal derecho, debe resolverse también éste en el mismo sentido favorable, lo que comporta que deba acogerse la pretensión planteada por los actores con carácter alternativo en la demanda y con carácter principal en el acto del juicio.

Con fecha 16 de enero de 2002 la sala de lo contencioso-administrativo, sección tercera del Tribunal Supremo ha dictado sentencia por la que se desestiman los recursos contencioso-administrativos acumulados números 566/1999 y 7/2000 interpuesto contra el Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios, en cuyas demandas se solicita en con-

creto que se declare la nulidad de los artículos 2.2 y 38 a 41 de dicho Real Decreto que conforman su capítulo IV por el que se reconoce un régimen excepcional a las entidades de crédito, entidades aseguradoras y de las sociedades y agencias de valores por incurrir el mencionado régimen excepcional en infracción de las normas de Derecho comunitario y de la Constitución Española.

El argumento esencial que sirve de soporte a dicho fallo es que el sistema de complemento de pensiones se configura en nuestro ordenamiento jurídico como una mejora voluntaria de la acción protectora de la seguridad social, en relación con la cual rige el principio de libertad, que proclama respecto de ellos expresamente el artículo 41 de la Constitución Española y que preside tanto su constitución como su contenido. Será, por tanto, el título constitutivo, ya sea convenio colectivo, contrato individual, o acto unilateral del empresario, el que defina, conforme al artículo 1255 del Código Civil, las cláusulas y condiciones que las partes tengan por conveniente establecer respecto de esas mejoras de pensión, en línea con las sentencias de 17 de marzo de 1997 y 20 de marzo de 1997 de la sala de lo social del Tribunal Supremo, siendo a partir de tales premisas que ha de ser examinado el Reglamento impugnado.

Así, se expone que, «en definitiva, cualquiera que sea la forma en que se instrumentalice el compromiso, bien sea contrato de seguro, bien plan de pensiones, bien fondo interno para las empresas del sector financiero, la subsistencia de derecho a favor del trabajador por cese en la relación laboral antes de que se produzcan las contingencias protegidas, dependerá de lo que se haya pactado en el acto que estableció el compromiso de pensiones...».

Sigue razonando que «difícilmente puede hablarse con carácter general de derechos adquiridos por el trabajador, que hagan posible su transferencia o movilidad en los casos de cese o extinción de la relación laboral por causas diferentes a las de las contingencias protegidas, salvo en los supuestos en que así se hubiera establecido en los compromisos. Siendo el convenio, el pacto, o el acto unilateral del empresario *lex privata* que define los derechos otorgados o convenidos, y no expresándose en el mismo la pervivencia de estos compromisos una vez extinguida la relación laboral, los trabajadores, en tanto mantienen vivo su contacto con la empresa, tienen una simple expectativa de consolidar algún derecho cuando se produzcan las contingencias previstas, desapareciendo estas expectativas una vez que se extingue el contrato. Ello es así no solo para los que pertenecen al sector financiero, sino para los que trabajan en otras empresas, como se induce de la disposición adicional pri-



mera de la Ley 8/1987, de 8 de junio, sobre Planes y Fondos de Pensiones, en su redacción dada por la disposición adicional undécima de la Ley 30/1995...».

Se añade que lo anterior viene corroborado por la legislación tributaria en el artículo 16.1.e) de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas llegándose a la misma conclusión a través del artículo 13.3 de la Ley 43/1999, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. De aquí que el derecho de rescate y movilidad, en caso de fondos internos o contratos de seguros, está íntimamente ligado a lo pactado o a que el trabajador haya realizado aportaciones a las que se refiere el artículo 192 de la Ley General de la Seguridad Social, pues una reclamación en tal sentido, carece de fundamento cuando no se ha integrado en su patrimonio ningún derecho económico.

Se expresa que esta conclusión se puede extraer tanto de la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001, como de su voto particular, al expresar en el fundamento jurídico noveno de aquélla «si se parte de la base de que las aportaciones del promotor correspondiente a cada uno de los partícipes no genera derechos económicos o derechos de previsión social sino meras expectativas, se puede llegar a la conclusión, sostenida en las sentencias de instancia de la Audiencia Nacional, de que el cese anticipado del partícipe comporta el desvanecimiento de todas sus expectativas de adquisición de derechos en el plan de previsión».

Sin embargo, no se ha considerado el segundo párrafo del fundamento noveno de dicha sentencia que continúa diciendo: «Pero este planteamiento de la interpretación tiene inconvenientes hermenéuticos insalvables. El principal es que parte de una premisa implícita que no es compatible con varias cláusulas o disposiciones expresas del régimen de previsión de (...) las cuales desempeñan además un papel fundamental en la estructuración del mismo. Tales disposiciones o cláusulas son las que establecen: 1) la caracterización del “plan” como de previsión y de prestación definida; 2) la irrevocabilidad de las aportaciones del promotor; y 3) el cálculo de éstas de acuerdo con criterios de capitalización individual. Estas tres cláusulas quedarían totalmente desvirtuadas si los compromisos de pensiones de La Caixa asumidos en su régimen de previsión desaparecieran por cese anticipado de los partícipes. Decir de un plan de pensiones que es de “prestación definida” revela la intención de aplicar a sus prestaciones (aunque sean suministradas por un fondo interno) las consecuencias que comporta tal calificación en la legislación de planes y fondos de pensiones; entre ellas en lo que concierne a la so-

lución del presente litigio, la de atribuir al partícipe el derecho consolidado “a la reserva que le corresponde de acuerdo con el sistema actuarial utilizado” (artículo 8.7.b) de la Ley 8/1987). Por otra parte, hablar de irrevocabilidad de las aportaciones del promotor indica también el propósito de desprenderse de éstas de manera definitiva, no pareciendo lógico que el importe de las mismas, respecto de los partícipes que cesaron anticipadamente en la empresa, pudiera ser compensado, en las sucesivas revisiones del plan, por las vías indirectas de la pérdida de derechos en caso de adquisición y la desaparición de compromisos de pensiones. En la misma dirección impulsa la cláusula de capitalización individual, expresión que, en el contexto de los regímenes de previsión o de seguro, apunta a la constitución y reserva de un capital para financiar las pensiones futuras de la persona en beneficio de la cual se efectúa la imposición».

Se concluye esta línea argumental manifestando que «aun siendo interno el fondo que garantiza sus prestaciones, la pérdida de los derechos económicos o de previsión social de los trabajadores en los supuestos de cese anticipado no parece compatible con un plan o régimen de previsión como el de (...). La irrevocabilidad de las aportaciones de la empresa, su cálculo y asignación en régimen de capitalización individual, y el carácter de “prestación definida” del plan de “previsión” establecido conducen, en esencia, a la consecuencia lógica de reconocer a los trabajadores que cesan anticipadamente en la empresa el derecho a la reserva constituida en su nombre y por su cuenta...».

Este y otros razonamientos jurídicos, alguno de ellos contemplados en el presente escrito al hacer referencia a la sentencia de 31 de enero de 2001 de la sala de lo social del Tribunal Supremo, dieron lugar a estimar los recursos de casación interpuestos contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional de fecha 22 de junio de 1999, que declara que los empleados de (...) que cesen en la misma por motivos distintos a los que determinan el paso a la condición de beneficiario de su régimen de previsión están facultados, alternativamente, para rescatar o movilizar sus derechos consolidados acreditados en la fecha de su cese en los supuestos y condiciones previstas en la legislación sobre planes de pensiones, o para percibir los derechos de previsión social acumulados en su cuenta de capitalización individual en el momento en el que se producen las contingencias determinantes de la situación de beneficiarios.

Así pues, diferente interpretación de la norma está dando lugar a distintas resoluciones de un mismo órgano jurisdiccional, no existiendo uniformidad de criterio sobre el asunto que se está debatiendo y que, según los datos facilitados por el formulante afecta a más de 82.000 traba-

jadores, tanto activos como pasivos, existiendo en la actualidad más de 40 firmas del sector financiero, entre las que se encuentran aseguradoras, bancos, cajas de ahorros y cooperativas de crédito que han comunicado su intención de mantener sus fondos internos, reservas o provisiones contables, cuyas dotaciones comerciales se acercan a los 1,1 billones de pesetas, siendo el (...) la única gran entidad bancaria que todavía no ha exteriorizado sus compromisos y que, al parecer, ha manifestado en reiteradas ocasiones a los trabajadores que su intención es mantener el fondo interno.

En razón de ello y sin olvidar que la última sentencia dictada al respecto por el alto tribunal estima que los preceptos legales y reglamentarios impugnados se ajustan a la Constitución, al Derecho europeo y a la ley, es lo cierto que no puede soslayarse el problema planteado por los empleados del sector financiero que, entendemos, habría que reconsiderar y tratar de resolver arbitrando los mecanismos jurídicos encaminados a tal fin, teniendo en cuenta que se trata de una excepción para un sector de la actividad empresarial únicamente.

Por lo expuesto y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, procedemos a formular la siguiente recomendación:

«Que se proceda a las modificaciones normativas necesarias para que todos los trabajadores del sector financiero reciban igual trato que los trabajadores de otros sectores productivos, y se les reconozca el derecho, a aquellos que cesen anticipadamente en las empresas, a la reserva constituida a su nombre y por su cuenta y a poder movilizar la misma en caso de cambio de empresa o país de residencia».

Madrid, 11 de marzo de 2002.

**Recomendación dirigida al Ministro de Economía.**

**Recomendación 21/2002, de 12 de marzo, sobre retrasos en la recepción del *Boletín Oficial del Cuerpo*.**

(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 386.)

Agradecemos su escrito (s/ref.: 209713), en el que nos contesta a la queja planteada por la Delegación en Huelva de la Asociación (...) contra la corrupción y por el progreso, registrada con el número arriba indicado.

A la vista del contenido del informe remitido, y a pesar de las modificaciones introducidas por el Real Decreto 1250/2001, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de provisión de destinos del personal del Cuerpo de la Guardia Civil, en relación a la publicación y eficacia en la asignación de destinos así como del plazo de incorporación a los mismos, a juicio de esta Institución, el problema de fondo planteado por la Asociación compareciente, continúa subsistiendo.

De acuerdo con el artículo 28 del citado Real Decreto, se publicarán en el *Boletín Oficial de la Guardia Civil* todas las resoluciones de asignación de los destinos y de declaración de vacantes desiertas, siendo efectiva dicha asignación a los diez días de su publicación, sustituyendo la publicación de la resolución sobre asignación de un destino a la notificación de dicho acto, tanto para el adjudicatario como para los demás solicitantes, estableciendo la citada norma en su artículo 29 que el plazo de incorporación cuenta desde el momento en que sea efectivo el destino.

En este sentido, si la publicación de la resolución sobre asignación de un destino sustituye a la notificación individual de dicho acto pero, sin embargo, el plazo de remisión y el plazo de recepción del *Boletín Oficial de la Guardia Civil* en el que se publica dicha asignación no es el mismo para todas las comandancias repartidas en el territorio nacional, ni de las comandancias a los distintos puestos de la provincia, tales dis-

funciones producen desigualdades entre los miembros del Instituto armado, pues impide que el plazo que tienen para incorporarse al destino asignado, un mes si implica cambio de residencia y tres días hábiles en caso contrario, sea el mismo para todos, ocasionando perjuicios en los legítimos intereses de aquellos miembros que se encuentran en las comandancias que reciben con retraso el *Boletín Oficial del Cuerpo*.

Por todo cuanto antecede, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formular la siguiente recomendación:

«Que se adopten las medidas oportunas, tanto desde el punto de vista material como instrumental, que eviten que se produzcan diferencias entre las distintas comandancias de la Guardia Civil en la recepción del *Boletín Oficial del Cuerpo*, a fin de conseguir con ello que todos los guardias civiles conozcan en la misma fecha, cualquiera que sea la unidad en la que se encuentren, el destino que les ha sido asignado y el plazo que tienen para incorporarse al mismo, así como todas aquellas cuestiones que les puedan afectar en su vida profesional».

Madrid, 12 de marzo de 2002.

**Recomendación dirigida al Director General de la Guardia Civil.**

**Recomendación 22/2002, de 14 de marzo, para que la información sobre consumo de sustancias psicotrópicas, difundida a través de internet, se ajuste a los criterios establecidos por la comunidad científica.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 404.)*

Esta Institución, como usted conoce, ha tenido conocimiento de la difusión en internet de una página web, apoyada por esa Consejería y el Plan Autonómico de Drogas, destinada a los jóvenes.

La referida página facilita información sobre el ocio, planteando diversas propuestas para Baleares. Entre sus contenidos, destacan las recomendaciones en relación con el consumo de diversas drogas, facilitando consejos e indicaciones para la reducción de los posibles daños producidos como consecuencia del consumo.

En criterio de esta Institución, aun cuando la referida página contiene información muy estimable sobre algunos aspectos, de especial interés para aquellas personas que son ya consumidores de las sustancias a las que se hace referencia, no parece resaltar con suficiente claridad los graves riesgos que la iniciación en el consumo de las mismas pueden ocasionar.

Considerando que el Plan Autonómico de Drogas debe ser una fuente cualificada para facilitar información, y promover una política de prevención que haga posible una disminución de la oferta y de la demanda de drogas, la limitación de acceso a través de la advertencia sobre contenidos explícitos, no garantiza suficientemente la inaccesibilidad a dichos contenidos de menores de edad, ni de jóvenes y adolescentes cuya curiosidad les conduce a buscar una información adecuada y veraz sobre los asuntos que les preocupan.

Ciertamente en la información extensa dedicada a cada una de las drogas, se hace referencia a las características y riesgos más destacados de cada una de las sustancias contempladas en la página web, así como a los problemas que pueden derivarse del consumo y abuso de estas drogas. Sin embargo, las consideraciones y consejos vertidos en los epígrafes «si decides consumir» y «algunos consejos», en el criterio de esta Institución, no hacen suficiente incidencia acerca de los peligros y efectos nocivos demostrados sobre la salud de los posibles consumidores, ni en lo que se refiere a la progresiva dependencia que el consumo de estas sustancias conlleva, facilitando una información que puede conducir a algún sector en función de su edad, capacidad y madurez a trivializar la importancia y trascendencia que el consumo en sí mismo tiene.

En mérito a cuanto antecede y, en uso de las atribuciones que le vienen conferidas por el artículo 54 de la Constitución y el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, esta institución dirige a esa Consejería la siguiente recomendación:

«Que se proceda a la revisión de los contenidos difundidos en la página <http://www.clubdenit.com>, al objeto de ajustarlos plenamente a los criterios objetivos aceptados por la comunidad científica, haciendo un mayor hincapié en los efectos nocivos para la salud de estas sustancias.

Que se eliminen, hasta que sean adecuadamente modificados, los epígrafes “si decides consumir” y “algunos consejos”, al poder ser interpretados, en su redacción actual, de forma inadecuada por aquellas personas que, no siendo consumidores de sustancias psicotrópicas, acuden a una información difundida por una institución pública, en busca de orientación».

Madrid, 14 de marzo de 2002.

**Recomendación dirigida a la Consejera de Bienestar Social del Gobierno Balear.**

**Recomendación 23/2002, de 14 de marzo, sobre mejoras de las garantías de los procedimientos sancionadores en materia de tráfico.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 405.)*

Agradecemos sus atentos escritos, en los que nos contesta a las quejas planteadas por doña (...), don (...), don (...), doña (...) y don (...) registradas con los números arriba indicados.

En las referidas quejas los interesados planteaban que se había producido la caducidad de distintos procedimientos sancionadores por haber transcurrido el plazo de seis meses, previsto en el artículo 16 del Reglamento de Procedimiento Sancionador en Materia de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiese notificado la correspondiente resolución.

En los informes que nos ha remitido esa corporación se considera que no se ha producido la caducidad de dichos procedimientos, al entender que el transcurso del plazo máximo legal para resolver se ha suspendido durante el período de tiempo transcurrido desde la petición hasta la recepción del informe del denunciante, de conformidad con lo previsto en el artículo 42 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En relación con lo manifestado en dichos informes, esta Institución ha valorado la conveniencia de poner en su conocimiento las siguientes consideraciones:

El artículo 42.5.c) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dispone que el plazo máximo para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender, entre otros casos, cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a ór-



gano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos.

En los procedimientos sancionadores incoados a los interesados no se ha solicitado ningún informe a órganos de la misma o distinta Administración, sino que, dando cumplimiento al trámite previsto en el artículo 12.2 del Reglamento de Procedimiento Sancionador en Materia de Tráfico Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, se ha dado traslado al denunciante de las alegaciones del denunciado para que informe en el plazo máximo de 15 días.

Por otra parte, hay que señalar que, aun en el caso de que se hubiese considerado erróneamente que el informe del denunciante puede incluirse entre los mencionados en el artículo 42.5.c) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, debería haberse comunicado a los interesados la petición o la recepción del citado informe como exige el citado artículo 42.

En consecuencia, no se han cumplido los requisitos previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común para la suspensión del transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento.

Por todo cuanto antecede, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, hemos considerado conveniente recomendar a V. E. que dicte las instrucciones oportunas para que el servicio de gestión de multas de esa corporación modifique el criterio que sigue actualmente en relación con la suspensión del transcurso del plazo máximo legal para resolver y, en consecuencia, no considere que se ha suspendido el transcurso de dicho plazo durante el tiempo que medie entre la petición y la recepción del informe de ratificación del denunciante.

Como consecuencia directa de la precedente recomendación, esta institución ha considerado necesario sugerir a V. E. que dicte las instrucciones oportunas para que se proceda a revocar las resoluciones sancionadoras dictadas en los expedientes 92561481.6, 72.163.568.4, 72.900.796.0, 72.005.598.2 y 92.240.532.5 que afectan a doña (...), don (...), don (...), doña (...) y don (...).

Madrid, 14 de marzo de 2002.

**Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Madrid.**

**Recomendación 24/2002, de 20 de marzo, sobre los procedimientos de protección y repatriación de menores extranjeros no acompañados, en Melilla.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 381.)*

Como V. E. conoce, esta Institución ha venido realizando distintas investigaciones ante ese organismo, tendentes a evaluar en profundidad el problema que se plantea en relación con los menores no acompañados que se encuentran en esa Ciudad autónoma.

La problemática de los menores no acompañados no sólo se plantea en las ciudades de Ceuta y Melilla, sino que abarca a todo el territorio nacional, si bien en estas poblaciones el problema presenta aspectos específicos que tienen su causa en la cercanía de la frontera. El emplazamiento geográfico de las ciudades de Ceuta y Melilla, como es obvio, favorece la elección de estos espacios territoriales por parte de menores, especialmente de nacionalidad marroquí, para intentar desarrollar una nueva vida en otro país que, en principio, les parece como más adecuado para fijar su residencia.

Esta Institución conoce la especial dificultad de las autoridades administrativas que ostentan la competencia para adoptar las medidas precisas en cada una de las situaciones y también conoce la carencia de medios personales y materiales para actuar de modo diligente. Ahora bien, tal dificultad no puede justificar la adopción de medidas no consonantes con el espíritu de las normas que determinan de forma rotunda cuáles son los principios rectores que deben informar la actuación de las administraciones intervinientes.

Entre todas estas normas, cabe mencionar en primer lugar la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 2, apartado 1, establece que «los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la

presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales».

Evidentemente este escrito no tiene como objetivo transcribir uno a uno los derechos recogidos por la citada Convención, que todas las administraciones deben conocer y aplicar cotidianamente; sin embargo, consideramos necesario traer hasta aquí el apartado 1 del artículo 3 que establece lo siguiente:

«En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

La conveniencia de tener especialmente presente este principio está directamente relacionada con la necesidad de resaltar el hecho de que en todas las circunstancias, y en todas y cada una de las decisiones que conciernen a los niños, debe sopesarse el interés superior del menor, antes de adoptar una decisión concreta. Tal procedimiento de análisis, como se reflejará a lo largo del presente escrito, se viene realizando por los tribunales de justicia a la hora de decidir si un niño debe permanecer bajo la custodia de sus padres o de algún otro familiar o, en su caso, resulta más adecuado para él que permanezca acogido por una institución pública u otra familia distinta de la de origen.

La circunstancia de que un número inconcreto y variable de menores extranjeros se encuentren en nuestro territorio y, de forma más o menos sistemática, sean devueltos por las autoridades administrativas a su país de origen ha dado lugar a que esta Institución iniciara distintas investigaciones, tanto por el hecho en sí como por las circunstancias en las que se produce tal devolución. Aunque, bien es cierto, que dicha cuestión no se ha constituido en objeto único de análisis sino que se ha estudiado dentro del amplio marco de los problemas que ocasiona el que los menores se encuentren en una situación atípica en nuestro territorio.

La remisión de informes emitidos por las administraciones intervinientes, las visitas realizadas por autoridades de esta Institución y por asesores especialistas en la materia, además de las quejas recibidas formuladas por organizaciones no gubernamentales y asociaciones que han mostrado su preocupación ante la situación en la que se encuentran los

menores, así como por ciudadanos particulares directamente afectados por distintas causas, han permitido que esta Institución aprecie la existencia de algunas prácticas administrativas que no parecen perseguir el objetivo fundamental anteriormente mencionado. Ello ha de preocupar necesariamente al Defensor del Pueblo, por cuanto implicaría la vulneración de los artículos 2 y 3 de la Convención antes citados, al adoptarse decisiones que pueden menoscabar el interés superior del niño.

Por otro lado, y a efectos sistemáticos, esta Institución ha considerado procedente agrupar los distintos expedientes abiertos hasta el momento sobre diversas cuestiones relacionadas con el asunto, lo cual nos ha permitido abordar el problema desde una perspectiva global.

Tras el estudio realizado, esta Institución ha considerado la oportunidad de formular a V. E. diversas recomendaciones que se le trasladarán al final de este escrito, tras efectuar las consideraciones que figuran a continuación:

#### 1. Procedimiento para la reagrupación familiar del menor

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, en su artículo 35, regula la residencia de menores y, en concreto, la reagrupación familiar de los menores extranjeros no acompañados e indocumentados, disponiendo que la Administración del Estado resolverá lo que proceda (el retorno a su país de origen o a aquél donde se encuentren sus familiares) o la permanencia en España, previo informe de los servicios de protección de menores.

Sin embargo, y hasta el momento de la entrada en vigor del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprobó el Reglamento de ejecución de la Ley citada, no se establecía el procedimiento ni el plazo para llevar a cabo tal reagrupación, aplicándose la regulación anterior conformada por el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, que establecía en su artículo 13.1.b) que «los órganos públicos competentes colaborarán con los servicios de protección de menores para la reagrupación familiar del menor en situación de desamparo en su país de origen o aquél donde se encontrasen sus familiares».

Las distintas interpretaciones que tal precepto suscitó llevaron a la necesidad de adoptar una Resolución conjunta, suscrita por el Ministerio de Asuntos Exteriores y el Ministerio del Interior en fecha 11 de noviembre de 1998. La citada Resolución contenía las instrucciones sobre

el procedimiento a seguir por parte de los organismos administrativos afectados, teniendo igualmente como fin clarificar las competencias de los órganos intervinientes.

Tales instrucciones definían su propio ámbito de aplicación, la Administración competente para ejercer la tutela del menor en situación de desamparo, la Administración competente para la repatriación y el procedimiento para la ejecución de ésta.

Del contenido de las instrucciones interesa resaltar, a los efectos de este epígrafe, que el apartado 3 de la Instrucción tercera, establece lo siguiente:

«Las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno, por medio de las Brigadas Provinciales de Extranjería y Documentación, se pondrán en contacto con la Comisaría General de Extranjería y Documentación para que realice las gestiones necesarias ante las embajadas y consulados correspondientes, con el fin de localizar a los familiares de los menores, o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país de origen que se hicieren responsables de ellos. Si no existiera representación diplomática en España, estas gestiones se canalizarán a través del Ministerio de Asuntos Exteriores».

Asimismo, en cuanto al procedimiento establecido, en la Instrucción cuarta se dispone que el mismo se iniciará cuando la entidad pública que ejerce la tutela lo solicite a la autoridad gubernativa, debiendo ésta poner las actuaciones en conocimiento del Ministerio Fiscal. Se señala también que en el caso de localizar a la familia del menor, o, en su defecto, a los servicios de protección de menores de su país, se procederá a la repatriación debiéndose verificar previamente que no existe peligro en caso de retorno para la integridad del menor y que éste o sus familiares no van a ser objeto de persecución.

Procede señalar que la regulación anteriormente reseñada ha sido en su mayor parte trasladada al Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, actualmente en vigor, habiéndose añadido en esta última disposición una norma, que entendemos fundamental, relativa al plazo para la reagrupación que posteriormente tendremos ocasión de comentar.

### 1.1. *Investigación de las circunstancias familiares y sociales del menor*

De la evaluación realizada por esta Institución sobre la reagrupación familiar de los menores extranjeros, se deduce que las Instruccio-

nes dictadas en el año 1998 no han desplegado, al menos de un tiempo a esta parte, toda la virtualidad que debieran.

En efecto, ha sorprendido a esta Institución que en los expedientes remitidos por la Delegación del Gobierno y la Consejería de Bienestar Social y Sanidad de la Ciudad Autónoma de Melilla, sobre las actuaciones realizadas para reagrupar a menores no se haga alusión a las investigaciones realizadas para la localización de la familia o a los contactos mantenidos con los servicios de protección de menores del país de origen de los menores. Sólo existe en este sentido una vaga alusión a contactos mantenidos con determinada organización no gubernamental marroquí que no parece constituir en sí misma garantía suficiente. Tampoco existen documentos que permitan deducir que se ha realizado un estudio individualizado de la situación socio-familiar del menor y del entorno al que se le va a devolver para comprobar que no existe situación de riesgo o peligro para éste.

A título de ejemplo se expone a continuación el caso del menor A.M. (número de expediente de protección 158/01) que puede ofrecer una visión de las actuaciones que, al parecer, se han venido realizando en este caso. Según ha tenido ocasión de comprobar esta Institución la secuencia temporal y las actuaciones realizadas es similar en la mayoría de los expedientes revisados.

— Acuerdo de desamparo y acogimiento:	10 julio 2001.
— Escrito informando al Delegado del Gobierno:	16 julio 2001 (entrada 19 julio de 2001).
— Acuerdo de reintegración de la Delegación del Gobierno y gestión ante la policía marroquí:	1 agosto 2001.
— Entrega frontera:	1 agosto 2001.
— Cese acogimiento con efectos:	2 agosto 2001.

El caso expuesto permite suponer que no ha existido contacto con los familiares del menor o, en su defecto, con los servicios de protección de menores y ello no sólo por la falta de documento alguno que haga referencia a tales actuaciones sino por los cortos períodos de tiempo en los que se han producido las actuaciones que hacen materialmente imposible efectuar una evaluación objetiva de la situación de este menor y resolver en consecuencia.

La evaluación objetiva a la que hacemos referencia es imprescindible para decidir cuál sería la solución más beneficiosa para el menor, dado que el hecho de que se trate de menores extranjeros no es óbice para que en este caso se otorgue al menor la protección debida, de conformidad con lo establecido en las normas internas y en los convenios ratificados por España que, de manera unánime, aluden a este interés superior del menor en cualquier procedimiento en el que se decida sobre su futuro.

El propio Tribunal Constitucional ha señalado tal obligatoriedad en distintas sentencias y, en concreto, en la 141/2000 indica que cuando se trata de menores:

«No deben dejar de ser tenidas en cuenta las normas internacionales de protección de la infancia, que son de aplicación en España. Y, entre ellas, muy en particular, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (Ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990) y la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta Europea de los Derechos del Niño (Resolución A 3-0172/1992) de 8 de julio que conforman junto con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor..., el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 39 CE y muy en particular en su apartado 4. A estos efectos, el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público de inexcusable observancia para todos los poderes públicos».

Los tribunales de justicia han venido reflejando en reiteradas ocasiones la necesidad de tener en cuenta el interés del menor cuando se producen situaciones en las que se enfrentan intereses que pueden parecer contrapuestos. A título de ejemplo puede citarse el auto de 26 de abril de 1999, en el cual la Audiencia Provincial de Barcelona afirma de forma categórica:

«Como proclama reiterada y pacífica doctrina jurisprudencial, que por conocida es incluso ocioso su cita, en esta clase de procesos (acogimiento) los Tribunales han de velar prioritariamente y de modo decidido por los intereses de los menores, que son, sin duda, los más dignos de protección y cuyo interés superior debe presidir cualquier resolución en esta materia, en el que el principio fundamental del *favor minoris*, consagrado solemnemente en la Constitución Española y sancionado en convenios internacionales es una constante plenamente afianzada».

Pues bien, las actuaciones administrativas que se siguen en los casos de los menores no acompañados suscitan, en algunos casos, serias dudas sobre que el interés del menor haya sido considerado como priori-

tario. Así, en los casos analizados se ha comprobado que tras conocer la existencia del menor, la autoridad competente para llevar a cabo la repatriación acuerda que ésta se lleve a efecto plasmando a continuación un párrafo modelo para todos los interesados en el que se afirma que la medida de reintegración familiar es la procedente al ser el entorno familiar el mejor para el desarrollo de los menores. A continuación se transcriben los dos textos más utilizados en el escrito por el cual se acuerda la reagrupación que señalamos con las letras *a)* y *b)*.

«*a)* Visto el expediente incoado por esta Delegación del Gobierno..., he acordado que se lleven a cabo las actividades acordadas en el Protocolo conjunto redactado por este Centro y la mencionada Consejería y por ello y con la finalidad “de proceder a su reintegración a la unidad familiar de la que forma parte y procurar su convivencia en su entorno natural, lo que facilitará su desarrollo integral como persona adulta”, se debe gestionar con las autoridades policiales marroquíes de la frontera de Beni-Enzar la entrega del citado menor al objeto de que sus padres legítimos recuperen la patria potestad sobre el mismo, suspendida de facto o, en su caso, si las condiciones o circunstancias que concurrieran en éstos no fueran las adecuadas para una normal convivencia familiar y su integridad moral, lo entreguen a las instituciones o servicios sociales competentes, según el Derecho interno de su país.»

«*b)* De su examen (se refiere al expediente) esta Delegación del Gobierno considera que se dan plenamente las circunstancias y condiciones reguladas en el artículo 62 del R.D. 864/2001, de 20 de julio, por lo que procede la repatriación del citado menor para que las autoridades marroquíes hagan entrega del mismo a sus familiares o, en su caso, a los servicios de protección de menores, “a fin de procurar su convivencia en su entorno natural lo que facilitará su futuro desarrollo integral”.»

Esta Institución es plenamente consciente de que, a la hora de adoptar una resolución, deben conjugarse determinados elementos entre los que se incluyen de forma esencial la protección de las relaciones paterno-filiales y, por ello, en algunos casos cabe concluir que lo mejor para el menor es el reagrupamiento familiar. Sin embargo, tanto las normas vigentes como las sentencias dictadas en relación con esta materia vienen manifestando la necesidad de evaluar el problema tras el correspondiente análisis pormenorizado y exhaustivo de cada caso, siempre en función del interés del menor, para adoptar la decisión más acertada.

La sentencia de 11 de enero de 1994, de la Audiencia Provincial de Sevilla, ofrece algunas pautas para valorar la situación del menor, tomando en consideración la necesaria protección de los intereses paterno-filiales, señalando que:



«Para apreciar y valorar la situación de desamparo, se han de examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto, atendiendo fundamentalmente al interés del menor, sin desconocer, empero, la necesaria protección de la institución familiar a que pertenece dicho menor, concluyendo que debe estimarse la existencia de desamparo cuando se acredite efectivamente el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor, exigidos por la conciencia social más común».

A la vista de lo expuesto hasta aquí, parece cuestionable que en todos los casos la reintegración a la unidad familiar y la convivencia en su entorno, puede configurarse de manera apriorística como la mejor de las alternativas posibles para todos los menores, tal y como se desprende de los escritos emitidos por la autoridad gubernativa. Por el contrario resulta obvio que, en su mayoría, los menores no acompañados proceden de familias rotas y con una situación económica precaria. Pero aún resulta más cuestionable la solución de la reagrupación cuando un alto número de estos menores retornan irregularmente a España en plazos muy pequeños, a veces de horas.

Por ello, aun cuando puede ser que lo mejor para el menor sea la reintegración familiar, tal decisión debe ser adoptada tras la realización de un estudio individualizado del caso que permita emitir un juicio objetivo. Debe rechazarse, por tanto, la elaboración de «modelos tipo» para todos los casos, pues tal solución choca frontalmente con el espíritu y la letra de las normas vigentes sobre protección de menores, sean extranjeros o no.

Por otra parte, de la simple lectura de estos escritos en los que se incluye alguno de los párrafos-modelo antes mencionados cabe deducir que se otorga un trato similar a personas cuya situación personal es distinta. Tal tratamiento no sólo supone una vulneración de las normas vigentes en la materia, habida cuenta de que éstas condicionan la repatriación a la verificación de determinados datos concretos, sino que también puede conducir a resultados manifiestamente injustos en los que, desde luego, no se está dando la debida prioridad al principio del *favor minoris* al que aluden todas las normas internas e internacionales y al que se remiten unánimemente los tribunales.

Por otro lado, esta Institución ha podido apreciar que existe una cierta resistencia por parte de algunas autoridades administrativas a cumplir rigurosamente las disposiciones establecidas por el Real Decreto antes citado que evidentemente tienen como objetivo decidir en qué casos procede o no la repatriación y cómo debe ejecutarse. Las actuaciones administrativas ponen de manifiesto que se interpretan las nor-

mas de una forma particular que, a nuestro juicio, no coincide ni con el espíritu de éstas ni con su propia letra. Tal interpretación no puede ser compartida por esta Institución dado que conduce en algunos casos a un mero cumplimiento formal de la legalidad que resulta insatisfactorio desde todo punto de vista.

Así, en el informe remitido a esta Institución por la Delegación del Gobierno en la Ciudad Autónoma de Melilla, de fecha 28 de agosto de 2001, se señala lo siguiente:

«Se acompañan fotocopias de los expedientes de la repatriación llevada a cabo, en la que se dio puntualmente cuenta al Fiscal de Menores y éstos fueron entregados a la Policía de Fronteras en Marruecos, que a juicio de este centro representa en ese lugar al Estado marroquí y es la competente para permitir la entrada de personas en su territorio a fin de que fueran a su vez devueltos a sus familias o a los servicios competentes de protección del menor de dicho país, que obviamente es soberano y no puede esta Delegación del Gobierno pronunciarse sobre el funcionamiento de sus instituciones».

Tal posición se reitera en el escrito del mismo órgano, de fecha 21 de septiembre de 2001, en el que se dice:

«Este centro, estima que al ser la reintegración familiar o social de los menores a un país extranjero, debe hacerse formalmente a las autoridades fronterizas de aquel país ya que nos está impedido llevar a cabo actuaciones en territorio extranjero donde se carece de jurisdicción; y no existen indicios de que estas autoridades lleven a cabo actos algunos que pudieran menoscabar la integridad física o moral de los menores».

Al margen de la cuestión de fondo planteada en las quejas concretas, algunas de las afirmaciones vertidas en este escrito permiten poner en cuestión la existencia de una investigación objetiva que, como ya se ha dicho, debe ser el sustrato para adoptar la decisión adecuada en cada caso, de conformidad con el principio, establecido en el artículo 3 de la Convención reiteradamente citada, de elegir la alternativa más beneficiosa para el menor.

## 1.2. *Reagrupaciones familiares infructuosas*

Entre la documentación que esta Institución ha analizado se ha podido comprobar que con notoria frecuencia se repiten casos en que tras ser acordada la repatriación de menores, éstos han regresado a territo-

rio español transcurridas algunas veces, unas horas desde la ejecución de la medida.

Tales hechos ponen de manifiesto, al menos, dos cosas. La primera de ellas es que la policía de fronteras a la cual se entrega al menor no se ocupa de él ni efectúa contacto alguno con su familia o, en su caso, que la diligencia con la que realiza su trabajo es prácticamente nula. La segunda es la ineficacia de la medida de reagrupación. Lo cierto es que la única consecuencia de esta secuencia de hechos parece ser que el menor esté absolutamente desprotegido durante el tiempo que tarda en regresar.

Resulta evidente, por tanto, que esta medida no tiene en muchos casos resultados positivos. Sin embargo, de la documentación analizada es posible deducir que tal hecho —el retorno del menor— no provoca un nuevo estudio del problema, dado que se vuelve a ordenar la entrega del menor de que se trate a la policía marroquí transcurridos uno o varios días. Se ha podido apreciar que algunos de estos menores han sido entregados a la policía marroquí para su reagrupación numerosas veces.

Los sucesivos traslados a la frontera ciertamente contribuyen a crear una situación de inseguridad en el menor, impositiva de una mayor y mejor integración en el centro donde se encuentra acogido. Es fácil deducir que tal situación ocasiona un gran perjuicio para estos menores. Debemos recordar que los menores a los que aludimos están tutelados por la Administración española y la situación que se comenta sólo puede conducirles a una permanente inseguridad. Todo ello podría quizá resolverse si se llevase a cabo un análisis en profundidad de la situación de cada uno de estos menores antes de adoptar una decisión en relación con ellos.

No es improcedente señalar aquí que sobre tales menores ha recaído un acuerdo declarando el desamparo y acogimiento, precisamente por considerar que esta era la situación en la que se encontraban, por lo que la entrega precipitada del menor vuelve a conducirles a la misma situación, es decir, a la de desamparo. Sobre esta situación se han pronunciado reiteradamente los tribunales en reiteradas ocasiones. A título de ejemplo se reitera la cita de la sentencia de 11 de enero de 1994 de la Audiencia Provincial de Sevilla, en la que se dice:

«A tenor de lo dispuesto en el artículo 172 del Código Civil se considera como situación de desamparo, la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material, de manera que el desamparo ha de considerarse en primer

lugar como una situación fáctica, querida o no, en la que se encuentran los menores y que se caracteriza en esencia, por la falta o privación de la asistencia y protección moral y material necesarias, y ello determina, por ministerio de la ley, la tutela automática de dichos menores por parte de la entidad pública a quien en el respectivo territorio esté encomendada la protección de los menores, e implica, por ende, la privación de la guarda y custodia que sobre dichos menores pudiera corresponder, incluso, a sus padres naturales o biológicos».

En este sentido cabe resaltar de forma especial que la reciente Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado, referida a la actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería, señala en su apartado IV.4, dedicado a los menores extranjeros en situación de desamparo:

«Una vez asumida la tutela por haberse apreciado el desamparo, en tanto el menor extranjero no abandone nuestro país, sólo se extinguirá la tutela cuando cumpla el extranjero los dieciocho años o concurra cualquier otra de las causas contempladas en el artículo 276 CC, precepto que es aplicable también a los supuestos de tutela legal automática en la medida en que su supuesto habilitante —el desamparo de un menor— aparece también como una de las causas que dan lugar a la tutela al regular el régimen general de ésta (artículo 222.4º del Código Civil). No es causa de extinción de la tutela, por tanto, la vida independiente del menor con consentimiento del tutor (a diferencia de lo que prevé el citado artículo 319 del Código Civil para la patria potestad), aunque sí puede serlo la obtención judicial del beneficio de la mayor edad».

Se afirma, asimismo, en la citada Circular que «no es preciso que la entidad pública haya dictado formalmente la resolución en que aprecia el desamparo y asume la tutela, ya que —al margen de la práctica de las administraciones de documentar la constitución de la tutela, con posterioridad a la detección de la situación de desamparo, sobre todo por motivos de seguridad jurídica y para posibilitar un eventual recurso— ésta se produce en realidad *ope legis* de manera automática, tan pronto como se constata el desamparo, de modo que un menor extranjero sólo puede ser expulsado, devuelto o retornado a su país en compañía de su representante o representantes legales».

Finalmente se añade que «la actuación de los poderes públicos debe estar orientada por el derecho del menor a no ser separado de sus padres y familiares y, en consecuencia, debe intentarse la repatriación del menor con fines de reagrupación familiar. La repatriación no es, sin embargo, un objetivo absoluto que se haya de perseguir a toda costa; pueden estar en juego también otros intereses como la vida, la integridad física o psíquica y el respeto a los derechos fundamentales del menor,

que pueden hacer que la balanza del interés superior de éste se incline finalmente en pro de su permanencia en nuestro país.»

En consecuencia con todo lo anterior, esta Institución considera que el automatismo de las repatriaciones a fin de reintegrar al menor en su familia constituye una práctica indeseable que debe ser evitada, considerando el perjuicio que conllevan y en cumplimiento de los tratados internacionales ratificados por España en esta materia y de la vigente legislación sobre menores.

Especialmente perjudicial resulta el referido automatismo, sin que medie un análisis individualizado de la situación y de la evolución del menor sometido a tutela, en aquellos casos en que el interesado cuenta ya con su documentación en regla y está obteniendo resultados positivos en los ámbitos académicos o de capacitación para el empleo. En tales casos una elemental prudencia obliga a los gestores públicos responsables a no interrumpir este proceso, salvo que en el oportuno expediente se acredite una radical variación de las circunstancias que determinaron la declaración de desamparo o, en su caso, que hicieron infructuosa el o los intentos de reagrupación familiar.

### 1.3. *Procedimiento*

El legislador, en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, afirma que ya la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, introdujo, entre otras cosas, la generalización del interés superior del menor como principio inspirador de todas las actuaciones relacionadas con aquél, tanto administrativas como judiciales, y el incremento de las facultades del Ministerio Fiscal en relación con los menores, así como sus correlativas obligaciones.

Sigue afirmando la exposición de motivos de la citada Ley Orgánica que en todo su articulado «aparece reforzada la intervención del Ministerio Fiscal, siguiendo la tendencia iniciada por la Ley 21/1987, ampliando los cauces de actuación de esta institución».

Por ello, analizadas las actuaciones administrativas que se producen en el tema planteado, llama la atención de forma especial la escasa relevancia que se otorga a la misión que corresponde a la Fiscalía como garante de la legalidad.

Nuevamente la secuencia temporal de las actuaciones pone de manifiesto que la comunicación al Fiscal se considera como un trámite meramente formal. Se ha podido comprobar que tales comunicaciones se

realizan en la misma fecha que se acuerda el reagrupamiento familiar y la entrega en frontera, sin que se dé oportunidad alguna a dicha autoridad de revisar las actuaciones o decidir, en su caso, si a su juicio han existido irregularidades en algunas de las actuaciones, o si éstas se han llevado a cabo obviando el que ha de ser el criterio principal rector de las mismas, es decir, el superior interés del menor.

Procede recordar aquí, que el artículo 174 del Código Civil (redactado conforme a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero), dispone en sus apartados 1 y 2.

«1) Incumbe al Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores a que se refiere esta sección.

2) A tal fin, la entidad pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de los menores y le remitirá copia de las resoluciones administrativas y de los escritos de formalización relativos a la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos. Igualmente le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor.

El Fiscal habrá de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor, y promoverá ante el Juez las medidas de protección que estime necesarias.»

Esta Institución ha tenido conocimiento de que determinadas actuaciones relacionadas con la repatriación de menores han llevado a que la Fiscalía de Málaga-Adscripción Permanente en Melilla (Sección Menores) señale en un informe del 24 de septiembre de 2001 y de cuyo texto íntegro debe tener V. E. pleno conocimiento, lo siguiente:

«Así, la tardía comunicación al Ministerio Fiscal en las repatriaciones realizadas, vedando a éste de cuantas funciones de control de legalidad le atribuye la ley en esta materia, la no autorización del Juez de menores, en algún caso, respecto de menores incurso en procesos judiciales, la no audiencia del menor en el procedimiento administrativo incoado para su repatriación (artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor) la inexistencia o no constancia de expediente sustanciado respecto a cada menor con resolución final recurrible respecto al mismo, la entrega en país extranjero a instancias distintas a su familia o servicios sociales de aquél, suponen irregularidades de tal alcance que vulneran los derechos del menor y que exigen por este ministerio público, de conformidad con las funciones constitucionalmente encomendadas, una decidida intervención, dirigida a salvaguardar al menor de cualquier actuación que como en el presente caso implique algún tipo de riesgo».

Esta Institución comparte plenamente la posición de la representación del Ministerio Fiscal y la preocupación que ella trasluce y, al margen de las actuaciones que lleve éste a cabo en el ámbito de sus competencias para que las administraciones intervinientes modifiquen sus actuaciones ajustándolas a la legalidad, no puede por menos que señalar la irregularidad de tal actuación administrativa. De ello ha de deducirse la vehemente recomendación de que las autoridades competentes ajusten su actuación procedimental para asegurar el puntual cumplimiento de las garantías señaladas en el inciso aquí transcrito.

Dentro de este epígrafe procede hacer también alusión a la especial dificultad con la que se enfrentan las administraciones actuantes, en orden a la localización de las familias de los menores y para efectuar la oportuna investigación sobre la situación de éstas para adoptar la decisión que proceda.

Esta Institución tiene constancia de estas dificultades y de que ellas pueden estar entre las causas que provocan una notable desmotivación en las administraciones a la hora de realizar su función.

Tras estudiar este aspecto de la cuestión de forma detenida se ha llegado a la conclusión de que, al objeto de posibilitar la localización de la familia y su situación, podría instarse por parte de la Administración actuante, a través del Ministerio de Asuntos Exteriores, la participación y colaboración en esta función de las representaciones diplomáticas españolas en los países de origen de los menores.

Las razones para solicitar tal colaboración son obvias por cuanto dichos servicios diplomáticos se encuentran físicamente en el territorio y, sin duda, pueden coadyuvar a la obtención de este tipo de información.

Esta Institución no pretende, desde luego, que nuestras representaciones diplomáticas y consulares realicen labores que puedan indisponerlas con las autoridades locales ante quienes están acreditadas. Tan sólo se plantea que por el directo conocimiento del territorio en el que vive la familia del menor le resultaría más fácil que a cualquier autoridad española, conocer —siquiera de una manera indiciaria— la situación socio-económica de la familia e incluso ponerse en contacto con ella para comprobar su actitud en relación con el menor.

Este tipo de solución podría paliar la alegada escasa actividad de las representaciones diplomáticas del país de origen de los menores.

En cualquier caso, tanto si se considera posible esta solución o, cualquier otra, la investigación que se realice debería plasmarse en un in-

forme unido al expediente de que se trate, lo que permitiría que el mismo fuera tenido en cuenta en orden a la adopción de la medida adecuada al caso.

## 2. Documentación de los menores en situación de desamparo

Esta Institución ha recibido quejas sobre las dificultades que existen para documentar a los menores en situación de desamparo, habiéndose tratado la cuestión durante la visita realizada por los responsables de esta Institución y habiendo sido objeto, asimismo, de otras recomendaciones formalmente aceptadas.

La Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social modificada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, regula dos situaciones diferentes: la del menor tutelado por la Administración pública, al cual se le documentará con un permiso de residencia, a instancias del organismo que ejerce la tutela, siempre que se constate la imposibilidad de repatriación del menor y la del indocumentado sobre cuya mayoría de edad se dude, hasta tanto quede aclarado si efectivamente se trata de un menor.

La citada Ley no establece plazo para intentar la repatriación. Este vacío legislativo ha sido cubierto por el reglamento de ejecución de la ley, disponiéndose en su artículo 62.5 que se otorgará al menor permiso de residencia transcurridos nueve meses desde que éste haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores y, una vez intentada la repatriación, si ésta no hubiere sido posible.

Esta Institución, al hilo de las quejas recibidas y tras efectuar el correspondiente estudio sobre el problema que planteaba la ausencia de un plazo concreto para documentar al menor, consideró oportuno en su día remitir una recomendación<sup>3</sup> a la Consejería de Bienestar Social de Ceuta en el sentido de que se instara la documentación de los menores extranjeros que se encontraran sometidos a medidas de protección desde seis meses atrás, aunque dicho período hubiera sido interrumpido y también la de los menores cuya repatriación hubiera sido intentada y hubieran retornado.

Finalmente el reglamento ha venido a confirmar la necesidad de que se establezca un plazo para documentar a estos menores, si bien lo ha fijado en nueve meses.

---

<sup>3</sup> Recomendación 63/2001, publicada en el volumen correspondiente al año 2001 de esta serie.



Se hace necesario, sin embargo, insistir en el hecho de que tal documentación debe otorgarse a los menores cuya tutela se interrumpa puesto que, como se ha podido comprobar y se viene manteniendo en este escrito, un porcentaje alto de dichos menores regresan a territorio español, volviéndose a acordar el acogimiento y desamparo de los mismos.

Concluiremos, pues, que el reagrupamiento intentado y frustrado no debe considerarse a efectos del cómputo del periodo fijado por la norma, dado que si ello fuera así conduciría a una interpretación perversa del precepto cuya consecuencia sería bordear el sentido garantista que el mismo tiene.

La interpretación conjunta de los artículos 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, y 62 de su Reglamento, dejan perfectamente aclarada la cuestión de a quién corresponde instar la documentación y en qué plazo. La finalidad tuitiva que este conjunto de normas evidencia exige que las autoridades encargadas de su ejecución realicen una interpretación lo más favorable posible a que los preceptos desplieguen sus efectos. Ello implica que no deba admitirse la interrupción del cómputo del conjunto, en aquellos casos en los que intentada la reagrupación haya fracasado, debiendo entenderse como regla general que éste continúa allí donde fue interrumpido por la ejecución del oportuno acuerdo de reagrupación.

No resulta ocioso señalar la importancia que a todos los efectos tiene el documentar al menor, pues la legislación en materia de menores no sólo va dirigida a proteger a éste de riesgos o peligros físicos sino que, además, está dirigida a velar porque el menor encuentre un equilibrio personal que favorezca una plena autonomía cuando llegue a ser adulto. Por otra parte, a juicio de esta Institución se ha de emplear toda la diligencia necesaria para conseguir la documentación que le permita beneficiarse de su derecho a la identidad.

De la documentación obrante en esta Institución relativa a esta cuestión, destaca especialmente el problema de los menores que alcanzan la mayoría de edad en nuestro país sin disponer de la necesaria documentación para residir en territorio español.

Las quejas recibidas sobre los menores cuya proximidad a la mayoría de edad les provoca una situación de angustia, cuestionan, también en este punto, la lógica de determinadas actuaciones administrativas.

El caso planteado por un menor, cuyo permiso caducaba un día antes de cumplir los dieciocho años, o el caso de otro menor indocumenta-

do hasta el momento y que ha solicitado a la Consejería competente que inste su documentación por cumplir los dieciocho años próximamente, ponen de manifiesto una rigidez en los servicios administrativos ciertamente no deseable. La situación conduce al absurdo: la documentación debe instarse por el organismo tutelante y se otorga hasta los dieciocho años, momento en el cual, el menor debe abandonar el centro, sin haber obtenido una documentación que le permita desarrollar un trabajo normal o residir en el lugar en el que ha pasado un largo tiempo, a veces, hasta dos o tres años.

Como justificación de esta peculiar situación se alega que a partir de los dieciocho años, el mismo interesado podrá instarla pero se obvia que durante el tiempo que transcurre éste no dispondrá de documento alguno que le permita actuar dentro de los márgenes de la regularidad administrativa. Evidentemente su situación es de una total indefensión y vulnerabilidad que le impide integrarse en la estructura social y laboral, lo que evidentemente facilita la posibilidad de que encuentre en el delito la forma de sobrevivir a sus necesidades primarias.

La obtención de la documentación que permita la individualización de una persona se configura no sólo como un derecho sino también como un deber, tanto para el individuo como para la propia Administración que está obligada a expedir los documentos previstos en la legislación vigente, siempre que la solicitud reúna los requisitos necesarios para ello. No debemos olvidar que la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Seguridad Ciudadana, impone la obligación de expedir la documentación legal a los españoles y extranjeros con carácter general, salvo en los mismos supuestos previstos para el documento nacional de identidad.

La exposición de motivos de dicha norma señala que con la finalidad de proteger la seguridad ciudadana, se considera necesario establecer el ámbito de responsabilidad de las autoridades administrativas en distintas materias y, en lo que aquí interesa, en la documentación personal de nacionales y extranjeros en España.

Por su parte, el artículo 11 de la citada Ley Orgánica establece que «los extranjeros que se encuentren en territorio español están obligados a disponer de la documentación que acredite su identidad y el hecho de hallarse legalmente en España con arreglo a lo dispuesto en las normas vigentes».

Sin embargo, en los supuestos que estamos analizando, la obligación impuesta por la norma deviene de imposible cumplimiento precisamente por los obstáculos que plantea alguna de las administraciones encargadas de la tutela del menor.

Por otro lado, y en lo que se refiere a la documentación, es necesario resaltar que la legislación vigente tiene una finalidad claramente protectora de estos menores.

Así, el Código Civil al regular la adquisición de la nacionalidad española por residencia, establece en su artículo 22 un plazo privilegiado de un año de residencia legal para «el que haya estado sujeto legalmente a tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud».

Por su parte, el artículo 42 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, establece que se concederá permiso de residencia permanente a los extranjeros «que al llegar a la mayoría de edad hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española durante al menos los tres años consecutivos inmediatamente anteriores».

De la lectura de este artículo sólo cabe un entendimiento y es que lo relevante para el cómputo del plazo previsto en él es que la tutela haya sido ejercida por una entidad pública española. Por tanto, resultaría irrelevante que el menor durante el periodo que contempla la norma haya estado sometido a distintos regímenes, ya sea al de acogimiento o al de reforma.

Pero, en cualquier caso, se deberá documentar al menor, aun cuando no se encuentre en este supuesto (plazo de 3 años sujeto a tutela), por mandato del artículo 62 del Reglamento antes citado.

Por otro lado, debemos recordar que la renovación de los permisos debe solicitarse con un mes de antelación a la fecha de caducidad de los documentos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43.3 del citado Real Decreto, por tanto, puede plantearse el caso de que el menor sujeto a tutela todavía no haya alcanzado la mayoría de edad y sus documentos caduquen (aun cuando su mayoría de edad esté muy próxima) no siéndole posible solicitar la renovación por sí mismo y si no lo hace la entidad tutelante, se encontrará sin documentos válidos en el momento de abandonar el centro.

Esta Institución entiende que las administraciones que ejercen la tutela del menor tienen la obligación de instar la concesión de estos permisos de residencia en los casos en los que se hayan cumplido los plazos de tutela reglamentariamente exigidos y, en su caso, la renovación de los mismos sin que el hecho de que los efectos de esta solicitud ten-

gan lugar una vez alcanzada la mayoría de edad puedan justificar la inactividad de la Administración.

Como colofón de cuanto se ha expuesto cabe señalar que el estudio realizado por esta Institución ha llevado a concluir que la mayoría de los problemas que se plantean en buena medida traen causa ya de la descoordinación, ya de falta de diligencia de las administraciones intervinientes, o bien obedecen a una rigidez, a veces extrema en la aplicación de las normas.

### 3. Recomendaciones

Por ello, tras el análisis de las cuestiones expuestas en este escrito, esta Institución ha adoptado la decisión de formular ante esa Delegación del Gobierno las siguientes recomendaciones:

«1. Que se estudien individual y objetivamente las distintas situaciones de los menores no acompañados a fin de decidir si procede la reagrupación familiar, con la intervención, caso de ser necesario, del servicio exterior para suplir una eventual falta de colaboración o de actividad de las autoridades marroquíes.

2. Que en tales casos, se deje la debida constancia en el expediente administrativo instruido al efecto de todas las actuaciones realizadas en orden a comprobar la situación socioeconómica familiar, los informes elaborados sobre la orientación y evolución del menor, así como las manifestaciones de éste en relación con la posibilidad de retorno.

3. Que si se ha intentado la repatriación a fin de reagrupar al menor con sus familiares y se ha verificado el fracaso del intento, se analice debidamente la situación antes de volver a adoptar una nueva decisión de reagrupación.

4. Que el proceso de análisis anteriormente reseñado sea especialmente riguroso en los casos en los que el nuevo intento de reagrupación se produzca, una vez transcurrido el plazo de nueve meses al que alude el artículo 62.5 del Real Decreto 864/2001. En tal caso, en el curso del expediente administrativo deberán figurar especialmente los elementos que puedan evidenciar el comportamiento de los menores y su adaptación a la sociedad de acogida y, entre ellos, su rendimiento académico o sus actitudes de capacitación profesional.

5. Si una vez evaluada la situación del menor, se acuerda la reagrupación familiar y ésta fracasa, que el lapso temporal durante el cual se interrumpe el acogimiento contabilice a todos los efectos para el cóm-

puto de nueve meses previsto para el otorgamiento del permiso de residencia al que alude el artículo 62 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, y el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

6. Que se dé cuenta de todas las incidencias con la suficiente antelación al Ministerio Fiscal, a fin de que éste pueda realizar su función de control de legalidad y pueda, si lo estima pertinente, plantear los recursos oportunos para la mejor defensa del superior interés del menor».

Madrid, 20 de marzo de 2002.

**Dirigida al Delegado del Gobierno en la Ciudad Autónoma de Melilla.**

**Recomendación 25/2002, de 20 de marzo, sobre los procedimientos de protección y repatriación de menores extranjeros no acompañados.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 420.)*

Como V. E. conoce, esta Institución ha venido realizando distintas investigaciones ante ese organismo tendentes a evaluar en profundidad el problema que se plantea en relación con los menores no acompañados que se encuentran en esa Ciudad autónoma.

La problemática de los menores no acompañados no sólo se plantea en las ciudades de Ceuta y Melilla, sino que abarca a todo el territorio nacional, si bien en estas poblaciones el problema presenta aspectos específicos que tienen su causa en la cercanía de la frontera. El emplazamiento geográfico de las ciudades de Ceuta y Melilla, como es obvio, favorece la elección de estos espacios territoriales por parte de menores, especialmente de nacionalidad marroquí, para intentar desarrollar una nueva vida en otro país que, en principio, les parece como más adecuado para fijar su residencia.

Esta Institución conoce la especial dificultad de las autoridades administrativas que ostentan la competencia para adoptar las medidas precisas en cada una de las situaciones y también conoce la carencia de medios personales y materiales para actuar de modo diligente. Ahora bien, tal dificultad no puede justificar la adopción de medidas no consonantes con el espíritu de las normas que determinan, de forma rotunda, cuáles son los principios rectores que deben informar la actuación de las administraciones intervinientes.

Entre todas estas normas, cabe mencionar en primer lugar la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 2, apartado 1, establece que «los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la

presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales».

Evidentemente este escrito no tiene como objetivo transcribir uno a uno los derechos recogidos por la citada Convención, que todas las administraciones deben conocer y aplicar cotidianamente; sin embargo, consideramos necesario traer hasta aquí el apartado 1 del artículo 3 que establece lo siguiente:

«En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

La conveniencia de tener especialmente presente este principio está directamente relacionada con la necesidad de resaltar el hecho de que en todas las circunstancias, y en todas y cada una de las decisiones que conciernen a los niños, debe sopesarse el interés superior del menor, antes de adoptar una decisión concreta. Tal procedimiento de análisis, como se reflejará a lo largo del presente escrito, se viene realizando por los tribunales de justicia a la hora de decidir si un niño debe permanecer bajo la custodia de sus padres o de algún otro familiar o, en su caso, resulta más adecuado para él que permanezca acogido por una institución pública u otra familia distinta de la de origen.

La circunstancia de que un número inconcreto y variable de menores extranjeros se encuentren en nuestro territorio y, de forma más o menos sistemática, sean devueltos por las autoridades administrativas a su país de origen ha dado lugar a que esta Institución iniciara distintas investigaciones, tanto por el hecho en sí como por las circunstancias en las que se produce tal devolución. Aunque, bien es cierto, que dicha cuestión no se ha constituido en objeto único de análisis sino que se ha estudiado dentro del amplio marco de los problemas que ocasiona el que los menores se encuentren en una situación atípica en nuestro territorio.

La remisión de informes emitidos por las administraciones intervinientes, las visitas realizadas por autoridades de esta Institución y por asesores especialistas en la materia, además de las quejas recibidas formuladas por organizaciones no gubernamentales y asociaciones que han mostrado su preocupación ante la situación en la que se en-

cuentran los menores, así como por ciudadanos particulares directamente afectados por distintas causas, han permitido que esta Institución aprecie la existencia de algunas prácticas administrativas que no parecen perseguir el objetivo fundamental anteriormente mencionado. Ello ha de preocupar necesariamente al Defensor del Pueblo, por cuanto implicaría la vulneración de los artículos 2 y 3 de la Convención antes citados, al adoptarse decisiones que pueden menoscabar el interés superior del niño.

Por otro lado, y a efectos sistemáticos, esta Institución ha considerado procedente agrupar los distintos expedientes abiertos hasta el momento sobre diversas cuestiones relacionadas con el asunto, lo cual nos ha permitido abordar el problema desde una perspectiva global.

El análisis realizado aborda aspectos que se encuentran fuera de la competencia de esa Consejería. Sin embargo, se ha considerado procedente remitir a V. E. el estudio completo, particularizando únicamente al final del presente escrito las recomendaciones que esta Institución ha considerado procedente formular a esa Consejería, en función del ámbito competencial que la legislación atribuye a los servicios de protección de menores.

## 1. Procedimiento para la reagrupación familiar del menor

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, en su artículo 35, regula la residencia de menores y, en concreto, la reagrupación familiar de los menores extranjeros no acompañados e indocumentados, disponiendo que la Administración del Estado resolverá lo que proceda (el retorno a su país de origen o a aquél donde se encuentren sus familiares) o la permanencia en España, previo informe de los servicios de protección de menores.

Sin embargo, y hasta el momento de la entrada en vigor del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprobó el Reglamento de ejecución de la Ley citada, no se establecía el procedimiento ni el plazo para llevar a cabo tal reagrupación, aplicándose la regulación anterior conformada por el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, que establecía en su artículo 13.1.b) que «los órganos públicos competentes colaborarán con los servicios de protección de menores para la reagrupación familiar del menor en situación de desamparo en su país de origen o aquél donde se encontrasen sus familiares».



Las distintas interpretaciones que tal precepto suscitó llevaron a la necesidad de adoptar una Resolución conjunta, suscrita por el Ministerio de Asuntos Exteriores y el Ministerio del Interior en fecha 11 de noviembre de 1998. La citada Resolución contenía las instrucciones sobre el procedimiento a seguir por parte de los organismos administrativos afectados, teniendo igualmente como fin clarificar las competencias de los órganos intervinientes.

Tales instrucciones definían su propio ámbito de aplicación, la Administración competente para ejercer la tutela del menor en situación de desamparo, la Administración competente para la repatriación y el procedimiento para la ejecución de ésta.

Del contenido de las instrucciones interesa resaltar, a los efectos de este epígrafe, que el apartado 3 de la Instrucción tercera, establece lo siguiente:

«Las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno, por medio de las Brigadas Provinciales de Extranjería y Documentación, se pondrán en contacto con la Comisaría General de Extranjería y Documentación para que realice las gestiones necesarias ante las Embajadas y Consulados correspondientes, con el fin de localizar a los familiares de los menores, o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país de origen que se hicieren responsables de ellos. Si no existiera representación diplomática en España, estas gestiones se canalizarán a través del Ministerio de Asuntos Exteriores».

Asimismo, en cuanto al procedimiento establecido, en la Instrucción cuarta se dispone que el mismo se iniciará cuando la entidad pública que ejerce la tutela lo solicite a la autoridad gubernativa debiendo ésta poner las actuaciones en conocimiento del Ministerio Fiscal. Se señala también que en el caso de localizar a la familia del menor o, en su defecto, a los servicios de protección de menores de su país, se procederá a la repatriación debiéndose verificar previamente que no existe peligro en caso de retorno para la integridad del menor y que éste o sus familiares no van a ser objeto de persecución.

Procede señalar que la regulación anteriormente reseñada ha sido en su mayor parte trasladada al Real Decreto 864/2001, de 20 de julio actualmente en vigor, habiéndose añadido en esta última disposición una norma, que entendemos fundamental, relativa al plazo para la reagrupación que posteriormente tendremos ocasión de comentar.

### 1.1. *Investigación de las circunstancias familiares y sociales del menor*

De la evaluación realizada por esta Institución sobre la reagrupación familiar de los menores extranjeros, se deduce que las Instrucciones dictadas en el año 1998 no han desplegado, al menos de un tiempo a esta parte, toda la virtualidad que debieran.

En efecto, ha sorprendido a esta Institución que en los expedientes remitidos por la Delegación del Gobierno y la Consejería de Bienestar Social y Sanidad de Melilla sobre las actuaciones realizadas para reagrupar a menores no se haga alusión a las investigaciones realizadas para la localización de la familia o a los contactos mantenidos con los servicios de protección de menores del país de origen de los menores. Sólo existe en este sentido una vaga alusión a contactos mantenidos con determinada organización no gubernamental marroquí que no parece constituir en sí misma garantía suficiente. Tampoco existen documentos que permitan deducir que se ha realizado un estudio individualizado de la situación socio-familiar del menor y del entorno al que se le va a devolver para comprobar que no existe situación de riesgo o peligro para éste.

A título de ejemplo se expone a continuación el caso del menor A.M. (número de expediente de protección 158/01) que puede ofrecer una visión de las actuaciones que, al parecer, se han venido realizando en este caso. Según ha tenido ocasión de comprobar esta Institución la secuencia temporal y las actuaciones realizadas es similar en la mayoría de los expedientes revisados.

— Acuerdo de desamparo y acogimiento:	10 julio 2001.
— Escrito informando al Delegado del Gobierno:	16 julio 2001 (entrada 19 julio de 2001).
— Acuerdo de reintegración de la Delegación del Gobierno y gestión ante la policía marroquí:	1 agosto 2001.
— Entrega frontera:	1 agosto 2001.
— Cese acogimiento con efectos:	2 agosto 2001.

El caso expuesto permite suponer que no ha existido contacto con los familiares del menor o, en su defecto, con los servicios de protección

de menores y ello no sólo por la falta de documento alguno que haga referencia a tales actuaciones sino por los cortos períodos de tiempo en el que se han producido las actuaciones que hacen materialmente imposible efectuar una evaluación objetiva de la situación de este menor y resolver en consecuencia.

La evaluación objetiva a la que hacemos referencia es imprescindible para decidir cual sería la solución más beneficiosa para el menor, dado que el hecho de que se trate de menores extranjeros no es óbice para que en este caso se otorgue al menor la protección debida, de conformidad con lo establecido en las normas internas y en los convenios ratificados por España que de manera unánime aluden a este interés superior del menor en cualquier procedimiento en el que se decida sobre su futuro.

El propio Tribunal Constitucional ha señalado tal obligatoriedad en distintas sentencias y, en concreto, en la 141/2000 indica que cuando se trata de menores:

«No deben dejar de ser tenidas en cuenta las normas internacionales de protección de la infancia, que son de aplicación en España. Y, entre ellas, muy en particular, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (Ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990) y la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta Europea de los Derechos del Niño (Resolución A 3-0172/1992) de 8 de julio que conforman junto con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor..., el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 39 CE y muy en particular en su apartado 4. “A estos efectos, el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público de inexcusable observancia para todos los poderes públicos”».

Los tribunales de justicia han venido reflejando en reiteradas ocasiones la necesidad de tener en cuenta el interés del menor cuando se producen situaciones en las que se enfrentan intereses que pueden parecer contrapuestos. A título de ejemplo puede citarse el auto de 26 de abril de 1999, en el cual la Audiencia Provincial de Barcelona afirma de forma categórica:

«Como proclama reiterada y pacífica doctrina jurisprudencial, que por conocida es incluso ocioso su cita, en esta clase de procesos (acogimiento) los Tribunales han de velar prioritariamente y de modo decidido por los intereses de los menores, que son, sin duda, los más dignos de protección y cuyo interés superior debe presidir cualquier

resolución en esta materia, en el que el principio fundamental del *favor minoris*, consagrado solemnemente en la Constitución Española y sancionado en convenios internacionales es una constante plenamente afianzada».

Pues bien, las actuaciones administrativas que se siguen en los casos de los menores no acompañados suscitan, en algunos casos, serias dudas sobre que el interés del menor haya sido considerado como prioritario. Así, en los casos analizados se ha comprobado que tras conocer la existencia del menor, la autoridad competente para llevar a cabo la repatriación acuerda que ésta se lleve a efecto plasmando a continuación un párrafo modelo para todos los interesados en el que se afirma que la medida de reintegración familiar es la procedente al ser el entorno familiar el mejor para el desarrollo de los menores. A continuación se transcriben los dos textos más utilizados en el escrito por el cual se acuerda la reagrupación que señalamos con las letras *a)* y *b)*.

*a)* «Visto el expediente incoado por esta Delegación del Gobierno..., he acordado que se lleven a cabo las actividades acordadas en el Protocolo conjunto redactado por este Centro y la mencionada Consejería y por ello y con la finalidad “de proceder a su reintegración a la unidad familiar de la que forma parte y procurar su convivencia en su entorno natural, lo que facilitará su desarrollo integral como persona adulta”, se debe gestionar con las autoridades policiales marroquíes de la frontera de Beni-Enzar la entrega del citado menor al objeto de que sus padres legítimos recuperen la patria potestad sobre el mismo, suspendida de facto o, en su caso, si las condiciones o circunstancias que concurrieran en éstos no fueran las adecuadas para una normal convivencia familiar y su integridad moral, lo entreguen a las instituciones o servicios sociales competentes, según el Derecho interno de su país.»

*b)* «De su examen (se refiere al expediente) esta Delegación del Gobierno considera que se dan plenamente las circunstancias y condiciones reguladas en el artículo 62 del R.D. 864/2001, de 20 de julio, por lo que procede la repatriación del citado menor para que las autoridades marroquíes hagan entrega del mismo a sus familiares o, en su caso, a los servicios de protección de menores, “a fin de procurar su convivencia en su entorno natural lo que facilitará su futuro desarrollo integral”.»

Esta Institución es plenamente consciente de que a la hora de adoptar una resolución deben conjugarse determinados elementos entre los que se incluyen, de forma esencial, la protección de las relaciones paterno-filiales y, por ello, en algunos casos cabe concluir que lo

mejor para el menor es el reagrupamiento familiar. Sin embargo, tanto las normas vigentes como las sentencias dictadas en relación con esta materia vienen manifestando la necesidad de evaluar el problema tras el correspondiente análisis pormenorizado y exhaustivo de cada caso, siempre en función del interés del menor, para adoptar la decisión más acertada.

La sentencia de 11 de enero de 1994, de la Audiencia Provincial de Sevilla, ofrece algunas pautas para valorar la situación del menor, tomando en consideración la necesaria protección de los intereses paterno-filiales, señalando que:

«Para apreciar y valorar la situación de desamparo, se han de examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto, atendiendo fundamentalmente al interés del menor, sin desconocer, empero, la necesaria protección de la institución familiar a que pertenece dicho menor, concluyendo que debe estimarse la existencia de desamparo cuando se acredite efectivamente el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor, exigidos por la conciencia social más común».

A la vista de lo expuesto hasta aquí, parece cuestionable que en todos los casos la reintegración a la unidad familiar y la convivencia en su entorno puede configurarse de manera apriorística como la mejor de las alternativas posibles para todos los menores, tal y como se desprende de los escritos emitidos por la autoridad gubernativa. Por el contrario resulta obvio que, en su mayoría, los menores no acompañados proceden de familias rotas y con una situación económica precaria. Pero aún resulta más cuestionable la solución de la reagrupación cuando un alto número de estos menores retornan irregularmente a España en plazos muy pequeños, a veces de horas.

Por ello, aun cuando puede ser que lo mejor para el menor sea la reintegración familiar, tal decisión debe ser adoptada tras la realización de un estudio individualizado del caso que permita emitir un juicio objetivo. Debe rechazarse, por tanto, la elaboración de «modelos tipo» para todos los casos, pues tal solución choca frontalmente con el espíritu y la letra de las normas vigentes sobre protección de menores, sean extranjeros o no.

Por otra parte, de la simple lectura de estos escritos en los que se incluye alguno de los párrafos-modelo antes mencionados, cabe deducir que se otorga un trato similar a personas cuya situación personal es distinta. Tal tratamiento no sólo supone una vulneración de las normas vigentes en la materia, habida cuenta de que éstas condicionan la repa-

triación a la verificación de determinados datos concretos, sino que también puede conducir a resultados manifiestamente injustos en los que, desde luego, no se está dando la debida prioridad al principio del *favor minoris* al que aluden todas las normas internas e internacionales y al que se remiten unánimemente los tribunales.

Por otro lado, esta Institución ha podido apreciar que existe una cierta resistencia, por parte de algunas autoridades administrativas, a cumplir rigurosamente las disposiciones establecidas por el Real Decreto antes citado que evidentemente tienen como objetivo decidir en qué casos procede o no la repatriación y cómo debe ejecutarse. Las actuaciones administrativas ponen de manifiesto que se interpretan las normas de una forma particular que, a nuestro juicio, no coincide ni con el espíritu de éstas ni con su propia letra. Tal interpretación no puede ser compartida por esta Institución dado que conduce en algunos casos a un mero cumplimiento formal de la legalidad que resulta insatisfactorio desde todo punto de vista.

Así, en el informe remitido a esta Institución por la Delegación del Gobierno de Melilla, de fecha 28 de agosto de 2001, se señala lo siguiente:

«Se acompañan fotocopias de los expedientes de la repatriación llevada a cabo, en la que se dio puntualmente cuenta al Fiscal de Menores y éstos fueron entregados a la Policía de Fronteras en Marruecos, que a juicio de este Centro representa en ese lugar al Estado Marroquí y es la competente para permitir la entrada de personas en su territorio a fin de que fueran a su vez devueltos a sus familias o a los servicios competentes de protección del menor de dicho país, que obviamente es soberano y no puede esta Delegación del Gobierno pronunciarse sobre el funcionamiento de sus instituciones».

Tal posición se reitera en el escrito del mismo órgano, de fecha 21 de septiembre de 2001, en el que se dice:

«Este Centro, estima que al ser la reintegración familiar o social de los menores a un país extranjero, debe hacerse formalmente a las autoridades fronterizas de aquél país ya que nos está impedido llevar a cabo actuaciones en territorio extranjero donde se carece de jurisdicción; y no existen indicios de que estas autoridades lleven a cabo actos algunos que pudieran menoscabar la integridad física o moral de los menores».

Al margen de la cuestión de fondo planteada en las quejas concretas, algunas de las afirmaciones vertidas en este escrito permiten poner en cuestión la existencia de una investigación objetiva que, como ya se ha dicho, debe ser el sustrato para adoptar la decisión adecuada en cada

caso, de conformidad con el principio establecido en el artículo 3 de la Convención reiteradamente citada, de elegir la alternativa más beneficiosa para el menor.

## 1.2. *Reagrupaciones familiares infructuosas*

Entre la documentación que esta Institución ha analizado se ha podido comprobar que con notoria frecuencia se repiten casos en que tras ser acordada la repatriación de menores, éstos han regresado a territorio español transcurridas, algunas veces, unas horas desde la ejecución de la medida.

Tales hechos ponen de manifiesto, al menos, dos cosas. La primera de ellas es que la policía de fronteras a la cual se entrega al menor no se ocupa de él ni efectúa contacto alguno con su familia o, en su caso, que la diligencia con la que realiza su trabajo es prácticamente nula. La segunda es la ineficacia de la medida de reagrupación. Lo cierto es que la única consecuencia de esta secuencia de hechos parece ser que el menor esté absolutamente desprotegido durante el tiempo que tarda en regresar.

Resulta evidente, por tanto, que esta medida no tiene en muchos casos resultados positivos. Sin embargo, de la documentación analizada es posible deducir que tal hecho —el retorno del menor— no provoca un nuevo estudio del problema, dado que se vuelve a ordenar la entrega del menor de que se trate a la policía marroquí transcurridos uno o varios días. Se ha podido apreciar que algunos de estos menores han sido entregados a la policía marroquí para su reagrupación numerosas veces.

Los sucesivos traslados a la frontera ciertamente contribuyen a crear una situación de inseguridad en el menor impeditiva de una mayor y mejor integración en el centro donde se encuentra acogido. Es fácil deducir que tal situación ocasiona un gran perjuicio para estos menores. Debemos recordar que los menores a los que aludimos están tutelados por la Administración española y la situación que se comenta sólo puede conducirles a una permanente inseguridad. Todo ello podría quizá resolverse si se llevase a cabo un análisis en profundidad de la situación de cada uno de estos menores antes de adoptar una decisión en relación con ellos.

No es improcedente señalar aquí que sobre tales menores ha recaído un acuerdo declarando el desamparo y acogimiento, precisamente por considerar que esta era la situación en la que se encontraban, por lo que la entrega precipitada del menor vuelve a conducirles a la misma si-

tuación, es decir, a la de desamparo. Sobre esta situación se han pronunciado reiteradamente los tribunales en reiteradas ocasiones. A título de ejemplo se reitera la cita de la sentencia de 11 de enero de 1994 de la Audiencia Provincial de Sevilla, en la que se dice:

«A tenor de lo dispuesto en el artículo 172 del Código Civil se considera como situación de desamparo, la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material, de manera que el desamparo ha de considerarse en primer lugar como una situación fáctica, querida o no, en la que se encuentran los menores y que se caracteriza en esencia, por la falta o privación de la asistencia y protección moral y material necesarias, y ello determina, por ministerio de la ley, la tutela automática de dichos menores por parte de la entidad pública a quien en el respectivo territorio esté encomendada la protección de los menores, e implica, por ende, la privación de la guarda y custodia de los menores pudiera corresponder, incluso, a sus padres naturales o biológicos».

En este sentido cabe resaltar de forma especial que la reciente Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado referida a la actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería, señala en su apartado IV.4, dedicado a los menores extranjeros en situación de desamparo:

«Una vez asumida la tutela por haberse apreciado el desamparo, en tanto el menor extranjero no abandone nuestro país, sólo se extinguirá la tutela cuando cumpla el extranjero los dieciocho años o concurra cualquier otra de las causas contempladas en el artículo 276 CC, precepto que es aplicable también a los supuestos de tutela legal automática en la medida en que su supuesto habilitante —el desamparo de un menor— aparece también como una de las causas que dan lugar a la tutela al regular el régimen general de ésta (artículo 222.4º del Código Civil). No es causa de extinción de la tutela, por tanto, la vida independiente del menor con consentimiento del tutor (a diferencia de lo que prevé el citado artículo 319 del Código Civil para la patria potestad), aunque sí puede serlo la obtención judicial del beneficio de la mayor edad».

Se afirma, asimismo, en la citada Circular que «no es preciso que la entidad pública haya dictado formalmente la resolución en que aprecia el desamparo y asume la tutela, ya que —al margen de la práctica de las administraciones de documentar la constitución de la tutela con posterioridad a la detección de la situación de desamparo, sobre todo por motivos de seguridad jurídica y para posibilitar un eventual recurso— ésta se produce en realidad *ope legis* de manera automática, tan pronto



como se constata el desamparo, de modo que un menor extranjero sólo puede ser expulsado, devuelto o retornado a su país en compañía de su representante o representantes legales».

Finalmente se añade que «la actuación de los poderes públicos debe estar orientada por el derecho del menor a no ser separado de sus padres y familiares y, en consecuencia, debe intentarse la repatriación del menor con fines de reagrupación familiar. La repatriación no es, sin embargo, un objetivo absoluto que se haya de perseguir a toda costa; pueden estar en juego también otros intereses como la vida, la integridad física o psíquica y el respeto a los derechos fundamentales del menor, que pueden hacer que la balanza del interés superior de éste se incline finalmente en pro de su permanencia en nuestro país.»

En consecuencia con todo lo anterior, esta Institución considera que el automatismo de las repatriaciones a fin de reintegrar al menor en su familia constituye una práctica indeseable que debe ser evitada, considerando el perjuicio que conllevan y en cumplimiento de los tratados internacionales ratificados por España en esta materia y de la vigente legislación sobre menores.

Especialmente perjudicial resulta el referido automatismo, sin que medie un análisis individualizado de la situación y de la evolución del menor sometido a tutela, en aquellos casos en que el interesado cuenta ya con su documentación en regla y está obteniendo resultados positivos en los ámbitos académicos o de capacitación para el empleo. En tales casos una elemental prudencia obliga a los gestores públicos responsables a no interrumpir este proceso, salvo que en el oportuno expediente se acredite una radical variación de las circunstancias que determinaron la declaración de desamparo o, en su caso, que hicieron infructuosa o los intentos de reagrupación familiar.

### 1.3. *Procedimiento*

El legislador, en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, afirma que ya la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, introdujo, entre otras cosas, la generalización del interés superior del menor como principio inspirador de todas las actuaciones relacionadas con aquel, tanto administrativas como judiciales, y el incremento de las facultades del Ministerio Fiscal en relación con los menores, así como sus correlativas obligaciones.

Sigue afirmando la exposición de motivos de la citada Ley Orgánica que en todo su articulado «aparece reforzada la intervención del Minis-

terio Fiscal, siguiendo la tendencia iniciada por la Ley 21/1987, ampliando los cauces de actuación de esta institución».

Por ello, analizadas las actuaciones administrativas que se producen en el tema planteado, llama la atención de forma especial la escasa relevancia que se otorga a la misión que corresponde a la Fiscalía como garante de la legalidad.

Nuevamente la secuencia temporal de las actuaciones pone de manifiesto que la comunicación al Fiscal se considera como un trámite meramente formal. Se ha podido comprobar que tales comunicaciones se realizan en la misma fecha que se acuerda el reagrupamiento familiar y la entrega en frontera, sin que se dé oportunidad alguna a dicha autoridad de revisar las actuaciones o decidir, en su caso, si a su juicio han existido irregularidades en algunas de las actuaciones, o si éstas se han llevado a cabo obviando el que ha de ser el criterio principal rector de las mismas, es decir, el superior interés del menor.

Procede recordar aquí, que el artículo 174 del Código Civil (redactado conforme a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero), dispone en sus apartados 1 y 2:

«1. Incumbe al Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores a que se refiere esta sección.

2. A tal fin, la entidad pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de los menores y le remitirá copia de las resoluciones administrativas y de los escritos de formalización relativos a la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos. Igualmente le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor.

El Fiscal habrá de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor, y promoverá ante el Juez las medidas de protección que estime necesarias».

Esta Institución ha tenido conocimiento de que determinadas actuaciones relacionadas con la repatriación de menores han llevado a que la Fiscalía de Málaga-Adscripción Permanente en Melilla (Sección Menores) señale en un informe del 24 de septiembre de 2001 y de cuyo texto íntegro debe tener V. E. pleno conocimiento, lo siguiente:

«Así, la tardía comunicación al Ministerio Fiscal en las repatriaciones realizadas, vedando a éste de cuantas funciones de control de legalidad le atribuye la ley en esta materia, la no autorización del juez de menores, en algún caso, respecto de menores incurso en procesos judiciales, la no audiencia del menor en el procedimiento administrativo

incoado para su repatriación (artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor) la inexistencia o no constancia de expediente substanciado respecto a cada menor con resolución final recurrible respecto al mismo, la entrega en país extranjero a instancias distintas a su familia o servicios sociales de aquél, suponen irregularidades de tal alcance que vulneran los derechos del menor y que exigen por este Ministerio Público de conformidad, con las funciones constitucionalmente encomendadas, una decidida intervención, dirigida a salvaguardar al menor de cualquier actuación que como en el presente caso implique algún tipo de riesgo».

Esta Institución comparte plenamente la posición de la representación del Ministerio Fiscal y la preocupación que ella trasluce y, al margen de las actuaciones que lleve éste a cabo en el ámbito de sus competencias para que las administraciones intervinientes modifiquen sus actuaciones ajustándolas a la legalidad, no puede por menos que señalar la irregularidad de tal actuación administrativa. De ello ha de deducirse la vehemente recomendación de que las autoridades competentes ajusten su actuación procedimental para asegurar el puntual cumplimiento de las garantías señaladas en el inciso aquí transcrito.

Dentro de este epígrafe procede hacer también alusión a la especial dificultad con la que se enfrentan las administraciones actuantes, en orden a la localización de las familias de los menores y para efectuar la oportuna investigación sobre la situación de éstas para adoptar la decisión que proceda.

Esta Institución tiene constancia de estas dificultades y de que ellas pueden estar entre las causas que provocan una notable desmotivación en las administraciones a la hora de realizar su función.

Tras estudiar este aspecto de la cuestión de forma detenida se ha llegado a la conclusión de que, al objeto de posibilitar la localización de la familia y su situación, podría instarse por parte de la Administración actuante a través del Ministerio de Asuntos Exteriores, la participación y colaboración en esta función de las representaciones diplomáticas españolas en los países de origen de los menores.

Las razones para solicitar tal colaboración son obvias por cuanto dichos servicios diplomáticos se encuentran físicamente en el territorio y, sin duda, pueden coadyuvar a la obtención de este tipo de información.

Esta Institución no pretende, desde luego, que nuestras representaciones diplomáticas y consulares realicen labores que puedan indispo-

nerlas con las autoridades locales ante quienes están acreditadas. Tan sólo se plantea que por el directo conocimiento del territorio en el que vive la familia del menor le resultaría más fácil que a cualquier autoridad española, conocer —siquiera de una manera indiciaria— la situación socio-económica de la familia e incluso ponerse en contacto con ella para comprobar su actitud en relación con el menor.

Este tipo de solución podría paliar la alegada escasa actividad de las representaciones diplomáticas del país de origen de los menores.

En cualquier caso, tanto si se considera posible esta solución o, cualquier otra, la investigación que se realice debería plasmarse en un informe unido al expediente de que se trate, lo que permitiría que el mismo fuera tenido en cuenta en orden a la adopción de la medida adecuada al caso.

## 2. Documentación de los menores en situación de desamparo

Esta Institución ha recibido quejas sobre las dificultades que existen para documentar a los menores en situación de desamparo, habiéndose tratado la cuestión durante la visita realizada por los responsables de esta Institución y habiendo sido objeto, asimismo, de otras recomendaciones formalmente aceptadas.

La Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social modificada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, regula dos situaciones diferentes: la del menor tutelado por la Administración pública, al cual se le documentará con un permiso de residencia, a instancias del organismo que ejerce la tutela, siempre que se constate la imposibilidad de repatriación del menor y la del indocumentado sobre cuya mayoría de edad se dude, hasta tanto quede aclarado si efectivamente se trata de un menor.

La citada Ley no establece plazo para intentar la repatriación. Este vacío legislativo ha sido cubierto por el reglamento de ejecución de la ley disponiéndose en su artículo 62.5 que se otorgará al menor permiso de residencia transcurridos nueve meses desde que éste haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores y una vez intentada la repatriación, si ésta no hubiere sido posible.

Esta Institución, al hilo de las quejas recibidas y tras efectuar el correspondiente estudio sobre el problema que planteaba la ausencia de un plazo concreto para documentar al menor, consideró oportuno en su día remitir una recomendación<sup>4</sup> a la Consejería de Bienestar Social de

---

<sup>4</sup> Recomendación 63/2001, publicada en el volumen correspondiente al año 2001 de esta serie.

Ceuta en el sentido de que se instara la documentación de los menores extranjeros que se encontraran sometidos a medidas de protección desde seis meses atrás, aunque dicho período hubiera sido interrumpido y también la de los menores cuya repatriación hubiera sido intentada y hubieran retornado.

Finalmente el Reglamento ha venido a confirmar la necesidad de que se establezca un plazo para documentar a estos menores, si bien lo ha fijado en nueve meses.

Se hace necesario, sin embargo, insistir en el hecho de que tal documentación debe otorgarse a los menores cuya tutela se interrumpa puesto que, como se ha podido comprobar y se viene manteniendo en este escrito, un porcentaje alto de dichos menores regresan a territorio español, volviéndose a acordar el acogimiento y desamparo de los mismos.

Concluiremos, pues, que el reagrupamiento intentado y frustrado no debe considerarse a efectos del cómputo del periodo fijado por la norma, dado que si ello fuera así conduciría a una interpretación perversa del precepto cuya consecuencia sería bordear el sentido garantista que el mismo tiene.

La interpretación conjunta de los artículos 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, y 62 de su Reglamento, dejan perfectamente aclarada la cuestión de a quién corresponde instar la documentación y en qué plazo. La finalidad tuitiva que este conjunto de normas evidencia exige que las autoridades encargadas de su ejecución realicen una interpretación lo más favorable posible a que los preceptos desplieguen sus efectos. Ello implica que no deba admitirse la interrupción del cómputo del conjunto, en aquellos casos en los que intentada la reagrupación haya fracasado, debiendo entenderse como regla general que éste continúa allí donde fue interrumpido por la ejecución del oportuno acuerdo de reagrupación.

No resulta ocioso señalar la importancia que a todos los efectos tiene el documentar al menor, pues la legislación en materia de menores no sólo va dirigida a proteger a éste de riesgos o peligros físicos sino que, además, está dirigida a velar porque el menor encuentre un equilibrio personal que favorezca una plena autonomía cuando llegue a ser adulto. Por otra parte, a juicio de esta Institución se ha de emplear toda la diligencia necesaria para conseguir la documentación que le permita beneficiarse de su derecho a la identidad.

De la documentación obrante en esta Institución relativa a esta cuestión destaca especialmente el problema de los menores que alcanzan la mayoría de edad en nuestro país, sin disponer de la necesaria documentación para residir en territorio español.

Las quejas recibidas sobre los menores cuya proximidad a la mayoría de edad les provoca una situación de angustia, cuestionan, también en este punto, la lógica de determinadas actuaciones administrativas.

El caso planteado por un menor, cuyo permiso caducaba un día antes de cumplir los dieciocho años, o el caso de otro menor indocumentado hasta el momento y que ha solicitado a la Consejería competente que inste su documentación por cumplir los dieciocho años próximamente, ponen de manifiesto una rigidez en los servicios administrativos ciertamente no deseable. La situación conduce al absurdo: la documentación debe instarse por el organismo tutelante y se otorga hasta los dieciocho años, momento en el cual, el menor debe abandonar el centro, sin haber obtenido una documentación que le permita desarrollar un trabajo normal o residir en el lugar en el que ha pasado un largo tiempo, a veces, hasta dos o tres años.

Como justificación de esta peculiar situación se alega que a partir de los dieciocho años, el mismo interesado podrá instarla pero se obvia que durante el tiempo que transcurra éste no dispondrá de documento alguno que le permita actuar dentro de los márgenes de la regularidad administrativa. Evidentemente su situación es de una total indefensión y vulnerabilidad que le impide integrarse en la estructura social y laboral, lo que evidentemente facilita la posibilidad de que encuentre en el delito la forma de sobrevivir a sus necesidades primarias.

La obtención de la documentación que permita la individualización de una persona se configura no sólo como un derecho sino también como un deber tanto para el individuo como para la propia Administración que está obligada a expedir los documentos previstos en la legislación vigente, siempre que la solicitud reúna los requisitos necesarios para ello. No debemos olvidar que la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Seguridad Ciudadana, impone la obligación de expedir la documentación legal a los españoles y extranjeros con carácter general, salvo en los mismos supuestos previstos para el documento nacional de identidad.

La exposición de motivos de dicha norma señala que con la finalidad de proteger la seguridad ciudadana, se considera necesario establecer el ámbito de responsabilidad de las autoridades administrativas en distintas materias y, en lo que aquí interesa, en la documentación personal de nacionales y extranjeros en España.

Por su parte, el artículo 11 de la citada Ley Orgánica establece que «los extranjeros que se encuentren en territorio español están obligados a disponer de la documentación que acredite su identidad y el hecho de hallarse legalmente en España con arreglo a lo dispuesto en las normas vigentes».

Sin embargo en los supuestos que estamos analizando la obligación impuesta por la norma deviene de imposible cumplimiento, precisamente por los obstáculos que plantea alguna de las administraciones encargadas de la tutela del menor.

Por otro lado, y en lo que se refiere a la documentación, es necesario resaltar que la legislación vigente tiene una finalidad claramente protectora de estos menores.

Así, el Código Civil al regular la adquisición de la nacionalidad española por residencia, establece en su artículo 22 un plazo privilegiado de un año de residencia legal para «el que haya estado sujeto legalmente a tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud».

Por su parte, el artículo 42 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, establece que se concederá permiso de residencia permanente a los extranjeros «que al llegar a la mayoría de edad hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española durante al menos los tres años consecutivos inmediatamente anteriores».

De la lectura de este artículo sólo cabe un entendimiento y es que lo relevante para el cómputo del plazo previsto en él es que la tutela haya sido ejercida por una entidad pública española. Por tanto, resultaría irrelevante que el menor durante el periodo que contempla la norma haya estado sometido a distintos regímenes, ya sea al de acogimiento o al de reforma.

Pero, en cualquier caso, se deberá documentar al menor, aun cuando no se encuentre en este supuesto (plazo de 3 años sujeto a tutela), por mandato del artículo 62 del Reglamento antes citado.

Por otro lado, debemos recordar que la renovación de los permisos debe solicitarse con un mes de antelación a la fecha de caducidad de los documentos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43.3 del citado Real Decreto, por tanto, puede plantearse el caso de que el menor sujeto a tutela todavía no haya alcanzado la mayoría de edad y sus documentos caduquen (aun cuando su mayoría de edad esté muy próxima)

no siéndole posible solicitar la renovación por sí mismo y si no lo hace la entidad tutelante, se encontrará sin documentos válidos en el momento de abandonar el centro.

Esta Institución entiende que las administraciones que ejercen la tutela del menor, tienen la obligación de instar la concesión de estos permisos de residencia en los casos en los que se hayan cumplido los plazos de tutela reglamentariamente exigidos y, en su caso, la renovación de los mismos sin que el hecho de que los efectos de esta solicitud tengan lugar una vez alcanzada la mayoría de edad puedan justificar la inactividad de la Administración.

Como colofón de cuanto se ha expuesto, cabe señalar que el estudio realizado por esta Institución ha llevado a concluir que la mayoría de los problemas que se plantean en buena medida traen causa ya de la descoordinación, ya de falta de diligencia de las administraciones intervinientes, o bien obedecen a una rigidez, a veces extrema en la aplicación de las normas.

### 3. Recomendaciones

Por ello, tras el análisis de las cuestiones expuestas en este escrito, esta Institución ha adoptado la decisión de formular ante esa Consejería las siguientes recomendaciones:

«1. Que, si se ha intentado la repatriación a fin de reagrupar al menor con sus familiares y se ha verificado el fracaso del intento —con independencia de que la repatriación haya sido acordada por la autoridad competente, de conformidad con el informe de los Servicios de Protección de Menores o no—, se analice debidamente la situación y se emita nuevo informe en el que se indique si procedería o no un nuevo intento de reagrupación, a juicio de esa Administración.

2. Que el proceso de análisis anteriormente reseñado sea especialmente riguroso en los casos en los que el nuevo intento de reagrupación se produzca una vez transcurrido el plazo de nueve meses al que alude el artículo 62.5 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio. En tal caso esa Administración debería consignar en su informe de forma especial los elementos que puedan evidenciar el comportamiento de los menores y su adaptación a la sociedad de acogida y, entre ellos, su rendimiento académico o sus aptitudes de capacitación profesional.

3. Que si transcurrido el plazo de nueve meses previsto por el artículo 62 del Real Decreto 864/2001 para el otorgamiento del permiso de



residencia, el menor no contara con dicho permiso, se inste por esa Consejería tal concesión, considerando incluido dentro del cómputo de los nueve meses el lapso temporal durante el cual se interrumpe el acogimiento por la ejecución de la reagrupación familiar.

4. Que se informe a los interesados sobre la posibilidad de tramitar la nacionalidad española a aquellos menores que cumplan los requisitos previstos por la legislación vigente».

Madrid, 20 de marzo de 2002.

**Recomendación dirigida a la Consejera de Bienestar Social y Sanidad de la Ciudad Autónoma de Melilla.**

**Recomendación 26/2002, de 20 de marzo, sobre mejora de las garantías procedimentales en materia sancionadora de tráfico.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 398.)*

Agradecemos su atento escrito, en el que nos contesta a la queja planteada por don (...), registrada con el número arriba indicado.

En dicho escrito se señala que «cuando el servicio de radar, a requerimiento del órgano instructor, remite la fotografía facilitada por el radar, así como el certificado de homologación y revisión del cinemómetro, vienen acompañados de un impreso de los utilizados por los servicios de la Policía Municipal para emitir los informes ratificadores propiamente dichos, es decir, aquellos en que el agente denunciante observó directamente el hecho en que la infracción consiste».

Asimismo, se manifiesta que «tal escrito aparece encabezado por las referencias del expediente, entre las que se encuentra el número del agente que incorporó los datos facilitados por el cinemómetro, firmando el mismo cualquiera de los agentes adscritos al Servicio de Radar».

Más adelante se señala que tal escrito «no es un informe ratificador, ni constituye prueba de nada; se trata de un escrito sin relieve jurídico alguno, cuya única y exclusiva función es identificar el expediente a que se refiere la fotografía y el certificado del cinemómetro».

Por lo anterior, esa corporación considera que «no puede calificarse como irregularidad el hecho de que aparezca firmado por otro agente perteneciente al mismo servicio, aunque, dada la inadecuada utilización de un impreso confeccionado para otros fines, figure en el encabezamiento, como agente que suscribe el impropriadamente denominado informe —identificado con su número profesional— el mismo que cumplimentó el boletín de denuncia, que no es el que firma tal escrito. La

consignación del número del agente que relleno el boletín de denuncia tiene como única finalidad aportar un dato más de los que conforman la identificación completa del expediente, toda vez que tal agente figura, aunque a efectos meramente formales, como denunciante. No existe, por tanto, suplantación de personalidad ni falsedad alguna, toda vez que el firmante, como agente igualmente adscrito al servicio está capacitado y legitimado para firmar tan irrelevante documento, al disponer de la misma información que el agente denunciante utilizó para cumplimentar el boletín de denuncia».

En relación con dichas manifestaciones, le recordamos, una vez más, que en los referidos escritos se dice textualmente: «El policía que suscribe con número profesional (...), firmante de la denuncia referenciada, vistas las alegaciones que en el recurso o pliego de descargo hace el denunciado, emite el siguiente informe...». Por tanto, difícilmente pueden admitirse las alegaciones de esa corporación en el sentido de que los datos identificadores del agente que figura en el encabezamiento del escrito son los del que extendió el boletín de denuncia, pero no los del firmante del escrito.

Por otra parte, le recordamos que en nuestro escrito de 4 de julio de 2001 se señalaba que tanto en las denuncias de los expedientes 68681749.7 y 68697193.0, en las que figura como denunciante el agente con número profesional (...), como en el informe de ratificación del expediente 68697193.0, suscrito por el mismo agente, las firmas son semejantes, pero en el informe de ratificación del expediente 68681749.7, a pesar de que se indica que lo suscribe el policía con el mismo número profesional, la firma estampada no tiene similitud alguna con la que figura en los documentos citados anteriormente. Esta misma disparidad entre las firmas puede apreciarse en la denuncia y en el informe de ratificación del expediente 68696566.8, a pesar de indicarse que ambos documentos están suscritos por el policía con número profesional (...).

En consecuencia, esta Institución no puede compartir el criterio de esa corporación cuando considera irrelevante que algunos documentos incorporados por los Servicios de la Policía Municipal a los expedientes sancionadores, estén firmados por agentes distintos a aquellos que el mismo documento identifica como el que lo suscribe y entiende que es una grave irregularidad la utilización de modelos que expresan algo radicalmente distinto a lo que, según afirma esa corporación, se pretende manifestar.

Por todo cuanto antecede, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, hemos considerado conveniente recomendar a V. E.:

«1. Que se adopten las medidas oportunas para erradicar la práctica de los agentes de la Policía Municipal consistente en firmar documentos en cuyo encabezamiento se hace constar que los suscribe un agente distinto de aquel que lo firma efectivamente, con independencia de la naturaleza de dicho documento y de si es o no necesario para la válida tramitación de un expediente sancionador.

2. Que los servicios de la Policía Municipal no utilicen, en ningún caso, los impresos que se usan para emitir los informes ratificadores de los agentes denunciadores, cuando lo que se pretende no es ratificar una denuncia, sino remitir la fotografía facilitada por el radar, así como el certificado de homologación y revisión del cinemómetro».

Madrid, 20 de marzo de 2002.

**Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Madrid.**



**Recomendación 27/2002, de 22 de marzo, sobre ponderación de las medidas coercitivas aplicables a los extranjeros detenidos, al intentar el acceso a territorio español de manera irregular.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 380.)*

Se acusa recibo a su atento escrito, en el que nos contesta a la queja planteada de oficio por esta Institución y registrada con el número arriba indicado, en relación con la situación de 44 inmigrantes que permanecieron durante toda la noche del pasado día 27 de julio en la comisaría de Motril.

Del contenido de dicho informe se desprende que, como consecuencia del aumento de llegada de inmigrantes que en el curso del pasado año pretendieron su entrada irregular al país, arribando en pateras a las costas granadinas, por parte de esa Administración se realizó un importante esfuerzo para la adecuación de locales que permitieran la debida acogida de estos extranjeros en condiciones dignas.

En este sentido, en el informe enviado se señala que tras la realización de diversas gestiones con el Ayuntamiento de Motril, se procedió al acondicionamiento de un local cedido por la Cruz Roja en la localidad de Torrenueva, habiéndose acometido las correspondientes obras de reforma para la adecuación del recinto, lo que según sus previsiones permitiría la acogida de unas treinta personas.

No obstante lo anterior, en esa misma comunicación se ponía de manifiesto que dadas las previsiones del posible crecimiento de este fenómeno migratorio, se estaba gestionando ante la Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa de Andalucía la cesión del edificio de la antigua Ayudantía de Marina y, en caso de que pudiera disponerse del mismo, se informaba de la necesidad de realizar alguna obra de adecentamiento.

A la vista de lo anterior, esta Institución ha considerado conveniente dejar transcurrir un tiempo prudencial a la espera de obtener una información más precisa acerca del resultado de dichas gestiones, interesando conocer las instalaciones con las que actualmente se cuenta para albergar de modo idóneo a los extranjeros que pretenden su entrada irregular por esas costas granadinas, así como si a juicio de V. E. las mismas resultan suficientes para tal fin.

Por otra parte, y en relación a la detención de los referidos 44 ciudadanos marroquíes, se pone de manifiesto en el informe enviado por V. E. que en ningún caso hubo maltrato, si bien para evitar fugas o cualquier otra situación de tensión, se señala que por parte de las autoridades policiales se utilizaron lazos de seguridad para unir las muñecas de estas personas, de dos en dos, ubicándolos en un lugar semicubierto con colchonetas y alimentos suficientes.

De igual manera, por parte de esa Delegación del Gobierno se indica que para la custodia de los detenidos se destinaron cuatro funcionarios de Policía y un miembro de la Guardia Civil, por ser éste el único personal disponible en aquel momento, al encontrarse el resto de funcionarios dedicados a un problema de orden público existente en la fecha de la detención.

En lo que se refiere a esta última cuestión, esta Institución se ve en la necesidad de dar traslado a V. E. de su discrepancia con el uso de los medios coercitivos aplicados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la custodia de estos ciudadanos.

Así, se ha de señalar que de los datos enviados no parece desprenderse que el número de agentes de la autoridad, destinado a la vigilancia de estos inmigrantes resultara insuficiente para el ejercicio de tales funciones, ya que cada uno de ellos custodiaba a un número aproximado de nueve detenidos, de lo que no puede deducirse que las posibilidades de evasión resultaran alarmantemente significativas ni justificasen, a juicio de esta Institución, la necesidad de inmovilizar con cuerdas las manos de estos ciudadanos.

A este respecto resulta preciso recordar que acorde con lo dispuesto en el artículo 5.3 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el tratamiento a los detenidos debe realizarse con pleno respeto al honor y la dignidad de las personas, debiendo adecuarse en todo momento la actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de las medidas coercitivas que resulten precisas para el cumplimiento de sus funciones de custodia y vigilancia.

En consecuencia, de los datos enviados no puede considerarse que concurriesen unas circunstancias especialmente graves que justificasen el uso de las medidas de inmovilización empleada, sin que la falta de posibilidad de refuerzo de la dotación policial en aquel momento pueda tampoco justificar el empleo de dicha medida, al no resultar ésta proporcionada al potencial riesgo de fuga que pretendía evitarse y existir un número suficiente de agentes encargados de su vigilancia.

A la vista de lo anterior, esta Institución, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a V. E. la siguiente recomendación:

«Que por esa Delegación del Gobierno se impartan las instrucciones oportunas, a fin de que la detención de aquellas personas que pretendan su entrada ilegal por las costas granadinas se realice en la forma menos aflictiva posible para estos, extremándose las precauciones en su vigilancia al objeto de que en la medida de lo posible pueda evitarse el uso de medidas coercitivas que pudieran no resultar acordes con las situaciones de riesgo derivadas de su detención».

Madrid, 22 de marzo de 2002.

**Recomendación dirigida al Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Andalucía.**





**Recomendación 28/2002, de 22 de marzo, sobre pruebas de acceso a la Universidad.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 396.)*

Se ha recibido escrito de V. E. (s/rf.: ALR/JTR), referente a la queja Q0108660, formulada ante esta Institución por don (...).

Constituye el objeto de esta de queja, la denegación de esa autoridad educativa en conceder al reclamante autorización para asistir a las pruebas de acceso a la Universidad, que fueron convocadas para los meses de junio y de septiembre de 2001, por el Vicerrectorado de alumnos de la Universidad Complutense de Madrid; denegación que confirmada mediante la resolución de un recurso de alzada interpuesto por el compareciente, parece fundarse en criterios objetivos y razonables adoptados por el Director del Área Territorial, a quien corresponde pronunciarse sobre la solicitud del permiso cuestionado.

En la medida en que dicho órgano tiene asignada la facultad anteriormente señalada y dado que la designación del reclamante como vocal de las pruebas de acceso a la Universidad, se encuentra diferida a la obtención del visado del director del Instituto, conforme establecen las instrucciones generales del impreso de solicitud para intervenir en las pruebas de acceso citadas, esta Institución no coincide con las objeciones realizadas por el promotor de esta queja, al no observar elementos indicativos de una actuación arbitraria o discriminatoria por agravio comparativo en los términos en que se plantea.

Sin embargo, cuestión distinta es la que se refiere a las objeciones que el interesado ha realizado, respecto a la falta de información de la decisión adoptada por el director del instituto, quien parece ser que al no notificarle las razones en que se fundaba la negativa a facilitarle el visto bueno, le impidieron ejercer su derecho de defensa, cuestión ésta

última que si bien no resulta vulneradora del derecho fundamental reconocido en el artículo 24 de la Constitución, habida cuenta de que a lo largo del procedimiento ha dispuesto el reclamante de la facultad legal de impugnar el acto administrativo que se discute, ello no justifica la actuación del director del centro en relación al escrito que formuló en fecha 5 de marzo de 2001.

En efecto, tal como afirma esa Consejería de Educación, el citado Director no parece haber acertado en el procedimiento adecuado, confundiendo las finalidades de una mera certificación, con la concesión de un permiso para que el compareciente pudiera asistir a dichas pruebas; por lo que, coincidiendo con ese departamento educativo, la negativa a facilitar el correspondiente visado, solamente hubiera estado justificada si los datos que constaban en el certificado fueran manifiestamente inciertos.

Sin embargo, la aceptación de esa irregularidad procedimental no constituye, según criterio de esta Institución, un vicio invalidante de la actuación administrativa en cuanto a la cuestión de fondo sobre la que se dirime esta queja, referida a la denegación del mencionado permiso, dado que según se desprende de los datos que obran en este expediente, aunque no se le hubiera concedido el mismo, el citado profesor fue nombrado finalmente como vocal de un tribunal, enervando así las dificultades aparentes que se presentaban, al no haber aportado el visado que se le exigía como condición necesaria para su participación.

Afirmación la anterior que no impide que esta Institución aprecie con carácter particular la existencia de una actuación irregular por parte del director del centro, en los términos en que se ha descrito y, con carácter general, la existencia de determinadas disfunciones en la gestión o tramitación de estos procedimientos en los que se requiere la participación de los profesores para intervenir como vocales en las pruebas de acceso a la Universidad, bien porque no existe una adecuada coordinación en orden a no provocar una coincidencia de fechas en relación al horario lectivo, bien porque resulta necesaria una normativa específica que permita conciliar los derechos e intereses jurídicos que se ventilan en estos procesos de selección de vocales.

Por lo expuesto, al amparo de la facultad conferida en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formular la siguiente recomendación: «Que por esa Consejería de Educación, se adopten las medidas oportunas para evitar estas irregularidades, estableciendo un marco adecuado de coordinación administrativa, para que la participación de los profesores al servicio de esa Comunidad autónoma como vocales o miembros de tri-

bunales en pruebas o en procesos selectivos de cualquier naturaleza, se realice a través del procedimiento debido, sin mayores limitaciones que las que se impongan por la naturaleza y los fines a que tiende la acción educativa».

Asimismo, sobre la base del precitado artículo 30, se ha acordado formular ante V. E. el recordatorio del deber legal del director del IES (...) de (...), de visar las certificaciones y documentos oficiales del Instituto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.i), del Real Decreto 83/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los Institutos de Educación Secundaria.

Madrid, 22 de marzo de 2002.

**Recomendación dirigida al Consejero de Educación de la Comunidad de Madrid.**



**Recomendación 29/2002, de 26 de marzo, sobre subsanación de las deficiencias apreciadas en los centros de internamiento de extranjeros (CIE).**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 386.)*

Como V. E. sin duda conoce, el Defensor del Pueblo ha venido reflejando en sus sucesivos informes anuales elevados a las Cortes Generales, su preocupación por los centros de internamiento de extranjeros, reclamando en todos ellos la adecuación de sus instalaciones y la regulación de sus normas internas de funcionamiento.

Fruto de la insistencia de esta Institución, fue la aprobación de la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999, sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, hasta ese momento carentes de una normativa específica que desarrollara las previsiones legales.

La citada Orden establecía en su disposición transitoria única la adecuación de los distintos centros de internamiento de extranjeros a los requisitos de organización, régimen interno y demás disposiciones previstas en dicha norma, en el plazo de dos años a contar desde su entrada en vigor, teniendo para ello en cuenta las previsiones presupuestarias.

Asimismo, el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, regula de modo específico en sus artículos 127 a 132 las condiciones del ingreso, régimen interno de los centros y asistencia sanitaria y social, disponiendo que el Ministerio del Interior dictará las normas que se consideren, en su caso, necesarias, para regular el funcionamien-

to interno de dichos centros, en desarrollo de lo dispuesto en ese reglamento.

De igual modo, resulta preciso subrayar que el artículo 127 del citado Real Decreto, establece en su apartado 7 que «las personas ingresadas en centros de internamiento de carácter no penitenciario gozarán durante el mismo de los derechos no afectados por la medida judicial de internamiento», lo que supone que dicha medida debe realizarse de la forma menos aflictiva para los extranjeros objeto de internamiento.

A la vista de lo anterior, esta Institución ha venido visitando los distintos centros de internamiento de Madrid, Barcelona, Murcia, Valencia, Las Palmas de Gran Canaria y Málaga, así como la antigua terminal del Aeropuerto de Fuerteventura que, en la práctica, funciona como centro de internamiento, desde finales del año 2000 hasta febrero del año 2002, inclusive, al objeto de comprobar las actuaciones realizadas por la Administración para el debido cumplimiento de la vigente normativa en relación con los internamientos de extranjeros.

En el curso de estas visitas, se ha podido constatar la existencia de importantes deficiencias que afectan tanto a la infraestructura y dotación de los centros, como a sus normas de funcionamiento y régimen interior, lo que ha motivado que esta Institución considere necesario dar traslado a V. E. de las consideraciones que a continuación se detallan, a fin de que se adopten las medidas necesarias para su urgente subsanación:

#### 1. Centro de Internamiento de Extranjeros de Tacona, en Madrid

Este centro no reúne en modo alguno las condiciones para la estancia de extranjeros. Su ubicación, en los sótanos de unas dependencias policiales, sin luz natural ni ventilación, con techos excesivamente bajos en algunos tramos, celdas inapropiadas y ausencia total de lugares idóneos para el esparcimiento, impide que pueda albergar dignamente a los internos.

En el curso de la visita realizada a principios del año 2002, pudo constatarse que por lo que se refiere a las celdas en las que se aloja a los extranjeros, tanto su mantenimiento como el estado de las mismas resulta muy precario. Algunas de las literas no tienen mantas y muchos colchones de espuma se encuentran rotos, contando además con unos lavabos con espejos deteriorados, sin taquillas para la ropa de los internos, que en ocasiones cuelgan sus pertenencias con un cordel con el que unen las literas.

Las instalaciones destinadas a la higiene de los extranjeros son notoriamente deficientes: 6 duchas y 2 inodoros para los hombres, así como 4 duchas y 4 inodoros con 2 lavabos para mujeres, lo que claramente resulta escaso respecto al total de 150 extranjeros que teóricamente pueden llegar a encontrarse internos. Las duchas carecen de cortinas o puertas que preserven la intimidad, ni de espejo o cualquier otro elemento de aseo, no siendo bueno el estado general de su limpieza.

Tan solo se dispensa a los internos jabón o gel a granel, pero no se les facilita champú para el cabello, ni cepillo o pasta de dientes, utensilios que tienen que comprar en el exterior, si tienen recursos económicos, o bien obtenerlos por medio del favor de algún familiar o amigo.

La limpieza general del centro está contratada por un servicio externo, acudiendo diariamente tres trabajadoras a desempeñar dichas labores. Pese a ello, no se observa una esmerada limpieza de los espacios comunes, ni de las celdas, duchas y aseos.

La sala de estar, único lugar de recreo de los internos, tiene un mobiliario de bancos corridos y mesas, carente de suficiente luz natural y de espacio, sin apenas elementos de ocio, tan solo unos pocos juegos de damas y televisión.

El patio de este centro de internamiento consiste en un recinto cuadrado de medianas dimensiones, al que tienen acceso los internos exclusivamente unas horas por la mañana y media por la tarde, resultando un lugar inapropiado para el fin que se pretende y notoriamente escaso el tiempo destinado a dichas salidas.

Este patio se encuentra cubierto de una techumbre de plástico que, según la información obtenida, es excesivamente caluroso en verano, por lo que apenas es utilizado en esas fechas, ni presta suficiente cobijo para el frío y la lluvia del invierno. Asimismo, se informó a esta Institución de la imposibilidad de su ampliación, al no haber espacio físico para ello.

Por lo que se refiere a la asistencia sanitaria, como V. E. conoce el artículo 131.1 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, exige la existencia en cada centro de un servicio sanitario con disponibilidad de personal, instrumental y equipamiento necesario para la atención permanente y de urgencia de los internos.

No obstante lo anterior, en el centro de internamiento al que se viene haciendo mención, el servicio médico lo presta el mismo facultativo que atiende a los funcionarios de policía, en horario de mañana, sin que se cuente con ningún otro personal sanitario. De igual modo, existe una



completa carencia de instrumental y medicamentos adecuados, tan solo medicinas básicas, por lo que las revisiones que se realizan son muy precarias y el servicio dispensado mínimo, desviándose a los internos al centro hospitalario Gregorio Marañón, siempre que se observa cualquier dolencia que precise tratamiento.

En el curso de la visita de la Institución, el facultativo que en aquel momento atendía a los extranjeros se quejó de la absoluta falta de medios, el elevado número de internos que debía visitar, el frío existente en la consulta y las ínfimas condiciones para realizar los correspondientes reconocimientos.

De igual modo, el Reglamento de Extranjería dispone que los extranjeros, en el momento del ingreso, serán sometidos a un examen médico por el servicio sanitario del centro, si bien, debido a la insuficiencia de medios materiales y personales con los que se cuenta, tan solo se practica una exploración básica al extranjero, sin que se realice ningún reconocimiento a fondo. Tampoco existe tratamiento alguno en los casos de enfermedades psiquiátricas ni toxicomanías, que son derivadas al hospital.

Respecto del servicio de asistencia social, de obligada existencia conforme a las previsiones de la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999 y del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, es preciso subrayar que en este centro de Madrid no desempeña tales labores ninguna trabajadora social, sin que exista tampoco previsión para su contratación.

Es el propio director del centro el que atiende a los extranjeros por las tardes, previa petición de hora, y cursa las instancias y peticiones de los mismos con el exterior, encargándose igualmente de las compras de los artículos que éstos necesitan.

En la mayoría de las ocasiones, los extranjeros objeto de internamiento desean obtener un adecuado asesoramiento sobre su situación jurídica, asistencia que nadie les presta al no colaborar tampoco con dicho centro ninguna asociación ni personas voluntarias, según se nos informó por el director del centro.

Este establecimiento tiene contratada una cocinera fija que elabora los menús semanalmente, habiendo optado por suprimir la carne de cerdo en todas las dietas para respetar las creencias religiosas de los ciudadanos árabes, lo que repercute de modo negativo en los demás internos.

Por lo que se refiere a las actividades recreativas, aparte del poco tiempo previsto para las salidas al patio, que por sus extremas condicio-

nes climatológicas no propicia su utilización, tampoco existe ninguna otra actividad para los internos. Los juegos de mesa son mínimos y sólo cuentan con el aparato de televisión como único recreo, la pequeña biblioteca instalada en el centro casi nunca se utiliza, ni se informa por escrito a los internos de su existencia o posibilidades de su uso.

Las visitas están reducidas a 10 minutos por interno, debido al elevado número de peticiones; tiempo éste claramente insuficiente para llevar a cabo tales entrevistas. Existen sólo dos salas para locutorio, que permanecen con la puerta abierta en el curso de los encuentros.

Otro aspecto que resulta preciso resaltar es el referente a la dotación de funcionarios adscritos a dicho centro, cuatro o cinco funcionarios por turno con cinco turnos diarios. Según la información obtenida, es necesario un refuerzo de personal debido a la conflictividad que en ocasiones genera la existencia de grupos de extranjeros de una misma nacionalidad, unido a la obsolescencia de las cámaras de televisión con las que se vigila a los internos.

Igualmente es preciso hacer mención a las normas de régimen interior, que a juicio de esta Institución resultan poco flexibles, ya que tan solo se permite a los internos unos escasos momentos de patio, por lo que raramente ven la luz del día durante su internamiento, así como tiempo de permanencia en las celdas, que tampoco resultan adecuadas para el descanso ni la lectura. La mayoría del día lo pasan por tanto en la sala de ocio, lo que supone la masificación de un espacio que tampoco tiene luz, ni ventilación.

Por último, esta Institución ha tenido conocimiento de la existencia de un proyecto de rehabilitación del hospital penitenciario de Carabanchel para el completo traslado de este centro, si bien no se tiene constancia de la situación en que pudiera encontrarse dicho plan.

## 2. Centro de Internamiento de Extranjeros de La Verneda, en Barcelona

También este centro se encuentra ubicado en la planta sótano de un edificio policial del centro de la ciudad, motivo por el cual carece de iluminación y ventilación suficiente para una estancia idónea de los extranjeros.

Las celdas se encuentran amuebladas con un mobiliario obsoleto, con literas metálicas, sin taquillas para la ropa, resultando igualmente insuficiente los baños y duchas del edificio para la totalidad de internos allí ingresados.

Los internos del centro expresaron su descontento por la falta de tiempo que se les concede para realizar su higiene personal, consistente en una hora después de la siesta, resultando ello insuficiente al existir solamente 4 duchas para los 33 internos en aquel momento ingresados.

En el curso de la visita se pudo comprobar la efectiva insuficiencia de duchas, así como el dudoso estado de limpieza de la ropa de cama y toallas.

La sala de estar es de dimensiones aceptables, pero carece de suficiente luz natural. Cuenta exclusivamente con una televisión, sin que exista ningún otro utensilio de recreo que pueda ser utilizado por los hombres y mujeres que acuden a la misma.

Hace unos años se habilitó un patio destinado a la salida diaria de los internos. Sin perjuicio de reconocer la mejora que ello ha supuesto, hay que señalar que el mismo es notoriamente precario, de mínimas dimensiones, lo que impide el normal paseo, así como la realización de cualquier otro ejercicio de gimnasia. Se encuentra medio cubierto por unas planchas metálicas, que supuestamente preservan la intimidad de los internos respecto de los vecinos próximos al edificio, si bien ello produce un efecto de encarcelamiento.

A su ingreso en el centro se informa a los internos de sus derechos y deberes. No obstante el boletín informativo que se les facilita está exclusivamente redactado en castellano, por lo que no puede ser comprendido por aquellos extranjeros que desconocen la lengua. De igual modo, se les obliga a depositar sus enseres y ropas personales en unas taquillas, dejándoles que conserven sólo la ropa imprescindible para su estancia en el centro, justificando los funcionarios tal exigencia por motivos de seguridad para evitar posibles robos. A juicio de esta Institución, tal exigencia no resulta proporcionada en relación con el motivo alegado para su adopción.

Por lo que se refiere a la asistencia sanitaria, ésta es dispensada diariamente por el mismo facultativo que atiende a los funcionarios de policía. Los extranjeros internos en el momento de la visita pusieron de manifiesto su malestar generalizado por la atención médica que se les prestaba, fundando la mayor parte de sus quejas en la falta de tiempo empleado en las consultas médicas que solicitaban, así como que siempre se les prescribía el mismo medicamento para muy distintas dolencias.

Según la información recabada, la asistencia social se ha venido cubriendo de modo esporádico con contratos laborales, sin que en el mes de noviembre del año 2000, fecha en que fue visitado el centro de La Ver-

neda, existiese ningún trabajador que realizara estas labores, ni hubiese alguna previsión respecto de su eventual cobertura. Como resultado los internos se encontraban por completo desasistidos, al no existir tampoco ninguna asociación o voluntario que colaborase con el establecimiento.

Por lo que respecta a la alimentación, también plantearon los internos una queja formal respecto de la baja calidad de la comida, así como de la reiteración de los menús que se les dispensaban.

En relación a los menús, se participó a esta Institución que con el fin de adecuarlos a las creencias religiosas se realizaba un solo menú en el que se excluía la carne de cerdo, pese a que en el momento de la visita no se encontraba internado ningún ciudadano de origen árabe. De la copia de los menús obtenida se constató que la comida más frecuente era el pescado, que se repetía de modo poco adecuado para la alimentación de los jóvenes en aquel momento ingresados.

El horario de actividades se encontraba reflejado por escrito, también exclusivamente en castellano, mostrando los internos su total discrepancia con la obligatoriedad de volver a sus celdas tras la comida para realizar la siesta, cerrándoseles con llave en sus habitaciones.

Igualmente los internos manifestaron que durante su estancia en la zona de recreo permanece cerrado el acceso a celdas y aseos, siendo necesario llamar al funcionario para acudir al aseo.

De los datos facilitados por los internos, se comprobó que no existía en aquella fecha ningún mecanismo previsto para cursar peticiones o instancias al exterior, siendo los propios funcionarios encargados de su custodia los que enviaban por correo tales peticiones, sin dejar constancia alguna de su gestión, lo que despertaba una lógica desconfianza y malestar entre los extranjeros.

Resulta preciso hacer especial mención al elevado número de reclamaciones formuladas por los internos a los asesores de esta Institución, en relación con el funcionamiento general del centro, tanto en lo relativo a los aspectos alimenticios, como higiénicos, médicos, asistenciales, lúdicos y en especial en lo referente a la rigidez de las normas de régimen interno, cuya estricta obligatoriedad desencadenaba en el momento de la visita una alarmante situación de tensión.

Por último, y no por ello menos trascendente, es necesario señalar que durante la visita realizada se constató que la dirección del centro no designaba a los internos por sus nombres, sino por un número que previamente les había asignado.

Esta práctica es absolutamente contraria a la dignidad humana, e incluso se encuentra expresamente contemplada en el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/79, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, a cuyo tenor «el interno tiene derecho a ser designado por su propio nombre».

### 3. Centro de Internamiento de Extranjeros de Murcia

Ubicado en la planta baja de un edificio que alberga otras dependencias policiales, tampoco este centro de internamiento reúne las condiciones mínimas para que la privación de libertad se realice del modo menos afflictivo posible para los internos.

Las celdas de los extranjeros, sin taquillas para la ropa y con una encimera metálica con un lavabo y espejo, se encuentran en un deficiente estado de conservación, pese a estar provistas de un sistema de aire acondicionado, obligado por las condiciones climatológicas de esa localidad.

Al igual que en los otros centros ya mencionados, los internos disponen exclusivamente de la sala de estar como espacio recreativo, con escasos juegos de mesas facilitados por organizaciones no gubernamentales. En esta sala existe un teléfono público desde el que se pueden efectuar llamadas, pero no recibirlas para impedir que se realicen llamadas a cobro revertido. A juicio de esta Institución, deberían estudiarse las posibilidades técnicas para que, aún impidiendo las llamadas a cobro revertido, no se limite a los internos sus contactos con el exterior.

Se permite la utilización del patio sólo durante una hora por la mañana en el horario de limpieza de las celdas. La razón aducida para un régimen tan estricto es la escasez de funcionarios que vigilan el patio, ya que la escasa altura de los muros hace fácil la huida, sin que la propia estructura del centro permita la elevación de estos muros.

Esta restricción en la salida al patio repercute, obviamente, en el bienestar de los internos, que se ven obligados a permanecer en el interior del recinto toda la tarde y parte de la mañana, a consecuencia de un déficit en la asignación de funcionarios que realicen las tareas de custodia.

A su ingreso en el centro, se les informa de sus derechos y deberes en impresos redactados en varios idiomas, pero no se les facilita un horario de actividades por escrito y se les obliga a depositar sus enseres y ropas personales en unas taquillas, dejándoles que conserven la ropa imprescindible para sus estancia en el centro, pretendiendo con ello evitar

robos, práctica con la que, como ya se ha indicado en el presente escrito no está conforme esta Institución, y que, en todo caso, podría ser voluntaria.

Ningún trabajador social desempeña las obligadas labores en el centro, supliéndose estas tareas con la buena voluntad de los funcionarios. Por ello, los extranjeros se encuentran sin ninguna asistencia, contando tan sólo con la ayuda de un voluntario de Cáritas que se desplaza un día a la semana y les orienta sobre su situación administrativa y jurídica. No está previsto el modo de cursar oficialmente las peticiones y quejas de los internos, lo que realiza personalmente el propio director.

Tampoco existe en este establecimiento un servicio sanitario propio, ni facultativo o personal de enfermería o auxiliar que desempeñe estas labores, lo que obliga a desplazar a los internos al hospital siempre que lo solicitan, cualquiera que sea el tipo de dolencia.

Según se informó a los asesores que visitaron el centro, el desplazamiento al centro hospitalario se realiza en el coche de la policía, con el interno esposado. El tratamiento prescrito por los médicos debe ser dispensado por los propios funcionarios de policía, con los riesgos que ello implica por los posibles errores en la administración de medicamentos.

La falta de médico hace que las revisiones de entrada y salida del centro previstas en la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999 y en el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, no se estuvieran realizando en el mes de marzo de 2001, fecha de la visita de esta Institución.

Esta ausencia de facultativo repercute igualmente en la inspección de alimentación de los internos, sin que se estuviera realizando ningún control sanitario sobre la dieta y menús de los extranjeros en la fecha indicada.

Según se informó a los asesores que giraron la visita al centro, debido a la estructura del mismo no existe posibilidad de destinar ninguna dependencia al alojamiento de familias o de mujeres con niños menores. En las ocasiones en que se ha planteado tal situación el menor es conducido a un centro de acogida y se le traslada a diario al centro de internamiento para que vea a su madre, bien en la propia celda o en hall del centro. No obstante lo anterior, la habilitación de un espacio destinado a tal fin resulta de obligado cumplimiento.

Por otra parte, las salas destinadas a las visitas tienen instaladas unas mamparas de cristal que imposibilitan todo contacto entre el interno y sus familiares o letrados, que deben utilizar un teléfono para sus comunicaciones. A juicio de esta Institución, esta práctica resulta exce-

sivamente severa para las personas objeto de internamiento, máxime teniendo en cuenta que la vigente Ley de Extranjería contempla como causa de expulsión la mera estancia irregular, por lo que pueden encontrarse internos ciudadanos que no revistan peligrosidad alguna.

Tales separaciones existen solamente en este centro de extranjeros de Murcia, sin que los problemas de seguridad puedan justificar, por sí solos, la adopción de dicha medida.

Para concluir la exposición de las deficiencias observadas en este establecimiento, se ha de señalar que de acuerdo con la información obtenida, el presupuesto destinado a su mantenimiento es claramente insuficiente. Ello genera graves disfunciones, tanto en lo que se refiere a la dotación de funcionarios, como a los servicios con los que debería contar dicho centro, resultando especialmente urgente la provisión de plazas de médico y de personal sanitario, así como de asistente social.

#### 4. Centro de Internamiento de Extranjeros de Zapadores, en Valencia

Situado en unos antiguos cuarteles policiales parcialmente rehabilitados, resulta preciso señalar que tras la visita realizada en el mes de marzo de 2001, esta Institución ha concluido que dicho recinto carece igualmente de las condiciones deseables para alojar a los extranjeros objeto de expulsión.

El estado general de limpieza observado en el establecimiento, especialmente en los baños, era muy deficiente. No existe más lugar de esparcimiento que la sala de estar; y un patio exterior. El mobiliario de las zonas comunes es precario y no existen juegos de mesa o entretenimiento de ningún tipo.

A los internos no se les suministra para su aseo personal más que jabón de mala calidad y toallas que son lavadas una vez por semana, sin ningún otro útil de aseo específico. En caso de precisarlos se pueden solicitar del personal que realiza los servicios de limpieza o de los funcionarios policiales que, en su caso, efectúan estas gestiones mediante su compra en el exterior como un favor.

No existe en este centro ningún espacio destinado a familias con hijos menores y, según la información recabada, en las ocasiones en que se plantea tal situación, se procede a su alojamiento en las celdas de la zona de mujeres, separada de la zona de hombres por una reja metálica. Esta deficiencia debería subsanarse, dotando al centro de un módulo adecuado que garantice la unidad e intimidad familiar para todos aquellos ca-

sos en que el juez de menores autorice el internamiento de niños en compañía de sus padres.

En el mes de marzo de 2001, el centro contaba con un servicio médico integrado, en los meses de invierno, por un facultativo que atendía a los internos por las mañanas y un enfermero que acudía una hora por la tarde para facilitar el suministro de medicamentos. Coincidiendo con el periodo estival el servicio se reforzaba con tres facultativos en turnos de mañana y tarde.

Resulta igualmente imprescindible poner de manifiesto la ausencia de asistente social, que en ocasiones ha sido proporcionado por la Consejería de Bienestar Social de la Generalidad Valenciana, pero que en el momento de la visita no era desempeñado por ningún trabajador. No existen tampoco convenios de colaboración con organizaciones no gubernamentales que pudieran suplir esta carencia.

Existen unos impresos autocopiativos por triplicado para la presentación de peticiones y quejas, que pueden formularse no sólo ante el director del centro, sino también ante el juez de instrucción, el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo, así como ante los organismos o instituciones que considere oportuno el interno.

Teniendo en cuenta que en muchos casos los referidos internos pueden estar interesados en la confidencialidad de su queja, no parece oportuno que uno de los ejemplares de la petición quede en poder del centro. En todo caso, a criterio de esta Institución, la dirección deberá limitarse a dejar constancia de la expedición del documento al destinatario, pero sin que para ello le resulte necesario conocer el contenido.

Por último, se ha de señalar que uno de los mayores problemas observados en este centro ha sido la insuficiencia de dotación de funcionarios adscritos al mismo. Prestan servicios un total de 8 funcionarios, distribuidos en tres turnos de 8 horas, permaneciendo siempre uno de ellos en el control de entrada al establecimiento. De acuerdo con la información recibida, esta previsión puede resultar escasa para la vigilancia de los internos, máxime cuando el centro cuenta con 68 plazas y suele estar al completo.

##### 5. Centro de Internamiento de Barranco Seco, en Las Palmas de Gran Canaria

Pese a que la propia estructura del centro, de forma tubular y sin ascensor, no reviste unas condiciones óptimas de habitabilidad, hay que precisar que el establecimiento cuenta con luz natural y ventilación, así



como con diversos patios amplios al aire libre para el esparcimiento y recreo de los internos.

No obstante, en el momento de la visita en el mes de noviembre de 2000, se informó a los asesores de esta Institución de la aprobación de un proyecto de ampliación del centro, que comenzó a principios del año 2001 y que tenía por objeto duplicar su capacidad y crear nuevos espacios necesarios, tales como el destinado a la sala de visitas que hasta ese momento, consistía solamente en un pasillo alargado, claramente insuficiente para esa actividad.

Tras el ingreso se realiza a todos los extranjeros un reconocimiento médico. Diariamente los internos son visitados por un médico que pasa consulta y les dispensa las medicinas de primera necesidad, prescribiendo su traslado al hospital en aquellos supuestos en los que la situación del paciente pudiera revestir alguna gravedad.

Si bien en este centro se encuentran ingresadas un elevado número de mujeres, 18 subsaharianas en el momento de la visita, no se observó la presencia de ninguna funcionaria para la atención de las mismas.

En la fecha señalada el centro de extranjeros carecía de asistente social, manteniéndose, no obstante, contactos frecuentes con una religiosa que visitaba a los internos y con Cruz Roja, que facilitaba ropa y medicinas, así como asistencia jurídica o cualquier otro tipo de orientación o información respecto de su situación en España, labores que claramente deben ser realizadas por el correspondiente trabajador social.

Por último, en relación con este centro se ha de señalar que, según se pudo observar, las normas de régimen interior del mismo respetan de modo riguroso las previsiones legales. El único derecho del que se ven privados los internos es el derecho ambulatorio, permitiéndose a éstos una reseñable flexibilidad en cuanto a movimientos y actividades; situación esta que sería deseable se implantase en los demás centros de internamiento de extranjeros.

## 6. Centro de Internamiento de Extranjeros de Capuchinos, en Málaga

Las instalaciones del Centro de Internamiento de Extranjeros de la localidad de Málaga se visitaron a finales del año 2000, momento en el que el centro se encontraba cerrado debido a las obras de ampliación y remodelación, que se preveía estuviesen finalizadas en el curso del año 2001.

Según la información recabada, se esperaba que dichas obras permitiesen una separación absoluta entre las dependencias destinadas a hombres y mujeres, tanto en patios como en los servicios y zonas comunes. Asimismo, estaban acondicionándose tres módulos familiares para evitar la separación de matrimonios con hijos pequeños.

Con la realización de tales reformas se esperaba que se pudiesen albergar un total de cien personas, así como que se dotase a este establecimiento de unas adecuadas infraestructuras en sustitución de las obsoletas instalaciones con las que contaba.

## 7. Centro de Internamiento de Fuerteventura

Si bien dicho recinto no reúne las mínimas condiciones para poder ser considerado como un centro de internamiento, es preciso señalar que desde el año 1999 ha venido funcionando como tal, al encontrarse los ciudadanos allí internos privados de libertad en virtud de auto judicial, en tanto se resuelve sobre su situación administrativa.

Por tal motivo, el Defensor del Pueblo ha visitado en distintas ocasiones estas instalaciones, habiendo reflejado en los informes anuales elevados a las Cortes Generales en los años 1999 y 2000 las graves deficiencias observadas en el curso de tales visitas, así como la absoluta inadecuación de su estructura para una acogida digna de los inmigrantes.

Asimismo, y como V. E. sin duda conoce, el pasado día 26 de febrero de 2002 la Adjunta Primera del Defensor del Pueblo se desplazó nuevamente a la isla de Fuerteventura para constatar los servicios de los que disponían estas personas, fundamentalmente jurídicos y sanitarios, con la finalidad de comprobar el grado de cumplimiento de las garantías exigidas en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre y en su Reglamento de desarrollo.

En el curso de dicha visita se apreció que el recinto en el que se alberga a los inmigrantes en Fuerteventura no había sido objeto de mejora alguna en el curso de estos últimos años, agravándose la situación debido al notable incremento en la llegada de pateras a la isla. De igual modo pudo observarse que estas instalaciones no sólo incumplen con los requisitos que para los centros de internamiento de extranjeros exige la legislación vigente, sino que carecen de los medios indispensables para la estancia de estas personas en condiciones aceptables.

Por todo lo anterior, y como V. E. conocerá, en fecha 1 de marzo de 2002 se dirigió una recomendación<sup>5</sup> al Ministro del Interior, al amparo de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, con el número de investigación de oficio F0200055, a fin de que se proceda a habilitar un recinto adecuado para albergar dignamente a las personas inmigrantes llegadas de forma irregular a estas islas, removiéndose los obstáculos que pudieran dificultar la apertura de otro centro.

De igual modo, se ha recomendado que en tanto se habilita este otro centro se subsanen con la máxima urgencia los dos aspectos señalados (asistencia jurídica y sanitaria) a fin de que se garantice la prestación de estos servicios en la forma prevista en la Ley.

Según es de público conocimiento, el Presidente del Gobierno en el curso de la sesión de control parlamentario del pasado día 6 de marzo, indicó que las recomendaciones emanadas de esta Institución en relación con las instalaciones de Fuerteventura habían sido aceptadas, aunque esta Institución se encuentra a la espera de la formal comunicación por escrito, si bien se tiene conocimiento del efectivo inicio de las obras de acondicionamiento del Cuartel «Teniente Coronel Valenzuela».

Asimismo, cúmplenos indicar a V. E. que en relación con este mismo centro se ha procedido a iniciar la correspondiente investigación de oficio ante el Decano del Colegio de Abogados de Las Palmas, en lo que se refiere a la asistencia jurídica gratuita que se presta a estos inmigrantes, encontrándose igualmente esta Institución a la espera de recibir la preceptiva contestación.

Tras esta exposición de las importantes deficiencias apreciadas en el curso de nuestras visitas, resulta imprescindible subrayar que, si bien es cierto que la Administración ha realizado diversas mejoras en estos centros, así como determinadas obras de acondicionamiento y ampliación en algunos de ellos, es la propia concepción de éstos la que, a juicio de esta Institución, no se adapta al espíritu que preside la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, ni a su Reglamento de desarrollo, así como tampoco a las disposiciones de la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999.

En consecuencia, esta Institución considera que deben continuar los esfuerzos de la Administración orientados a un cambio conceptual, tan-

---

<sup>5</sup> Recomendación 17/2002 de este mismo volumen.

to en la estructura como en la gestión de los centros de internamiento. A tal fin han de realizarse los esfuerzos presupuestarios que sean necesarios al objeto de sustituir las instalaciones actualmente existentes, mediante la construcción o el acondicionamiento de otras nuevas instalaciones que permitan cumplir la medida de internamiento con pleno respeto de los derechos que a estas personas garantiza el ordenamiento jurídico.

No obstante, y en tanto se realicen dichas labores de acondicionamiento, esta Institución, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a V. E. la siguiente recomendación: «Que con carácter urgente se proceda a la subsanación de las deficiencias observadas por esta Institución en el curso de sus visitas en relación con los diferentes centros de internamiento de extranjeros, y que han quedado señaladas en el cuerpo de este escrito».

Madrid, 26 de marzo de 2002.

**Recomendación dirigida al Delegado del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración.**



**Recomendación 30/2002, de 1 de abril, sobre modificación de criterios para la aplicación de devoluciones y no de expulsiones a los que son detenidos mientras pretenden acceder irregularmente a territorio nacional. Aplicación efectiva de la posibilidad de solicitar anticipadamente el levantamiento de la medida de internamiento.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 401.)*

Ha comparecido ante esta Institución, mediante el correspondiente escrito, la Asociación (...), con domicilio en (...) (Cádiz), c/ (...).

En el mismo se expone que últimamente se están incoando procedimientos de expulsión a extranjeros subsaharianos que son detenidos cuando pretenden entrar ilegalmente en España a través de la costa, bien sea en las playas, bien encontrándose a bordo de embarcaciones.

Según se mantiene en el escrito recibido, esta práctica supone un cambio de criterio de esa Administración, dado que anteriormente se procedía a la devolución, siempre que ésta era posible.

La Asociación que promueve la presente queja considera que la tramitación de expedientes de expulsión en los casos expuestos no se ajusta a Derecho, por cuanto el artículo 58 de la Ley 4/2000, modificada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, establece en su apartado 2, que no será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en dos supuestos, uno de ellos, el contemplado en el apartado *b)* dice literalmente «los que pretendan entrar ilegalmente en el país».

De la documentación aportada por la Asociación promotora de la queja, se deduce que han planteado ante esa Subdelegación del Gobierno, mediante escrito de 23 de noviembre de 2001, su disconformidad con la incoación de expedientes de expulsión en los supuestos antes mencionados.

La respuesta de esa Subdelegación al citado escrito —cuya copia también nos ha remitido la Asociación citada—, pone de manifiesto que se está aplicando el artículo 57.1 de la Ley Orgánica que prevé la expulsión en el caso de que se cometa la infracción grave recogida en el apartado a) del artículo 53 «encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles, y siempre que el interesado no hubiera solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente».

Continúa el escrito de esa Subdelegación señalando que:

«Es evidente por tanto que los expedientes de expulsión incoados con internamiento cautelar en un Centro de Internamiento de Extranjeros en el caso de entrada en España por lugar no habilitado, sin disponer de documentación que permita la legal estancia o residencia en España, están basados en un supuesto perfectamente tipificado en la Ley Orgánica.

Además, debe tenerse en cuenta que dichos internamientos han sido dispuestos con la pertinente autorización judicial, que ha velado igualmente por la legalidad de la medida».

La Asociación promovente se muestra disconforme con la actuación administrativa insistiendo en la ilegalidad de la medida y solicita la intervención de esta Institución.

Analizado el problema en profundidad y teniendo en cuenta que el escrito de esa Subdelegación permite conocer la posición que esa Administración mantiene en este asunto, esta Institución debe realizar las siguientes consideraciones.

La legislación vigente en materia de extranjería establece una distinción entre devolución y expulsión en sus propias normas. En efecto, no sólo el artículo 58 de la Ley 4/2000, modificada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, antes citado dispone que no será preciso expediente de expulsión a los que pretendan entrar ilegalmente en el país, sino que el artículo 138 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobre devoluciones, establece en su apartado 1 que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58.2 de la Ley Orgánica, antes citado, no será necesario expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros que se hallen en alguno de los supuestos que se mencio-

nan. Entre dichos supuestos figura en el apartado *b)* «Los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país, considerándose incluidos, a estos efectos, a los extranjeros “que sean interceptados en la frontera, en sus inmediaciones o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir con los requisitos de entrada”».

La literalidad de los preceptos contenidos en la propia Ley Orgánica y en el Reglamento de ejecución establecen cuáles son los casos en los que se incoará expediente de expulsión y en cuáles procede la devolución.

Aun cuando la subsunción de determinados hechos en el apartado *b)* del artículo 58.2 planteaba algún problema dado que se refiere a los que pretendan entrar ilegalmente en el país, permitiendo suponer que su aplicación procede en aquellos casos en los cuales la persona se encuentra en la frontera y aún no ha accedido a territorio español, lo cierto es que debemos concluir, tras la aclaración efectuada por el Reglamento en su artículo 138.*b)* antes transcrito que incluye a los que ya se encuentran físicamente en territorio español.

Por otro lado, de la documentación aportada por la Asociación promotora de la queja se deduce que, en algunos casos, se ha procedido a tramitar expedientes de expulsión a inmigrantes que se encontraban a bordo de una embarcación.

Conviene recordar, finalmente, que la entrada ilegal al territorio español no se recoge en el texto de la Ley Orgánica vigente como infracción, lo que permite deducir que el legislador no ha considerado oportuno la misma sanción para dos conductas distintas.

Resulta evidente que la expulsión provoca perjuicios más graves que la devolución al llevar aparejada la prohibición de entrada en el territorio nacional durante un período de tiempo de tres a diez años y, tal prohibición, como es sabido, no se reduce a España sino a todos los países que han suscrito los Acuerdos de Schengen.

A juicio de esta Institución, la medida de expulsión no procede en los casos en los que se está aplicando pero, además, en el caso de los ciudadanos subsaharianos la situación se agrava dado que, en un alto porcentaje, la expulsión viene resultando inejecutable.

En consecuencia, en los supuestos de ciudadanos extranjeros en los que se pone de manifiesto la imposibilidad de hacer efectiva la devolución y también la expulsión, lo procedente sería, a juicio de esta Institución, bien autorizar su estancia o residencia o bien notificar a los interesados la orden de salida del territorio español, pero sin iniciar en el momento de su puesta en libertad un expediente de expulsión. La adop-



ción de una u otra medida deberá valorarse en función de las circunstancias de cada caso.

Hay que considerar que la imposibilidad de ejecutar la orden de devolución o expulsión se recoge en la normativa vigente, en concreto, en el artículo 127.5 que prevé la posibilidad de solicitar de la autoridad judicial la puesta en libertad cuando con anterioridad al transcurso del plazo máximo de estancia en un centro de internamiento se tenga constancia de que la práctica de la expulsión no podrá llevarse a cabo.

Por lo anterior, la incoación de expedientes de expulsión en los casos en los que no procede su aplicación produce únicamente el efecto de perjudicar sus intereses pero, también, supone una práctica que, a juicio de esta Institución, no está amparada por la normativa.

A este respecto, la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, aun cuando referida a la anterior normativa, contiene en el fundamento jurídico tercero los siguientes pronunciamientos de indudable interés:

«Pasando al examen de la cuestión de fondo la parte actora alega sustancialmente que cuando el extranjero entre ilegalmente en territorio nacional, es decir, sin cumplir los requisitos del artículo 11 de la Ley Orgánica 7/85 y los requeridos en la sección tercera del capítulo segundo del Real Decreto, lo que procede es incoar un expediente de devolución no de expulsión

Debemos, en primer término, aclarar cuál es el motivo por el que se abrió expediente al hoy recurrente y la causa de expulsión que determina la expulsión del mismo.

Del expediente administrativo y de la resolución recurrida resulta que la expulsión ha sido fundada en la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, artículo 26.1 a) (encontrarse ilegalmente en territorio nacional por no haber obtenido la prórroga de estancia o, en su caso, el permiso de residencia cuando le fueren exigible) y en el apartado f) (carecer de medios ilícitos de vida). Sin embargo resulta probado que el señor (...) fue detenido a las 20,30 horas del día 19 de los corriente (octubre de 1996) cuando fueron detectados varios inmigrantes por funcionarios de vigilancia aduanera, a once millas frente al puerto de Málaga a borde de una patera, careciendo de documentación regular que le permita residir en España.

En materia de sanciones administrativas se han de entender aplicables en cuanto ello sea posible los postulados o principios básicos del Derecho penal entre ellos, lógicamente, el principio de legalidad, el de tipicidad y el de presunción de inocencia. En el supuesto que nos ocupa

efectivamente la Administración no debió incoar expediente sancionador puesto que la entrada ilegal en territorio nacional o por puesto no habilitado legalmente como frontera no es incardinable en el supuesto de estancia ilegal que supone al menos una correcta entrada en el territorio que deviene posteriormente en aquélla al no obtener los documentos necesarios para permanecer en el país, bien la prórroga de estancia o el permiso de residencia. La entrada ilegal no encaja en el supuesto típico de infracción recogido en el apartado *a)* del artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985, ni en ningún otro de la misma disposición.

Así las cosas la sala no puede por menos que dar la razón al recurrente en cuanto afirma que la conducta del señor (...) no podía dar lugar a un expediente de expulsión de carácter sancionador pues lo precedente, dada su entrada ilegal, era la devolución por la simple orden del Subdelegado del Gobierno de acuerdo con el artículo 36.2. de la Ley Orgánica a que venimos haciendo referencia y de forma inmediata, como también se expresa en el artículo 123.3 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica precitada.»

Por todo lo anterior, esta Institución, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a V. I. las siguientes recomendaciones:

«Que por esa Subdelegación del Gobierno se proceda al archivo de los expedientes de expulsión, que se encuentran actualmente en trámite, cuando las personas sobre las que recaen hayan sido detenidas intentando su entrada ilegal en territorio nacional o los hechos sean enmarcables en el artículo 138.b) del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, acordándose, si procede, la devolución.

Que, habiéndose acordado ya la expulsión de algún ciudadano extranjero en las circunstancias expresadas en el párrafo anterior, se dicten las instrucciones oportunas al objeto de anular los expedientes de expulsión por no ajustarse a Derecho.

Que, encontrándose el extranjero en un centro de internamiento, si se llega a la conclusión, antes del transcurso del plazo máximo de estancia en el mismo, de que el retorno es imposible, se solicite la autorización judicial para la puesta en libertad del extranjero, de conformidad con lo establecido en el artículo 127.5 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio».

Madrid, 1 de abril de 2002.

**Recomendación dirigida al Subdelegado del Gobierno en Cádiz.**



**Recomendación 31/2002, de 2 de abril, sobre falta de actuación por parte de los poderes públicos respecto a la restitución a la masonería de los bienes incautados durante el proceso inmediato posterior a la Guerra Civil española.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 403.)*

Ha comparecido ante esta Institución don (...), en nombre y representación de la (...), con domicilio a efectos de notificación en la calle (...) de Madrid, presentando escrito que ha quedado registrado con el número arriba indicado.

En el mismo expone que la citada asociación está inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones del Ministerio del Interior, el 21 de octubre de 1980, y señala su disconformidad con la falta de actuación por parte de los poderes públicos respecto a la restitución a la masonería de los bienes incautados durante el procedo inmediato posterior a la Guerra Civil española.

Asimismo, expone la vulneración de los principios constitucionales que supone la exclusión de la masonería de las disposiciones que se han venido sucediendo desde la promulgación de la Constitución Española, encaminadas a la restauración de situaciones jurídicas ilegítimamente afectadas por decisiones adoptadas al amparo de una normativa injusta. Así se han restituido los bienes y derechos del patrimonio sindical y de los partidos políticos, dejando fuera de las normas, incomprensiblemente, a la masonería.

Admitida la queja se solicitó informe a la Dirección General del Patrimonio del Estado, quien indicó que para poder considerar el reconocimiento de la restitución patrimonial o indemnización, en su caso, por las incautaciones realizadas en la Guerra Civil debería estar amparado por una ley. Al ser la ausencia de disposición que reconozca el derecho

de la mencionada asociación a la restitución de sus bienes el motivo de la queja, se solicitó una ampliación de informe en el que se comunicasen los motivos de la exclusión de la (...) de la Ley 4/1986, de 8 de enero y de la Ley 43/1998, de 15 de diciembre, así como de la existencia de previsiones para corregir esta situación.

En el último escrito de la mencionada Dirección General se señala que, ese centro directivo no puede facilitar información alguna sobre los motivos de la exclusión de la (...) de las leyes aprobadas para la devolución del patrimonio incautado tras la Guerra Civil, ni sobre las previsiones existentes para solucionar el problema.

En la queja se plantean dos cuestiones diferentes una de carácter general referida a la falta de devolución de un patrimonio y, otra cuestión concreta relativa a la actuación del Ministerio de Defensa respecto al inmueble sito en la c/ (...) de Santa Cruz de Tenerife, cuya inscripción registral figuraba a nombre de la (...), problema que se va a plantear a dicho departamento ministerial.

En cuanto a la primera cuestión la actual situación de la ausencia de restitución de los bienes de la (...) que fueron incautados por el Estado en el ejercicio de una función represora por sus opiniones políticas, hay que tener en consideración que el artículo 33 de la Constitución Española establece el derecho a la propiedad privada y el apartado tercero dispone las garantías que deben existir para que se pueda privar a una persona singularmente de sus bienes o derechos.

También el artículo 1 del Protocolo número 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos protege el derecho de propiedad y exige, ante todo y sobre todo, que una injerencia de la autoridad pública en el disfrute del derecho al respeto de los bienes sea legal, es decir, que únicamente se puede producir la misma si se da una causa justificada y siempre que medie la oportuna indemnización.

Por tanto, la Ley preconstitucional de 1 de marzo de 1940 adolece de inconstitucionalidad sobrevenida según determina la disposición derogatoria 3ª del citado texto constitucional, a pesar de lo cual sus efectos continúan manteniéndose. Dicha ley es arbitraria, punitiva y discriminatoria, sin embargo la instauración del régimen democrático con el consiguiente reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales, entre los que se encuentra el derecho de propiedad, no ha supuesto en este caso la adaptación de dicha situación al orden jurídico vigente, lo que no ha sido así en otros supuestos similares como el de los sindicatos y partidos políticos.

En la exposición de motivos de la ley 43/1998, de 15 de diciembre se señala que, superada la Guerra Civil y promulgada la Constitución Española de 1978, se han venido sucediendo decisiones de variada índole, encaminadas a la restauración de situaciones jurídicas ilegítimamente afectadas por decisiones adoptadas al amparo de una normativa injusta. Así, las normas de amnistía, el reconocimiento de derechos asistenciales a las personas pertenecientes al ejército republicano o la restitución de bienes y derechos del denominado patrimonio sindical histórico incautado a las organizaciones sindicales, conforme a la Ley 4/1986, de 8 de enero.

Continúa la citada Ley justificando la nueva medida adoptada diciendo que «En la actualidad parece llegado el momento de avanzar en dicho proceso reparador, creando el marco jurídico necesario para reintegrar a los partidos políticos los bienes y derechos de que fueron desposeídos durante la Guerra Civil o al finalizar ésta, en línea con uno de los objetivos que inspiró nuestra actual Constitución de garantizar la convivencia de todos los españoles, superando las consecuencias de la Guerra Civil, y en consonancia con el papel relevante que la misma otorga a los partidos políticos, a los que incardina en la médula del Estado democrático, mediante la precisión de su concurrencia a la formación y manifestación de la voluntad popular, lo que exige de ese Estado democrático un acto de justicia histórica como es la devolución a los mismos de aquello que les fue arrebatado, dándoles, por otra parte, un trato idéntico al ya dado en su día a las organizaciones sindicales». Estos razonamientos son plenamente válidos e igualmente aplicables a la situación de la (...) que aunque no constituye un partido político no deja de ser una asociación, que también se encuentran recogidas en la Constitución como elementos de participación ciudadana.

Por consiguiente se hace uso de la facultad conferida en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/19981, de 6 de abril del Defensor del Pueblo, efectuando a V. E. las siguiente recomendación:

«Que se adopten las medidas oportunas para sentar las bases normativas que permitan la devolución del patrimonio incautado tras la Guerra Civil a la masonería por tratarse de un acto de justicia histórica».

Madrid, 2 de abril de 2002.

**Recomendación dirigida al Ministro de Economía.**



**Recomendación 32/2002, de 9 de abril, para que se valore la conveniencia de solicitar autorización judicial cuando el proceso sanitario aconseje, en el caso de enfermos mentales que no estén en condiciones de decidir por sí mismos la adopción de medidas de contención mecánica u otras restrictivas de la libertad individual.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 400.)*

Acusamos recibo a su atento escrito (registro de salida n.º 6336), al que acompaña el informe elaborado por la dirección médica del complejo sanitario provincial de Plasencia, en relación con el procedimiento seguido en dicho centro en los supuestos de utilización de medios para la contención mecánica de los enfermos ingresados.

En la comunicación de esa Diputación provincial se diferencia entre el carácter voluntario e involuntario del ingreso del paciente. Se afirma, en la primera de estas situaciones, que se comunica al juzgado la restricción de la libertad y se modifica la naturaleza del ingreso, que pasa a ser de carácter involuntario. Por el contrario, y cuando la medida de contención es indicada por un facultativo y el paciente ha ingresado en el centro de forma involuntaria, se señala que, al existir una autorización judicial previa para el ingreso, no se comunica al juzgado la adopción de la medida de contención mecánica, si bien, cuando el juez acude al centro se le informa sobre la misma.

En relación con el reseñado procedimiento, esta Institución debe efectuar las consideraciones que seguidamente se reflejan.

En primer lugar, que cuando las medidas de contención son solicitadas por el propio paciente, o existe acuerdo entre él y su médico para que sean adoptadas, siempre que, en función de su estado cognitivo y volitivo, el enfermo mental conozca el alcance del aislamiento y de la



contención mecánica y se encuentre en condiciones de decidir por sí mismo, se considera ajustada a Derecho la actuación asistencial seguida en el referido complejo, pues no vulnera la esfera del derecho fundamental a la libertad individual reconocido en el artículo 17.1 de la Constitución. Ahora bien, en virtud del mismo principio de voluntariedad inherente a la solicitud del paciente o al acuerdo con el facultativo, se le debe informar del alcance y duración de las medidas que solicite o acuerdos que se tomen con él. Este último aspecto es, por otra parte, la aplicación práctica del derecho a la información establecido en el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad.

En segundo lugar, estima esta Institución que, con carácter general, las medidas de aislamiento no son propiamente, en sí mismas, medidas terapéuticas, como tampoco lo es el internamiento. Contención mecánica e internamiento son, en principio, medidas instrumentales, o a lo sumo auxiliares, para la aplicación o consecución de un tratamiento sanitario adecuado, para evitar daños a la persona del paciente o a terceros, lo cual no las priva de su carácter sustantivo de medidas restrictivas de la libertad individual. Ello no obsta para que, al realizarse con enfermos mentales, deba ser el facultativo quien deba indicarlás, dado que han de estar subordinadas al fin último de la curación del paciente.

En tercer lugar que, lo expresado en el párrafo precedente no tiene sólo valor conceptual. Aplicado en la práctica significa que, en los supuestos de medidas de contención indicadas por los médicos sin aceptación o acuerdo con el paciente, la primera diferenciación que ha de hacerse es entre medidas restrictivas de la libertad individual y tratamientos terapéuticos, con referencia al criterio sostenido en el informe remitido, de distinguir entre internamientos voluntarios e involuntarios, dando por hecho que las medidas de aislamiento tienen carácter terapéutico. En la primera diferenciación radica, entre otras causas, la exigibilidad de autorización judicial para el internamiento de personas con trastorno psíquico que no estén en condiciones de decidirlo por sí, porque es el internamiento involuntario, y no la aplicación de un tratamiento sanitario, el que puede conculcar el derecho fundamental a la libertad personal si no se realiza en los casos y en la forma previstos en la ley.

En cuarto lugar, entiende esta Institución que la autorización judicial de internamiento no lleva implícita la restricción del derecho a la libertad individual que comporta el sometimiento del paciente a medidas de contención mecánica decididas por los facultativos sin la aceptación de aquél. Ciertamente, según se manifiesta en el informe, hay un seguimiento judicial periódico de la actuación de los facultativos; en concreto,

cuando el juez acude al centro sanitario. Pero en cuanto internamiento y medidas de contención son medidas que tienen el denominador común de privación de libertad, cuando no son consentidas por el interesado, parece más propio aplicar el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a los supuestos de contención mecánica no consentidos por el paciente, y solicitar, sea la correspondiente autorización judicial cuando dichas medidas no vayan a tomarse de inmediato (supuesto, quizá, poco frecuente), o bien, cuando por razones de urgencia hayan debido ser adoptadas, informar al juez en los términos previstos en el citado artículo 763 de dicho texto legal. En efecto, el control judicial previsto en dicho artículo, a la luz de determinada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos referido a aspectos relacionados con la privación de libertad, no sólo implica la adopción de medidas restrictivas de la libertad individual previas al internamiento, sino la aplicación de las mismas mientras subsiste la privación o restricción de esa libertad. Conforme a ello, el control judicial se extendería también a las condiciones del internamiento en cuanto puedan afectar a los derechos fundamentales, debiendo tenerse en cuenta, singularmente, el papel atribuido al juez como garante de estos derechos.

En quinto lugar, puntualizar que el criterio expuesto en el apartado anterior, sin embargo, y siguiendo la misma línea argumental de asimilar, por analogía, los supuestos de contención mecánica al de internamiento, debe aplicarse cuando aquellos tengan carácter de permanencia (al igual que es permanente el internamiento), es decir, cuando las medidas presenten connotaciones comunes con la del internamiento. Ello significa que, si las referidas medidas se toman con carácter puntual y meramente transitorio, o son de duración muy breve a causa precisamente de su carácter episódico, no les sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En sexto lugar, que si las tan citadas medidas tuvieran carácter terapéutico, tesis central que parece desprenderse del informe recibido, habría de aplicarse en todos los supuestos, incluido el de internamiento no voluntario autorizado por el juez, lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley General de Sanidad sobre derechos de los ciudadanos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias, en concreto el derecho al previo consentimiento escrito para la realización de cualquier intervención (apartado 6 del citado artículo), que sólo puede exceptuarse en tres supuestos tasados: cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública; cuando el enfermo no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el ejercicio del derecho corresponde a sus familiares o personas a él allegadas; y cuando la urgencia no permita demo-

ras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

De seguir esta hermenéutica, las medidas (conceptuadas como terapéuticas) de contención sólo podrían aplicarse al enfermo mental sin su consentimiento en situaciones de urgencia, por posibles daños a su persona o muerte, cuando exista riesgo para la salud de terceros, y cuando se encuentre en períodos de incapacidad decisoria. Pero, en este último supuesto, quizá el más frecuente tratándose de enfermos mentales, sus familiares o personas allegadas deben suplir su incapacidad y prestar el consentimiento escrito por él.

En séptimo lugar, y por el valor de referencia que siempre tiene la legislación comparada, en este caso la de una Comunidad autónoma, ha de mencionarse la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía. Su artículo 34, referido a los derechos de los usuarios de centros residenciales y de día, establece expresamente que «en los supuestos en que dichas decisiones o medidas supongan aislamiento, restricciones de libertades u otras de carácter extraordinario, deberán ser aprobadas por la autoridad judicial, salvo que por razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, en cuyo caso se pondrá en conocimiento de aquélla cuanto antes».

Por cuanto antecede, esta Institución, en uso de las facultades que le confiere el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, formula a esa Diputación Provincial la siguiente recomendación:

«Que se valore la oportunidad y conveniencia de solicitar autorización judicial o, en casos de urgencia, de comunicar al juez competente, en los términos establecidos en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando el proceso sanitario aconseje la adopción de medidas de contención mecánica, u otras restrictivas de la libertad individual, o de otros derechos fundamentales en los supuestos de enfermos mentales que no estén en condiciones de decidir por sí mismos la aceptación o acuerdo con las mencionadas medidas».

Madrid, 9 de abril de 2002.

**Recomendación dirigida al Presidente de la Diputación Provincial de Cáceres.**

**Recomendación 33/2002, de 10 de abril, sobre la negativa de la compañía Iberdrola a atender el suministro de electricidad en un solar propiedad del formulante de una queja.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 419.)*

Mediante escrito de 13 de agosto de 2001, esta Institución solicitó de esa Consejería un primer informe en relación con la queja Q0109109, formulada por don (...), con domicilio en la urbanización (...), de (...) (Valencia).

El firmante exponía que se había dirigido en numerosas ocasiones a esa Consejería, en relación con la negativa de la compañía Iberdrola a atender el suministro de electricidad en un solar de su propiedad.

En respuesta a la petición formulada tuvo entrada en esta Institución escrito de ese centro directivo, con registro de salida número 23768 de 22 de octubre pasado, en el que se comunica que, mediante acuerdo de 5 de abril de 1999, confirmado por resolución de 8 de noviembre de 2000, esa Consejería estableció la obligación de la compañía suministradora de atender la solicitud de suministro del interesado (expediente 263/98).

Asimismo, se informa a esta Institución de que, contra los citados acuerdos (...) presentó el correspondiente recurso contencioso-administrativo, sin que se aclare si dicha compañía solicitó del juez la suspensión de la ejecución del acto recurrido, ni si existe pronunciamiento judicial sobre este extremo.

Con independencia de lo anterior, del contenido del informe remitido, se deduce que la compañía suministradora ha expresado por escrito su negativa a acatar la orden de atención del suministro, cuestionando no sólo la ejecutividad de este acto concreto, sino de todas las resolucio-

nes de esa Consejería, a las que atribuye un mero carácter declarativo, negando, en consecuencia, la capacidad de la Administración para desarrollar de modo efectivo sus competencias en materia de supervisión y garantía del servicio público de suministro de electricidad.

En este contexto, esa Consejería, lejos de adoptar las medidas oportunas para restablecer su autoridad en su calidad de Administración competente para la supervisión y garantía del servicio público de suministro de electricidad en la Comunidad Valenciana, concluye su informe indicando que «una vez ponderado el interés público existente para exigir la ejecución del acto, no se estima que la defensa de ese interés público imponga la ejecución forzosa del mismo».

En este sentido, y por lo que se refiere, en primer lugar, a la ejecutividad del acto administrativo concreto objeto de la presente queja, hay que tener en cuenta que el artículo 94 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece que los actos de las administraciones públicas sujetos al Derecho administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo lo previsto en los artículos 111 y 138 de la norma, supuestos que no concurren en este caso, sin que, como bien reconoce V. E. en su escrito, la mera interposición del recurso contencioso-administrativo implique la suspensión de la ejecución del acto impugnado.

Precisamente, para reforzar la capacidad de la Administración de hacer cumplir sus resoluciones —capacidad irrenunciable sin la que la actividad administrativa pierde toda razón de ser—, el artículo 95 de la Ley 30/1992 establece que las administraciones públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, siendo la ejecución subsidiaria —en la que la Administración realiza el acto, por sí o a través de las personas que determine, a costa del obligado— uno de los varios medios de ejecución forzosa que la Ley pone a su disposición.

En el caso planteado, y como se ha apuntado con anterioridad, la discusión trasciende el problema de falta de suministro que afecta al compareciente, estando en cuestión aspectos tan importantes como el necesario sometimiento de la empresa prestadora de un servicio público, tan esencial como el suministro de electricidad, a la supervisión de sus actos por parte de la Administración competente en la materia, así como la voluntad y capacidad de esa Administración para, en el ejercicio pleno de sus competencias, sin dejación de las mismas y utilizando los medios legales a su alcance, hacer cumplir sus resoluciones, requisito

éste último, esencial para el desarrollo de sus funciones y sin el cual perdería sentido toda su actividad.

Recordar, a este respecto, que el artículo 3 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico establece que corresponde a las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivos estatutos, el desarrollo legislativo y reglamentario y la ejecución de la normativa básica del Estado en materia eléctrica, así como las actuaciones necesarias para atender los requerimientos de suministro a los usuarios. Además, dicho artículo establece su competencia para inspeccionar las condiciones técnicas y económicas de las empresas titulares de las instalaciones y el cumplimiento de las condiciones establecidas en las autorizaciones concedidas, así como sancionar, de acuerdo con la Ley, la comisión de las infracciones que se produzcan.

Por todo lo anterior, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formular la siguiente recomendación:

«Que, tanto en el caso concreto referido en la presente queja, como en otros similares que pudieran plantearse, se adopten por esa Consejería las medidas que, en el ejercicio de sus competencias resulten necesarias, a fin de hacer cumplir sus resoluciones y mantener su capacidad real de supervisión y garantía del servicio público de suministro de electricidad».

Madrid, 10 de abril de 2002.

**Recomendación dirigida al Consejero de Industria y Comercio de la Generalidad Valenciana.**



**Recomendación 34/2002, de 17 de abril, sobre la obligación de acusar recibo a las solicitudes presentadas.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 386.)*

Agradecemos su escrito (s/ref.: 259134), en relación con la queja planteada por don (...), registrada con el número arriba indicado.

A la vista del contenido del informe remitido se hace preciso señalar que, al margen de las precisiones que se realizan por ese instituto armado, en relación con la normativa y reglamentación específica sobre la calificación jurídica que debe darse al escrito en el que un subordinado da cuenta de las posibles irregularidades que aprecia en sus jefes, por entender que las mismas pudieran atentar contra sus derechos, y que ha sido objeto de una recomendación<sup>6</sup> formulada por el Defensor del Pueblo a ese centro directivo el pasado año, esta Institución considera, tal y como se puso de manifiesto en nuestro anterior escrito, que se realiza una interpretación restrictiva de la norma, pues no se acusa recibo a la denuncia formulada por parte de la autoridad competente para resolverla, ni se comunica al interesado que a la misma se le ha dado la tramitación oportuna.

La falta de comunicación del acuse de recibo supone una situación de inseguridad jurídica para el administrado, y el hecho de que no se practique dicha comunicación no puede cuanto menos dejar de generar cierta intranquilidad en el ciudadano que formula la denuncia o petición, ya que ello puede dar lugar a pensar en el infortunio del extravío del documento e incluso en si la Administración actúa o no conforme al principio de buena fe que debe regir en las relaciones entre los administrados y la Administración.

---

<sup>6</sup> Recomendación 96/2001, publicada en el volumen correspondiente al año 2001 de esta serie.



La obligación de acusar recibo, en nada cambia la consideración que se le deba dar a la solicitud presentada por el interesado, pues la protección que dispensa tal acuse es, por una parte, la de garantizar al ciudadano que la Administración ha recibido su petición y que se va a llevar a cabo la oportuna investigación y, por otra, la salvaguarda en la transparencia, eficacia y servicio a los ciudadanos como principios rectores de la actuación administrativa.

Por todo lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formular la siguiente recomendación:

«Que se dicten las instrucciones oportunas para que por los órganos competentes se acuse recibo, con carácter general, de los escritos que formulen los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil en los que dan cuenta de las posibles irregularidades que aprecian en mandos superiores, a los efectos de que tengan constancia de que sus escritos han sido efectivamente recibidos y de que a los mismos se les va a dar la tramitación oportuna, todo ello en aras de los principios de garantía y seguridad jurídica».

Madrid, 17 de abril de 2002.

**Recomendación dirigida al Director General de la Guardia Civil.**

**Recomendación 35/2002, de 17 de abril, sobre información de derechos a las víctimas, en impresos de la Guardia Civil.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 387.)*

Ha comparecido ante esta Institución, mediante el correspondiente escrito, don (...), con domicilio en (...) (Zaragoza), c/ (...).

Sustancialmente expone que en la madrugada del día 21 al 22 de diciembre de 2001, fue robado un comercio de su propiedad, denominado (...), sito en la c/ (...) de (...) (Zaragoza).

El hecho fue denunciado el día 22 por la mañana, desplazándose al citado comercio el jefe del puesto de (...) y posteriormente una patrulla.

El interesado manifiesta que, por parte de los agentes, no se procedió a la recogida de las pruebas que existían (cigarrillos, pisadas en la ropa, etc.) ni se advirtió que no se tocara nada por si fuera necesario efectuar una inspección más pormenorizada.

A efectos del conocimiento de V. I., adjunto se remite copia de la documentación aportada por el interesado.

Considerando que esta queja reúne los requisitos formales establecidos en el artículo 54 de la Constitución y en los artículos 1, 9 y 15 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se admite a trámite y se promueve la investigación sumaria e informal para el esclarecimiento de los supuestos en que se basa, dando cuenta de ello a V. I. a los efectos previstos en el artículo 18.1 de dicha Ley Orgánica y en el artículo 12.1.b) de su Reglamento de 6 de abril de 1983.

En concreto, se solicita de V. I. informe de las instrucciones que tienen para estos supuestos los agentes del Cuerpo, respecto de la recogida de efectos y toma de huellas cuando se produce algún robo.

Finalmente, esta Institución ha observado que, en la diligencia-acta de instrucción de derechos al perjudicado u ofendido que se remite a V. I., las referencias que se efectúan respecto al plazo para presentar denuncias no se ajustan a lo establecido en los artículos del Código Penal que se citan, en concreto, los artículos 267 y 621.

En efecto, en los citados artículos, únicamente, se hace referencia a que las infracciones penadas en los mismos sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, pero no impone un plazo máximo para su presentación formal.

En este sentido habrá que estar a lo establecido en el artículo 131 del citado Código Penal, respecto a la prescripción de las faltas y los delitos.

Por ello, esta Institución, en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, ha valorado la conveniencia de formular a V. I. la siguiente recomendación:

«Que por esa Dirección General se dicten las instrucciones oportunas para que, en los impresos que se faciliten a los interesados, informándoles de los derechos que les asisten como ofendido o perjudicado, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso tercero del apartado 4 del artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículos 109 y 110 de la misma Ley, se supriman las referencias actuales a los plazos para presentar las denuncias, adecuando dichos plazos a lo establecido en el artículo 131 del Código Penal».

Madrid, 17 de abril de 2002.

**Recomendación dirigida al Director General de la Guardia Civil.**

**Recomendación 36/2002, de 23 de abril, sobre situaciones de incapacidad temporal.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 379.)*

Se ha recibido en esta Institución su escrito de fecha 18 de enero de 2002, referente a la queja número Q0110829, formulada ante esta Institución por don (...).

El interesado, funcionario docente, cuestiona los modelos del parte de baja laboral por enfermedad que gestiona la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (Muface), en los que consta el diagnóstico médico del paciente.

En concreto afirma que cuando se hace entrega del impreso de baja laboral al director del centro docente para que éste lo traslade a la Delegación Provincial de Educación, se encuentra el diagnóstico médico a disposición de personas ajenas a la administración sanitaria, por lo que considera que sería suficiente con que constara en dicho impreso la duración probable de la baja a los meros efectos organizativos y de gestión de la empresa o centro de trabajo.

Por último, concluye que la revelación de estos datos a instancias no sanitarias, puede vulnerar la confidencialidad de la historia clínica y en consecuencia el derecho constitucional a la intimidad personal.

Del contenido del informe evacuado por esa Administración, se desprende que la Orden de 28 de julio de 1977, sobre normas para aplicación de los subsidios de incapacidad transitoria para el servicio e invalidez provisional en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado (*BOE* del día 29) establece en su artículo 1º.2 que, junto a la solicitud según modelo que establezca Muface, se adjuntarán una serie de documentos, figurando en el apartado b) «co-

pia de la certificación expedida por el facultativo que preste asistencia sanitaria al interesado, que sirvió de base a la concesión de la licencia por enfermedad».

Así, afirma que en el vigente impreso de «solicitud de subsidio por incapacidad temporal» se indica, como un documento necesario que debe acompañarse a la solicitud inicial, el informe médico (ejemplar verde del talonario de «parte de enfermedad o accidente, riesgo durante el embarazo o parto», modelo DPS-26) que sirvió de base a la concesión de la primera licencia. En su defecto, fotocopia del certificado médico presentado a tal efecto.

En dicho parte figura un espacio reservado al diagnóstico de la enfermedad, emitido por el correspondiente facultativo. Ello se debe, expone esa Administración, a que es necesario conocer, a efectos del cómputo de plazos, si existe o no una nueva enfermedad, los períodos de tiempo comprendidos entre el alta médica y la recaída, etc., no teniendo otra finalidad que la señalada. Esta información resulta necesaria en virtud de lo que establece la norma sustantiva que regula el Régimen especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, que es, en la actualidad, el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio (*BOE* del 28), concretamente su artículo 19.4.

Añade ese departamento que teniendo en cuenta el carácter confidencial de los expedientes de subsidio por incapacidad temporal, así como otros que contienen información reservada es de significar que, de acuerdo con las normas que rigen la protección de datos de carácter personal, se encuentran debidamente custodiados, habiéndose tramitado con suma diligencia y reserva, sin que, para mayor garantía de confidencialidad, el diagnóstico médico se recoja en el fichero automatizado de «Prestaciones de Muface».

En razón a lo señalado en los apartados anteriores, señala el citado órgano que Muface, en el ámbito de su gestión, adopta todos los medios necesarios para proteger la intimidad de los mutualistas que solicitan el subsidio por incapacidad temporal, presumiendo que también los órganos de personal, competentes para conceder las licencias por enfermedad, adoptarán las mismas medidas.

Una vez examinado el citado informe, esta Institución valora positivamente la adopción por Muface de las medidas descritas, con el fin de preservar el derecho a la intimidad de sus mutualistas; sin embargo no coincidimos con esa Administración en cuanto a desestimar las recomendaciones del promotor de esta queja, argumentando la ineludible necesidad de conocer, a efectos del cómputo de plazos, si existe o no una

nueva enfermedad, dado que, en atención a una mayor eficacia del derecho a la libertad individual y a la confidencialidad de los datos clínicos referidos a los ciudadanos que utilizan el sistema nacional de salud, parece posible moderar la situación actual, a través del establecimiento de otros mecanismos en los que no conste el diagnóstico médico del paciente.

Con el fin de valorar esta cuestión en sectores laborales en los que se gestionan estos procedimientos por incapacidad temporal a través del Insalud o el Instituto Nacional de la Salud (INSS), resulta oportuno destacar que los modelos de partes de baja/alta y confirmación estaban constituidos por tres ejemplares, con destino al Insalud, trabajador y empresa-INSS. En todos ellos los apartados relativos a los datos de filiación del trabajador y al diagnóstico eran idénticos, por lo que al estar confeccionados en papel autocopiativo, salvo que el médico adoptara precauciones especiales, el diagnóstico figuraba en el ejemplar destinado a la empresa y posteriormente al INSS.

Sin embargo, la Orden Ministerial de 19 de junio de 1997 por la que se desarrolla el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, aprobó nuevos modelos de partes médicos de baja/alta y confirmación que son los actualmente vigentes.

Dicha Orden en su artículo 2 establece que el parte médico de baja se expedirá por cuadruplicado ejemplar, el original para la Inspección de Servicios Sanitarios u órgano equivalente del respectivo Servicio Público de Salud, una copia con destino a la entidad aseguradora y dos copias para el trabajador, una para el interesado y otra para entregar a la empresa en el plazo de tres días.

El ejemplar para la empresa que figura como anexo de la Orden, no contiene el diagnóstico ni la descripción de la limitación funcional que motiva la situación de incapacidad temporal, sino únicamente la duración probable de la baja, con el fin de preservar la intimidad del paciente.

El Instituto Nacional de la Seguridad Social ha considerado necesario diferenciar si se trata de prestación de incapacidad temporal o incapacidad permanente, porque, aun cuando ambas prestaciones son, por lo general, consecuencia una de otra, dada la diferente tramitación, se han establecido medidas diferentes para evitar la problemática de confidencialidad en referencia al diagnóstico médico del proceso.

Respecto a la incapacidad temporal, desde el punto de vista médico, la concesión de dicha prestación se inicia por la cumplimentación del denominado parte médico de baja. El modelo administrativo utilizado para

ello (establecido por Orden de 19 de junio de 1997, *BOE* del 24 de junio) se cumplimenta por el facultativo responsable del tratamiento en cuádruplicado ejemplar.

Dicho documento es en papel autocopiativo para todas sus partes, salvo en lo referente a los datos del proceso patológico que sólo queda mencionado en el ejemplar destinado al Servicio Público de Salud y en el destinado a la Entidad responsable del pago (Instituto Nacional de la Seguridad Social; Instituto Social de la Marina o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales). Los otros dos ejemplares (para el propio interesado y el de la empresa) presentan dicha zona en blanco. Consecuentemente, dicha información no llega a la empresa en ningún momento.

El procedimiento administrativo específico correspondiente a estos trámites, viene regulado por el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio (*BOE* del 19 de agosto) y la Orden de 18 de enero de 1996 (*BOE* de 26 de enero).

En dicha normativa se recuerda el deber de confidencialidad en cuanto al historial clínico de todos los funcionarios que han de entender sobre él (artículo 5º del Real Decreto 1300/1995).

Referente a la información que se le hace llegar a la empresa, es a través de un documento informativo en el que se menciona exclusivamente la filiación del trabajador, tipo de prestación que se concede, grado de incapacidad concedido y fecha de los efectos.

Por último, señalar que la única excepción a dicha situación, es cuando la empresa, bajo la denominación de empresa colaboradora, es parte interesada en dicho trámite en cuyo caso pudiera recibir copia de la resolución, en la cual no consta el diagnóstico médico.

De lo anteriormente expuesto, no parece existir impedimento alguno para equiparar la situación anteriormente descrita para los funcionarios civiles del Estado, estableciendo mecanismos procedimentales que permitan apreciar la existencia de las contingencias que afectan al paciente, evitando que los diagnósticos médicos o la limitación funcional que motiva la situación de incapacidad temporal puedan ser evaluados o conocidos por personal ajeno al estrictamente asistencial o por personal de Muface, y sin que ello impida el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 19.4 del Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, que se ha citado por esa Administración como argumento discrepante.

Debe recordarse a los efectos de valorar esta situación, la necesidad de respetar el derecho de toda persona a su intimidad y a la confiden-

cialidad de sus datos clínicos, así como el deber de los médicos de guardar secreto de la información conocida con ocasión de su profesión, siendo ilegítimo en los términos en que se expresan los artículos 2.2 y 7.4 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, revelar datos privados de una persona conocidos a través de la actividad profesional de quien los revela, pues la información sobre el estado de salud de la persona pertenece a la esfera de su privacidad y es objeto de protección en la legislación vigente.

Así, la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril), en sintonía con lo dispuesto en el artículo 18.1 y el 20.4 de la Constitución, reconoce a todas las personas el «derecho a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público» (artículo 10.3), correspondiendo a los poderes públicos adoptar las medidas precisas para que queden plenamente garantizados el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar y el deber de guardar el secreto por quien, en virtud de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica (artículo 61 Ley 14/1986).

Por cuanto antecede, esta Institución, con independencia de la presunción, a la que se refiere su informe, de que los funcionarios o demás personal que, en razón de la tramitación del oportuno expediente de invalidez, conozcan el historial clínico del interesado, mantienen la confidencialidad del mismo, debe evitarse en la actualidad cualquier acción que amparada en criterios de optimización del servicio, permita arrojar sospechas sobre una práctica administrativa que pueda menoscabar el derecho fundamental a la intimidad, sobre todo cuando, como en este caso, resulta posible compatibilizar los criterios de eficacia o de interés público que acompañan a la actividad administrativa (artículo 103.1 CE), con una interpretación en el sentido más favorable a la efectividad del derecho fundamental de que se trata (STC 292/2000, FJ 17, LOPD).

En consecuencia, esta Institución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, ha resuelto formular la siguiente recomendación:

«Que por los servicios correspondientes de ese departamento y en relación a los procedimientos de gestión de las situaciones de incapacidad temporal, se adopten las medidas que se consideren adecuadas con el fin de regular un marco normativo que permita preservar la confidencialidad del diagnóstico médico de los funcionarios pertenecientes



a Muface, a través de la elaboración de unos partes de baja médica, en los que el ejemplar recibido en el centro o unidad en la que presta sus servicios el empleado público, no contenga diagnóstico ni la descripción de la limitación funcional que motiva la situación de incapacidad temporal».

Madrid, 23 de abril de 2002.

**Recomendación dirigida al Director del Gabinete del Ministro de Administraciones Públicas.**

**Recomendación 37/2002, de 23 de abril, sobre valoración de los cursos de doctorado.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 403.)*

Se ha recibido su informe de fecha 8 de enero de 2002 (s/ref.: 2105, de 8-2-02), en relación a la solicitud formulada por esta Institución para el esclarecimiento de los hechos que se deducen en la queja de referencia.

El interesado cuestiona la actuación de la Delegación Provincial de la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía en relación a la Orden de 18 de octubre de 2000, por la que se convoca concurso de traslados de funcionarios docentes pertenecientes a los Cuerpos de Enseñanza Secundaria, Formación Profesional, Enseñanzas Artísticas e Idiomas (*BOJA* n.º 125, de 31 de octubre).

Sustancialmente ha expuesto que no se han adecuado los méritos obtenidos por su participación en varios cursos organizados por la Universidad de Sevilla y por esa Consejería, a los términos contenidos en la base 1.4 de la citada Orden que prevé una puntuación de 0,10 puntos por cada diez horas de cursos superados.

Así, afirma que le ha sido otorgada una puntuación de 0,93 puntos, cuando el cómputo correcto ascendería a 3,9 puntos, atendiendo a cada uno de los cursos que el citado compareciente parece haber superado, según se deduce de la documentación acreditativa que nos acompaña.

Por último, concluye que el día 9 de abril de 2001, ha presentado reclamación por estos hechos ante la citada Delegación, sin que hasta la fecha haya obtenido respuesta expresa, no obstante el tiempo transcurrido.

Admitida a trámite esta queja se dio traslado de la misma a la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía a los efectos

procedentes, evacuando el correspondiente informe del que se desprende que los méritos subjetivos relacionados con los cursos de doctorado no se valoran, de acuerdo con las Instrucciones de la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía de fecha 15 de noviembre de 2000, cuyo apartado 1.4.2 prevé que, «no se valorarán los cursos monográficos de doctorado: son considerados éstos como parte de un currículum que se materializará y aprobará mediante los cursos y seminarios del programa de doctorado correspondiente, de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 185/1985, de 23 de enero».

En relación a los otros méritos subjetivos reclamados, aclara esa Administración que los «Grupos de Trabajo, Seminarios Permanentes, Jornadas, Ponencias, etc.», se valoran en el apartado 1.4.2 de la Orden citada, y no en el curso de este apartado con 0,10 puntos por cada 10 horas, despreciándose las centésimas. La coordinación de estas actividades se puntúa en 0,05 puntos por cada 10 horas de curso. Así como la participación en Jornadas, Congresos, etc., se valoran con 0,03 puntos por actividad.

Por lo que, afirma dicho departamento, de acuerdo con el apartado b) la puntuación definitiva del interesado en el apartado 1.4 es de 0,93 puntos, distribuidos del siguiente modo:

- Apartado 1.4.1           (0,40+0,10)                   0,50 puntos.
- Apartado 1.4.2           (0,10+0,10+0,20+0,03)       0,43 puntos.

En cuanto al apartado en el que se indica no haber tenido respuesta a la reclamación presentada el día 9 de abril de 2001, ante la Delegación Provincial de la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, concluye ese organismo que dicha respuesta se hace con las listas definitivas donde se publica el concurso de Traslados de fecha 24 de mayo de 2001, en el que el interesado participó, y donde podía interponer recurso de reposición en el plazo de un mes, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 22, de la Orden de 18 de octubre de 2000, por la que se convocaba el correspondiente concurso de traslados.

Una vez examinado el contenido de dicho informe en relación a las objeciones que ha realizado el interesado, esta Institución no aprecia irregularidad alguna respecto a la falta de valoración solicitada para el apartado 1.4.1 de la citada Orden, de aquellas «actividades» que no se han identificado como «cursos» en el correspondiente programa, por lo que parece razonable no incluirlos como tales, habida cuenta de que estos méritos se han incorporado de forma inequívoca en dicho precepto, sin que quepa realizar una laxa interpretación de normas fijas y cerradas que se corresponden con los elementos reglados de la potestad ad-

ministrativa, toda vez que se trata de un procedimiento selectivo de concurrencia competitiva en el que debe evitarse cualquier perjuicio al resto de los participantes.

Cuestión distinta es la omisión de valoración de méritos que ha realizado la Delegación Provincial de Sevilla, respecto a los cursos realizados y superados por el interesado correspondientes al tercer ciclo o programa de doctorado en la Universidad de Sevilla, toda vez que la citada Orden, en virtud de lo dispuesto en su apartado 1.4.1, no parece excluir la valoración de los mismos, dado que tanto el derogado Real Decreto 185/1985, de 23 de enero (*BOE* de 16 de febrero) —modificado por Real Decreto 537/1988, de 27 de mayo (*BOE* de 3 de junio)—, regulador del tercer ciclo de estudios universitarios, como el actual Real Decreto 778/1998, de 30 de abril (*BOE* de 1 de mayo), han establecido dos fases diferenciadas para la obtención del título de doctor, teniendo la primera fase que nos interesa, una finalidad académica basada en la especialización del estudiante en un campo científico, técnico o artístico determinado que consiste en la realización y aprobación de los cursos y seminarios del programa correspondiente y que concluye con un certificado, global y cuantitativamente valorado, que acreditará que el interesado ha superado el curso de docencia del tercer ciclo de estudios universitarios.

Por lo que, en atención a la naturaleza de «curso» con el que anteriores normas reglamentarias conciben estos estudios del tercer ciclo universitario y dada la ayuda económica que para la realización de los mismos ha obtenido el interesado, en virtud de lo dispuesto en la Resolución de 19 de abril de 2000, de la Dirección General de Evaluación Educativa y Formación del Profesorado de esa Consejería, parece razonable entender, como así lo hace esta Institución, que dicho mérito permite subsumirse en la regla prevista de baremación, si no fuera porque esa Administración —consciente de que la comisión de valoración de méritos de la Dirección Provincial de Sevilla, pudiera haberlo interpretado en el sentido en que proponemos— ha dictado una instrucción que excluye de plano ese reconocimiento.

Esta misma finalidad ha sido igualmente entendida en distintas convocatorias u ofertas de empleo público realizadas por administraciones estatales o autonómicas, apreciándose a través de las correspondientes bases contenidas en las normas reguladoras de estos procesos, una mayor o menor intensidad en la calificación de los méritos aportados por los aspirantes en atención, tanto a la superación de los cursos de doctorado, como a la aprobación de la tesis doctoral. (Sirvan como ejemplo, la O.M. del MEC y del Ministerio de Sanidad y Consumo, de 27 de junio de 1989

—BOE 153/89—, también la O.M. del Ministerio de Ciencia y Tecnología, de 8 de enero de 2002, y la resolución de 3 de febrero de 1999. Oposiciones Consejería Generalidad Valenciana —DOG V 3461—).

Pues bien, por cuanto antecede, esta Institución debe dejar claro que no le corresponde cuestionar la actuación de los órganos calificadoros cuando éstos se mueven en un ámbito de elección singularmente dominado por la discrecionalidad técnica, principio éste que faculta a la Administración para adoptar una pluralidad de alternativas posibles en Derecho que resultan inobjetables, siempre que, como ha señalado la doctrina jurisprudencial, no se evidencie un resultado manifiestamente arbitrario o una apreciación de los hechos a todas luces errónea (SSTS de 1/03 y 11/12), porque en caso contrario, resulta posible intervenir plenamente cuando las comisiones o tribunales calificadores, «... han infringido o inaplicado normas en las que todos los elementos son reglados, como pueden ser las de procedimiento o las que regulan determinadas titulaciones, de modo que valoradas éstas expresamente en el baremo, sólo quien las ostente conforme a su régimen específico puede recibir la puntuación correspondiente a las mismas» (SSTS 21/02 y 3/12).

Sin embargo, el problema no radica en la actuación de esa Dirección provincial respecto a una falta de apreciación del mérito, como tampoco que, en atención a criterios de organización o de oportunidad, se hubiera decidido por la autoridad educativa no incluir como mérito el haber superado estos cursos; el conflicto radica en la modificación o derogación parcial de algunos aspectos de la Orden de referencia, mediante una norma de inferior rango en la jerarquía reglamentaria sin que, por otra parte, haya sido publicada o comunicada a los interesados, dados los evidentes efectos jurídicos que conlleva la misma.

En efecto, en atención al principio de jerarquía normativa, no resulta adecuado establecer una corrección de las bases contenidas en una Orden, mediante otra norma de inferior rango, y con menor motivo, a través de una Instrucción de servicio sin aparente relevancia jurídica y a la que erróneamente se le ha dado un contenido innovador y limitativo de los derechos o expectativas previamente reconocidos a los interesados, actuación ésta que no resulta cohonestable con los principios contenidos en el artículo 9.3 de la Constitución, como tampoco con los derechos reconocidos en los artículos 23.2 y 103.3 de la misma.

Por lo que respecta a la falta de respuesta de la Administración educativa a la reclamación presentada el día 9 de abril de 2001, debemos expresar nuestra preocupación por la omisión de la misma al interesado en los términos en que resulta exigible conforme establecen los artículos 42 y 89 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, toda vez que no resulta posible aceptar como contestación motivada el que ésta sea diferida al resultado de las listas definitivas en donde se publica el concurso de traslados de fecha 24 de mayo de 2001 en el que el interesado participó.

Por todo ello, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formular la siguiente recomendación:

«Que por esa Consejería de Educación se adopten las medidas oportunas en orden a dejar sin efecto las instrucciones de fecha 15 de noviembre de 2000, respecto a la omisión de valoración de los cursos de doctorado, toda vez que la modificación sustancial del contenido de una norma de rango superior, infringe el principio de jerarquía normativa y el de seguridad jurídica en los términos que deben garantizarse a través de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución, por lo que se solicita que, en lo sucesivo, esa Administración utilice los procedimientos adecuados cuando se trate de establecer derogaciones parciales de las bases contempladas en las convocatorias de las oposiciones y concursos que se celebren».

Asimismo, en virtud de lo anteriormente dispuesto, he resuelto formular la siguiente sugerencia:

«Que por ese departamento se den las instrucciones oportunas en orden a que se proceda a la revisión de oficio de la Resolución de la Delegación Provincial de Sevilla, de 24 de mayo de 2001, por la que se elevan a definitivas las listas correspondientes a los concursos de traslados convocados por Orden de 18 de octubre de 2000, en el sentido de evaluar nuevamente al interesado conforme a las bases establecidas en dicha Orden, sin otras apreciaciones que no provengan de normas adecuadas a las exigencias derivadas del principio de jerarquía normativa».

Madrid, 23 de abril de 2002.

**Recomendación dirigida a la Consejera de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía.**



**Recomendación 38/2002, de 24 de abril, para que sean corregidos los impresos autocopiativos que se proporcionan a los estudiantes universitarios para la formulación de solicitudes, en los que figura de forma imprecisa la información sobre los plazos del procedimiento y el sentido del silencio administrativo que pueda producirse.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 394.)*

En el primer momento posible se acusa recibo de su escrito atendiendo a la petición de información complementaria planteada por esta Institución en el expediente arriba referenciado.

Lamentablemente, el informe remitido por V. E. no da respuesta a las cuestiones concretas que planteaba la solicitud remitida por esta Institución y ello obliga a realizar las siguientes consideraciones con carácter previo a la recomendación con la que finaliza este escrito.

En primer lugar, debe hacerse notar que en la anterior comunicación de esta Institución se llamaba la atención de V. E. sobre el evidente error en el que incurrían los impresos autocopiativos que esa Universidad facilita para la formulación de solicitudes cuando se menciona al artículo 10.4 de la Ley 4/1999, cuando dicha Ley tan sólo tiene tres artículos.

Una lectura mínimamente reposada de la Ley 4/1999 —que ya advierte en su título que su finalidad es la de modificar la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común—, permite comprobar que no existe en su texto un artículo 10.4, sino que el punto 10 del artículo primero de dicha Ley modifica el artículo 42 de la Ley 30/1992, cuyo punto 4 establece determinadas obligaciones informativas que, en relación con sus procedimientos, deben cumplir las administraciones públi-



cas. Parece necesario, por tanto, que esa Universidad modifique el texto que se incluye en el impreso autocopiativo, dado que el mismo incurre en una imprecisión notable totalmente impropia de una institución universitaria.

Pero no es solamente esta imprecisión lo que a juicio de esta Institución debiera corregirse, ya que, como también se señalaba en nuestra anterior comunicación, la información que se proporciona al interesado en la cita a la que se viene haciendo referencia, resulta incompleta y no cumple por tanto la finalidad que la ley le otorga.

En este sentido, debe recordarse que el artículo 42.4 de la Ley 30/1992 en la redacción dada a ésta por la Ley 4/1999 establece taxativamente que «en todo caso, las administraciones públicas informarán a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo, incluyendo dicha mención en la notificación (...) o en la comunicación que se les dirigirá al efecto dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación...». Difícilmente puede entenderse cumplida la obligación de informar sobre los efectos que pueda producir el silencio administrativo en el procedimiento que se inicie en cada caso si toda la información que se traslada es la relativa a que «el silencio administrativo tendrá carácter estimatorio salvo en los casos previstos legalmente».

A juicio de esta Institución, la transparencia de la acción administrativa y la eficacia que debe regir todos sus actos obligan a interpretar la norma procedimental a la que se ha hecho referencia en el sentido de que el interesado en el procedimiento debe conocer, desde el momento en el que éste se inicie, cuál es exactamente el plazo en el que dicho procedimiento concreto debe resolverse y notificarse y también cuál es exactamente el sentido, estimatorio o desestimatorio, que pudiera tener en su caso el eventual silencio de la Administración si ésta incumpliera su deber legal de responder expresamente. Remitir al interesado al estudio de las normas legales vigentes para cada procedimiento, a fin de que así pueda saber cuál es el sentido del silencio administrativo que pudiera producirse en su caso, distorsiona el sentido finalista de la norma y no otorga a los ciudadanos la protección y las garantías que pretenden las normas de procedimiento administrativo.

Por otro lado, la legislación procesal administrativa en el mismo precepto al que se viene haciendo referencia impone la obligación a las administraciones públicas de «publicar y mantener actualizadas, a efectos informativos, las relaciones de procedimientos, con indicación de los

plazos máximos de duración de los mismos, así como los efectos que produzca el silencio administrativo».

De la información remitida por V. E., en la que se afirma que esa Universidad no ha efectuado la adecuación de sus normas reguladoras de procedimientos administrativos a la Ley 30/1992, toda vez que a juicio de esa Universidad no se produce colisión normativa alguna, cabe deducir que no resultaría demasiado costoso informar a los interesados del sentido estimatorio o desestimatorio del silencio administrativo, en los términos en que lo prevé la propia Ley 30/1992 y de manera acorde con las distintas posibilidades que la propia Ley regula. Adicionalmente, si esa Universidad, como cabe suponer, ha cumplido su obligación de publicar y mantener actualizadas las relaciones de procedimientos con indicación de los efectos que produzca el silencio administrativo, la dificultad es aún menor porque para cada supuesto la propia oficina de registro podría informar a los interesados a través de un impreso, o cualquier otra fórmula que se juzgue oportuna, del sentido del silencio en el procedimiento concreto que en ese momento se inicie.

En razón de todo lo anterior y al amparo del artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de la institución del Defensor del Pueblo, se ha considerado procedente formular a V. E. la siguiente recomendación:

«Que se modifique el texto informativo que figura en los impresos autocopiados, facilitados por esa Universidad para la formulación de solicitudes ante ella, corrigiendo los errores detectados y que se arbitren los mecanismos necesarios para informar en cada supuesto a los interesados del plazo en el que debe resolverse y notificarse el procedimiento concreto en el que sean parte y del sentido estimatorio o desestimatorio que tenga en ese procedimiento el silencio administrativo en el caso de que éste llegue a producirse».

Madrid, 24 de abril de 2002.

**Recomendación dirigida al Rector de la Universidad de Málaga.**



**Recomendación 39/2002, de 25 de abril, sobre supresión del derecho de retención de futbolistas aficionados en edad escolar.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 428.)*

Se ha recibido su escrito de 16 de enero pasado, adjuntando copia de la resolución del Comité Jurisdiccional y de Conciliación de esa Federación, en relación con el objeto de la queja tramitada en esta Institución con el número de expediente arriba reseñado.

De la mencionada resolución se desprende que el objeto concreto de la queja en cuestión ha sido solucionado, toda vez que se ha declarado la baja del jugador interesado en su club de origen, así como su derecho a obtener ficha y licencia por el club que tenga por conveniente.

No obstante lo anterior a la vista de la argumentación efectuada en la citada resolución y de los antecedentes de que dispone esta Institución, se ha resuelto someter a esa Federación las siguientes consideraciones como fundamento de la recomendación con la que se concluye esta comunicación:

1.<sup>a</sup> El objeto de la presente queja versaba sobre el ejercicio por un club de fútbol de un derecho de retención sobre un jugador en edad escolar, en concreto menor de 16 años, a consecuencia del cual el niño en cuestión veía impedida la práctica de su deporte al haberse trasladado de colegio y estar éste situado en otra ciudad distinta.

2.<sup>a</sup> Dicha situación se justificaba en las previsiones contenidas en el artículo 160 del Reglamento General de la Federación Española de Fútbol, al concurrir las circunstancias previstas en el mismo según las cuales el compromiso adquirido al suscribir una licencia C, esto es de categoría de cadetes (14 a 16 años) no se extingue al finalizar la temporada en la que el jugador cumple los 16 años, como es el caso, si el club en

cuestión posee un equipo de categoría juvenil (16 a 18 años), supuesto éste en el que la licencia se prorroga automáticamente hasta la temporada en la que el jugador cumpla los 18 años de edad.

3.<sup>a</sup> Dicha limitación por otra parte se reproduce en el artículo 161 del mencionado Reglamento referida aquí a los futbolistas con licencia infantil (13-14 años), alevín (11-12 años) benjamín (9-10 años) y prebenjamín (7-8 años) respecto de los cuales se establece un derecho de retención por parte de los clubes en el último año de su licencia siempre que el club tenga equipo en la categoría superior.

4.<sup>a</sup> Como consecuencia de la aplicación de ambos preceptos resulta posible, y así ha sucedido en el caso planteado en la presente queja y en otras recibidas con anterioridad, que niños en edad escolar por el mero hecho de cambiar de colegio, en el ejercicio del derecho a la libre elección de centro docente, puedan verse privados de realizar su deporte preferido, al menos a nivel de competición oficial, al no poder suscribir una licencia federativa con otro club en su nuevo lugar de residencia, viéndose así apartados de la competición en una edad que es básica en su futuro desarrollo deportivo.

5.<sup>a</sup> La posición que respecto del objeto de la queja mantiene esta Institución parte de la preeminencia de los derechos e intereses de los deportistas en edad escolar respecto de aquellos otros alegados por las federaciones y clubes deportivos para justificar la existencia de medidas restrictivas de la libertad de dichos deportistas basadas exclusivamente en los intereses de dichos clubes.

6.<sup>a</sup> Al efecto conviene señalar que el deporte se constituye como un elemento fundamental del sistema educativo y su práctica es decisiva en el mantenimiento de la salud y, por tanto, es un factor corrector de desequilibrios sociales que contribuye al desarrollo de la igualdad entre los ciudadanos, crea hábitos favorecedores de la inserción social y, asimismo, su práctica en equipo fomenta la solidaridad.

7.<sup>a</sup> La importancia del deporte fue reconocida al recogerse entre los principios rectores de la política social y económica, regulados en el capítulo tercero del Título I de la Constitución, cuyo artículo 43.3 establece la obligación de todos los poderes públicos de fomentar la educación física y el deporte, y de facilitar la adecuada utilización del ocio, mandato éste que ha tenido su debido reflejo tanto en la Ley estatal del Deporte como en las leyes que cada una de las comunidades autónomas han dictado en el ejercicio de sus propias competencias sobre la materia.

8.<sup>a</sup> Por otra parte, y como de menores se trata, hay que traer a colación, aparte del artículo 39.4 de la Constitución, que expresamente ga-

rantiza la protección de los derechos de los niños previstos en los acuerdos internacionales, a la Carta Internacional de la Educación Física otorgada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, cuyo artículo 1º proclama el «derecho fundamental» que todo ser humano tiene «de acceder a la educación física y el deporte» como elementos «indispensables para el pleno desarrollo de la personalidad», derecho que «deberá garantizarse tanto dentro del marco del sistema educativo como en el de los demás aspectos de la vida social».

Según el texto de la citada Carta cada cual «debe gozar de todas las oportunidades de practicar la educación física y el deporte, de mejorar su formación física y alcanzar el nivel de realización deportiva correspondiente a sus dones», debiéndose ofrecer oportunidades especiales a los jóvenes «a fin de hacer posible el desarrollo integral de su personalidad gracias a unos programas de educación física y deporte adaptados a sus necesidades» (artículo 1º).

La propia Carta establece, asimismo, que «la educación física y el deporte constituyen un elemento esencial de la educación permanente dentro del sistema global de educación» mediante el cual se «deben desarrollar las aptitudes, la voluntad y el dominio de sí mismo de cada ser humano», debiéndose asegurar en consecuencia «la continuidad de la actividad física y de la práctica deportiva durante toda la vida, por medio de una educación global, permanente y democratizada», y ello teniendo en cuenta que «en el plano del individuo la educación física y el deporte contribuyen a preservar y mejorar la salud, a proporcionar una sana ocupación del tiempo libre y a resistir mejor los inconvenientes de la vida moderna».

Y como conclusión, y por lo que aquí interesa, se afirma que «todo sistema global de educación debe atribuir a la educación física y al deporte el lugar y la importancia necesarios para establecer el equilibrio entre las actividades físicas y los demás elementos de la educación y reforzar sus vínculos» (artículo 3º).

9.<sup>a</sup> A la luz de los antecedentes expuestos, sobre la esencia y alcance del derecho de educación a través del deporte, se puede concluir que el derecho de retener a menores de edad, incide negativamente en el derecho a la educación al restringirlo y, por tanto, el hecho de que las federaciones deportivas, al aprobar sus reglamentos u otras normas reguladoras de su respectiva práctica deportiva, incluyan cláusulas limitativas como de las que aquí se está tratando, bien sea amparándose en la protección ante el riesgo de desmantelación de los clubes más modestos, o por razones de mero mercantilismo, dado que el ejercicio de la re-

tención puede conllevar, con un futuro traspaso, el ingreso de cantidades importantes de dinero en las arcas del club retenedor, supone una vulneración del derecho de los padres e hijos de obtener una educación idónea a través del deporte.

10.<sup>a</sup> Por otro lado, no está demás resaltar el efecto perverso de la existencia de tales prácticas restrictivas que llevan a muchos menores, como se ha podido constatar en las quejas tramitadas por esta Institución, ante la imposibilidad de jugar en el club que desean, a abandonar la práctica deportiva, que en el mejor de los casos queda reducida a una práctica no habitual y esporádica pero siempre sin el estímulo o acicate que supone una competición, cuando no a un alejamiento total de aquella y su sustitución por otras actividades lúdicas no tan enriquecedoras como el deporte.

11.<sup>a</sup> Frente a esta conclusión no cabe alegar que las normas en las que se establecen las mencionadas cláusulas limitativas han sido aprobadas por la Administración pública, e incluso han podido ser aceptadas al menos implícitamente por los deportistas al suscribir sus licencias, pues tales argumentos serían rebatibles en base al principio de jerarquía normativa infringido claramente por tales disposiciones que cabría tachar de nulas, máxime cuando las federaciones deportivas no son simples asociaciones privadas sino que actúan como agentes de una Administración pública en el ejercicio de funciones públicas delegadas.

12.<sup>a</sup> Al respecto cabe decir que la obligación de los deportistas de afiliación a un club, y de éstos a las federaciones cuando se trata de deportistas no profesionales, se justifica por exigencias tanto del interés público como del particular de los interesados, supeditado siempre a aquél, y sólo en tales exigencias, sin que con la ley a la vista pueda prevalecer ningún otro interés protegible que merezca la limitación de que hablamos, cuya misma existencia supone una dejación por parte de las administraciones públicas competentes en materia deportiva de las facultades de tutela y supervisión de las funciones públicas delegadas ejercidas por las federaciones.

13.<sup>a</sup> Tal y como reconoce el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de marzo de 1988 «la inclusión del fenómeno deporte en el texto constitucional (artículo 43.3) no entraña un significado simbólico, pues origina unas consecuencias jurídicas; el poder constituyente, al comprender la importancia del hecho deportivo (...) y recogerlo así en la norma suprema, ha manifestado su criterio de que el deporte (...) debe empaparse de los principios sustanciales de la Constitución Española, lo cual ha tenido una importante repercusión dentro del ordenamiento jurídico-deportivo; se trata de amparar una actividad de indudable uti-

lidad pública y que forma parte del conjunto de elementos que tienden no sólo a proporcionar medios materiales a los ciudadanos, sino a mejorar la calidad de vida cotidiana» (FJ 7, STS 1988/1702).

De acuerdo con esta misma sentencia puede decirse que si bien es cierto que los estatutos, reglamentos y resoluciones por las que se regula el funcionamiento de las federaciones deportivas son fruto de la capacidad de autonormación de estas organizaciones de base privada, no es menos cierto que su alcance y eficacia ha de estar limitado por el ordenamiento superior, y por tanto puede concluirse sin mayores dificultades que el derecho de retención resulta contrario a las concepciones educativas más elementales y a la esencia del deporte y de la educación física.

En base a todo cuanto antecede, esta Institución ha resuelto en el ejercicio de la responsabilidad que le confiere el artículo 54 de la Constitución, y al amparo del artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, formular a V. E. la siguiente recomendación:

«Que se modifique la redacción de los artículos 160 y 161 del Reglamento General de esa Federación de forma que se suprima todo derecho de retención o prórroga a favor de los clubes de origen, como requisito para la tramitación de las licencias en favor de otros clubes de deportistas menores de edad, por tratarse de prácticas que colisionan con derechos protegidos en la Constitución y las leyes, y que, por tanto deben ser proscritas».

Madrid, 25 de abril de 2002.

**Recomendación dirigida al Presidente de la Real Federación Española de Fútbol.**





**Recomendación 40/2002, de 30 de abril, sobre adecuación de ficheros no automatizados existentes, a las previsiones de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 425.)*

A través de diversas comunicaciones de la Agencia de Protección de Datos —que como usted sabrá tiene la obligación legal de trasladar al Defensor del Pueblo las resoluciones que dicte, en relación con ficheros de titularidad pública—, esta Institución ha tenido conocimiento de las diversas actuaciones inspectoras realizadas por dicha Agencia en las dependencias de ese Ayuntamiento y particularmente en las correspondientes a la Policía Local.

Según la información remitida a esta Institución, a lo largo del pasado año 2001 y del presente, al menos en tres ocasiones inspectores de la Agencia de Protección de Datos giraron visita a ese Ayuntamiento, a raíz de denuncias formuladas por ciudadanos que consideraron vulnerado su derecho a la intimidad por actuaciones de esa corporación, en dos de los casos, y en otro en razón de actuaciones iniciadas de oficio por la propia Agencia, constatándose la existencia de un archivo en soporte papel en dependencias de la Policía Local que contiene aproximadamente 10.000 fichas identificativas de todas aquellas personas que han tenido alguna relación con el mencionado cuerpo de seguridad.

Según las resoluciones de la Agencia de Protección de Datos (en los expedientes AAPP/00071/2001, E/00239/2001 y E/00048/2002), y particularmente en la correspondiente al último de los expedientes citados, en las fichas integrantes del mencionado archivo figuran consignados datos personales de los ciudadanos (entre ellos, nombre, apellidos, domicilio, DNI, lugar y fecha de nacimiento y, en algunos casos, «apodo» y

fotografía...) que han tenido relación con la Policía Local, ya sea por la realización de cualquier trámite administrativo o por la comisión de alguna infracción.

Las fichas mencionadas, ordenadas alfabéticamente, se clasifican en tres colores dependiendo de la naturaleza de las anotaciones que figuren en ellas, y a su vez remiten, según el trámite realizado o el origen de la anotación, a unos denominados «expedientes personales», o en otros casos a los denominados «expedientes de hecho», donde consta diversa documentación relativa a muy diversos asuntos y entre los que se mencionan accidentes de circulación, infracciones de ordenanzas municipales, informes de convivencia, denuncias, informes de conducta social, notificaciones de ingresos en el depósito municipal de detenidos, notificaciones a organismos judiciales, etc.

En los 9.249 expedientes personales existentes, y habiéndose revisado tan sólo una décima parte de ellos, los inspectores de la Agencia de Protección de Datos localizaron anotaciones policiales que datan del año 1958, comunicaciones a órganos judiciales con referencia a antecedentes policiales con una antigüedad superior a los 18 años, anotaciones policiales relativas a conducta antisocial de fechas tan lejanas como 1961 y 1973, anotaciones de este último carácter correspondientes a ciudadanos que en el momento de los hechos eran menores de edad, etc.

La Agencia de Protección de Datos, que no duda en calificar la situación de verdaderamente sorprendente, dado el volumen de datos personales almacenados en soporte papel (10.000 fichas identificativas en un municipio cuyo censo poblacional alcanza la cifra de unos 17.000 habitantes) y el carácter de los datos consignados en ellas, se ha visto en la necesidad de proceder al archivo de los expedientes mencionados al considerar que aún no ha vencido el plazo que la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, otorga para la adecuación de los ficheros preexistentes y de los tratamientos no automatizados a las exigencias contenidas en la Ley.

Siendo esto así, entiende el Defensor del Pueblo que la adecuada protección de la intimidad personal y familiar, y el pleno y libre ejercicio del derecho a la protección de datos personales que se deriva del artículo 18.4 de la Constitución, exige la adopción de todas las medidas posibles para que, con independencia del vencimiento del plazo previsto en la Ley, ese Ayuntamiento proceda a la adecuación de los ficheros de datos personales no automatizados de los que disponga a las previsiones ya vigentes para los ficheros automatizados y, lo que es más importante

aún, a las garantías que la Constitución y la Ley tratan de otorgar a los ciudadanos.

El mantenimiento de datos que no forman parte de una investigación policial, de otros que no son necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales y, asimismo, el mantenimiento de datos que deberían haber sido cancelados porque ya no son necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento, conculca frontalmente el espíritu de la Ley de Protección de Datos y supone una merma evidente en la garantía del derecho a la intimidad de la mayor parte de los ciudadanos residentes en esa localidad. Es verdad que la ley otorga un determinado plazo para que los ficheros preexistentes se adecuen al contenido de la ley; pero dicho plazo no puede servir de excusa injustificada para mantener actuaciones contrarias al derecho de los ciudadanos y sin que existan razones que pudieran justificar el agotamiento del plazo, en razón de las características propias del fichero o ficheros preexistentes y de los servicios a los que tales ficheros se vinculen.

En este sentido, el Defensor del Pueblo considera que cuando cualquier norma jurídica que reconoce derechos en favor de sus destinatarios establece plazos para adecuar situaciones preexistentes al contenido de la misma, éstos (los plazos) no otorgan un margen de libertad a quien deba ajustar su conducta a la ley para incumplirla en tanto en cuanto dichos plazos no hayan vencido. Por el contrario, entiende esta Institución que los destinatarios de la norma deben adecuar su conducta inmediatamente, o mejor dicho, en el primer momento posible, a las previsiones de la ley, puesto que los plazos de adecuación no son un período en blanco durante el cual se pueda eludir su cumplimiento sino tan sólo el límite temporal en el que necesariamente debe posibilitarse la plena aplicación de la norma y el correlativo pleno ejercicio de los derechos de quienes sean beneficiarios de dicha norma. Si esto es así con carácter general, más aún deberá serlo cuando la norma de referencia desarrolla un derecho fundamental como es el contenido en el artículo 18.4 de la Constitución al que se refiere la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

En razón de lo expuesto, y teniendo en cuenta en particular que las alegaciones realizadas por ese Ayuntamiento en los expedientes iniciados y posteriormente archivados por la Agencia de Protección de Datos, no justifican en absoluto la necesidad de mantener con su actual contenido los ficheros no automatizados a los que antes se ha hecho referencia, esta Institución al amparo de lo establecido en el artículo 30.1 de la

Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, formula a ese Ayuntamiento la siguiente recomendación:

«Que se lleven a cabo las actuaciones necesarias para adecuar el contenido de los ficheros no automatizados, existentes en ese municipio a las previsiones de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, sin esperar al agotamiento del plazo establecido en la disposición adicional primera de la misma, salvo en aquellos supuestos específicos en que existan razones debidamente justificadas que lo impidan».

Madrid, 30 de abril de 2002.

**Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Osuna (Sevilla).**

**Recomendación 41/2002, de 3 de mayo, sobre los sistemas de indemnización de inversores así como a la situación jurídica de los inversores de la Agencia de Valores AVA, S.A.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 402.)*

Se ha recibido su escrito, de fecha 19 de febrero de 2002 (s/rf. registro de salida n.º 128, 26 febrero 2002), en el que emite informe en relación a la queja registrada en esta Institución con el número F9800030, referente a los sistemas de indemnización de los inversores en el ámbito de los mercados de valores, así como a la situación jurídica en que quedan los inversores de AVA Asesores de Valores, A.V., S.A.

Tras el estudio del mismo así como del informe detallado emitido por la Comisión Nacional del Mercado de Valores y teniendo en cuenta las circunstancias alegadas por los interesados, hemos de señalar que del mismo se desprende que, el plazo de tres meses establecido excepcionalmente para que los inversores afectados por situaciones anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto 948/2001, de 3 de agosto, formulen su reclamación ha finalizado, incluso, antes de que la Sociedad Gestora del Fondo General de Garantía de Inversiones, S.A. tuviese una sede para que aquellos puedan presentar sus reclamaciones con ciertas garantías, ya que el envío a un apartado de correos no genera confianza ni garantías de su recepción para los interesados.

El artículo 1 del Real Decreto 948/2001, de 3 de agosto, declara que el objetivo de los fondos es, principalmente, el de proteger al inversor no profesional, ofreciéndole una cobertura cuando no puedan obtener de una empresa de inversión o de una entidad de crédito el reembolso de las cantidades de dinero o la restitución de los valores o instrumentos financieros que les pertenezcan y que aquellos tuvieran en depósito con motivo de la realización de servicios de inversión.

Los afectados por la suspensión de pagos de la Agencia de Valores AVA, llevan esperando mucho tiempo la entrada en funcionamiento de estos fondos para obtener una solución a su problema, siendo que, en cierto modo, en las situaciones que surgen han fallado los mecanismos de control administrativo existentes sobre este tipo de sociedades.

Efectivamente, tras la creación del Fondo de Garantía de Inversiones, a través de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social se establece un plazo excepcional de tres meses, a contar desde el 1 de enero de 2002, para satisfacer los derechos de los inversores cuando la empresa de servicios de inversión haya sido declarada en estado de quiebra o se tenga judicialmente por solicitada declaración de suspensión de pagos de la entidad, con anterioridad a la entrada en vigor del citado Real Decreto.

La Comisión Nacional del Mercado de Valores interpreta que dicho plazo es el de presentación de las reclamaciones por parte de los inversores perjudicados, y así lo ha comunicado a los afectados, sin tener en cuenta el contenido del artículo 13.2 del Real Decreto 948/2001, de 3 agosto, que a pesar de su redacción confusa parece indicar que, con posterioridad al plazo inicial de tres meses, aquellos podrían presentar su solicitud de indemnización con posterioridad, siempre que se justifique motivadamente.

Esta Institución estima que la falta de garantías del sistema establecido para presentar las reclamaciones (envío a un apartado de correos), sin la existencia de un servicio de registro que pueda sellar una copia a los interesados, ni tan siquiera un domicilio donde remitir las mismas con un acuse de recibo o correo certificado u otros sistemas establecidos en el ordenamiento jurídico, así como la determinación de un plazo breve y a través de una disposición general, adolecen de falta de la seguridad jurídica adecuada para que los interesados tengan la certeza de cómo deben ejercitar su derecho. De nada sirve el reconocimiento del derecho a la cobertura por las pérdidas económicas si el procedimiento establecido para hacerlo efectivo es confuso y no cuenta con las garantías suficientes.

Por consiguiente, procedemos a hacer uso de la facultad conferida en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, formulando a V. I. la siguiente recomendación:

«1. Que se dicten las disposiciones oportunas a fin de que se establezca un sistema de recepción y entrega de las reclamaciones que cuente con las debidas garantías para los inversores afectados.

2. Que se clarifiquen los términos del artículo 13 del Real Decreto 948/2001, de 3 de agosto.

3. Que si se llega a la conclusión de la existencia de un plazo cerrado para presentar la solicitud del artículo 5 del Real Decreto 948/2000, de 3 agosto, que se prorroguen los plazos establecidos en el artículo 74 seis de la Ley 24/2201, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social».

Madrid, 3 de mayo de 2002.

**Recomendación dirigida al Subsecretario del Ministerio de Economía.**





**Recomendación 42/2002, de 18 de mayo, sobre el derecho de acceso y consulta a los registros y documentos públicos.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 383.)*

Agradecemos su atento escrito (s/ref.: 774/01), en relación con la queja planteada ante esta Institución por don (...), registrada con el número arriba indicado.

A la vista del contenido del informe remitido se hace preciso señalar que, al margen de que el interesado no se personara a recoger la notificación de 30 de abril de 1999 de la Subdirección General de Personal Militar, en la que se le comunicaba que pusiera de manifiesto los documentos que deseaba que le fueran remitidos, sin ningún tipo de limitación, en dicho escrito también se le debería haber comunicado e informado, a juicio de esta Institución, de su derecho de acceso a consulta de los registros y documentos que formaban parte de su expediente de retiro, para que, una vez que los hubiera consultado y examinado, pudiera solicitar copia de los que considerara necesarios, pues el interesado, difícilmente, al ser tan amplio el número de documentos que componen el expediente, podría saber con seguridad y solicitar con acierto aquellos que fueran más oportunos a su interés.

En consecuencia con lo anterior, y a fin de garantizar tanto el buen servicio a los ciudadanos como la seguridad en la actuación administrativa y la eficacia de los medios puestos a disposición de los administrados, se considera oportuno formular a la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa la siguiente recomendación:

«Que para salvaguardar la transparencia, eficacia y servicio a los ciudadanos como principios rectores de la actuación administrativa, de conformidad con el artículo 105 de la Constitución y los artículos 35 y 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Ad-

ministraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no sólo se debe comunicar al interesado el derecho a obtener copia sino que, de forma expresa, se le debe también comunicar el derecho de acceso a consultar cuanta documentación desee y que obre en el expediente, pues tal y como se ha indicado con anterioridad, el ejercicio del derecho de acceso al expediente conlleva el posterior a obtener copia de los documentos obrantes en el mismo».

Madrid, 18 de mayo de 2002.

**Recomendación dirigida al Director General de Personal del Ministerio de Defensa.**

**Recomendación 43/2002, de 30 de mayo, para que se modifique el artículo 107 del Código Civil, con objeto de que los ciudadanos extranjeros residentes legales en nuestro país puedan elegir entre el derecho español o su derecho nacional a la hora de separarse o divorciarse.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 392.)*

Ha comparecido ante esta Institución una marroquí residente legal en España, presentando escrito que ha quedado registrado con el número arriba indicado.

Sustancialmente expone que contrajo matrimonio con un ciudadano marroquí en el Consulado de Algeciras en el año 1990, de acuerdo con las formalidades y efectos jurídicos de la ley que rige el matrimonio en su país.

A continuación añade que en noviembre de 2000 tuvo que abandonar el domicilio familiar en compañía de su hijo de 7 años debido a las continuas desavenencias y malos tratos de su marido, siendo acogida por el Servicio de Mujeres Maltratadas del Ayuntamiento de Murcia, donde, igualmente, se le facilitó asesoramiento legal.

Así las cosas la interesada solicitó la adopción de medidas provisionales ante el Juzgado de Primera Instancia de Murcia (juzgado de familia), que fueron aprobadas mediante auto de 21 de diciembre de 2000. En dicha resolución judicial se especificaba que los efectos y medidas acordados quedarían sin efecto si en el plazo de 30 días no se presentaba la oportuna demanda ante el juez o tribunal competente.

Llegados a este extremo se puso en contacto con esta Institución el abogado encargado de la defensa legal de la ciudadana marroquí que había presentado la queja, poniendo de manifiesto que de acuerdo con el

artículo 107 del Código Civil, la separación y el divorcio se registrarán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda, dándose la circunstancia de que en el caso que nos ocupa la ley marroquí no contempla la figura legal de la separación, sino exclusivamente el divorcio y el repudio. La mujer, de acuerdo con la *Mudawwana* (conjunto de normas que regulan el estatuto personal de los súbditos marroquíes), no puede repudiar al marido, y para obtener el divorcio debe litigar al menos durante cinco años si su esposo se niega a concedérselo, mientras que si es éste el que lo pide es indiferente para su concesión que la mujer se oponga, pudiendo obtenerlo en el plazo de 15 días. Además si la causa alegada por la mujer es el maltrato del marido debe acompañar junto con su solicitud, certificados médicos, y el testimonio de 12 personas.

La Asociación ATIME (Asociación de Trabajadores e Inmigrantes Marroquíes en España) ha confirmado la versión ofrecida por la compa-reciente y su letrado y ha añadido que efectivamente las mujeres magrebies principalmente las de Marruecos y Argelia, están siendo sometidas a un estatuto jurídico de inferioridad dentro de la familia y añade que cada vez están apareciendo en España más casos como el que afecta a la ciudadana marroquí que se ha dirigido a esta Institución, siendo de prever que el número de supuestos irá aumentando en el futuro habida cuenta de que la población de origen musulmán en nuestro país se está viendo incrementada.

Tras proceder a un estudio de las resoluciones judiciales que al respecto han dictado los órganos judiciales españoles, esta Institución ha podido constatar que efectivamente nuestros tribunales suelen aplicar el citado artículo 107 del Código Civil en sentido estricto, es decir, sin dar entrada a la excepción que el propio Código recoge en su artículo 12.3 cuando señala que «En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público».

Así, el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia n.º 9 de Hospitalet de Llobregat desestimó la demanda de separación interpuesta por una ciudadana marroquí de su esposo, igualmente marroquí, al aplicar su ley nacional que, como se ha indicado no recoge esta figura legal. La demandante recurrió en apelación dicha sentencia alegando que el Derecho marroquí aportado a los autos y debidamente traducido atentaba contra los principios de igualdad, no discriminación de la mujer y la dignidad contenidos en los artículos 14 y 10 de la Constitución y estimaba que de acuerdo con el artículo 12.3 y 6 del Código Civil debía aplicarse la ley subsidiaria existente en el territorio de la residencia habitual del matrimonio, es decir, la regulación española.

Por su parte la sección 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de fecha 6 de abril de 2000 (recurso de apelación 1138/1999-B), desestimó el recurso y confirmó la sentencia, alegando que el derecho marroquí, aunque no contemple la figura de la separación, no puede ser considerado contrario «... al orden público constitucional ni contrario al orden público del artículo 12.3 del CC». Sostiene el tribunal que dicho ordenamiento jurídico sí contempla, por el contrario, las figuras del repudio y el divorcio y que a ellas debe someterse la mujer marroquí demandante pues ambas instituciones jurídicas gozan de unos cauces, garantías y requisitos legales exigibles a ambos contrayentes. Añade la sentencia citada que la excepción que contempla el artículo 12.3 citado «... debe aplicarse con gran cautela y de modo restringido ya que si se llevase a sus últimas consecuencias nunca surgiría la posibilidad de aplicar leyes promulgadas por otros Estados...».

En otras ocasiones el juez de primera instancia sí ha otorgado la separación matrimonial, pero en grado de apelación a instancias del marido dicha sentencia ha sido revocada, igualmente por la Sección 12 de la Audiencia de Barcelona, al alegar el Tribunal que la mujer debió probar el «... derecho vigente sobre la materia en el reino de Marruecos sin cuyo requisito el enjuiciamiento de la acción ejercitada no resulta posible, puesto que la elección de la ley aplicable constituye materia de orden público y no puede renunciarse por las partes a la misma, ni ser subsanada por el tribunal español su falta de alegación mediante el mecanismo de la aplicación de la ley española...» (sentencia de fecha 15 de septiembre de 1998 rollo de apelación n.º 1763/1996). Sin embargo, como ya se ha indicado, aun en el caso de alegarlo y probarlo tampoco se le concede la separación, pues esa misma Audiencia no suele aplicar el artículo 12.3 del CC.

Existen también pronunciamientos judiciales distintos a los que se acaban de exponer, así puede citarse a la Sección 22 de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de 28 de septiembre de 2000, en un caso en el que los contrayentes eran iraníes, tras llevar a cabo una labor investigadora de oficio por la Sala para tener conocimiento de la legislación nacional de los contrayentes, llegó a la siguiente conclusión «La legalidad iraní en materia de divorcio viene a establecer unas normas que vulneran, en perjuicio de la mujer casada, el irrenunciable, a tenor de nuestra legalidad, principio de igualdad. Así, conforme a aquella, el esposo ostenta el derecho absoluto a rescindir el contrato matrimonial unilateralmente, sin aportar motivo alguno para el divorcio. En cambio la mujer no puede obtener el divorcio sin el consentimiento del esposo a menos que recabe la intervención del Juzgado».

Finalmente el citado Tribunal declara disuelto el matrimonio contraído por los litigantes, con exclusión de la ley nacional común de los mismos al ser contraria a los principios de igualdad proclamados en el artículo 14 de la Constitución Española, de acuerdo con el artículo 12.3 del Código Civil. En este sentido la sentencia de referencia se basa en la interpretación que el Tribunal Constitucional dio al término orden público en su sentencia de 15 de abril de 1986. En concreto se recoge que «... el concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978, pues aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la misma garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los jueces y tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros».

Como puede apreciarse la situación es enormemente confusa no solo porque existen juzgados de primera instancia que de entrada inadmiten la demanda de separación mientras que otros las admiten a trámite, sino también porque de entre los segundos algunos reconocen la separación aplicando el Derecho español mientras que otros finalmente la desestiman.

Estas situaciones generan inseguridad jurídica, ya que las resoluciones de las audiencias provinciales son diferentes ante supuestos similares, pues como se acaba de comprobar existen tribunales que confirman la inadmisión o desestimación de la demanda, e incluso revocan las sentencias que concedían la separación o el divorcio, mientras que otros tienden a reconocer el derecho de la mujer de origen musulmán a que se le aplique la ley española, por ser su legislación nacional contraria al orden público al atentar contra el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de nuestra Constitución.

A todo lo dicho hay que sumar que tampoco existe unanimidad por parte de los órganos judiciales a la hora de fijar quién debe probar el derecho extranjero alegado. Algunos juzgados y tribunales entienden que debe ser la parte demandante la que pruebe el Derecho vigente sobre la materia en su país de origen, no entrando a conocer del fondo del asunto si no se aporta al proceso.

Sin embargo, otros órganos judiciales españoles estiman que de acuerdo con el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 2000, los jueces y tribunales están obligados a «... prestar a las partes en el proceso ju-

dicial de que conozca una efectiva tutela de sus derechos e intereses legítimos, en particular cuando la aplicación del derecho extranjero resulta debida por imposición del propio ordenamiento jurídico español», lo que supone que el órgano judicial, si no está suficientemente ilustrado, debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable, valiéndose además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios.

Esta Institución, de acuerdo con las competencias que le reconoce el artículo 54 de la Constitución y la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, carece de facultades para revisar las resoluciones dictadas por jueces y tribunales en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. La causa de esta limitación legal radica en el imprescindible respeto a la independencia del poder judicial que obliga a que ningún otro poder o autoridad distinta de los órganos judiciales pueda pronunciarse sobre los asuntos sometidos a los jueces y tribunales.

No obstante, el Defensor del Pueblo, que tiene encomendada la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución, no puede permanecer ajeno a la realidad a la que ha tenido acceso ya que cada vez son más los casos de mujeres extranjeras, sometidas a derechos nacionales desiguales, que no obtienen una respuesta eficaz por parte de nuestros órganos judiciales quienes, al hacer una interpretación restrictiva y literal del artículo 107 del Código Civil no les están permitiendo resolver relaciones de convivencia no deseadas.

Finalmente la realidad es que estas mujeres que han cesado su convivencia de hecho con sus maridos —en algunas ocasiones por maltrato— al no reconocérseles la separación solicitada por los jueces y tribunales españoles, están siendo colocadas automáticamente al margen de cualquier protección legal mientras residan en España, hasta que de acuerdo con su Derecho nacional obtengan la sentencia de divorcio correspondiente. Como ya se ha visto dicha resolución puede tardar años en llegar sin que durante todo este tiempo la mujer pueda exigir ningún tipo de compensación o ayuda a su esposo, y sin que puedan disfrutar ellas y sus hijos de ninguna garantía.

Nuestra Constitución en su artículo 10.1 reconoce el derecho que tenemos todos los seres humanos al libre desarrollo de nuestra personalidad; por su parte el artículo 9.2 del citado texto exige a los poderes públicos que promuevan las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integran sean reales y efectivas y remuevan los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. El libre desarrollo de la personalidad de estas mujeres resulta coartado desde el instante en el que se les está aplicando una normativa que no



les reconoce el mismo trato legal que al varón en lo relativo a la disolución de su matrimonio.

Esta circunstancia no solo vulnera, a juicio de esta Institución, los preceptos constitucionales anteriormente mencionados y, en especial, el artículo 14 de la Constitución, sino que también supone una grave infracción del artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 cuando dispone, que «todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación». Por otra parte, no podemos olvidar que el artículo 16.1 de la citada Declaración dispone, que «los hombres y mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivo de raza, nacionalidad o religión a casarse y fundar una familia; y disfrutaran de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio».

En este mismo sentido el artículo 23.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 señala que «Los Estados partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos».

Por otro lado, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979, que tras ser ratificada por España entró en vigor el 4 de febrero de 1984, recoge en los apartados *c)* y *f)* de su artículo 2 respectivamente que los Estados partes se comprometen a «establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación». Y a «Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer».

En este mismo sentido el artículo 3 de la citada Convención señala que «Los Estados partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre».

Por otro lado, ya en el año 1990 la Ley 11/190, de 15 de octubre modificó varios artículos del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, en concreto en su preámbulo se señalaban como razones necesarias para dicha modificación el hecho de que en dicho Código se seguían «... acogiendo mandatos cuyo contenido es contrario a la plena efectividad del principio de igualdad subsistiendo preceptos en los que, para determinar la eficacia de ciertas relaciones y situaciones jurídicas, se atiende a criterios que encierran o una preferencia o trato inadecuado por razón de sexo». A continuación se explicita con meridiana claridad lo que se pretendía con dicha reforma «... eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad». El espíritu en el que se inspiró la Ley 11/1990 es el mismo al que ahora se apela desde esta Institución para acometer la modificación del artículo 107 del CC.

La evolución de los tiempos viene acompañada, necesariamente, de nuevas realidades a las que la sociedad española debe ir adaptándose; este hecho tiene que tener un reflejo en nuestros textos legales. Las normas deben estar en conexión con el tiempo en el que han de ser aplicadas y, si es necesario, deben ser modificadas para que no se produzca una distancia insalvable entre el derecho y el ciudadano, o, lo que es lo mismo, entre la justicia —fin último de la ley— y la persona.

A la vista de la situación que afecta en España a mujeres de otros países y partiendo de la inseguridad jurídica existente en estos momentos así como teniendo en cuenta los compromisos internacionales suscritos por nuestro Estado, esta Institución al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de su Ley Orgánica reguladora, ha considerado oportuno formular a V. E. la siguiente recomendación: «Para que, en la medida en que ese Ministerio de Justicia, tiene asignada la promoción legislativa dentro de la Administración General del Estado, pueda promover las reformas legislativas necesarias tendentes a la modificación del artículo 107 del Código Civil, de tal manera que contemple la posibilidad de que a elección de la parte demandante la separación o el divorcio pueda regirse también por la ley española y no exclusivamente por la ley nacional común de los cónyuges, cuando ambos residan en España.

Esta posibilidad de aplicar bien la ley nacional o la de la residencia habitual de la parte que reclama ya se contempla en nuestro ordenamiento jurídico respecto a determinados aspectos de las relaciones paterno-filiales, así, para fijar la prestación alimenticia se aplica la ley nacional común del alimentista y del alimentante. No obstante, se hará uso de la ley de la residencia habitual de la persona que los reclame cuando

ésta no pueda obtenerlos de acuerdo con la ley nacional común (artículo 9.7º del Código Civil)».

Una de las finalidades de esta recomendación es la de evitar que, en el futuro, la respuesta judicial que se le dé a una mujer de origen musulmán que desea separarse en España, sea distinta según el órgano judicial que haya de conocer el caso. De esta forma se evitaría también que junto a la desigualdad de trato que ya de por sí reciben de su ley nacional, sufran una segunda desigualdad de trato por los órganos judiciales españoles.

Madrid, 30 de mayo de 2002.

**Recomendación dirigida al Ministro de Justicia.**

**Recomendación 44/2002, de 13 de junio, sobre garantías procedimentales en la concesión de la Orden del Mérito del Cuerpo de la Guardia Civil.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 403.)*

Ha comparecido ante esta Institución, mediante el correspondiente escrito, don (...), con domicilio en Córdoba, c/ (...).

Sustancialmente expone que su esposa, doña (...), solicitó en su favor la Cruz de la Orden del Mérito del Cuerpo de la Guardia Civil, con distintivo rojo, por el atentado terrorista sufrido, entre otros, por el señor (...), el día 27 de marzo de 1991, en la localidad de Mungía (Vizcaya), a consecuencia del cual fue declarado excluido total para el servicio de las armas, pasando a la situación de retirado por inutilidad física, como ocurrido en acto de servicio y a consecuencia de atentado terrorista, por Orden del Ministerio de Defensa número 160/16216/93, de 2 de diciembre de 1993, (*BOD* n.º 242).

De la documentación que nos ha sido remitida por el señor (...) se observa que, por esa Dirección General y en base a lo establecido en el artículo 6, apartado *b*) del Reglamento de la Orden del Mérito del Cuerpo de la Guardia Civil, aprobado por Orden de 1 de febrero de 1977, tras la solicitud de doña (...) se acordó la instrucción del correspondiente expediente sumario a que alude el artículo 7 del citado Reglamento.

Tras la incoación del citado expediente esa Dirección General, oído el Consejo Superior en su reunión celebrada el día 6 de octubre de 1995, resolvió, en base al artículo 8 del Reglamento, no elevar la correspondiente propuesta de concesión al entonces Ministro de Justicia e Interior.

No obstante y según informa el interesado, por Orden de 5 de septiembre de 1991, se concede la Cruz con distintivo rojo de la Orden del

Mérito del Cuerpo de la Guardia Civil a varios miembros del Cuerpo que resultaron heridos en el mismo atentado terrorista al cuartel de Mungía, según se establece en el *BOD* n.º 26 de 20 de septiembre de 1991.

En relación a estos antecedentes, esta Institución considera que para la concesión de la recompensa a que se hace referencia en este escrito, es necesario que los interesados reúnan alguno de los requisitos a que se hace referencia en los apartados *a)* y *b)* del artículo 4 del Reglamento.

Así, el apartado *a)* establece: «En el transcurso de un servicio de manifiesta importancia que comprenda un ineludible riesgo de perder la vida, ejecutar para su cumplimiento acciones claramente demostrativas de extraordinario valor personal, iniciativa y serenidad ante el peligro».

Por su parte, el apartado *b)*, establece: «En acto de servicio o con ocasión de él, resultar muerto o mutilado absoluto o permanente sin menoscabo del honor, al afrontar un peligro manifiesto contra la propia vida».

Si se considera que el interesado reúne alguno de estos requisitos se elevará propuesta por conducto reglamentario, informada por los sucesivos escalones de mando, hasta esa Dirección General, quien, de considerarla acertada, ordenará la instrucción del correspondiente expediente sumario, según establece el artículo 6 del Reglamento citado.

En el supuesto que nos ocupa, es evidente que el interesado podía cumplir los requisitos del artículo 4 y por ello la propuesta para la concesión de la recompensa se elevó a esa Dirección General, quien, por considerarla acertada, ordenó la instrucción del expediente, en concreto el número 1273.

Finalmente y como ya se ha expuesto, esa Dirección General no elevó la propuesta al Ministro, competente para resolver sobre su concesión o denegación, según establece el artículo 9 del Reglamento.

Dicha resolución, comunicada a la esposa del interesado, consistió, únicamente, en informar a la interesada que: «de conformidad con lo establecido en el artículo 8 del Reglamento de la Orden del Mérito del Cuerpo, el Director General, oído el Consejo Superior en su reunión celebrada el día 6 de octubre de 1995, ha resuelto no elevar la correspondiente propuesta de concesión al Ministro de Justicia e Interior».

A este respecto, significar que la propia Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece en su artículo 54, apartado *f)* que los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discre-

cionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa, serán motivados con sucinta referencia de hechos y fundamentos de Derecho.

Parece evidente que la comunicación recibida por la interesada no cumplía los requisitos de motivación a que se ha hecho referencia anteriormente.

Por otro lado, se plantea la cuestión procedimental, sobre la decisión de esa Dirección General de elevar o no propuesta al Ministro sobre la concesión de la repetida condecoración.

En este sentido, la interpretación del Reglamento que regula la concesión de la Orden del Mérito, a que nos venimos refiriendo debe realizarse dentro del contexto legal y social actual, y específicamente dentro del marco de garantías establecido por la Constitución.

La consecuencia de estas nuevas premisas no es otra que la negación rotunda, por reiteradísima jurisprudencia, de la existencia de actos discrecionales en bloque, es decir, actos todos cuyos elementos integrantes sean discrecionales; negación que se corresponde con la afirmación de la necesaria existencia, en los actos discrecionales, de elementos reglados, plenamente controlables en sede judicial.

¿Cuáles son los elementos reglados? Aparte la existencia misma de la potestad, la competencia y el procedimiento, ya la antigua STS de 7 de noviembre de 1977, artículo 4111, menciona los siguientes: ámbito, motivación, competencia y finalidad de los actos. Suprimiendo reiteraciones, los elementos de los actos discrecionales que se consideran en todo caso reglados son la atribución legal de productor del acto (capacidad del mismo para actuar la potestad); la motivación de la STS de 12 de marzo de 1982, artículo 1700, la producción, la motivación y la finalidad de los actos.

En este sentido toda vez que la capacidad decisoria sobre la concesión o no de la distinción a que venimos refiriéndonos corresponde al Ministro, y toda vez que esa Dirección General cumple una función procedimental en orden a completar los expedientes, la decisión de elevar o no un expediente al órgano competente para resolverlo sólo puede depender de un único dato objetivo y reglado, esto es, de que el expediente esté o no completo, todo ello sin perjuicio de que en dicho expediente la Dirección General pueda incorporar un informe con su criterio en relación a la resolución mejor que cupiera en cada caso.

Parece claro, en este sentido, que la normativa en esta materia, la Orden de 1 de febrero de 1977, establece un procedimiento reglado y

unos requisitos objetivos para elevar propuesta de concesión a esa Dirección General, quien, si éstos existen, debe proceder a elevar la misma a la autoridad con potestad para su resolución.

A este respecto, dejar constancia de la Sentencia de 10 de junio de 1997, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 232/95, cuya parte dispositiva establecía que el expediente instruido debía ser elevado al Ministro del Interior, para que dictara la resolución que estimara procedente, al no estar justificada la no propuesta de ingreso en la Orden del Mérito al titular de dicho departamento, sentencia ésta que fue cumplida por parte de la Dirección General de la Policía, como organismo afectado por la misma.

En este sentido, la Dirección General de la Policía, aun informando desfavorablemente la propuesta, elevó la misma al Ministro, pues, en definitiva la concesión o no de la recompensa correspondía a dicha autoridad y, en principio, se cumplían los requisitos objetivos establecidos en la norma para que la misma, cuando menos, fuera objeto de estudio por dicha autoridad.

Finalmente, conviene recordar a V. I. el escrito número 856, de 23 de noviembre de 1987, de esa Dirección General, que dice textualmente:

«En virtud de los contactos mantenidos con la Secretaría de Estado para la Seguridad, Dirección de la Seguridad del Estado y con la Dirección General de la Policía, y en armonía con la decisión de este último organismo de proponer a los muertos en atentado terrorista de la Guardia Civil para la concesión de la medalla de oro de la Orden del Mérito Policial en lugar de la Cruz con distintivo rojo; el Director General ha dispuesto que en lo sucesivo todos los miembros de ambos Cuerpos que fallezcan en estas circunstancias sean propuestos para la concesión de la Cruz de Oro de la Orden del Mérito de la Guardia Civil, como comprendidos en el apartado *a*) del artículo 2º del Reglamento de la citada condecoración».

Por ello y de acuerdo con el espíritu reflejado en el citado escrito, a los miembros de la Guardia Civil heridos en atentado terrorista se les proponía para la Cruz con distintivo rojo de la Orden del Mérito de la Guardia Civil.

Este fue el caso, por ejemplo, del Guardia Civil retirado don (...), por el atentado terrorista ocurrido el 19 de agosto de 1988, en la localidad de Vergara (Guipúzcoa), en el que se consideró que el citado guardia sí podía reunir los requisitos necesarios para la obtención de la recompensa, aunque su petición inicial fue resuelta en sentido negativo, al no ordenarse la instrucción del correspondiente expediente sumario.

Criterio éste, de interpretación de la norma, que está en consonancia con la sugerencia que fue formulada por esta Institución al Ministerio del Interior en el expediente Q0100168 y de la cual ya tiene conocimiento esa Dirección General, que motivó que, por dicha autoridad, se cursaran instrucciones, tanto a esa Dirección General como a la Dirección General de la Policía, para que se aplicara el contenido de dicha sugerencia.

Por todo lo anterior, esta Institución, en base a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, así como en las consideraciones expuestas en el cuerpo de este escrito se ha valorado la conveniencia de formular a V. I. la siguiente sugerencia:

«Que en el caso concreto del señor (...) se proceda a una revisión de la petición efectuada en su día por su esposa, para que le fuera concedida la Cruz de la Orden del Mérito del Cuerpo de la Guardia Civil con distintivo rojo y que la misma sea elevada al Ministro del Interior para que resuelva lo que proceda».

De igual manera y con carácter general, se formula a V. I. la siguiente recomendación:

«Que por esa Dirección General, en los casos en los que se soliciten recompensas de las establecidas en la Orden de 1 de febrero de 1977, se proceda a elevar las propuestas al Ministro del Interior, salvo en los casos en los que se considere que el expediente no está cumplimentado en debida forma».

Madrid, 13 de junio de 2002.

**Recomendación dirigida al Director General de la Guardia Civil.**





**Recomendación 45/2002, de 14 de junio, sobre personal sanitario no facultativo.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 415.)*

En su día se dirigió a esta Institución la Secretaría Federal de Sanidad de la Federación de Servicios Públicos de (...), exponiendo en su comparecencia su discordancia con la actuación del Instituto Nacional de la Salud en los supuestos en los que el personal sanitario no facultativo, tras agotar el periodo de incapacidad temporal, y resultando del expediente evaluador de la incapacidad la declaración de no estar afectado por una incapacidad para el trabajo, pasa a la situación de excedencia forzosa, lo que acarrea la pérdida de la reserva del puesto de trabajo y la necesidad de reingresar al servicio activo con ocasión de vacante, con los negativos efectos económicos que dicha situación conlleva para el trabajador.

En su argumentación la citada representación sindical advertía de la diferente situación establecida en la legislación actual de Seguridad Social, respecto a la aplicación de lo regulado en el artículo 46 del Estatuto jurídico del personal sanitario no facultativo, en relación con los artículos 128.1.a); 131.bis.2 y 131.bis.3 de la Ley General de la Seguridad Social. En apoyo de esta tesis, por la cual, el cumplimiento del periodo de dieciocho meses de la incapacidad temporal, no lleva aparejado la pérdida del derecho a retornar a la plaza que antaño desempeñaba, mencionaba una reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 28 de febrero de 2000, resolución en la que se abogaba por incluir dentro de los efectos de la situación de incapacidad temporal prorrogada los que afectan a la relación jurídica en cuya virtud presta servicios el personal mencionado. Ello, además, no resultaba perturbador para el funcionamiento del centro sanitario, como acontecía cuando tras el agotamiento de la incapacidad laboral transitoria se abría un pe-

riodo de invalidez provisional de una duración máxima de seis años, razón por la que cobraba entonces sentido el pase automático a la situación de excedencia forzosa. Por último se aludía por los promotores a un posible trato desigual en relación con la regulación de esta materia para el personal sujeto al Estatuto de los trabajadores mediante una relación laboral.

Admitida la queja a trámite ante la Dirección General de aquella entidad gestora, de la información que la misma facilitó se desprendería que la cuestión objeto de la queja se centraba en la interpretación de la legislación de Seguridad Social, sobre la situación y duración de la incapacidad temporal y su incidencia en la declaración de la situación de excedencia forzosa del personal sanitario no facultativo al servicio de las instituciones sanitarias.

Frente a la posición de los promotores de la queja, para la cual, entre los efectos prorrogados de la situación de incapacidad temporal hasta la calificación de invalidez o de alta (periodo comprendido desde los 18 meses hasta un máximo de 30) se encuentra la reserva de la plaza ocupada con anterioridad, aquel Instituto sostenía que la mencionada reserva no se extiende más allá de los 18 meses establecidos como plazo máximo, transcurrido el cual, la referida situación de incapacidad temporal se extingue y finaliza haciendo mención a la difícil comparación entre un personal y otro sujetos a regímenes jurídicos diferentes, cuestión en la que, ciertamente, hay que coincidir puesto que, aunque no sin vacilaciones iniciales, el Tribunal Supremo se ha inclinado por descartar la aplicación analógica del Estatuto de los Trabajadores al personal estatutario (sentencias del Tribunal Supremo de 7 de febrero y 11 de marzo de 1994, entre otras).

Analizado detenidamente el contenido de aquel informe, a nuestro juicio, y entrando en el fondo del asunto, la nueva y actual regulación de la incapacidad temporal debería proporcionar un nuevo contenido al artículo 41.2 y al 46 del Estatuto jurídico del personal sanitario no facultativo, para acomodar aquél a esa legislación general y resultar más favorable al personal estatutario. En efecto, la regulación que los artículos 128.1.a); 131 bis.2 y 131 bis.3 de la Ley General de la Seguridad Social realizan de la incapacidad temporal ha supuesto una notable modificación de lo que anteriormente venía establecido para aquélla y permite considerar que el periodo prorrogado responde a una situación de naturaleza similar a la incapacidad temporal de la que trae su origen.

Siguiendo esta línea, los preceptos estatutarios que aluden a la duración de la situación de incapacidad laboral transitoria (ILT), hoy incapacidad temporal (IT), artículos 41.2 y 46.1 del mencionado Estatuto, y

se refieren a ella como a un periodo en el que el personal tendrá derecho a la correspondiente licencia al término de la cual pasará automáticamente a la situación de excedencia forzosa, deben ser hoy interpretados de forma lógica, finalista e integradora con las normas de Seguridad Social vigentes y reguladoras de dicha situación de incapacidad.

En este sentido, esta Institución considera que la vigente legislación de Seguridad Social permite calificar el periodo comprendido entre los dieciocho meses al que alude el apartado *a)* del número 1 del artículo 128 de la LGSS hasta un máximo de treinta, al que se refiere el segundo párrafo del artículo 131.bis 2, de incapacidad temporal prorrogada en sus efectos. Ciertamente no se especifica cuáles sean aquellos, salvo para excluir uno en concreto, la obligación de cotizar. Por tanto, deberemos acudir a otros elementos indiciarios que posibiliten una definición de la duración del periodo de incapacidad que ahora discutimos.

Así, la prórroga de efectos antes mencionada aparece también regulada en el segundo párrafo del artículo citado en su apartado 3 y en el párrafo tercero del apartado 1 del artículo 136. De estos preceptos es posible extraer, a nuestro juicio, que el mencionado periodo de incapacidad temporal prorrogada no puede ser encuadrado como una situación de invalidez y que la extensión de los efectos de la mencionada incapacidad no excluye un tratamiento equiparable al de la incapacidad temporal. En efecto, estos preceptos otorgan a este periodo temporal un tratamiento independiente y de carácter excepcional al establecido para el agotamiento de la incapacidad temporal a la que alude el artículo 128.1.a) de la Ley General de la Seguridad Social y que disfruta de la misma naturaleza que dicha incapacidad. Por tanto, conforme con la existencia de una prórroga de efectos de la situación de incapacidad temporal habrá también que convenir que durante la misma, para la que se establece un periodo máximo de 30 meses desde el inicio de aquella situación, el trabajador continúa en situación de incapacidad temporal subsidiada, en definitiva, incapacidad temporal, si bien no existe la obligación de cotizar durante ese periodo prorrogado. Cabe extraer la misma conclusión de la disposición adicional quinta del Real Decreto 1300/1995.

Por tanto, si la situación de incapacidad temporal con efectos prorrogados se extiende más allá de los 18 meses hasta un máximo de 30, en tanto esa situación no concluya con el alta del trabajador o con la declaración de invalidez, o no se agote dicho plazo, no debería pasar al personal estatutario afectado, automáticamente, a la situación de excedencia forzosa y, en consecuencia, conservará el derecho a la reserva de la plaza que ocupaba.

A ello debe añadirse, a título ilustrativo, la regulación que de esta misma materia realiza el Estatuto jurídico del personal médico. El artículo 39 de esa disposición, Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre, del Ministerio de Trabajo, ya apunta más claramente a su finalidad al señalar que: «En los casos de incapacidad laboral transitoria, “en los términos regulados por la legislación general de la Seguridad Social en esta materia, su personal tendrá derecho a la correspondiente licencia o baja por tal causa”».

El apartado tres del mencionado precepto señala: «El régimen de la reserva de plaza y el paso a la situación de excedencia forzosa al término de la licencia, se registrará por lo previsto reglamentariamente en la Orden de 28 de octubre de 1972, que habrá de atemperarse a lo previsto en este artículo».

La mencionada Orden Ministerial establece, a los efectos que resultan aquí procedentes, que durante la permanencia del personal médico en situación de licencia por enfermedad tendrá la consideración de personal en activo a todos los efectos, conservando el derecho a la reserva de plaza. Agotado el periodo máximo de dieciocho meses de licencia por enfermedad «sin posibilidad de reincorporación al servicio activo», este personal pasa a la situación de excedencia forzosa (artículos 1º y 5º.1 y 2).

El artículo 6º establecía la aplicación de lo anterior, al personal sujeto a los estatutos jurídicos de los practicantes ayudantes técnicos sanitarios y a las matronas de ambulatorio, hoy derogados al estar vigente en la actualidad el Estatuto del personal sanitario no facultativo.

Lo expuesto se trae a colación para resaltar que la anterior situación de incapacidad laboral transitoria contemplaba un periodo de prórroga hasta un plazo máximo de 18 meses en los que era previsible la curación y reincorporación al servicio activo, plazo de duración de la licencia por enfermedad. Tras aquella se abría un periodo de invalidez provisional, de naturaleza distinta al anterior, y que abocaba a ese personal a la situación de excedencia forzosa, la única posible al derivarse de una situación de invalidez para el trabajo con la que, lógicamente, está indudablemente relacionada. A nuestro juicio, la misma conclusión puede extenderse hoy a la situación de prórroga de la incapacidad temporal hasta un máximo de 30 meses en los que se puede producir el alta por curación o la declaración de invalidez, debiendo ser ese el nuevo plazo al que debe extenderse la licencia por enfermedad puesto que es en esa situación incapacitante, no invalidante, en la que permanece el personal estatutario, todo ello, al margen de la exención de la obligación de cotizar que en nada varía la duración y naturaleza del referido periodo.

A ello puede añadirse, además, que la declarada finalidad del referido periodo de prórroga radica en la demora en la clasificación del trabajador que continúa en tratamiento médico y su situación clínica hace aconsejable la dilatación de la declaración sobre su incapacidad laboral.

De otra manera, según nuestro criterio, se soslayaría la equivalencia que el Estatuto establece entre el periodo que comprende la licencia por enfermedad y el que en cada momento corresponda a la situación de incapacidad laboral establecida en la legislación general de Seguridad Social, dada la coincidencia en la finalidad perseguida por la incapacidad laboral transitoria y su prórroga y la vigente incapacidad temporal y su situación prorrogada.

Respecto a la situación administrativa, ésta debe correr la misma suerte que el proceso incapacitante del que trae su específico origen, dada la correspondencia establecida en el Estatuto entre una y otro. En consecuencia, en tanto subsista la incapacidad temporal o su prórroga de efectos y la posibilidad de reincorporación al servicio activo, el personal afectado en situación de incapacidad temporal prorrogada en sus efectos, debe mantenerse como personal en activo, puesto que a esa finalidad responde, en definitiva, la licencia por enfermedad. Transcurrido este periodo, se declarará al afectado en situación de excedencia forzosa por enfermedad y se producirá la consiguiente vacante.

La argumentación expuesta sustentó que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta Institución, el Defensor del Pueblo formulara a la Dirección General del Instituto Nacional de la Salud la siguiente recomendación:

«Que se dicten las instrucciones oportunas a fin de interpretar el contenido de los artículos 41.2, 46.1 y concordantes del Estatuto Jurídico del Personal Sanitario no Facultativo, aprobado por Orden de 26 de abril de 1973, del Ministerio de Trabajo, acomodando su sentido a la legislación general de Seguridad Social, considerando que la situación de incapacidad laboral transitoria a la que dicho precepto remite, alude a la vigente situación de incapacidad temporal cuya duración puede entenderse prorrogada en sus efectos hasta la valoración de la incapacidad y, en todo caso, hasta un máximo de treinta meses, periodo en el que el personal sanitario afectado será considerado en activo y tras el cual, pasará automáticamente a la situación de excedencia forzosa, o, en su defecto, si se considerase jurídicamente inviable esa interpretación, se proceda a la modificación del referido Estatuto de personal en el sentido expuesto».

El Instituto Nacional de la Salud no ha aceptado la recomendación formulada<sup>7</sup> y en su escrito de contestación se reitera en la argumentación facilitada en su primer informe y alude a su falta de competencia, tras el traspaso de funciones y servicios del mismo a las comunidades autónomas, para llevar a cabo otra interpretación de los preceptos estatutarios afectados o para su modificación. Estas razones motivan que dirijamos ahora nuestras actuaciones a esa Subsecretaría a fin de plantearle de nuevo la mencionada recomendación, puesto que tiene encomendada la elaboración de un proyecto de Estatuto Marco donde podría tener acogida, en su caso, lo aquí propuesto.

Madrid, 14 de junio de 2002.

**Recomendación dirigida al Subsecretario del Ministerio de Sanidad y Consumo.**

---

<sup>7</sup> Recomendación 110/2001, publicada en el volumen correspondiente al año 2001 de esta serie.

**Recomendación 46/2002, de 14 de junio, sobre la Ordenanza Fiscal Reguladora de la Tasa sobre Gestión de Recogida de Residuos Sólidos Urbanos.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 397.)*

Se ha recibido su escrito de fecha de entrada en esta Institución el 8 de febrero de 2002 (s/rf. registro de salida n.º 2965), en el que contesta a la queja formulada por las asociaciones de vecinos (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...) y (...), que fue registrada en esta Institución con el número arriba indicado.

Del informe y de la documentación remitida se infiere que la Ordenanza Fiscal Reguladora de la Tasa sobre Gestión de Recogida de Residuos Sólidos Urbanos, tal y como indicaban las asociaciones interesadas en su escrito de queja, ha tomado como único elemento para el cálculo de la base imponible el valor catastral de las viviendas de ese término municipal, sin tener en cuenta ningún otro elemento corrector.

A este respecto hay que tener en consideración que el artículo 24.2 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales dispone que el importe de las tasas por la prestación de un servicio o por la realización de una actividad no podrá exceder, en su conjunto, del coste real o previsible del servicio o actividad o, en su defecto, del valor de la prestación recibida.

De la documentación aportada se deduce que, efectivamente, se ha calculado el coste de la instalación del servicio y del mantenimiento del mismo, pero este cálculo no tiene relación con la base imponible de la tasa establecida en el artículo 5 de la Ordenanza, que dispone que está constituida por el 0,12% del valor catastral. Este sistema puede incluso contravenir el citado precepto de la Ley de Haciendas Locales pudiendo recaudar más del coste del servicio. De la memoria económica se pue-



de concluir que se ha efectuado una previsión global del coste del servicio para todos los años de su funcionamiento, por lo que habría que aclarar la relación de este coste con la recaudación previsible de la tasa anualmente para no vulnerar el mencionado artículo 24, a lo que hay que añadir que la inversión en los elementos necesarios para el servicio, en principio, se efectuará en un único ejercicio, no anualmente, lo que no parece estar desglosado en la memoria económica aportada.

Por su parte, hay que tener en cuenta que el valor catastral sirve para los tributos de base patrimonial que toman como objeto gravable los bienes inmuebles, la tasa, por el contrario, debe quedar graduada en función del coste del servicio de recogida de basuras.

En este sentido el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que en Sentencia de 9 de junio de 1999, enjuició un caso similar al presente en el que el Ayuntamiento de Jaén contaba con una ordenanza reguladora de la tasa por recogida de basuras en iguales términos a la de ese Ayuntamiento, en el fundamento jurídico cuarto dice textualmente: «Así es, dado que el objeto de la tasa considerada está representado por la prestación del servicio municipal de recogida de basuras, la medición de ese presupuesto de hecho, desde el punto de vista jurídico, a los efectos de determinar el *quantum* de la obligación tributaria, es decir, a los efectos de determinar la base imponible de ese tributo, desde luego que no puede venir determinada en función del llamado valor catastral que, según se ha dicho aquí, es una magnitud susceptible de graduar los tributos de base patrimonial que toman como objeto gravable los bienes inmuebles, sino que la susodicha tasa debe quedar graduada en atención al coste del servicio que a través de ella se dice financiar, es decir, en función de las características propias del servicio de recogida de basuras».

Continúa la citada sentencia diciendo «Al atender el artículo 5 de la Ordenanza cuestionada al valor catastral, como único módulo susceptible de cuantificar el servicio público de recogida de basuras urbanas, no solo desatiende la evaluación del coste de dicho servicio, sino que además indirectamente está provocando un caso de sobre imposición dado que, a la postre, esta tasa no está operando con la autonomía propia de esta categoría tributaria, sino como un recargo del IBI, que se ha estimado en el 0,25 por 100 del valor catastral, lo que además de improcedente no es ajustado a Derecho, por lo que debemos anular el contenido del referido artículo 5 de la Ordenanza municipal reguladora de la Tasa de Recogida de Basuras...»

Como se puede observar del contenido de la citada sentencia la redacción del artículo 5 de la Ordenanza del Ayuntamiento de Jaén era idéntica al contenido del artículo 5 de la Ordenanza de ese Ayuntamien-

to, así que los argumentos dados por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía para anular la mencionada Ordenanza son igualmente válidos en el presente caso.

No se discute el derecho de ese Ayuntamiento a establecer y cobrar una tasa por la recogida de residuos sólidos urbanos, sino que se considera que la fórmula empleada para el cálculo de la base imponible no es ajustada a Derecho por las razones expuestas.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, procede formular a V. I. la siguiente recomendación:

«Que se proceda a adoptar las medidas normativas oportunas para que el cálculo de la base imponible de la Tasa de Recogida de Residuos Sólidos Urbanos se adopte conforme dispone el artículo 24 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, teniendo en cuenta el coste global del servicio público que se presta, pudiendo coexistir el valor catastral junto con otros como elemento de medición de la capacidad económica de los sujetos pasivos, pero no pudiendo constituir el único elemento para el cálculo de la misma».

Madrid, 14 de junio de 2002.

**Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Leganés (Madrid).**



**Recomendación 47/2002, de 17 de junio, para que en los casos de extradición los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, permitan a la persona que va a ser trasladada a otro país la posibilidad de comunicar ese traslado a su familia.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 402.)*

El pasado mes de marzo desde esta Institución se solicitó la colaboración de la Dirección General de la Policía con el fin de conocer las circunstancias en las que se había producido el traslado de don (...), el día 28 de enero de 2002, desde el centro penitenciario de Albacete a las dependencias policiales existentes en la ciudad de Madrid, desde donde fue trasladado finalmente hasta Italia, en cumplimiento de una orden de extradición.

El motivo concreto por el que se le solicitó la colaboración de dicha Dirección General, se debió a que según indicaba la esposa del señor (...) y su abogado, en ningún momento ni desde el centro penitenciario citado, ni desde ninguna dependencia policial se comunicó a los familiares que dicho señor salía de la prisión para ser trasladado vía Madrid, hasta Italia.

En el informe recibido se confirma ese hecho, ya que, no consta que ninguna autoridad o funcionario policial informara a la familia de don (...) del lugar exacto en el que era custodiado dicho señor en la ciudad de Madrid.

Esa falta de información, tanto desde el centro penitenciario de Albacete como de los responsables policiales encargados de la custodia del señor (...), dio lugar a que la esposa del citado señor y su abogado, durante los días 27, 28 y 29 de enero de 2002, desconocieran por completo dónde se encontraba el mismo. Fue la intervención urgente de esta Institución, la que finalmente durante los días 29 y 30 de enero fa-

cilitó a los interesados la información necesaria para que conocieran el paradero de su familiar y cliente. Todo ello después de que el letrado que defiende al citado señor, recorriera durante el día 28 de enero de 2002, diferentes dependencias policiales sin recibir ninguna referencia acerca de su cliente.

A juicio de esta Institución, y así se le ha hecho saber a la Administración penitenciaria, tal situación resulta inadmisibles en un Estado de Derecho, ya que nuestro ordenamiento contempla suficientes previsiones normativas como para haber evitado que los familiares desconocieran el paradero del interno. El artículo 520-2 letra *d*) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al proclamar los derechos de las personas privadas de libertad reconoce el derecho a poner en conocimiento del familiar o persona que se desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Este derecho según tiene reconocido el Tribunal Supremo (Sala 2.<sup>a</sup>) en su sentencia de 29 de noviembre de 1984, vincula a todos los poderes públicos, por ello los responsables policiales no tienen que esperar —como aparece en la parte final del informe remitido por la Dirección General de la Policía— a que algún familiar o el abogado del señor (...) se pusiera en contacto con la oficina de Interpol España solicitando información en relación con el mismo, sino que desde dicha oficina haciendo uso de lo dispuesto en el artículo 520.2 letra *d*) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe comunicarse a la familia o persona que indique el interesado el lugar exacto en el que el mismo se encuentra.

A la vista de cuanto se expone y en la medida en que la situación expuesta afecta a derechos fundamentales, se ha considerado conveniente, al amparo de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley Orgánica reguladora del Defensor del Pueblo, dar traslado a V. E. de la siguiente recomendación:

«Que desde esa Secretaría de Estado, se impartan las órdenes oportunas a todos los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado para que en los casos de custodiar a personas sobre las que penda una orden de extradición, haciendo uso de lo dispuesto en el artículo 520-2 letra *d*) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se comunique al familiar, abogado o personas que él desee, cuál es el lugar de su custodia y la situación en la que se encuentra».

Madrid, 17 de junio de 2002.

**Recomendación dirigida al Secretario de Estado de Seguridad.**

**Recomendación 48/2002, de 17 de junio, sobre mejora de las garantías procedimentales en materia sancionadora de tráfico.**

(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 387.)

Se acusa recibo a su atento escrito al que se acompaña un informe elaborado por el Jefe de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, de fecha 17 de abril del presente año, en el que nos contesta a la queja planteada por don (...) y registrada con el número arriba indicado.

En el informe de referencia se participan, entre otras consideraciones que si bien los agentes intervinientes no expresaron con exactitud, en el boletín de denuncia, el motivo por el que no se pudo notificar *in situ*, ello no puede ser constitutivo de infracción disciplinaria, puesto que no hubo ánimo de perjudicar.

No obstante se participa que se han cursado instrucciones al Subsector de Cuenca para que sean registradas en el COTA todas las comunicaciones que supongan movimiento de la fuerza de servicio.

Esta Institución considera adecuada dicha medida, lo que redundará, sin duda, en beneficio de la transparencia de los procedimientos sancionadores por infracciones a las normas de circulación.

No obstante, se considera que dichas instrucciones deben hacerse extensivas a los distintos sectores y subsectores de tráfico, para conocimiento de todos los agentes encargados de la vigilancia y control del tráfico.

Por todo lo anterior y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se ha valorado la conveniencia de formular a V. I. la siguiente recomendación:

«Que por esa Dirección General se dicten instrucciones para que todas las incidencias que supongan un movimiento de los agentes encargados de la vigilancia y control del tráfico, bien para comprobar o bien para participar alguna novedad relativa al servicio, se reflejen en el correspondiente parte de incidencias».

Madrid, 17 de junio de 2002.

**Recomendación dirigida al Director General de la Guardia Civil.**

**Recomendación 49/2002, de 17 de junio, para que en los casos de traslado de un interno de un centro penitenciario a otro país, como consecuencia de una orden de extradición, se permita al mismo comunicar esa situación a su familia.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 387.)*

El pasado mes de marzo desde esta Institución se solicitó la colaboración de esa Dirección General, con el fin de conocer las circunstancias en las que se había producido el traslado de don (...), el día 28 de enero, desde el centro penitenciario de Albacete a las dependencias policiales existentes en la ciudad de Madrid, desde donde fue trasladado finalmente hasta Italia.

El motivo concreto por el que se le solicitó la remisión de su informe, se debió a que según indicaban la esposa del señor (...) y su abogado, en ningún momento desde el citado centro penitenciario se comunicó a los familiares que dicho señor salía de la prisión para ser trasladado vía Madrid, hasta Italia.

En el informe recibido se confirma ese hecho, ya que, se admite que «el día 27 de enero fue entregado el interno a los funcionarios de policía para llevar a cabo la extradición». En ningún lugar de su escrito consta que desde el citado centro se participara a la familia el traslado de don (...).

Respecto a tal hecho, se menciona el artículo 52.3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, para poner de manifiesto que el derecho de los internos a comunicar el traslado a su familia y abogado, se produce cuando aquellos ingresan en el centro de destino y no antes de que el traslado se produzca. Se añade por último que esa Administración desconoce si la policía le permitió realizar la comunicación a su llegada al aeropuerto de Barajas.

A la vista de sus consideraciones me permito participarle que esta



Institución discrepa del uso e interpretación que esa Dirección General hace del artículo 52.3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. La literalidad de tal precepto se refiere al traslado de internos entre establecimientos penitenciarios; es en esos casos cuando se reconoce el derecho del interno a comunicar su traslado cuando llega al nuevo centro penitenciario, situación que en este caso no se producía, pues como esa Administración reconoce, el traslado de don (...) era a Italia y no a otro centro penitenciario español.

Esa falta de comunicación, dio lugar a que la esposa del citado señor y su abogado, durante los días 27, 28 y 29 de enero de 2002, desconocieran por completo el lugar exacto en el que se encontraba el señor (...). Fue la intervención urgente de esta Institución, la que finalmente durante los días 29 y 30 de enero facilitó a los interesados la información necesaria para que conocieran el paradero de su familiar y cliente.

A juicio de esta Institución la legislación penitenciaria contempla previsiones normativas suficientes, como para haber evitado que los familiares desconocieran el paradero del interno, situación que resulta inadmisibles en un Estado de Derecho. El artículo 41.6º del Reglamento Penitenciario (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero), admite comunicaciones extraordinarias cuando se den «urgentes e importantes motivos debidamente justificados». Además el artículo 47.1.b) de dicho Reglamento permite que se autorice la comunicación telefónica de los internos cuando éstos tengan que «comunicar algún asunto importante a sus familiares, al abogado defensor o a otras personas». Son dichos artículos los que deben aplicarse en supuestos de traslados como el que se realizó con don (...) y no el artículo 52.3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

A la vista de cuanto se ha expuesto y en la medida en que la situación expuesta afecta a derechos fundamentales, se ha considerado conveniente, al amparo del artículo 30 de la Ley Orgánica reguladora del Defensor del Pueblo, dar traslado a V. I. de la siguiente recomendación:

«Que desde esa Dirección General, se dicte la correspondiente Instrucción para que en los casos de traslados de un centro penitenciario a otro país, como consecuencia de una orden de extradición, se informe al interno de la posibilidad de comunicar con su familia o su abogado y en su caso si así lo solicita se autorice al mismo para realizar tal comunicación, al amparo de lo dispuesto en los artículos 41.6º y 47.1.b) del Reglamento Penitenciario».

Madrid, 17 de junio de 2002.

**Recomendación dirigida al Director General de Instituciones Penitenciarias.**

**Recomendación 50/2002, de 17 de junio, sobre obtención del permiso de conducir por parte de extranjeros.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 392.)*

Agradecemos su atento escrito, en el que nos contesta a la queja planteada por doña (...), en representación de (...) en Castellón, registrada con el número arriba indicado.

En dicho escrito se señala, en relación con las dificultades que afectan a los inmigrantes, cuya lengua materna no es el castellano, para superar las pruebas de conocimientos necesarias para obtener el permiso de conducir, que los formularios para la realización de dichas pruebas están disponibles en los siguientes idiomas: francés, inglés y alemán. Asimismo, se hace referencia a la posibilidad de canjear los permisos de conducción expedidos en países no comunitarios.

En relación con el contenido de dicho informe, esta Institución ha valorado la conveniencia de poner en su conocimiento las siguientes consideraciones:

El creciente desarrollo en nuestro país del fenómeno migratorio en los últimos años ha hecho necesaria la adopción de medidas que faciliten la integración de los inmigrantes. En este sentido, hay que tener en cuenta que la normativa vigente regula la situación de la población extranjera en España, partiendo de considerar la inmigración como un hecho estructural que ha convertido a nuestro país en un lugar de destino de los flujos migratorios, lo que exige dentro del planteamiento global del fenómeno migratorio la integración de los residentes extranjeros.

Para atenuar las dificultades que afectan a los inmigrantes que no dominan el castellano ni tampoco el inglés, el francés o el alemán, sería conveniente adoptar determinadas medidas, como podrían ser la confección de formularios en las lenguas más utilizadas entre los inmigran-

tes residentes en España, o bien la elaboración de formularios de examen en castellano en los que se simplificase la sintaxis y el léxico utilizado, lo que, a juicio de esta Institución, sería factible sin merma de la eficacia del control de conocimientos.

La adopción de medidas dirigidas a superar las dificultades, que afectan a los extranjeros residentes en nuestro país, para la comprensión de los formularios de examen haría más accesible la obtención por parte de dichos ciudadanos de permisos de conducir, facilitando así su adaptación e integración, y permitiendo, asimismo, la incorporación de los inmigrantes al mercado de trabajo en igualdad de condiciones que los españoles, lo que constituye también uno de los objetivos de la política de inmigración.

Por todo cuanto antecede, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, hemos considerado conveniente recomendar a V. I.: «Que estudie la posibilidad de traducir los formularios a aquellas lenguas propias de los inmigrantes que integren los colectivos más numerosos entre los residentes en España y, para aquellos casos en que no fuese posible, redactar formularios de examen en los que la sintaxis y el léxico utilizado se simplifique para facilitar la comprensión de las personas que no dominan el castellano».

Madrid, 17 de junio de 2002.

**Recomendación dirigida al Director General de Tráfico.**

**Recomendación 51/2002, de 17 de junio, sobre la obligación de poner de manifiesto los expedientes a los interesados en un procedimiento sancionador, y forma de hacerla efectiva.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 391.)*

Se acusa recibo a su atento escrito, en el que nos contesta a la queja planteada por don (...) y registrada con el número arriba indicado.

En el informe de referencia se participa, entre otras consideraciones, que el retraso en dar vista del expediente se debe a que los funcionarios tienen, en el momento de la solicitud que se efectúa in situ, otras tareas asignadas que deben seguir cumpliendo, no pudiendo dedicarse de forma inmediata a reconstruir un expediente o facilitar copias mientras los interesados esperan en la ventanilla.

Esta Institución, aun comprendiendo el criterio reflejado en el informe que nos ha sido remitido, considera que para aquellos supuestos en los que los expedientes están en trámite y, por tanto, se pueden ver afectados los derechos establecidos en el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, deberían existir instrucciones claras y de conocimiento general, respecto de los plazos para facilitar documentos o dar vista a un expediente.

Con ello se evitarían situaciones que pudieran chocar contra los principios generales que deben regir las actuaciones de las administraciones públicas y, en concreto, en sus relaciones con los ciudadanos, principios éstos de eficacia y servicio promulgados en el artículo 3 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Por todo lo anterior y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se ha valorado la conveniencia de formular a V. I. la siguiente recomendación:

«Que por esa Dirección General se dicten las correspondientes instrucciones donde se fijen los plazos que tienen las distintas dependencias para dar vista de los expedientes o facilitar copia de los documentos obrantes en los mismos a los interesados, en debido cumplimiento de lo establecido en los artículos 35.a) y 37.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dando la correspondiente publicidad a dichas instrucciones, tanto a nivel interno como para conocimiento de los ciudadanos, en la misma forma que establece el artículo 38.8 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para el acceso, comunicación y horarios de las distintas oficinas de registro».

Madrid, 17 de junio de 2002.

**Recomendación dirigida al Director General de Tráfico.**

**Recomendación 52/2002, de 17 de junio, sobre aparcamientos de residentes.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 399.)*

Se acusa recibo a su atento escrito, en el que nos contesta a la queja planteada por don (...) y registrada con el número arriba indicado.

En el informe de referencia se participan los motivos por los que no se concedió una plaza de aparcamiento al interesado, al haber realizado su solicitud dos años y medio después de haber abierto el plazo para la adjudicación de dichas plazas a los residentes de la zona.

Sin perjuicio de haber informado a la persona interesada de los antecedentes remitidos por ese Ayuntamiento, dando así por concluida la investigación iniciada por el caso concreto que planteó, esta Institución en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, ha valorado la conveniencia de formular a V. E. la siguiente recomendación:

«Que por ese Ayuntamiento se efectúe un seguimiento o control periódico de las plazas que están cedidas a personas residentes, en las zonas donde están situados los aparcamientos de residentes, para comprobar que se siguen dando las mismas condiciones por las que se adjudicaron dichas plazas o, en caso contrario, que puedan ser cedidas o adjudicadas a otros residentes con derecho al uso de las mismas, para lo cual se podría crear una lista de espera, tras informar oportunamente a las personas que, potencialmente, estén interesadas».

Madrid, 17 de junio de 2002.

**Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Madrid.**



**Recomendación 53/2002, de 24 de junio, para que por parte de ese Colegio se impartan las instrucciones oportunas a los letrados integrados en el turno de oficio, a fin de que la asistencia jurídica que prestan a inmigrantes de la isla de Fuerteventura se lleve a término de forma efectiva, con las garantías y el contenido que nuestro ordenamiento establece.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 400.)*

Con ocasión de una visita realizada los días 26 y 27 de febrero del año en curso, desde esta Institución por la Adjunta Primera, doña María Luisa Cava de Llano y Carrió, a las instalaciones de la antigua terminal del aeropuerto de Fuerteventura, que ha venido efectuando las veces de centro de internamiento de extranjeros, se pudo conocer que las personas que allí se encontraban manifestaban que no tenían constancia de haber sido asistidas por un abogado y que habían firmado los escritos que les fueron presentados ignorando su contenido, al no tener conocimiento de la lengua. Así, se constató tanto por las preguntas que realizaron, como por múltiples declaraciones, todas ellas concordes.

Esa situación fue puesta en conocimiento de ese Colegio de Abogados, desde donde tras unas diligencias de información previa se participó por escrito con fecha de salida 19 de abril de 2002, a esta Institución que la asistencia jurídica prestada a los extranjeros que irregularmente llegan a la isla de Fuerteventura, se consideraba correcta.

Por nuestra parte y con anterioridad a la expresada fecha, para disponer de mayores elementos de análisis, el pasado mes de abril (días 15, 16, 17 y 18) de nuevo se visitó la isla de Fuerteventura, por parte de asesores de esta Institución, entrando en contacto con la Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Canarias, así como con los responsables del Cuerpo Nacional de Policía en aquella isla, al tiempo que



se volvieron a mantener entrevistas con un número importante de los 307 inmigrantes que el 17 de abril de 2002 se encontraban internados en la antigua terminal del aeropuerto de Fuerteventura.

En las entrevistas mantenidas por dichos asesores dos meses después de la visita de la Adjunta Primera del Defensor del Pueblo, los inmigrantes indicaron que el acto en el que se les notificaba el inicio del expediente, solía durar por término medio unos 3 minutos, extremo que también fue confirmado por los otros intervinientes en esa diligencia (policías e intérpretes). Este trámite era el único contacto que mantenían abogado y asistido. La consecuencia de tal actuación es que los inmigrantes permanecen en el absoluto desconocimiento de su situación. De hecho, muchos de los inmigrantes entrevistados, especialmente los procedentes de países subsaharianos, estaban convencidos de que la documentación que habían recibido (copia del acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador para la imposición de expulsión), junto con el posterior decreto de expulsión, les habilitaba para residir y buscar un puesto de trabajo cuando a los 40 días se diera por concluido su internamiento. Además manifestaban su convicción de que gracias a esa documentación, les sería posible acceder a otros países de la Unión Europea.

Por otra parte, al menos en dos casos, tal y como ya se informó a ese Colegio, dos inmigrantes, habían encomendado actuaciones concretas a sus respectivos abogados sin que éstos hubieran vuelto al centro a rendirles cuenta del estado de estas actuaciones. En uno de los casos el interno comunicó a su letrado que ya tenía un expediente abierto solicitando su regularización y que, por ello, no procedía su internamiento. En el otro asunto se indicó al abogado que un tío directo del interesado ocupaba la dirección de una oficina de seguros en la isla de Lanzarote, por lo que disponía de arraigo para evitar ser internado. En este último caso habían transcurrido 21 días sin recibir ninguna comunicación del abogado. Ambos supuestos fueron puestos en conocimiento de V. E. con fecha 29 de abril de 2002, sin que en su último informe se haya efectuado mención alguna a las actuaciones que ese Colegio haya podido efectuar.

Además de las impresiones recibidas mediante las entrevistas con los afectados, se pudieron también obtener otra serie de datos que ponen de manifiesto la forma en la que los inmigrantes internados en la antigua terminal del aeropuerto de Fuerteventura recibieron la asistencia jurídica prevista en nuestras leyes.

Desde el día 12 de marzo de 2002 al 17 de abril de 2002, solamente se efectuó a las instalaciones que hacían las veces de centro de internamiento la visita de una abogada, que había sido contratada por un inmi-

grante; las otras visitas de abogados fueron exclusivamente para estar presentes en las notificaciones de los acuerdos en los que se iniciaban los expedientes de expulsión. En todos los casos, salvo en el ya aludido, eran letrados de oficio. Por otra parte, ninguno de los inmigrantes disponía de datos, tales como dirección del despacho profesional o de un número de teléfono con el que poder ponerse en contacto con su letrado, del cual sólo conocían el nombre por así figurar en la copia de la notificación de incoación de su expediente de expulsión que se les facilitaba por los funcionarios policiales.

Los asesores de esta Institución desplazados a las Islas Canarias, seleccionaron de manera aleatoria 300 expedientes de expulsión, correspondiente a los meses de enero y febrero de 2002, por ser los meses en los que se encontraban en aquellas instalaciones las personas con las que la Adjunta Primera del Defensor del Pueblo, pudo entrevistarse durante su visita. Dicha cantidad supone aproximadamente un tercio del total de todos los expedientes iniciados en esos meses. Solamente en un caso aparecían alegaciones de un abogado —designado previamente por el interesado— oponiéndose al auto de internamiento que había dictado el juez competente. En los restantes casos no se había efectuado ningún tipo de alegaciones, ni se había presentado recurso alguno. En este punto conviene hacer constar que las autoridades policiales habrían optado por instruir con carácter general expedientes de expulsión al no poder precisar, según su razonamiento, si en cada caso se trata de una entrada o una estancia irregulares. A juicio de los responsables policiales se alegaba también que la incoación de un expediente de expulsión suponía mayores garantías jurídicas para los afectados. Sin embargo, a criterio de esa Institución, en estos casos buena parte de esas garantías no resultan ser tales. Lo cierto es que la principal consecuencia de esta actuación es que a los inmigrantes se les decreta una expulsión, que lleva aparejada la imposibilidad de acceder legalmente a todo el territorio Schengen por un periodo mínimo de 3 años y máximo de 10 años. Tal medida se evidencia como especialmente gravosa para el caso de los inmigrantes subsaharianos, que no pueden ser expulsados y para quienes esta decisión supone una imposibilidad real de llegar a regularizar su situación, abocándoseles en consecuencia a la marginalidad. Llama poderosamente la atención que no se haya podido documentar una sola actuación de un letrado cuestionando, en sede administrativa o incluso judicial, por ejemplo, este empleo extensivo de los expedientes de expulsión.

El examen detallado de los citados expedientes, así como la información recibida de los responsables policiales de la isla de Fuerteventura y los datos obtenidos en el libro de entradas y salidas existente en

las instalaciones del centro de internamiento de dicha isla, permiten, sin pretensión de exhaustividad, elaborar el siguiente cuadro:

<i>Día</i>	<i>Hora</i>		<i>Iniciales del letrado actuante</i>	<i>Número de asistencias realizadas</i>	<i>Tiempo medio por asistencia</i>	<i>Coste por el erario de las asistencias realizadas (*)</i>
12 marzo	13,15	15,00	G.F.O.	60	1 m. 45 seg.	4.327,20 euros (719.985 ptas.)
14 marzo	12,45	16,30	F.R.R G.F.O.	50	4 m. 30 seg.	3.606 euros (599.987 ptas.)
20 marzo	11,20	12,00	J.L.F.	14	2 m. 52 seg.	1.009,68 euros (167.997 ptas.)
21 marzo	17,30	20,00	R.L.L.	45	3 m. 20 seg.	3.245,40 euros (539.989 ptas.)
23 marzo	10,05	14,44	L.M.P.E.	120	2 m. 20 seg.	8.654,40 euros (1.439.971 ptas.)
25 marzo	9,30	10,45	L.M.P.E.	31	2 m. 16 seg.	2.235,72 euros (371.993 ptas.)
27 marzo	12,30	14,18	M.J.G.	58	1 m. 52 seg.	4.182,96 euros (695.986 ptas.)
12 abril	11,15	12,30	P.D.L.	23	3 m. 16 seg.	1.658,76 euros (275.994 ptas.)
17 abril	10,00	11,45	F.R.R. M.R.P.	45	2 m. 20 seg.	3.245,40 euros (539.989 ptas.)

(\*) Según la información facilitada por el Colegio de Abogados de Las Palmas y por la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia del Gobierno de Canarias, por cada asistencia que efectúa un letrado del turno de oficio recibe 72,12 euros (12.000 ptas.).

Debe tenerse en cuenta a la hora de valorar el tiempo medio por asistencia, que dentro del mismo hay que incluir el dedicado a la traducción, ya que toda la asistencia jurídica ha de efectuarse con traductor.

Los hechos anteriormente descritos ponen de manifiesto, en opinión de esta Institución, que la asistencia jurídica a los inmigrantes en la isla de Fuerteventura, no se presta con las garantías que nuestro ordenamiento establece. Tal y como tiene reconocido el Tribunal Constitucional, la asistencia letrada es un derecho fundamental que no se satisface con el simple nombramiento de abogado del turno de oficio, sino que requiere que la asistencia técnica sea efectiva (SSTC 180/1988, de 15 de

noviembre, 42/1982, de 5 de julio y 216/1988, de 14 de noviembre). También en el presente caso la simple designación de un abogado de oficio y su presencia física no suponen en todos los casos una asistencia efectiva.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha tenido también ocasión de pronunciarse sobre este punto, habiendo declarado en su sentencia de 13 de mayo de 1980 (caso Artico) que el artículo 6.3.c) del Convenio «consagra el derecho a defenderse de manera adecuada personalmente o a través de abogado, derecho reforzado por la obligación del Estado de proveer en ciertos casos de asistencia judicial gratuita», obligación que no se satisface por el simple nombramiento o designación de un abogado del turno de oficio, pues como señala el Tribunal, el artículo 6.3.c) no habla de «nombramiento», sino de «asistencia», expresión idéntica a la de nuestro artículo 24.2 de la Constitución. De no entender en esos términos la asistencia jurídica, se corre el riesgo de vaciarla de contenido.

Y finalmente, tal y como tiene declarado el Tribunal Supremo (sentencia de 1 de noviembre de 2000, sala 2.<sup>a</sup>), el derecho de defensa y la asistencia letrada comprende el derecho a la defensa adecuada y el derecho a la efectividad de la defensa, ejes sobre los que se sustenta el derecho de defensa.

En el caso concreto al que se viene haciendo referencia, la asistencia jurídica recibida por los inmigrantes, puede calificarse de meramente formularia. Los letrados se han limitado a estar formalmente presentes, presenciando cómo un intérprete en unos minutos traducía someramente el contenido de unos documentos, sin realizar verdaderamente una asistencia jurídica y sin preocuparse de las circunstancias personales de aquellos inmigrantes que les encomendaban algún tipo de gestión.

Sin entrar a valorar la cantidad que por asistencia han recibido los letrados, puede decirse que la asistencia jurídica tiene que ser algo más que la pura y simple presencia física. Además, esta Institución debe hacer constar que la cantidad abonada por asistencia, cuya suficiencia, insistimos, no entramos a valorar, en unión al alto número de asistencias practicadas, supone un importante coste para el presupuesto público. Nada podría objetarse a dicho coste si la asistencia jurídica ofrecida pudiera considerarse correctamente prestada. Sin embargo, lamentablemente, no ha sido posible llegar a esa conclusión. Por ello, debe hacerse notar que en el presente caso han sido puestos a disposición del Colegio unos medios económicos obtenidos del presupuesto público que pretenden asegurar la existencia de un servicio de calidad y éste no ha alcanzado los niveles deseables. De esta forma el esfuerzo solidario de

todos los ciudadanos, por medio de su aportación al erario, en pro del mantenimiento de un alto nivel de garantías jurídicas ha resultado materialmente baldío.

A la vista de todo lo anterior, esta Institución, al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de su Ley Orgánica reguladora, ha considerado necesario, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1, 3, 4 y 7.1º del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, formular a V. E. la siguiente recomendación, para que por parte de ese Colegio se impartan las instrucciones oportunas a los letrados integrados en el turno de oficio a inmigrantes en la isla de Fuerteventura, a fin de que la asistencia jurídica que prestan los mismos se lleve a término de forma efectiva, con las garantías y el contenido que nuestro ordenamiento establece, ofreciendo en todos los casos un asesoramiento jurídico adecuado en relación con las circunstancias que concurran en cada expediente.

Asimismo, ese Colegio deberá establecer medios eficaces para supervisar la calidad con la que se presta el servicio de asistencia jurídica a los inmigrantes.

Por último se solicita de V. E. que remita la información que le fue requerida en nuestro anterior escrito de 29 de abril de 2002, en relación con dos casos particulares, sobre los cuales no se hace alusión en su última respuesta.

A los oportunos efectos y para que ese Colegio tenga un conocimiento completo de las actuaciones realizadas desde esta Institución en esta materia, adjunto remito a V. E. una copia de la comunicación remitida al Consejo General del Poder Judicial, participándole al mismo tiempo que, tanto la presente recomendación, como la citada comunicación, cuya copia se adjunta, han sido puestas en conocimiento del Ministerio de Justicia, del Ministerio del Interior, del Consejo General de la Abogacía, de la Fiscalía General del Estado y de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración.

Madrid, 24 de junio de 2002.

**Recomendación dirigida al Decano del Colegio de Abogados de Las Palmas.**

**Recomendación 54/2002, de 1 de julio, sobre los concursos de traslados de ámbito nacional para funcionarios de los cuerpos docentes.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 402.)*

Se han recibido en esta Institución sus informes de fechas 28 de diciembre de 2001 y 9 de enero de 2002 (s/refs.: 6, de 2.01.2002 y 15, de 18.01.2002), en relación a la solicitud realizada por el Defensor del Pueblo para el esclarecimiento de los hechos deducidos en la queja de referencia, presentada por doña (...) y otras.

Se discute en este procedimiento de queja la desigual valoración que a juicio de las reclamantes ha realizado esa Administración a través de la Orden de 2 de octubre de 2000, por la que se establecen normas procedimentales aplicables a los concursos de traslados de ámbito nacional, que deben convocarse durante el curso 2000/2001, para funcionarios de los Cuerpos docentes a que se refiere la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo (BOE de 4 de octubre de 2000).

En concreto se afirma que en el apartado e.3) del anexo IV de la misma, el baremo de prioridades al que han de ajustarse las convocatorias de concursos de traslados de ámbito nacional en el Cuerpo de Maestros, se ha acordado conceder 0,50 puntos, por cada especialidad del Cuerpo de Maestros distinta a la de ingreso en el mismo, adquirida a través del procedimiento previsto en el Real Decreto 850/1993, de 4 de junio de adquisición de nuevas especialidades, y no así, a aquellos otros concursantes que hubieran obtenido la especialidad a través de otro procedimiento distinto.

Una vez examinado el contenido del informe de la Administración educativa, se aprecia que dicho departamento ha justificado la Orden Ministerial que se cuestiona por las interesadas, desde el criterio de una

mejor preparación de quienes han adquirido la especialidad mediante el procedimiento regulado en el Real Decreto 850/1993, así como para motivar al profesorado en la utilización de dicho sistema.

Decisión ésta que el Defensor del Pueblo no ha considerado jurídicamente cuestionable desde el plano de la legalidad, tanto por las amplias facultades que el ordenamiento jurídico administrativo concede a las administraciones públicas para el ejercicio de potestades autoorganizatorias, como porque la puntuación de 0,50 puntos con la que se sobrevalora a quienes ostentan ese mérito de la especialidad, no resulta desproporcionado ni arbitrario, como tampoco parece haberse realizado en atención a favorecer a unos concursantes en perjuicio de otros, dado que una vez examinado el baremo de prioridades establecido para los maestros, la ausencia de esa puntuación para quienes no ostentan la especialidad adquirida mediante el citado Decreto 850/1993, puede compensarse y superarse ampliamente con otros méritos tasados en los términos en que constan en dicho Anexo IV.

No obstante lo anteriormente expuesto, esta Institución no desconoce que aun cuando la situación que abordamos en esta queja resulte adecuada al ordenamiento jurídico, ello no es obstáculo para apreciar que, en atención a una mejor defensa de los derechos que invocan las ciudadanas reclamantes, y sobre todo para evitar que objetivamente pueda producirse una infravaloración del esfuerzo que —aun siendo menor— también implicó la obtención de una especialidad distinta a la obtenida mediante el Real Decreto 850/1993, sería deseable que se valorasen también como mérito estas especialidades, toda vez que aunque se hayan adquirido de forma diferente o desde el criterio de una menor preparación que la que se exige en la actualidad, se trataba del sistema legal vigente en aquel momento, sin posibilidad para el propio docente de seleccionar o prever otra distinta forma de adquirir una especialidad que evitase su posterior devaluación, tal como parece haber sucedido en la baremación del concurso de traslados del Cuerpo de Maestros del curso 2000-2001.

En atención a lo anteriormente expuesto, al amparo de la facultad conferida en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formular la siguiente recomendación:

«Que por parte de ese organismo, en las sucesivas normas procedimentales que se dicten aplicables a los concursos de traslados de ámbito nacional para el Cuerpo de Maestros, y en atención a una interpretación más adecuada a lo dispuesto en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, se tenga en cuenta a efectos de baremación, la especiali-

dad adquirida de forma distinta al procedimiento previsto en el Real Decreto 850/1993, de 4 de junio, sin que se realicen distinciones o diferencias que conduzcan a que no se conceda ninguna puntuación de una especialidad en razón a la forma en que ésta ha sido adquirida».

Madrid, 1 de julio de 2002.

**Recomendación dirigida a la Directora General de Programación Económica, Personal y Servicios del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.**





**Recomendación 55/2002, de 1 de julio, sobre normalización lingüística.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 404.)*

Se ha recibido el informe de esa Consejería (s/ref.: 4216/2002, de 13.06.2002), en relación a la solicitud realizada por el Defensor del Pueblo para el esclarecimiento de los hechos deducidos en la queja de referencia.

Del contenido del mismo se desprende que la Ley 3/1986, de 29 de abril, de normalización lingüística de las Islas Baleares regula en su título II la enseñanza de y en lengua catalana en el ámbito geográfico de las Illes Balears. El artículo 23.2 de la mencionada Ley establece que los profesores, en el ejercicio de su actividad docente, tienen la obligación de conocer las dos lenguas oficiales en la Comunidad autónoma.

En desarrollo del título II de la citada norma se ha dictado el Decreto 92/1997, de 4 de julio, que regula el uso y enseñanza de y en lengua catalana, en el ámbito de la Comunidad autónoma en centros docentes no universitarios, que en su artículo 14 también establece la necesidad del dominio oral y escrito de las dos lenguas oficiales por parte del profesorado.

Afirma esa Administración autonómica que, en cumplimiento de la legislación vigente, ha exigido una serie de requisitos que los funcionarios docentes deben acreditar para demostrar el obligado conocimiento de la lengua catalana, para el ejercicio de la actividad docente. Dichos requisitos se hallan comprendidos en el Decreto 115/2001, de 14 de septiembre, que regula la exigencia de conocimientos de las lenguas oficiales al personal docente, y además establece una fecha límite para que el profesorado pueda acreditar los mencionados requisitos de conocimiento de lengua catalana.

No obstante, expone ese departamento educativo que ha facilitado los instrumentos para que todo aquel profesorado que presta servicios docentes en el ámbito de las Illes Balears, pueda alcanzar el nivel de conocimientos de la lengua catalana exigidos para el desarrollo de su actividad. Dichos medios se han materializado de la siguiente manera:

— Por Orden de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de 27 de noviembre de 1989, se estableció el Plan de reciclaje y perfeccionamiento del profesorado y se fijaron las titulaciones a tener en cuenta para la enseñanza de y en lengua catalana.

— Por Orden de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de 25 de marzo de 1996, se establece el nuevo Plan de reciclaje y formación lingüística y cultural, así como se fijan las titulaciones a tener en cuenta para llevar a cabo clases de y en lengua catalana en los centros docentes no universitarios de las Islas Baleares. Esta Orden deroga el Plan de reciclaje establecido en la anterior Orden de 27 de noviembre de 1989.

— Ambos planes de reciclaje han permitido que desde el año 1989 la mayor parte del profesorado que presta servicios en las Illes Balears pueda alcanzar los requisitos exigidos para impartir la docencia en las dos lenguas oficiales de esta Comunidad autónoma.

— Además de los medios mencionados hasta ahora, el Instituto Balear de la Administración Pública, dependiente y adscrito a la Consejería de Interior, también imparte cursos de lengua catalana, en diversos horarios, y dirigidos al personal funcionario que presta servicios en esa Comunidad autónoma, sin exclusión, lógicamente, del personal docente.

— Por otro lado, las certificaciones que emite la Junta Evaluadora de Catalán, organismo dependiente de la Consejería de Educación y Cultura, también son consideradas válidas a los efectos de acreditar los conocimientos en lengua catalana. La Junta expide las certificaciones a aquellas personas que han superado las correspondientes pruebas de lengua catalana, desde 1991 y sin exclusión de ninguna persona, funcionario o no, personal docente o no.

— La Escuela Oficial de Idiomas, centro docente dependiente de esa Administración educativa, también imparte los cursos de lengua catalana, presenciales y a distancia, cursos cuya superación permite al profesorado acreditar los conocimientos de catalán que le son exigidos para el ejercicio de la docencia.

Continúa informando esa Consejería respecto a la fecha límite fijada en el Decreto 115/2001, de 14 de septiembre, para la acreditación de

los mencionados requisitos de lengua catalana (31 de agosto de 2002), que ésta tiene su razón de ser en la necesidad de poner fin a una situación transitoria que viene produciéndose desde la vigencia de la Ley de normalización lingüística, añadiendo que, dados los medios facilitados al personal docente para que puedan alcanzar los conocimientos exigidos en lengua catalana, ya no tiene razón de ser.

Por lo que respecta al deseo de los comparecientes de recibir clases en lengua catalana durante las horas lectivas, indica ese órgano que los cursos del plan de reciclaje de lengua catalana, especialmente diseñados para el personal docente, se llevan a cabo de manera que el servicio público educativo no se pueda ver menoscabado en aras a los intereses particulares de los docentes.

Respecto a la ausencia advertida por los interesados, de cursos o pruebas a realizar para acreditar el dominio de lengua castellana en los términos expuestos en el Decreto 115/2001, de 14 de septiembre, se señala que el dominio de la lengua castellana está debidamente garantizado en el sistema educativo español actual. Además se afirma que resulta evidente que sin dicho dominio, el ejercicio de la actividad docente deviene imposible, no sólo en esa Comunidad autónoma, sino en el resto de España.

Por otro lado, se indica que aunque el mencionado Decreto hace referencia a la exigencia de conocimientos de las lenguas oficiales por parte del personal docente, el contenido de la norma se refiere básicamente a la exigencia de la lengua catalana en el ejercicio de la actividad docente.

Concluye esa Administración educativa que tanto el compareciente como su esposa prestaban servicios en el ámbito territorial de las Illes Balears desde 1987 y 1988, respectivamente. Lo que evidencia según se afirma, que conocían la exigencia de los mencionados requisitos de lengua catalana para impartir la docencia, sin que obre en sus expedientes personales certificación alguna de calificaciones del Plan de reciclaje de lengua catalana, como de ningún otro medio de los expuestos para acreditar la suficiencia en esta lengua.

Una vez examinado el contenido del informe remitido, se aprecia que el objeto de esta queja se centra esencialmente en las dificultades que encuentran los comparecientes para obtener la acreditación del dominio de la lengua catalana fuera de las horas lectivas, entendiéndose que corresponde en todo caso a esa Consejería, adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo el contenido del Decreto 115/2001, de 14 de septiembre, por el que se regula la exigencia de conocimiento de las lenguas

oficiales al personal docente, realizando una adecuación del mismo a las normas que sobre normalización lingüística resultan aplicables en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y actuando de forma ponderada en la medida en que puedan conciliarse los derechos individuales que se dirimen en esta queja, sin que lo anterior constituya un menoscabo del servicio público educativo.

En efecto, con el objeto de fijar los términos de este debate, el Decreto 115/2001, tiene su justificación inmediata en la Ley 3/1986, de 29 de abril, de normalización lingüística en las Islas Baleares, al establecer en su artículo 23.2 que los profesores, de acuerdo con la exigencia de su tarea docente, tienen que conocer las dos lenguas oficiales de las Illes Balears, especificándose a través de lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 92/1997, de 4 de julio, que el profesorado que imparta la enseñanza en las Islas Baleares debe poseer el dominio oral y escrito de las dos lenguas oficiales necesarias en cada caso para las funciones educativas y docentes que ha de realizar, según la normativa que regule las titulaciones y los planes de reciclaje y de formación del profesorado.

Completan esta exposición normativa, la Orden del Consejero de Cultura, Educación y Deportes, (*BOAIB*, núm. 43, de 6.04.1996), por la que establece el Plan de reciclaje y de formación lingüística y cultural en los centros de enseñanza no universitaria de las Islas Baleares, y, por último, la reciente Orden de 2 de enero de 2002, de la Consejería de Educación y Cultura de la citada Comunidad autónoma, sobre Formación profesional continua, planificación y reconocimiento de la del profesorado no universitario.

Pues bien, desde un análisis razonable y ponderado de la normativa citada, no sólo resulta adecuado facilitar a los docentes una cierta accesibilidad para la realización de los cursos de reciclaje, sino que al igual que ocurre para la formación profesional continua deben tenerse en cuenta los permisos individuales necesarios para la eficacia de los mismos, dado que, atendiendo a la finalidad y la naturaleza de los planes de formación lingüística y cultural, no resulta posible desligarlos o desvincularlos de la formación permanente, toda vez que tal como se desprende del artículo 34 de la Orden de 2 de enero de 2002, se considera también formación permanente del profesorado la superación de los cursos oficiales del Plan de reciclaje y de formación lingüística y culturales.

En este contexto normativo, no coincidimos con esa Administración en que, tal como expone en su informe, la formación o el aprendizaje de una lengua puedan estar dirigidos a satisfacer un interés particular, toda vez que del concepto de formación permanente del profesorado, se derivan un conjunto de acciones que contribuyen a mejorar la prepara-

ción científica, didáctica y profesional de los docentes en el ámbito de la enseñanza no universitaria, y en definitiva, a la mejora de la calidad de la enseñanza, conjugando las necesidades formativas del sistema educativo con las de los docentes.

Por esta razón y en todo caso, salvando el periodo lectivo o de docencia directa con los alumnos que debe cubrir un docente, y sin perjuicio del cumplimiento del horario de dedicación directa al centro que no corresponda a tareas lectivas —como puedan ser tutorías y orientación, guardias, etc.—, resulta posible establecer mecanismos más flexibles en aquellas horas semanales que excedan de las fijadas para la atención directa al Centro, todo ello con la finalidad de facilitar, como ya se ha expresado, que la realidad de la normalización lingüística alcance las expectativas pretendidas.

Si no se hubiera planteado la situación desde las argumentaciones que proponemos, ningún sentido tendría lo dispuesto en el artículo 23.3 de la Ley 3/1983, de 29 de abril de normalización lingüística de las Islas Baleares, al expresar que,

«Los profesores que a partir de la entrada en vigor de la presente Ley no tengan conocimiento suficiente de la lengua catalana serán capacitados progresivamente mediante los correspondientes cursos de reciclaje, cuyo cómputo horario será tenido en cuenta a efectos de jornada laboral en período no lectivo».

Del mismo modo, perdería consistencia lo establecido en la disposición adicional del Decreto 115/2001, si no se arbitrasen mecanismos adecuados y flexibles para poder dar efectividad a la obligación impuesta de superar los cursos de reciclaje correspondientes para aquellos docentes que desarrollen su actividad en centros educativos de esa Comunidad y que no posean el nivel de conocimiento de lengua catalana exigido en dicho Decreto antes del día 31 de agosto del año 2002.

En efecto, aun cuando resulta muy loable que esa Administración haya ampliado considerablemente los plazos que a través de las disposiciones adicionales sexta, séptima y octava de la Ley 3/1986, fijaban en un máximo de cinco años la exigencia de superar las pruebas de los dos primeros niveles de reciclaje para adquirir un nivel suficiente de comprensión oral y escrita para aquellos profesores procedentes de otras comunidades autónomas o que estuvieran prestando servicios en centros docentes ubicados en el territorio de esa Comunidad en el momento de la publicación de dicha Ley, es lo cierto que, habiéndose establecido una nueva y más actualizada regulación sobre la exigencia de conocimiento de las lenguas oficiales, y entendiendo que la disposición

adicional citada, constituye una medida residual para conseguir que los docentes rezagados puedan normalizar su situación de déficit lingüístico que oficialmente padecen, hubiera resultado más efectivo, al objeto de culminar este proceso de integración y poner fin a esa situación transitoria, que esa Administración diseñara junto con cada centro educativo, de acuerdo con la autonomía pedagógica que ostentan estos últimos, un modelo organizativo y de gestión que teniendo en cuenta las horas de libre disposición de los docentes afectados incluidas en su horario semanal, permita definir los cursos concretos de reciclaje que pueden acomodarse a la situación particular de aquellos.

Por último, esta Institución debe destacar la situación especial que concurre en los profesores reclamantes, dado que según informa ese departamento educativo, prestan servicios en un Instituto de Enseñanza Secundaria de Eivissa, desde el año 1989. Esa situación de arraigo en las Illes Balears, así como la obligatoriedad de que la lengua catalana sea utilizada de forma progresiva en todos los centros de enseñanza, parece favorable en cuanto a la presunción de que dichos docentes conocen y hacen uso oral y escrito de la lengua catalana, presunción que en el caso de uno de ellos se confirma a través de un certificado que nos acompaña, expedido por la Dirección Provincial de Baleares, del entonces Ministerio de Educación y Ciencia, de fecha 17 de julio de 1996, en el que se expresa su competencia en la comprensión oral y escrita de la lengua catalana durante la actuación como vocal en un tribunal de oposición para acceder a la especialidad de Educación Física (se aporta fotocopia).

En consecuencia, por lo anteriormente expuesto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, he resuelto formular la siguiente recomendación:

«Que por los servicios correspondientes de esa Consejería de Educación y Cultura, se adopten las medidas legales o procedimentales adecuadas en orden a dotar de la mayor efectividad el contenido de la disposición adicional del Decreto 115/2001, de 14 de septiembre, que regula la exigencia de conocimiento de las lenguas oficiales al personal docente, con el fin de que los profesores que desarrollen su actividad en centros educativos, públicos o privados y en servicios educativos de carácter público que no posean el nivel de conocimiento de lengua catalana exigido en el citado Decreto, puedan reciclarse a través de la superación de unos cursos de capacitación cuyo cómputo horario se tenga en cuenta a efectos de jornada laboral en período no lectivo o en horas de obligada permanencia, que no sean de presencia directa con los alumnos, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 23.3 de la Ley 3/1986, de 29 de abril, de normalización lingüística de las Islas Baleares».

Igualmente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, anteriormente citada, he resuelto formular la siguiente sugerencia:

«Que, en atención a que los interesados en esta queja, debido a su arraigo en esa Comunidad autónoma, no parecen plantear dificultades en cuanto a una rápida adaptación a las exigencias de un nivel adecuado de conocimiento de la lengua catalana, a través de los correspondientes cursos de reciclaje, aunque no dispongan todavía de las correspondientes acreditaciones, se adopten las medidas adecuadas por el departamento que corresponda, en orden a facilitar a estos docentes la posibilidad de adecuar su horario docente a los cursos que permitan adquirir el nivel de conocimientos de la lengua catalana exigidos para el desarrollo de su actividad, de forma que puedan asistir a dichos cursos en período no lectivo o en horas de obligada permanencia, que no sean de presencia directa con los alumnos».

Madrid, 1 de julio de 2002.

**Recomendación dirigida al Consejero de Educación y Cultura del Gobierno de las Illes Balears.**





**Recomendación 56/2002, de 19 de julio, sobre auxilio de la policía a los ciudadanos en el cumplimiento de resoluciones judiciales.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 390.)*

Agradecemos su atento escrito, de fecha 29 de abril del presente año, en el que nos contesta a la queja planteada por don (...) y registrada con el número arriba indicado.

Del contenido del informe elaborado por esa Dirección General, conviene precisar algunos puntos al objeto de extraer las oportunas conclusiones. En síntesis, frente a una situación de enfrentamiento familiar ocasionado por la negativa de uno de los cónyuges a entregar al otro al hijo de ambos, siendo así que el otro disponía de una resolución judicial que le habilitaba a tal fin, la fuerza actuante se limitó a intentar conciliar la voluntad de ambos cónyuges, e impedir situaciones de violencia física; amén de ello, no instruyó diligencia alguna porque los hechos no fueron objeto de denuncia.

La actuación así resumida no parece cumplir las exigencias legales de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que, determinadas en el artículo 11 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, establece como misión de éstas proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, previniendo la comisión de actos delictivos y velando por el cumplimiento de las órdenes dictadas por la autoridad.

En este sentido, conviene precisar que el incumplimiento de la orden o mandato judicial para la entrega del menor por parte de doña (...) constituye, en principio, el núcleo de una acción típica de desobediencia prevista y penada en la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, en su artículo 556, como tal ha de entenderse ya que el mandato judicial en-

traña una orden de naturaleza concreta, y no abstracta, especialmente destinada a doña (...) como sujeto que debe obedecerla, engendrando el correlativo deber de acatamiento dada la autoridad judicial que la dicta, revestida de competencia y con las debidas formalidades.

Ante esta situación, la fuerza actuante no debió conformarse con intentar conciliar las voluntades de los intervinientes, debiendo en todo caso asegurar la efectividad de la orden judicial.

La fuerza actuante, asimismo, se excusó de actuar sobre la base de que no había sido notificada la resolución desde el juzgado a la policía, adoptando también en este punto una actitud pasiva, entendiéndose que aunque la ausencia de notificación a la policía puede ser atribuible a un mal funcionamiento del juzgado, una vez exhibida por el ciudadano la orden judicial, la fuerza pública debió intentar comunicarse con el juzgado al objeto de recibir confirmación y actuar en consecuencia.

La fuerza actuante, en lugar de apercibir a doña (...) sobre las consecuencias penales que podrían derivarse de sus actos, y evitar en todo caso su consumación, no sólo no realizó tales advertencias, ni prestó auxilio eficaz para el cumplimiento de la orden judicial, sino que ni tan siquiera confeccionó diligencias al respecto por ausencia de denuncia, según se manifiesta. Cabe resaltar en este punto también una falta de diligencia en el cumplimiento de sus funciones, al estimar que unos hechos presuntamente constitutivos de un delito típicamente público, como la desobediencia a la autoridad, pueden investigarse, o no, dependiendo de la denuncia que efectúe en su caso el beneficiario último de los actos de esa autoridad.

Por todo lo anterior, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se considera conveniente formular a V. I. la siguiente recomendación:

«Que se dicten instrucciones precisas para la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado auxiliando a los particulares en el ejercicio de sus derechos familiares, máxime cuando se refieran a facultades expresamente reconocidas en documentos judiciales».

Madrid, 19 de julio de 2002.

**Recomendación dirigida al Director General de la Policía.**

**Recomendación 57/2002, de 19 de julio, sobre la grafía de los apellidos en el DNI.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 389.)*

Agradecemos su atento escrito, en el que nos contesta a la queja planteada por don (...), registrada con el número arriba indicado.

En relación con el contenido de dicho informe, esta Institución ha valorado la conveniencia de poner en su conocimiento las siguientes consideraciones:

La Administración pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución, debe actuar de acuerdo con el principio de eficacia, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

La Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana dispone en su artículo 9.3 que en el documento nacional de identidad figurarán la fotografía y la firma de su titular, así como los datos personales que se determinen reglamentariamente.

El Decreto 196/1976, de 6 de febrero, por el que se regula el documento nacional de identidad, establece en su artículo 1 que es el documento público que acredita la auténtica personalidad de su titular, constituyendo el justificante completo de la identidad de la persona. En el mismo artículo se señala que será imprescindible para justificar por sí mismo y oficialmente la personalidad de su titular, haciendo fe, salvo prueba en contrario, de los datos personales que en él se consignent.

En el artículo 5 de la misma norma se establece que los datos personales que deben consignarse en el documento nacional de identidad comprenderán, entre otras circunstancias, el nombre y apellidos del titular expresados en la lengua en que figuren consignados en el Registro Civil.

Las justificaciones que se aducen para no dar cumplimiento a lo previsto legalmente, como el desconocimiento de la grafía de muchos idiomas o la gran dificultad de incorporar al programa informático todos los signos gramaticales que se contienen en los distintos idiomas del alfabeto latino, no pueden en ningún caso amparar el incumplimiento de lo previsto en las normas antes citadas.

Por todo cuanto antecede, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, hemos considerado conveniente recomendar a V. I.: «Que adopte las medidas oportunas para que la aplicación informática que gestiona el documento nacional de identidad pueda utilizar todos los signos lingüísticos necesarios para escribir correctamente cualquier nombre o apellido con el que una persona haya sido inscrita en el Registro Civil y, en la medida en que no sea posible de forma inmediata esa mejora de la aplicación informática, deberán adoptarse las medidas oportunas para que sin más demora pueda expedirse dicho documento, haciendo constar en el mismo la transcripción exacta del nombre y apellidos que figuran en la correspondiente inscripción registral».

Madrid, 19 de julio de 2002.

**Recomendación dirigida al Director General de la Policía.**

**Recomendación 58/2002, de 19 de julio, sobre proporcionalidad en la medida cautelar de detención aplicada por la Policía Nacional.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 390.)*

Ha comparecido de nuevo ante esta Institución, doña (...), mediante el correspondiente escrito, en relación con la investigación iniciada ante esa Dirección General.

La interesada manifiesta su desacuerdo con la información que le fue proporcionada en la queja de referencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 31 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, toda vez que insiste en que fue sometida a un desnudo integral con ocasión de la detención de que fue objeto.

No obstante lo anterior, de la información facilitada por la interesada y por el informe de esa Dirección General se desprende que en el caso presente, la detención acordada no parece satisfacer todos los parámetros de justificación que requieren la ley y la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

La procedencia de la detención policial queda legalmente condicionada a que el detenido se encuentre en alguno de los supuestos del artículo 490 de la LECrim (vide el artículo 492.1 que remite a la detención de particulares) o del artículo 492. El examen de todos y cada uno de tales supuestos revela un mismo común denominador: la detención policial exige, como presupuesto material previo, la existencia de un título de imputación (condena, rebeldía, procesamiento o evidente participación en un hecho punible) contra una persona determinada. Sin imputación previa no existe detención legal. En el caso presente, sin evidencias materiales del delito, y sólo a requerimiento de una denunciante, la medida cautelar de detención no parece ni con mucho estar justificada desde este punto de vista.

Por otro lado, no es suficiente cualquier género de imputación, sino la de un hecho punible, que revista especial gravedad o que, aun sin tenerla, pueda el funcionario de policía, de las circunstancias del hecho o de la personalidad del imputado, presumir que éste se sustraerá a la actividad de la justicia. Este es el sentido que se deduce de la farragosa redacción de los números 2º a 4º del artículo 492 de la LECrim. En este sentido, la gravedad del delito denunciado, que en principio era un hurto sin circunstancias modificativas evidentes, para el cual el Código no prevé penas privativas de libertad, y las circunstancias de la interesada, sin antecedentes penales, con vinculación sociofamiliar, etc., hacen desde cualquier punto de vista innecesaria y desproporcionada la medida cautelar de detención acordada en su contra, que no olvidemos se prolongó hasta prácticamente agotar el plazo legal, ocasionando un daño injustificado a la interesada.

A la vista de todo lo anterior, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, esta Institución ha valorado la conveniencia de formular a V. I. la siguiente sugerencia: «Que se proceda a la apertura de una investigación interna al objeto de esclarecer las circunstancias de la detención de doña (...), procediendo en su caso a depurar las responsabilidades a que hubiera lugar».

Asimismo, se ha valorado la conveniencia de formular a V. I. la siguiente recomendación: «Que se proceda a dictar instrucciones generales sobre las circunstancias en las que deba procederse a la detención de los presuntos delincuentes, teniendo en cuenta la necesidad de la medida cautelar, la proporcionalidad de ésta, de acuerdo con el presunto delito cometido, todo ello valorando fundamentalmente la probabilidad de que el ciudadano objeto de la medida pueda sustraerse a la acción de la justicia».

Madrid, 19 de julio de 2002.

**Recomendación dirigida al Director General de la Policía.**

**Recomendación 59/2002, de 19 de julio, sobre la imparcialidad de los órganos de promoción de personal.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 395.)*

En su día se dirigió a esta Institución don (...) exponiendo su discrepancia con el desarrollo y resolución de un proceso de promoción interna acaecido los días 4 y 5 de diciembre de 2000, para la cobertura de una plaza vacante de asistente social perteneciente al Servicio de Atención al Usuario del Hospital de Mérida (Badajoz), proceso en el que no se habría tomado en consideración una determinada titulación del actor.

Admitida la queja a trámite, se solicitó la oportuna información sobre el asunto a la entonces competente Dirección Territorial del Instituto Nacional de la Salud en Badajoz. A resultas de la comunicación facilitada se estimó conveniente la formulación de una recomendación y una sugerencia en fecha 25 de octubre de 2001, a fin de que aquel centro directivo procediera a adoptar las medidas oportunas para preservar la imparcialidad de los órganos de promoción de personal, de conformidad con los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, y a resolver expresamente una reclamación formulada por el promotor de la queja, resoluciones que no han sido contestadas como es preceptivo de conformidad con el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que se rige el Defensor del Pueblo.

Es por esta razón por la que dirigimos ahora nuestras actuaciones a esa Administración autonómica, tras la efectividad de la transferencia de funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud a esa Comunidad autónoma, operada por Real Decreto 1477/2001, de 27 de diciembre, a fin de que emita informe sobre el estado de la cuestión, puesto que la información que ha sido remitida por la Gerencia del Área de Salud de Mérida, cuya copia se adjunta, no informa acerca de la aceptación o no



de las citadas recomendación y sugerencia y desconoce, además, si el asunto se encuentra sometido al control de los tribunales de justicia y el alcance y contenido de ese posible procedimiento judicial.

En este sentido, se ha considerado oportuno formular de nuevo aquella resolución a esa Administración autonómica significando, al efecto, las razones en las que esta Institución fundamenta la resolución mencionada.

Así, recordamos, por tanto, la argumentación entonces utilizada que aquí reproducimos en sus mismos términos:

Formulada en su día queja por el interesado, en aquélla exponía que prestaba servicios con la categoría de telefonista en el hospital de Mérida, (Badajoz), expresando su discordancia con el desarrollo y resolución, producida ésta en las sesiones de la Mesa de selección de los días 4 y 5 de diciembre de 2000, de un proceso de promoción interna cuyo objeto era la cobertura de una plaza vacante de asistente social perteneciente al Servicio de Atención al Usuario del mencionado hospital.

Su desacuerdo venía motivado, según exponía, en que la falta de presentación en el plazo establecido, de la titulación requerida, circunstancia aducida en el acta elaborada por el mencionado órgano de selección para no valorar este requisito del aspirante, no se correspondía con la realidad por cuanto presentó en el plazo indicado, antes del 30 de octubre del año 2000, una certificación académica personal donde se hacía constar las asignaturas cursadas y las puntuaciones obtenidas.

De otro lado, indicaba en su escrito que no se le habría dado posibilidad y plazo para la subsanación de errores o para que aportase los documentos preceptivos, de ser esa la naturaleza del documento en cuestión, en el supuesto de que se entendiera que la solicitud inicial no reunía los requisitos necesarios.

Señalaba, asimismo, que en el mencionado órgano de selección participó la persona finalmente seleccionada significando, por último, que había formulado reclamación previa ante aquella Administración en fecha 11.12.2000, por las cuestiones antes planteadas.

Una vez admitida la queja a trámite e iniciada la investigación, la Administración comunicó, de un lado, que el trabajador no presentó el certificado de adquisición del título de asistente social dentro del plazo establecido.

Ante tal carencia no se le solicitó por escrito su subsanación, si bien una vez constatada aquella, en la reunión realizada para la valoración y selección del candidato, el interesado aportó el indicado documento aun-

que estaba emitido fuera del plazo establecido para la presentación de las solicitudes, lo que impedía su valoración.

Señalaba, asimismo, que la persona finalmente promocionada, que formaba parte de la mesa de selección, no participó en las reuniones en las que se valoró la documentación aportada, seleccionando al aspirante conforme a las reglas establecidas sobre promoción interna en el referido centro.

De la información facilitada se extrae, en lo relativo a la actuación de esa Administración determinante de la inadmisión de esa documentación que, de un lado, consta la presentación, el 5 de diciembre de 2000, de un certificado del pago de los derechos correspondientes para la expedición del título de diplomado en Trabajo Social, expedido el 6 de noviembre de 2000. Esta certificación tiene atribuida por la Orden Ministerial de 8 de julio de 1988 la propiedad de surtir los mismos efectos que la posesión del título, en tanto tal expedición no se produzca.

La cuestión a dilucidar estriba en los efectos atribuibles a ese documento en relación con su plazo de presentación, sin que este análisis alcance el examen del certificado académico personal, al que aludíamos al principio del escrito al no constar su presentación ante el Instituto Nacional de la Salud.

Pues bien, en este aspecto, las normas que regulan la promoción interna del centro hacen alusión a la concurrencia del requisito de estar en posesión de la titulación requerida, como fiel reflejo del contenido del artículo 9 —promoción interna temporal—, de la Ley 30/1999, de 5 de octubre, de Selección y Provisión de Plazas de Personal Estatutario de los Servicios de Salud, precepto comprendido dentro del capítulo III de la mencionada Ley, comprensivo de las normas relativas a la promoción interna.

Lo cierto es que, a la fecha de presentación de la solicitud, 30 de octubre de 2000, el promotor de la queja no ostentaba el título requerido, puesto que el certificado de abono de los derechos del título que hace sus veces, fue expedido el 6 de noviembre de ese año y registrado el 5 de diciembre de 2000, una vez caducada esa instancia, razón por la que no pudo ser tenido en cuenta por el órgano de selección.

No se puede realizar, por el contrario, un análisis favorable de la actuación administrativa relativa al desarrollo del proceso de promoción interna. Esto es así en lo referente a la participación de uno de los miembros de la Mesa de selección en el referido proceso, lo que resulta incompatible, a nuestro juicio, con su participación en aquella promoción de personal, en cuyo desarrollo y resultado estaba interesado. En este

sentido se observa, que la persona que resultó finalmente elegida tomó parte en la reunión de la Mesa de promoción interna de fecha 23 de octubre del año 2000 donde se modificó el baremo de méritos a valorar en el referido proceso e, igualmente, figura en acta su asistencia a la reunión realizada para la calificación del proceso celebrada el 5.12.2000, aunque abandonó la reunión y no participó en la valoración de los aspirantes ni firmó el acta correspondiente.

No obstante, la intervención en el procedimiento entra en colisión con el principio de imparcialidad que debe regir la actuación de los miembros de un órgano de selección. Reflejo de dicho principio es el deber de abstención, sobre el que luego se volverá, que rige el funcionamiento de los órganos colegiados a que hace alusión el artículo 28 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, apreciándose que en este supuesto concurría el interés personal del que reunía, a la par, la condición de miembro de la Mesa de promoción interna, como órgano colegiado encargado de la selección y de participante en la convocatoria.

Lo anterior no implica, necesariamente, conforme al artículo 28.3 de la Ley 30/1992 que el resultado del proceso esté invalidado, y ello por dos motivos: uno, por cuanto el resultado de la promoción se acuerda en función de los méritos aportados por los aspirantes conforme al baremo establecido por el órgano colegiado, lo que determinó, en un principio, que fuera un tercer aspirante el que resultara seleccionado, cuya renuncia a promocionar propició el resultado final; dos, por cuanto la persona seleccionada no participó en la valoración de la documentación acreditativa de aquellos méritos. La actuación final de este componente de la mesa de selección debe equipararse a su abstención, al afectar a la actividad principal por la que el órgano de selección se constituye; la formación de su voluntad sobre esa valoración y selección de aspirantes. Y, puede ser así calificada por añadidura, cuando el Tribunal Supremo hace equivalente a aquélla la conducta del miembro del órgano de selección presente, que no emite su voto (STS de 18 de septiembre de 1990). No es obstáculo a esta consideración su participación anterior en otra reunión del órgano de selección por cuanto del contenido y resultado de aquélla, relativa a una modificación del baremo, no se aprecia la concurrencia de específicas circunstancias acordadas en beneficio de la persona finalmente seleccionada que convirtieran en inválido aquel acuerdo.

Sobre este extremo es oportuno traer a colación que la Ley 30/92 no especifica qué circunstancias conducen a la invalidez del acuerdo del órgano colegiado. No ocurre así con la Ley 7/1985, de 2 de abril, Regula-

dora de las Bases del Régimen Local, cuyo artículo 76 prescribe la invalidez de los actos cuando la actuación de los miembros de las corporaciones locales en que concurren esas causas haya sido determinante, lo que no resulta apreciable en la actuación del mencionado miembro del órgano de selección, todo ello, sin olvidar que el artículo 27.4 de la misma Ley, establece el alcance de la responsabilidad por los acuerdos adoptados limitado a quienes hubieran votado favorablemente el acuerdo generado. Ambas razones no permiten concluir acerca de la invalidez del resultado, lo que permite sumar en favor de su validez, además, la aplicación del principio en favor de la conservación del acto.

Por último, no constando la información relativa a la resolución expresa de la reclamación previa formulada por el interesado en fecha 11.12.2000, aunque en un escrito de fecha 3.5.2001 se da respuesta a alguna de las cuestiones planteadas por el interesado, debe instarse a ese centro directivo para que proceda a resolver aquélla, de conformidad con lo establecido en el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formular las siguientes:

Recomendación: «Que se adopten las medidas oportunas para que se preserve la imparcialidad de los órganos de promoción de personal, de conformidad con los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992».

Sugerencia: «Que se proceda a resolver expresamente la reclamación previa formulada por el interesado, de conformidad con el artículo 42 de la Ley 30/1992».

Madrid, 19 de julio de 2002.

**Recomendación dirigida al Director Gerente del Servicio Extremeño de Salud. Consejería de Sanidad y Consumo de la Junta de Extremadura.**



**Recomendación 60/2002, de 19 de julio, sobre información a los consumidores de las limitaciones en el uso y tenencia de armas blancas e imitaciones de armas, que pueden dar lugar a la imposición de sanciones administrativas.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 399.)*

Compareció ante esta Institución, mediante el correspondiente escrito, don (...), con domicilio en (...) (Madrid).

Sustancialmente exponía que distintas empresas se dedicaban a la venta de imitaciones de armas y, en algunos casos, a su envío a través de los servicios postales lo que podría contravenir lo establecido en el vigente Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero.

Esta Institución inició la correspondiente investigación ante la Dirección General de la Guardia Civil, al considerar que la venta por correo no cumplía con los requisitos establecidos en el citado Reglamento de Armas y, por otra parte, que la venta en establecimientos de las imitaciones de armas de fuego y ciertas armas blancas conllevaría la imposición de sanciones a los compradores, al infringirse el contenido de los apartados 2 y 3 del artículo 5 del Reglamento de Armas, que prohíbe su tenencia, en el caso de las armas blancas de hoja superior a 11 centímetros, y portar fuera del domicilio de imitaciones de armas de fuego que por sus características externas puedan inducir a confusión sobre su auténtica naturaleza, aunque no puedan ser transformadas en armas de fuego.

La citada Dirección General de la Guardia Civil, emitió un informe, respecto a la venta de armas por correo, concluyéndose que la misma, de acuerdo con lo establecido en los artículos 54 y 56 del Reglamento de Armas no se podía realizar.

Respecto a la venta en establecimientos públicos se ha participado que los comerciantes que venden estos productos en armerías, jugueterías, ferreterías, cuchillerías, etc., eran reticentes a informar a los posibles compradores sobre las limitaciones legales para la adquisición y tenencia de las imitaciones de armas, ya que ello supondría un descenso en las ventas, alegando que no existe reglamentación que obligue a realizarlo y que los fabricantes o importadores de estos productos no están obligados a incluir en los embalajes que portan estos artículos ninguna referencia a la prohibición de su uso en la vía pública.

Por su parte, la Comisión Interministerial Permanente de Armas y Explosivos, emitió un informe manifestando que, la comercialización de imitaciones de armas, de las regladas en el artículo 5.2 del Reglamento de Armas, no estaba prohibida, por lo que su comercio es libre y únicamente cabe sancionar la infracción consistente en su tenencia por particulares fuera del domicilio.

En este sentido, esta Institución ha tenido conocimiento de la apertura de expedientes sancionadores por la tenencia, por parte de menores de edad, de imitaciones de armas compradas en jugueterías o grandes superficies.

De igual manera, tras la lectura de distintos artículos del Reglamento de Armas, en concreto, los artículo 3, 4, 5, 106 y 146, se puede concluir que la tenencia de armas blancas fuera del domicilio está prohibida, sin que se avise a las personas que van a comprarlas de esta circunstancia y, en su caso, que deben justificar el motivo por el que las portan, que no puede ser la mera voluntad de llevarlas consigo, pudiendo iniciarse, en su contra, un expediente sancionador.

Esta situación, a juicio de esta Institución, está produciendo cierta inseguridad jurídica a los ciudadanos que compran estos artículos en establecimientos debidamente autorizados, ya que, si bien la compra puede efectuarse sin requisito alguno, la tenencia y uso están sometidas a ciertas restricciones, lo que está provocando la imposición de las correspondientes sanciones por infracción a lo establecido en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana y al Real Decreto 137/1993, de 29 de enero por el que se aprueba el Reglamento de Armas.

Por ello se dirigieron sendas recomendaciones al Ministerio del Interior, respecto a la conveniencia de que se adoptaran las medidas necesarias para que los compradores pudieran conocer las limitaciones respecto a la tenencia y uso de dichas armas, informando el citado departamento que dichas recomendaciones se remitían a la Comisión

Permanente de Armas y Explosivos para su estudio y posible inclusión en la reforma que se está elaborando del Reglamento de Armas.

No obstante lo anterior, esta Institución considera que la normativa vigente, en concreto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, obliga a que, en estos productos, figuren las advertencias a que se ha hecho referencia anteriormente.

En efecto, el artículo 2.1.d) de la citada norma establece, como uno de los derechos básicos de los consumidores y usuarios «la información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación, para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo y disfrute».

De igual manera y dentro del capítulo IV, que se refiere al derecho a la información, el artículo 13 establece que «los bienes, productos y, en su caso, los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales y al menos sobre las siguientes: «... d) Precio completo o presupuesto, en su caso, y condiciones jurídicas y económicas de adquisición o utilización...».

Por todo lo anterior, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se ha valorado la conveniencia de formular a V. E. la siguiente recomendación:

«Que por esa Consejería se adopten las medidas necesarias para que, en los productos a que se ha hecho referencia en el cuerpo de este escrito, se informe a los compradores de las condiciones de uso y tenencia de los mismos, de acuerdo con lo que a este respecto establece el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas y en debido cumplimiento de lo establecido en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios».

Madrid, 19 de julio de 2002.

**Recomendación dirigida a:**

**Consejero de Gobernación de la Junta de Andalucía.**

**Consejero de Salud, Consumo y Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Aragón.**

**Consejero de Salud y Servicios Sanitarios del Principado de Asturias.**

**Consejero de Sanidad y Consumo del Gobierno de Canarias.**

**Consejero de Sanidad, Consumo y Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Cantabria.**



**Consejero de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.**

**Consejero de Industria, Comercio y Turismo de la Junta de Castilla y León.**

**Consejero del Departamento de Industria, Comercio y Turismo de la Generalidad de Cataluña.**

**Consejero de Sanidad y Consumo de la Junta de Extremadura.**

**Consejero de Industria y Comercio de la Junta de Galicia.**

**Consejera de Sanidad y Consumo del Gobierno de las Illes Balears.**

**Consejero de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid.**

**Consejera del Departamento de Industria y Tecnología, Comercio, Turismo y Trabajo del Gobierno de Navarra.**

**Consejero del Departamento de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno Vasco.**

**Consejería de Hacienda y Economía de la Comunidad Autónoma de La Rioja.**

**Consejero de Sanidad y Consumo de la Región de Murcia.**

**Consejero de Innovación y Competitividad de la Generalidad Valenciana.**

**Consejero de Sanidad, Consumo y Deportes de la Ciudad Autónoma de Ceuta.**

**Viceconsejero de Sanidad y Consumo de la Ciudad Autónoma de Melilla.**

**Recomendación 61/2002, de 19 de julio, sobre la tasa por el servicio de gestión de residuos sólidos urbanos.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 405.)*

Se ha recibido su escrito de fecha 19 de abril de 2002 (s/rf. registro de salida n.º 7186, de 24 de abril de 2002), en el que contesta a la queja formulada por don (...), que fue registrada en esta Institución con el número arriba indicado.

De la última información facilitada por ese Ayuntamiento no se deduce el coste del servicio de gestión de residuos sólidos urbanos referente a los inmuebles destinados a vivienda, ya que el dato de este servicio concreto se fija globalmente, y no se contiene en el informe emitido una información de las diferentes partidas desglosadas que supone la instalación del nuevo servicio. En cuanto al cálculo de la cuota de la tasa tampoco se comprende la forma en que la misma se ha calculado, pues según el valor catastral de cada inmueble se aplica una cuota fija, no relacionada en principio con la cantidad de basura capaz de generar una vivienda en un año. En este punto parece más lógico considerar que los residuos se producen en función del número de personas que habitan una vivienda y no en relación al valor de la misma.

Respecto al contenido de la Ordenanza Fiscal por la que se aprueba la tasa por el servicio de gestión de residuos sólidos urbanos para el año 2001, hay que señalar que el artículo 3 considera contribuyentes a quienes utilicen o disfruten por cualquier título los inmuebles destinados a vivienda, estableciendo la responsabilidad solidaria del titular del inmueble por cualquier título, por lo que aunque la tasa tenga una pretendida finalidad protectora del medio ambiente, según se desprende de su escrito, lo cierto es que grava la titularidad de los bienes inmuebles sin tener en cuenta si estos son productores de residuos o no, ya que el

único caso recogido en la norma que permite la baja en la citada tasa hace referencia a la imposibilidad sobrevenida de uso de la vivienda por razones urbanísticas.

Por otra parte, de la documentación remitida se infiere que la Ordenanza fiscal reguladora de la tasa sobre gestión de los residuos sólidos urbanos, tal como indicaba el interesado en su escrito de queja, ha tomado como único elemento para el cálculo de la base imponible el valor catastral de las viviendas de ese término municipal, sin tener en cuenta ningún otro elemento corrector.

A este respecto hay que tener en consideración que el artículo 24.2 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales dispone que el importe de las tasas por la prestación de un servicio o por la realización de una actividad no podrá exceder, en su conjunto, del coste real o previsible del servicio o actividad o, en su defecto, del valor de la prestación recibida.

De la documentación recibida se deduce que se ha efectuado un cálculo de los ingresos que se van a recaudar del pago de la tasa por los titulares de las viviendas sitas en Getafe, pero no se ha realizado la correspondiente evaluación del coste real del servicio, ni tampoco se ha calculado el importe de las cuotas en función de la prestación recibida, sino que se impone una cuota fija a cada inmueble relacionándola únicamente con el valor catastral del mismo. Este sistema puede contravenir el citado precepto de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales pudiendo recaudar más del coste del servicio.

El valor catastral sirve para los tributos de base patrimonial que toman como objeto gravable los bienes inmuebles, la tasa, por el contrario, debe quedar graduada en función del coste del servicio de recogida de basuras.

En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que en Sentencia de 9 de junio de 1999, enjuició un caso similar al presente en el que el Ayuntamiento de Jaén contaba con una Ordenanza reguladora de la tasa por recogida de basuras en iguales términos a la de ese Ayuntamiento, en el fundamento jurídico cuarto dice textualmente: «Así es, dado que el objeto de la tasa considerada está representado por la prestación del servicio municipal de recogida de basuras, la medición de ese presupuesto de hecho, desde el punto de vista jurídico, a los efectos de determinar el *quantum* de la obligación tributaria, es decir, a los efectos de determinar la base imponible de ese tributo, desde luego que no puede venir determinada en función del llamado valor catastral que, según se ha dicho aquí, es una magnitud susceptible de graduar los tri-

butos de base patrimonial que toman como objeto gravable los bienes inmuebles, sino que la susodicha tasa debe quedar graduada en atención al coste del servicio que a través de ella se dice financiar, es decir, en función de las características propias del servicio de recogida de basuras».

Continúa la citada sentencia diciendo «Al atender el artículo 5 de la Ordenanza cuestionada al valor catastral, como único módulo susceptible de cuantificar el servicio público de recogida de basuras urbanas, no sólo desatiende la evaluación del coste de dicho servicio, sino que además indirectamente está provocando un caso de sobreimposición dado que, a la postre, esta tasa no está operando con la autonomía propia de esta categoría tributaria, sino como un recargo del IBI, que se ha estimado en el 0,25 por 100 del valor catastral, lo que además de improcedente no es ajustado a Derecho, por lo que debemos anular el contenido del referido artículo 5 de la Ordenanza municipal reguladora de la Tasa de Recogida de Basuras...».

Como se puede observar del contenido de la citada sentencia la redacción del artículo 5 de la Ordenanza del Ayuntamiento de Jaén era similar al contenido del artículo 6.B) de la Ordenanza de ese Ayuntamiento, así que los argumentos dados por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía para anular la mencionada Ordenanza son igualmente válidos en el presente caso.

Por otra parte de los datos económicos aportados se infiere una previsión económica global del coste del servicio, en función de los ingresos que se pretenden recaudar con la tasa, sin hacer distinción entre la inversión inicial que requiere la instalación nueva de un servicio y el mantenimiento posterior del mismo, así como sin desglosar los conceptos de los diferentes gastos que el servicio en cuestión conlleva, lo que parece indicar la ausencia de un estudio económico financiero adecuado para el establecimiento de la tasa.

Para ello el párrafo segundo del apartado 2 del citado artículo 24 dispone los conceptos que han de ser tenidos en cuenta para el cálculo del importe de las tasas por la prestación de un servicio, datos que se desconoce si han sido considerados por ese Ayuntamiento. Del mismo modo, el artículo 25 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales determina que los acuerdos de establecimiento de las tasas para financiar total o parcialmente los nuevos servicios, deberán adoptarse a la vista de informes técnico-económicos en los que se ponga de manifiesto la previsible cobertura del coste de los servicios.

No se discute el derecho de ese Ayuntamiento a establecer y cobrar una tasa por la recogida de residuos sólidos urbanos, sino que se consi-

dera que la fórmula empleada para el cálculo de la base imponible no es ajustada a Derecho por las razones expuestas.

Del mismo modo se considera que el sistema establecido para el cálculo del coste del servicio basado, al parecer, en las previsiones de recaudación según una cuota fija no se ajustan a la Ley Reguladora de las Haciendas Locales aplicable al presente caso.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, se ha considerado procedente formular a S. S. la siguiente recomendación:

«Que se proceda a adoptar las medidas normativas oportunas para que el cálculo de la base imponible de la Tasa de recogida de residuos sólidos urbanos se adopte conforme dispone el artículo 24 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales teniendo en cuenta el coste global del servicio público que se presta, pudiendo coexistir el valor catastral junto con otros como elemento de medición de la capacidad económica de los sujetos pasivos, pero no pudiendo constituir el único elemento para el cálculo de la misma.

Asimismo se recomienda que la cuantía del coste de la instalación del nuevo servicio se efectúe teniendo en cuenta los informes técnico-económicos referidos a la cobertura del coste real del servicio a implantar de conformidad con el artículo 25 de la citada Ley».

Madrid, 19 de julio de 2002.

**Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Getafe (Madrid).**

**Recomendación 62/2002, de 19 de julio, sobre interpretación extensiva de la obligación de identificación por el titular del conductor infractor.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 405.)*

Se acusa recibo a su atento escrito, de fecha 4 de marzo del presente año, en el que nos contesta a la queja planteada por doña (...) y registrada con el número arriba indicado.

Esta Institución no puede compartir la argumentación contenida en el citado informe, como ha sido puesto de relieve en otras ocasiones, ya que aunque como dice el informe la argumentación ha sido reiterada de forma clara y terminante, no parece en todo caso que por ello sea más convincente desde el punto de vista jurídico.

En un primer lugar, se sitúa la falta de cobertura legal a una exigencia que se impone desde la Administración en orden a que la persona, contra la que se dirige el procedimiento, aporte pruebas sobre la identidad del conductor autor de la infracción objeto de ese mismo procedimiento.

En segundo lugar, todavía más discutible, es la aplicación forzada y extensiva del apartado 3º del artículo 72 de la Ley de Seguridad Vial; esa corporación no puede obviar, con algunos pronunciamientos de juzgados, lo que constituye un pronunciamiento del Tribunal Supremo (STS de 9 de abril de 2001) donde se considera cumplido el deber de identificación con la puesta en conocimiento de la Administración de la dirección y nombre completo de la persona infractora, en palabras del propio Tribunal «... porque había puesto en conocimiento de la Administración la identidad y la dirección de la persona que el día de los hechos conducía el vehículo..., es evidente que el dueño o titular cumplió con su deber de colaboración...».

Esta precisión, también presente en otras sentencias, incluso del Tribunal Constitucional (154/1994 ó 197/1995), sólo da el sentido propio al supuesto de hecho que contempla la norma citada, ya que identificar nunca ha sido otra cosa que permitir singularizar la identidad y el domicilio para que la Administración pueda dirigirse contra una determinada persona; una interpretación como la que sustenta el Ayuntamiento violenta las más elementales garantías establecidas por la jurisprudencia constitucional en el sentido de que se imponen sanciones a comportamientos no previstos como infracciones en la ley (SSTC 61/1990, 182/1990 y 207/1990).

En todo caso, la exigencia de prueba al denunciado titular del vehículo, podría admitirse, dentro del juego normal de la carga de la prueba, como aportación de parte para descargo de la responsabilidad de dicho titular, siempre que existiera algún indicio que permitiera al órgano sancionador entender que el titular del vehículo era el conductor en el momento de la comisión de la infracción. En efecto, los artículos 135 y 137 de la Ley 30/1992, aplicables en tanto que principios del procedimiento sancionador, establecen tanto la presunción de inocencia como el derecho a la prueba en el procedimiento sancionador.

Sin embargo, en ausencia total de indicios sobre la identidad del conductor, dirigir el procedimiento contra el titular del vehículo, únicamente serviría para trasladar la discusión hacia la validez de la presunción por la que se responsabiliza de la infracción al titular del vehículo, aun cuando no se sabe a ciencia cierta si el titular conducía dicho vehículo. A este respecto, en cuanto al principio de culpabilidad, el Tribunal Constitucional ha reconocido diversos niveles de tal garantía con carácter común para sanciones formalmente penales y administrativas, con excepción de las sanciones administrativas a imponer a personas jurídicas en que se admite un menor nivel de garantías. Tomando como fundamento los artículos 9.3 (en cuanto garantiza la seguridad jurídica) y 25.1 de la Constitución, el Tribunal Constitucional establece que la culpabilidad configura una garantía constitucional en lo concerniente a la exigencia de responsabilidad personal (esto es, que nadie sea sancionado por hecho ajeno), la exigencia de actuación dolosa o imprudente y la relevancia del error de Derecho (en cuanto a la prohibición de responsabilidad por hecho ajeno, cfr. la STC 164/1994, FJ 4). Pero el Tribunal Constitucional ha considerado, por excepción, compatible con la Constitución que se imponga a las personas jurídicas sanciones administrativas, de acuerdo a un sistema que se acerca a la responsabilidad objetiva. Por lo que se refiere al ámbito de la seguridad vial, el propio Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de matizar (por todas en la sentencia 197/1995), el precepto del antiguo Código de la Circulación, el

artículo 278.II, que debía interpretarse como un supuesto de responsabilidad en cascada, no exonerando a la Administración en la obligación de buscar efectivamente un sustento probatorio a la imputación.

Dentro de estos parámetros, esta Institución entiende que efectivamente, en atención a la mejor protección de los intereses públicos en juego, es necesario propiciar una interpretación de las normas que, siendo respetuosa con su sentido y finalidad, posibilite la mayor eficacia en la consecución del fin público subyacente. En este sentido, dentro de un procedimiento sancionador, cuando se identifique por parte del titular del vehículo a otra persona como conductor en el momento de la infracción, la Administración sobre la base de indicios materiales disponibles como son el lugar donde se haya cometido la infracción, el domicilio del titular del vehículo, la naturaleza de la infracción, etc. puede estimar existente un número de indicios directos que justificarían proseguir las actuaciones contra el titular del vehículo sin considerar creíble la identificación realizada. Es en este sentido que dicho titular, en ejercicio de su derecho de defensa, podría aportar las pruebas que considerase necesarias para destruir las presunciones materiales que se derivan del expediente, y, en caso de no aportarse, sería objeto de la sanción correspondiente por la infracción cometida originariamente, pero nunca por una supuesta falta de colaboración, que en todo caso requeriría demostrar que la identificación fue falsaria para que, también esa conducta reuniera los requisitos de tipicidad mínimos, de acuerdo con el supuesto de hecho contemplado en la norma.

Al parecer de la Institución es ésta una solución equilibrada. Quizá sea necesario recordar que la utilización de presunciones no es algo infrecuente en el ordenamiento jurídico penal. En los delitos de tráfico ilegal de drogas determinados hechos objetivos permiten presumir la intención de tráfico y configurar el tipo penal en toda su integridad, lo que obliga a los acusados a una actividad probatoria de descargo para destruir aquellas presunciones (véase la doctrina sentada por el TEDH en los casos *Salabiaku* y *Pham Hoang*).

Por otro lado, en materia tributaria, el artículo 118 de la Ley General Tributaria admite la validez de las presunciones establecidas legalmente, especificando que tienen naturaleza *iuris tantum*, es decir, que admiten prueba en contrario. De forma mucho más concreta el artículo 49, párrafo 21 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, que regula el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas establece una presunción con repercusiones penales consistente en imputar los incrementos patrimoniales no justificados al período en el que se descubran, salvo naturalmente prueba en contrario. La vigente Ley 40/1998, de 9 de diciembre,



reguladora del citado impuesto mantiene en su artículo 37 la presunción indicada.

Obviamente, estas presunciones consisten en la concurrencia de datos o hechos objetivados, de las que siguiendo las reglas del razonamiento lógico podría deducirse la autoría y la responsabilidad, y no suponen la infracción de las garantías exigibles en todo procedimiento sancionador. Por ello, esta Institución no puede dejar de insistir sobre el hecho de que la aplicación que se está dando al artículo 72.3 de la Ley de Tráfico y Seguridad Vial resulta inadecuada, por cuanto se incrimina como falta de identificación (identificar significa señalar) lo que es otra cosa, y es la falta de aportación de pruebas que sirvan para acusar a la persona identificada. Esto constituye una quiebra de las garantías del procedimiento sancionador por más que la finalidad que se busque sea legítima e incluso conveniente.

En consecuencia se ha valorado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, la conveniencia de formular a V. E. la siguiente recomendación:

«Que se modifique la interpretación dada al apartado tercero del artículo 72 de la Ley de Seguridad Vial y, ajustándose a los criterios establecidos en esta comunicación, se respeten las garantías propias de los procedimientos sancionadores.

También, en su caso, se comunique, en el ámbito de dichos procedimientos, a los titulares de los vehículos, con ocasión de la identificación del conductor, que la simple identificación de éste podrá dar lugar, no obstante, a la sanción correspondiente al titular si se derivan indicios en dicho procedimiento, no contradichos por pruebas cuya aportación es carga del administrado, de que el titular del vehículo era efectivamente el conductor, pudiéndose asimismo sancionar la identificación falsaria realizada».

Madrid, 19 de julio de 2002.

**Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Madrid.**

**Recomendación 63/2002, de 22 de julio, para que su actividad se someta a las normas que en cada caso resulten de aplicación en la resolución de solicitudes de acceso para cursar estudios universitarios.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 394.)*

Se ha recibido en esta Institución escrito de V. E., salida 1000001 n.º 200200017820, sobre la queja presentada por don (...), registrada con el número arriba indicado.

En dicha comunicación se da traslado del informe emitido por el Decano de la Facultad de Educación.

Analizados los datos que recoge el referido informe, que ese Rectorado hace suyo, esta Institución ha resuelto precisar cuanto sigue:

En primer lugar se señala en el apartado primero del informe que el señor (...) desea ser considerado como alumno de la Universidad de León, cuando procede de la Universidad Pontificia de Salamanca, analizándose en el segundo y en el tercer apartado, diversos preceptos recogidos en el Real Decreto 704/1999, de 30 de abril, y en el Real Decreto 69/2000, de 21 de enero, y su aplicación a la situación académica del señor (...), llegando a la conclusión, finalmente, de que como la Universidad de procedencia de aquél es la Universidad Pontificia de Salamanca, en la que sí se imparten los estudios que desea realizar —segundo ciclo de Pedagogía—, no resultan aplicables los preceptos que le posibilitarían acceder a esa Universidad, sin justificar un cambio de residencia, por el hecho de que no se impartieran aquellos en la Universidad de procedencia.

En relación con todo lo anterior debe precisarse, en primer lugar, que las normas que vienen regulando los procedimientos para el ingreso en los centros universitarios, desde el Real Decreto 1005/1985, hasta el ahora vigente Real Decreto 69/2000, han venido utilizando distintas fór-

mulas para precisar cuál es la Universidad que corresponde a cada estudiante, dado que tradicionalmente ha sido éste un criterio evaluable para la ordenación de solicitudes y adjudicación de plazas universitarias cuando la demanda supera la capacidad de los centros. Así, a los estudiantes de bachillerato les corresponde la Universidad a la que esté adscrito el centro en el que superaron el segundo curso de Bachillerato LOGSE o el curso de orientación universitaria, o la Universidad de su provincia de residencia, si realizaron los planes de estudios anteriores a la Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación; por su parte, a los estudiantes de Formación Profesional les corresponde la Universidad de su provincia de residencia o a la que estén adscritos sus centros, si realizaron los ciclos formativos de grado superior previstos en la LOGSE, así como también es la Universidad de su provincia de residencia la que corresponde a los que poseen titulación universitaria o equivalente, etc.

Al margen de lo anterior, interesa analizar si resultan o no de aplicación a este supuesto las previsiones normativas que permitirían al señor (...) acceder a esa Universidad de Salamanca sin justificar un traslado laboral o de residencia.

En los supuestos en los que la Universidad que corresponda a cada alumno no imparta las enseñanzas elegidas por el estudiante, las sucesivas normas que establecen las reglas de adjudicación de plazas vienen permitiendo que el estudiante elija otra Universidad, a los efectos del ingreso. Ciertamente es que esta previsión alcanzaba con dificultad a los alumnos que por residencia les correspondía un distrito universitario en el que no se impartían en centros universitarios públicos los estudios elegidos, pero sí en centros universitarios privados enclavados en el distrito universitario de su residencia, y ello a causa de la imprecisión con la que se preveía esta circunstancia de residencia en las sucesivas normas, al no excluir expresamente los centros de carácter privado integrados a las universidades, lo que daba lugar a distintas interpretaciones por parte de los órganos de selección y ordenación de solicitudes.

Sin embargo esta situación —que originó una recomendación<sup>8</sup> del Defensor del Pueblo al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte para que fuera oportunamente modificado el artículo 4.1 del Real Decreto 1005/1991, de 14 de junio en el sentido apuntado—, quedó solventada con la entrada en vigor del Real Decreto 704/1999, de 30 de abril, en cuyo artículo 12.1 ya se especifica que en el caso de que la Universidad que corresponda no impartiese en centros públicos integrados en la misma, las enseñanzas elegidas por el estudiante, éste podría elegir a los

---

<sup>8</sup> Recomendación 51/1998, publicada en el volumen correspondiente al año 1998 de esta serie.

efectos de ingreso otra Universidad, criterio que también se considera en esta disposición para los distintos supuestos de acceso al segundo ciclo de estudios universitarios oficiales, así como en el artículo 24.1 del Real Decreto 69/2000, de 21 de enero, en el que se prescribe que cuando se trate de acceso al segundo ciclo de enseñanzas de primero y segundo ciclos, las universidades deberán reservar un porcentaje mínimo de plazas, a determinar por las correspondientes comunidades autónomas, a estudiantes procedentes de cualquier Universidad que no tenga implantado dicho segundo ciclo en centros públicos de la misma.

Parece evidente, por tanto, que atendiendo a la citada normativa y, al no impartirse en centros públicos integrados en la Universidad que corresponde al señor (...) las enseñanzas por él elegidas —hecho éste que no alberga dudas—, sí le pertenecía el derecho de elegir otra Universidad a los efectos de ingreso, derecho que no ha sido reconocido al formulante de la queja por esa Universidad de Salamanca.

De lo anterior se desprende la inobservancia por parte de esa Universidad en el supuesto analizado, de la normativa por la que se regulan los procesos de selección para el ingreso en los centros universitarios aplicable a la solicitud deducida por don (...).

En base a las mismas consideraciones, cabe deducir que las normas publicadas en su día por esa Universidad, y que se recogen en el apartado cuarto del informe que se facilita por V. E., pueden estar dando lugar a interpretaciones erróneas a la hora de adjudicar plazas a estudiantes que desean trasladar su expediente a la Universidad de Salamanca para cursar segundos ciclos, toda vez que no incluyen la precisión de que se les considerará en pie de igualdad, si proceden de universidades donde no existan —en centros públicos integrados en las mismas— los segundos ciclos solicitados.

Por tanto esta Institución, al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril del Defensor del Pueblo, considera necesario recordar a V. E., en su calidad de máxima autoridad académica de la Universidad de Salamanca, su deber legal de velar por el estricto cumplimiento de los preceptos normativos, así como formular una recomendación, en orden a que en lo sucesivo esa Universidad, en la resolución de solicitudes de acceso para cursar estudios universitarios, someta su actividad a las normas que en cada caso resulten de aplicación.

Madrid, 22 de julio de 2002.

**Recomendación dirigida al Rector de la Universidad de Salamanca.**



**Recomendación 64/2002, de 22 de julio, sobre derecho a obtener información sobre el estado de tramitación de los procedimientos en el ámbito de los expedientes que tramita la Agencia de Protección de Datos.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 426.)*

Es de referencia su escrito de fecha 31 de mayo último (s/ref.: salida 22450, de 3 de junio, expediente n.º E/00373/2001), en el que informa a esta Institución en relación con la queja planteada por don (...), inscrita en el registro del Defensor del Pueblo con el número arriba indicado.

De su citada comunicación se desprende que esa Agencia dictó, con fecha 3 de abril último, resolución de archivo de las actuaciones practicadas en el expediente E/00373/2001, iniciadas a raíz de solicitud de intervención formulada por el promovente de la queja en relación con hechos, a su juicio, indicativos de una posible cesión irregular de sus datos personales por parte de determinada compañía de telefonía, deduciéndose igualmente del contexto de su escrito que por parte de esa misma Agencia no se atendió previamente la solicitud de información que con fecha 28 de febrero anterior había formulado el interesado sobre el estado en que se encontrase en aquel momento la tramitación del expediente ya mencionado.

En este último aspecto, al que específicamente hace referencia la queja formulada por el reclamante, el informe remitido se limita a señalar que en la fecha 28 de febrero de 2002 en que el interesado formuló la referida solicitud de información, ya se habían finalizado las actuaciones previas, aunque no se había dictado todavía la resolución de archivo antes citada, sin que los datos aportados permitan deducir que la petición de información formulada por el interesado obtuviese la respuesta expresa que, a juicio de esta Institución, le daba derecho a obtener, el artículo 35.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico

de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el que se define el derecho de los ciudadanos a conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados.

Por su parte, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal —que atribuye a los interesados la facultad de formular reclamaciones ante la Agencia Española de Protección de Datos contra las actuaciones que juzguen contrarias a lo dispuesto en la ley—, establece en su artículo 35.2 que la Agencia Española de Protección de Datos, en el ejercicio de sus funciones públicas y en defecto de previsiones específicas en la propia ley orgánica, actuará de conformidad con la Ley 30/1992 ya mencionada, debiendo deducirse de la citada remisión legal que, al no contenerse en aquellas previsiones específicas al respecto, resultan plenamente aplicables a la actividad de la Agencia los preceptos que en el capítulo I, del título IV, de la también citada Ley procedimental, bajo el epígrafe «De la actividad de las Administraciones Públicas», definen los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las administraciones públicas.

Entiende, en consecuencia, esta Institución que esa Agencia debe actuar en términos que salvaguarden, entre otros, el derecho de los ciudadanos, a que se ha hecho mención con anterioridad, a ser informados del punto en que se encuentre la tramitación de los expedientes en los que tengan la condición de interesados que, sin duda, ostentan en relación con el expediente correspondiente quienes, al amparo del artículo 18 de la repetida Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, formulan como tales las reclamaciones que se prevén en el apartado 1 de dicho artículo.

Dado que en el supuesto planteado esa Agencia no ha actuado, como resulta obligado, en forma acorde con lo establecido en el artículo 35.a) de la repetida Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al no atender la solicitud de información formulada por el promovente de la queja, sin que el contenido de su informe —en el que no se aportan datos relativos a las circunstancias específicas o condicionamientos concurrentes en el concreto supuesto planteado que hubieran originado la forma de actuación cuestionada— permita deducir que se trata de una omisión puntual y exclusivamente limitada al supuesto planteado, esta Institución se ve en la necesidad de formular a V. I., en uso de las facultades que le atribuye el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, la siguiente recomendación:

«Que por V. I. se cursen las instrucciones pertinentes para que por esa Agencia de Protección de Datos se actúe en lo sucesivo en términos

acordes con lo establecido en el artículo 35.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y atendiendo a lo que en el mismo se establece se dé contestación puntual a las peticiones de información que, en cualquier momento formulen los ciudadanos sobre el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados».

Madrid, 22 de julio de 2002.

**Recomendación dirigida al Director de la Agencia Española de Protección de Datos.**





**Recomendación 65/2002, de 24 de julio, en materia de disminución del tiempo de tramitación de los expedientes de convalidación y homologación de estudios y títulos extranjeros no universitarios.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 384.)*

Es de referencia queja formulada ante esta Institución por doña (...), inscrita con el número arriba indicado, en relación con la cual se ha recibido el informe que en su momento se solicitó de la Secretaría General Técnica, de ese departamento, al aludir la queja planteada a un aparente retraso en la tramitación y resolución de una solicitud de convalidación de estudios extranjeros, cuya gestión tiene encomendada el mencionado órgano directivo.

En el informe aportado, después de precisarse la fecha en que finalmente ha recaído resolución sobre la citada solicitud de convalidación, se hace mención a unas instrucciones dictadas recientemente por la Secretaría General Técnica de ese departamento mediante las que se trata, según se asegura, de dar solución al problema que supone el período de vigencia inicial establecido para los volantes de inscripción condicional que se proporcionan a los solicitantes de homologación o convalidación para hacer posible su matriculación en estudios sucesivos.

Según se señala en el preámbulo de las citadas instrucciones, el problema se produce a causa del enorme incremento que ha experimentado el número de solicitudes de homologación o convalidación de estudios extranjeros no universitarios en el curso académico 2001-2002, que impide la resolución expresa de un gran número de solicitudes dentro del plazo de vigencia de los volantes, limitado inicialmente al curso académico en el que, haciendo uso de los mismos, se realiza la inscripción condicional en los estudios de que se trate.

La solución que se arbitra en las repetidas instrucciones consiste en ampliar hasta el término del próximo curso académico 2002-2003 o hasta la fecha de resolución del expediente de solicitud de homologación correspondiente los volantes de inscripción emitidos para este curso, evitando así la carga de trabajo adicional que para las unidades que gestionan los referidos expedientes supondría la expedición de los nuevos volantes que contempla la normativa correspondiente para los supuestos en que, por causas no imputables a los solicitantes, no se hubiese dictado resolución sobre sus solicitudes dentro del período inicial de vigencia de dichos volantes.

Esta Institución considera plausible, desde el punto de vista de los intereses de los alumnos con estudios extranjeros convalidables, el establecimiento de mecanismos, como el de emisión de volantes de inscripción condicional que ahora se contempla, dirigidos a hacer posible la inmediata realización por éstos de estudios sucesivos, obviando las interrupciones que se producirían en el caso de que debieran esperar a la resolución de sus solicitudes de convalidación u homologación.

Sin embargo, es evidente que la aplicación de dichos mecanismos y, en concreto, la posibilidad temporal de inscripción condicional que abren los mencionados volantes, someten como contrapartida a los alumnos al riesgo de que los estudios cursados condicionalmente carezcan, por último, de validez si no se resuelve de forma positiva sobre las solicitudes de homologación de los estudios previos que hubieran cursado en el extranjero.

Por ello, a juicio de esta Institución, la utilización de dichos mecanismos debería reducirse al tiempo mínimo imprescindible para que, cumpliendo la finalidad que se pretende de hacer posible la continuidad de la trayectoria académica de los alumnos, redujera, al mismo tiempo, al mínimo posible el riesgo que supone para los alumnos una eventual resolución negativa de sus solicitudes, condición esta última que no se atiende, a juicio del Defensor del Pueblo, cuando se extiende a períodos excesivamente prolongados la posibilidad de matriculación condicional, tal y como se realiza en las instrucciones de la Secretaría General Técnica mencionada más arriba, en las que la posibilidad de expedición de un nuevo volante que, según se ha señalado más arriba, se prevé en la normativa vigente y se sustituye por previsiones que, en definitiva, dan lugar a una ampliación generalizada del período en el que los alumnos solicitantes de homologación o convalidación pueden cursar estudios con carácter condicional.

Aunque en las repetidas instrucciones la ampliación del período de validez de los volantes se plantea con carácter excepcional, nada en la

justificación de dicha medida, que se contiene en el preámbulo de las instrucciones emitidas por la Secretaría General Técnica, permite entender que el que se califica como enorme incremento de las solicitudes de homologación y convalidación de estudios extranjeros no universitarios, producida en este curso, tenga un carácter coyuntural limitado a dicho curso, o que el número de peticiones formuladas en este curso y el importante incremento que supone respecto de años anteriores no vaya a reproducirse en cursos sucesivos.

Ante esta última eventualidad, que no parece aventurado valorar como muy probable ante el incremento de supuestos en que alumnos españoles realizan uno o más cursos de sus estudios secundarios en el extranjero, y el aumento progresivo de la llegada a nuestro país de inmigrantes con estudios secundarios convalidables, y atendiendo, de otra parte, al resto de los argumentos expuestos con anterioridad, esta Institución entiende que la solución más adecuada de la situación existente exigiría la adopción de cuantas medidas pudieran contribuir eficazmente a la disminución del tiempo de tramitación de los expedientes a que se viene haciendo referencia.

En concreto, si ello fuera posible dada la índole peculiar de la materia a que se refieren los expedientes de que se trata, simplificando al máximo el procedimiento y, sobre todo, dotando a las unidades y servicios de la Secretaría General Técnica del departamento que tienen encomendada su tramitación de cuantos medios, especialmente personales —incrementando, en la medida que resulte necesario, el número de funcionarios de que disponen actualmente—, como materiales, puedan contribuir a la agilización de los expedientes que tienen encomendados.

En consecuencia, ha parecido necesario formular a V. I., en uso de las facultades que a esta Institución atribuye el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, la siguiente recomendación: «Que por esa Subsecretaría se adopten cuantas medidas resulten precisas para reducir al máximo los actuales tiempos de tramitación de los expedientes de convalidación y homologación de estudios y títulos extranjeros no universitarios a través de la posible simplificación de los trámites procedimentales correspondientes y, especialmente, de la dotación a los servicios de la Secretaría General Técnica del departamento de cuantos medios personales y materiales resulten precisos para obtener dicho objetivo».

Madrid, 24 de julio de 2002.

**Recomendación dirigida al Subsecretario del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.**



**Recomendación 66/2002, de 24 de julio, sobre la modificación de las normas de procedimiento de devolución de precios públicos por servicios académicos, para que se contemple el inicio de oficio de expedientes de devolución en determinados casos.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 384.)*

Se acusa recibo de su escrito del pasado 10 de junio en relación con el expediente arriba referenciado, que tuvo entrada en esta Institución el siguiente día 12 del mismo mes.

Una vez examinado con detalle su contenido, esta Institución se ve en la necesidad de iniciar este escrito lamentando que transcurridos ya más de ocho años desde que se detectó la disfunción evidente, provocada por el largo plazo de tiempo empleado habitualmente por esa Universidad para revisar las solicitudes de matrícula de los alumnos y comprobar que reúnen los requisitos imprescindibles para su formalización, no se haya adoptado medida alguna para solucionar el problema. Resulta desalentador comprobar que esa Universidad sigue a día de hoy amparándose en las razones a las que hacía referencia el informe de esa Universidad de 31 de enero de 1994, para no modificar el sistema de revisión de matrícula. Un lapso tan dilatado de tiempo debiera haber posibilitado la solución de un problema administrativo que causa evidentes perjuicios a los alumnos que lo padecen y contradice abiertamente el principio constitucional de eficacia, que proclama el artículo 103.1 de la Constitución y que es de obligado cumplimiento para todas las administraciones públicas.

Por otro lado, en su escrito se afirma literalmente «que la UNED no siempre está cumpliendo la recomendación<sup>9</sup> formulada con motivo de la

---

<sup>9</sup> Recomendación 67/1993, publicada en el volumen correspondiente al año 1993 de esta serie.

queja Q9315356», que fue expresamente aceptada por esa Universidad, en orden a que se reconociera a los alumnos el derecho a la devolución de los precios públicos por servicios académicos previamente ingresados en aquellos casos en los que debiera procederse a la anulación de la matrícula por faltar alguno de los requisitos indispensables para su formalización.

En su comunicación se afirma que en unos casos se reconoce este derecho en vía de recurso y en otros casos no, en función del requisito que falte, lo cual parece significar un cambio de criterio respecto de la aceptación o rechazo de la recomendación formulada en su momento que merece, a juicio de esta Institución, alguna explicación adicional.

En el espíritu de aquella recomendación subyacía la idea general de que los alumnos cuya solicitud de matrícula había sido aceptada por los servicios administrativos de esa Universidad, y que habían procedido al pago de los precios públicos correspondientes en la creencia de que dicha matrícula sería finalmente formalizada, debían tener derecho a la devolución de éstos ya que la carencia de un requisito esencial hubiera debido ser detectada por tales servicios administrativos en un momento anterior al comienzo de la prestación del servicio en el que siempre fuera posible solicitar y obtener la devolución de lo indebidamente ingresado. A juicio de esta Institución, no es razonable que la solicitud de prestación de un servicio por quien carece de los requisitos imprescindibles para obtenerlo y disfrutarlo pueda originar el deber jurídico de abonar el precio del mismo. La aceptación de la recomendación en su momento efectuada hacía suponer que esa Universidad compartía este criterio. Ahora parece no ser así, y a esta Institución le parece conveniente conocer las razones.

Por todo lo expuesto, ruego a V. E. que informe a esta Institución constitucional de la actual posición de esa Universidad respecto del asunto tratado, y detalle los supuestos en los que se desestiman las solicitudes de devolución de precios públicos, en supuestos en los que no se llega a formalizar la matrícula por carencia de alguno de los requisitos imprescindibles para ello.

Al margen de lo anterior, aunque relacionado con ello, está la cuestión relativa al punto 1.6 de las normas de procedimiento que sigue esa Universidad para la devolución de precios públicos por servicios académicos y según el cual «procederá tramitar la devolución siempre y, solamente, a instancia del interesado».

Expresaba esta Institución en su anterior escrito su parecer en cuanto a que una previsión de las características citadas podría no ser

conforme con lo previsto en el apartado segundo (por error en su escrito se dice primero), punto 3, de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 22 de marzo de 1991, por la que se desarrolla el Real Decreto 1663/1990. Al respecto, su escrito plantea las dudas que se suscitan a esa Universidad respecto a cuál de los supuestos contemplados en el mencionado punto 3 serían reconducibles los supuestos de devolución por anulación de matrícula, por faltar alguno de los requisitos indispensables para su formalización, y señala a continuación que si esta Institución considera que el caso es reconducible a alguno de dichos supuestos «y lo justifica debidamente», esa Universidad procedería a revisar el punto 1.6 de las normas de procedimiento a que antes se ha hecho referencia.

Una lectura mínimamente atenta de la mencionada Orden Ministerial permite de inmediato colegir que la previsión del citado punto 3 no limita —ya que no establece un *numerus clausus*— los supuestos en los que el expediente de devolución debe iniciarse de oficio, sino que determina una serie de casos concretos en los que así debe hacerse. Ello no implica, a juicio de esta Institución, que no puedan existir otros supuestos en los que la Administración pública correspondiente decida de oficio y en aplicación del ya aludido principio constitucional de eficacia, y de otros, como el de equidad, por ejemplo, la iniciación de expedientes de devolución de ingresos indebidos en favor de los ciudadanos. La norma citada no prohíbe la iniciación de oficio de expedientes de devolución, que pueden serlo en cualquier caso si el órgano titular de la competencia lo juzga procedente. Lo que pretende dicha norma es delimitar los supuestos en los que debe necesariamente iniciarse de oficio la tramitación de estos expedientes, precisamente por la constancia que el órgano titular de la competencia tiene del carácter indebido del ingreso y para evitar los perjuicios que podrían derivarse de la inactividad del interesado, ya sea por su ignorancia de los hechos o circunstancias o por otras causas.

Pero, aparte de ello, esta Institución considera que supuestos como los que originan este escrito podrían subsumirse sin demasiadas dificultades bien en el apartado *d)* del número 3, como entiende ese Rectorado, o bien en el apartado *a)* del mismo número, ya que la resolución denegatoria de la formalización de matrícula o la anulación de la misma cabría entenderla como una revisión o anulación de la actuación administrativa anterior (admisión a trámite y sucesivos actos posteriores de la solicitud de matrícula) que habría dado lugar al ingreso indebido.

Entiende, pues, esta Institución que el punto 1.6 de las normas que esa Universidad sigue para los supuestos de devolución de precios pú-



blicos por servicios académicos contradice, en su espíritu y en su literalidad, a la normativa vigente en la materia y puede ser causa de actuaciones en contra del legítimo interés de los interesados. En el caso concreto tratado en este expediente, su aplicación ha dado lugar a que el titular de la misma no haya sido beneficiario de la devolución de unos precios públicos que él ingresó para obtener un servicio para el que carecía de aptitud, cuya prestación solo recibió parcialmente y no sólo no le produjo ningún beneficio particular sino que le originó considerables costes económicos y laborales para atender a unas obligaciones académicas para las que carecía desde el principio de idoneidad.

Estas consideraciones llevan a esta Institución, siempre en la confianza de que esa Universidad lo encuentre debidamente justificado, a formular a V. E. al amparo de lo establecido en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, la siguiente sugerencia:

«Que se proceda de oficio a iniciar el expediente para la devolución de los precios públicos por servicios académicos ingresados por don (...).».

Asimismo, y por los mismos motivos, se formula también al amparo del ya citado artículo 30.1 la siguiente recomendación:

«Que se proceda a la modificación del punto 1.6 de las normas de procedimiento de devolución de precios públicos por servicios académicos vigentes en esa Universidad, posibilitando que los expedientes de devolución de precios públicos por servicios académicos se inicien de oficio, entre otros supuestos en aquellos en los que no se formalice la matrícula o se anule ésta por carecer la solicitud de alguno de los requisitos indispensables para ello».

Madrid, 24 de julio de 2002.

**Recomendación dirigida a la Rectora de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.**

**Recomendación 67/2002, de 24 de julio, sobre el pago del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) de los ciudadanos residentes en paraísos fiscales, como Andorra.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 408.)*

Se ha recibido el informe de V. I., registro de salida n.º 03550, de fecha 6 de junio de 2002, referente a la queja formulada por doña (...), presidenta del Consejo de Residentes Españoles en (...) y (...), que fue registrada en esta Institución con el número arriba indicado.

En el informe emitido se refiere la interpretación dada por esa Administración al apartado 3 del artículo 9 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, indicando que el precepto constituye una «norma antiparaíso» que persigue evitar que en un mero cambio de residencia a un paraíso fiscal se eluda el pago del impuesto en España, finalidad, que, a juicio de esa Administración, exige que la norma tenga una eficacia general que impida o reduzca la elusión fiscal.

Ese tratamiento general y sin distinción de todos los ciudadanos es precisamente el motivo de la queja, ya que implica presumir que todos los contribuyentes españoles que trasladan su residencia al Principado de Andorra lo hacen en fraude de ley con el único propósito de eludir el pago de impuestos en España.

Como ya le indicamos en nuestro anterior escrito, no es la existencia de una norma para perseguir a los defraudadores lo que ha ocasionado la admisión de la queja, sino la aplicación de una norma antifraude con carácter general a quienes no son defraudadores y no pretenden eludir el pago de impuestos, sino el cambio real y efectivo de su residencia, en este caso concreto al Principado de Andorra.

El artículo 31.1 de la Constitución Española obliga a todos al sostenimiento de los gastos públicos, e impone la obligación a los poderes públicos de perseguir el fraude para que esa contribución general se haga de una forma justa, por ello, tal y como ha indicado el Tribunal Constitucional en la sentencia 76/1990 «para el efectivo cumplimiento del deber que impone el artículo 31.1 de la Constitución es imprescindible la actividad inspectora y comprobatoria de la Administración tributaria, ya que de otro modo “se produciría una distribución injusta en la carga fiscal”, pues “lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar”; de ahí la necesidad y la justificación de “una actividad inspectora especialmente vigilante y eficaz, aunque pueda resultar a veces incómoda y molesta” (STC 110/1984). La ordenación y despliegue de una eficaz actividad de inspección y comprobación del cumplimiento de las obligaciones tributarias no es, pues, una opción que quede a la libre disponibilidad del legislador y de la Administración, sino que, por el contrario, es una exigencia inherente a “un sistema tributario justo” como el que la Constitución propugna en el artículo 31.1: en una palabra la lucha contra el fraude fiscal es un fin y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos, singularmente al legislador y a los órganos de la Administración tributaria. De donde se sigue asimismo que el legislador ha de habilitar las potestades o los instrumentos jurídicos que sean necesarios y adecuados para que, dentro del respeto debido a los principios y derechos constitucionales, la Administración esté en condiciones de hacer efectivo el cobro de las deudas tributarias, sancionando en su caso los incumplimientos de las obligaciones que correspondan a los contribuyentes o las infracciones cometidas por quienes están sujetos a las normas tributarias».

Los poderes públicos están obligados a luchar contra el fraude fiscal, pero mediante procedimientos que no pueden apartarse del mandato constitucional del artículo 31.1, la Administración a través de la aplicación general de la regla del artículo 9.3 está obligando a tributar por el IRPF español a personas que no estarían sujetas al mismo, dada su condición de residentes en el extranjero, por el hecho de que existan otros ciudadanos que, con ánimo defraudador, y sin residir realmente en el extranjero, trasladan su domicilio fiscal a un paraíso fiscal, equiparando de esta forma realidad y ficción y dando un tratamiento igualitario a situaciones de hecho diferentes.

Las normas para perseguir el fraude han de tener carácter sancionador y, por consiguiente, debe regir en las mismas el principio de culpabilidad, no pudiendo sancionarse a quien no resulte responsable de las acciones u omisiones que constituyen las infracciones tributarias. Así

pues, para quienes trasladan su residencia al Principado de Andorra realmente, se estaría imponiendo una obligación, que más bien supone una sanción, porque existen otras personas que actúan en fraude de ley y la Administración es incapaz de perseguir dicho fraude.

El artículo 9.3 de la mencionada Ley, evidentemente, trata de impedir los traslados de domicilio fraudulento a paraísos fiscales, pero al aplicarse de forma general a todos los ciudadanos, sea cual sea la realidad de cada caso, supone la consideración de todos ellos como presuntos defraudadores, produciendo una situación contraria al principio de igualdad constitucional que prohíbe al legislador la identidad de régimen jurídico entre sujetos en posiciones fácticas diferentes, el artículo 14 de la Constitución no ampara las discriminaciones por indiferenciación, según la interpretación dada al mismo, entre otras, en la STC 86/1985.

En razón de lo expuesto, de conformidad con los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, procedemos a efectuar a V. I. la siguiente recomendación:

«Que, con el fin de dar cumplimiento al artículo 31.1 de la Constitución Española y la consecución de un sistema tributario justo, se den las instrucciones oportunas para que el artículo 9.3 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, se interprete diferenciando entre domicilio fiscal y residencia habitual, de tal suerte que quienes acrediten el traslado de su residencia al Principado de Andorra, y se pueda comprobar la veracidad del mismo, cesen en su condición de contribuyente por el IRPF en España, lo que daría lugar a que efectivamente cada ciudadano contribuya con lo que le corresponde».

Madrid, 24 de julio de 2002.

**Recomendación dirigida al Director General de Tributos del Ministerio de Hacienda.**



**Recomendación 68/2002, de 30 de julio, sobre habilitación de medios personales y materiales.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 383.)*

Esta Institución ha podido constatar, a través de las quejas recibidas, que la resolución de los expedientes de determinación de insuficiencia de condiciones psicofísicas que se instruyen a miembros del Cuerpo de la Guardia Civil y de las Fuerzas Armadas, en los que se interrumpe el plazo del procedimiento de conformidad con el artículo 83.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, hasta que el tribunal psiquiátrico militar evacue el acta correspondiente, por ser este tribunal, de acuerdo con la patología que padecen los interesados, el competente para valorar la misma, superan, a nuestro juicio, los límites razonables y asumibles.

Solicitados diversos informes a la Dirección General de la Guardia Civil y a la Dirección General de Personal de ese departamento, sobre los motivos por los que el tribunal psiquiátrico lleva a cabo los reconocimientos médicos con tanta demora y sobre las medidas previstas para evitar que los expedientes instruidos no se dilaten en su resolución, se puso de manifiesto ante esta Institución que tales retrasos se debían, principalmente, al considerable incremento del número de expedientes de este tipo a resolver en los últimos años, pues, a fecha 15 de junio de 2001, se estaban instruyendo 1.435 expedientes por estos motivos, de los que 805 habían sido iniciados en dicho año, indicándose que para agilizar su tramitación se había destinado a personal cubriendo tres vacantes y que se había aumentado en un treinta por ciento el personal que, percibiendo el complemento de productividad, realizaba sus cometidos en jornada de mañana y tarde.

En un reciente informe, la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa ha señalado que con la promulgación del Real Decreto 944/2001, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de aptitud psicofísica del personal de las Fuerzas Armadas, los trámites médicos de los referidos expedientes se han simplificado con la creación de las juntas médico-periciales.

En atención a lo expuesto, el Defensor del Pueblo ha resuelto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1, 9 y 15 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, iniciar una actuación de oficio, dando traslado de estos antecedentes a V. I., y solicitándole que informe a esta Institución sobre los avances observados con las citadas medidas de simplificación a las que se alude en el citado informe de la Dirección General de Personal, pues a pesar de los pasos a los que alude dicho centro directivo, desde esta Defensoría se continúan observando graves demoras en la resolución de los expedientes de determinación de insuficiencia de condiciones psicofísicas, en los que el tribunal psiquiátrico ha de emitir un dictamen que, por otra parte, es esencial para su resolución.

Sobre la base de lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, se ha resuelto formular a esa Subsecretaría la siguiente recomendación:

«Que se adopten las medidas oportunas y se habiliten los medios personales y materiales necesarios, para hacer frente a las demoras que actualmente se producen en la resolución de los expedientes de determinación de insuficiencia de condiciones psicofísicas que se instruyen a miembros del Cuerpo de la Guardia Civil y de las Fuerzas Armadas».

Madrid, 30 de julio de 2002.

**Recomendación dirigida al Subsecretario del Ministerio de Defensa.**

**Recomendación 69/2002, de 1 de agosto, sobre adecuación de la práctica seguida en la tramitación de permisos de trabajo a las previsiones normativas.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 406.)*

Se ha recibido en esta Institución el informe solicitado a V. E. referido a la tramitación de permisos de trabajo presentados por ciudadanos búlgaros y rumanos a través de su representante y firmante de la queja formulada ante esta Institución, doña (...).

En dicho informe se comunica que en la mayoría de los expedientes que se citaban en nuestro escrito serán revisados en vía contencioso-administrativa, al haberse interpuesto sendos recursos contencioso-administrativos.

Con independencia de ello, se ha considerado procedente, a la vista de la documentación que obra en el expediente abierto en esta Institución y del informe de V. E., manifestar lo siguiente:

1) El informe recibido ratifica que se han producido disfunciones en la tramitación de los expedientes y se han adoptado decisiones procedimentales que, a juicio de esta Institución, resultan inadecuadas, por las siguientes razones:

Así, la presentación con carácter habitual, según se afirma, del resguardo de la petición de visado por parte de los solicitantes de los permisos no constituye un requisito en sí mismo, aun cuando favorezca la minimización de los errores que se han venido apreciando en los cruces informáticos.

Una vez constatada la existencia de problemas en este sentido, parece procedente que se adopten las medidas pertinentes para solucionar dichos errores no haciendo recaer el problema en el administrado que, a



fin de cuentas no tiene por qué saber que tal problema existe ni que para evitar errores le conviene presentar el citado resguardo.

Por otra parte, advertido el error, es la propia Administración la que debe solucionarlo sin intervención del solicitante, mediante la utilización de los medios técnicos precisos o, en último caso, requiriendo a éste para que presente dicho resguardo, a fin de que sepa de la existencia de un problema que no conoce, antes de dictar una resolución denegatoria sobre la base de un dato informático que no es fiable y del que pende la acreditación de la existencia de un documento.

Finalmente, el artículo 92 del Real Decreto 155/1996, dispone:

«Cuando el trabajador extranjero no sea residente legal en España la autoridad competente no emitirá su correspondiente informe hasta tener constancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 30.5, de que la solicitud de visado ha sido presentada en forma por la misión diplomática u oficina consular».

2) No es posible compartir la «solución» adoptada por esa Administración de dictar resolución denegatoria sobre las solicitudes presentadas cuando no se han aportado los documentos requeridos, al amparo del artículo 71 de la Ley 30/1992, modificada por la Ley 4/1999, de 14 de enero, en lugar de que sobre dichas solicitudes se adopte la medida prevista por la norma procedimental citada; máxime cuando en el escrito de subsanación remitido a los interesados se advierte que, en caso de no presentar la documentación requerida, «se le tendrá por desistido de su petición».

Como V. E. no ignora, frente al formalismo y rigidez de los procesos civiles en los que los defectos formales se toman casi como vicios esenciales que determinan la pérdida del trámite, el procedimiento administrativo no sólo permite al interesado volver sobre estos defectos formales y corregirlos, sino que obliga a la Administración en el caso de que la solicitud no reúna los requisitos necesarios que permitan enjuiciar el asunto, a requerir al interesado para que subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido en el trámite.

Tal advertencia permite al interesado que su solicitud sea considerada con los elementos de juicio necesarios para dictar una resolución ajustada a Derecho sobre el fondo del asunto, siendo posteriormente cuando, ante la resolución denegatoria, se plantee si tiene argumentos para recurrir y si le conviene hacerlo.

Hay que añadir, asimismo, que según manifiesta la reclamante los interesados aportaron la documentación, cuestión que, por otra parte,

podría comprobarse por esa Administración y, al parecer, no se ha hecho en ningún momento.

Por otro lado, la solución adoptada por esa Administración previsiblemente redundará en que los afectados impugnarán la resolución tan pronto la analicen y aprecien que se resuelve sin tener en cuenta la documentación requerida que supuestamente era necesaria para resolver.

El resultado de todo esto, además de vulnerar lo establecido en la ley procedimental vigente por otorgar unas consecuencias distintas a las previstas por la norma cuando se incumple el requerimiento, aparece como ineficaz, ignorándose, en consecuencia, uno de los principios que deben regir la actuación de las administraciones públicas, en concreto, el de eficacia.

3) El requerimiento de determinada documentación como «la existencia de contratos mercantiles de prestación de servicios que acreditan la existencia de actividad laboral», resulta cuestionable, no sólo porque el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, no lo exige para la petición de permisos por cuenta propia, sino también porque, según se manifiesta en el informe recibido, no es determinante en la resolución de los expedientes.

Hay que recordar que la subsanación de defectos prevista por el artículo 71 de la Ley 30/1992, se refiere a aquellos casos en los que la solicitud presentada no reúne los requisitos necesarios que permitan enjuiciar el asunto, por lo que no resulta comprensible que un documento que no es determinante para una resolución sea requerido en un trámite previsto para la subsanación de defectos, por cuanto no se trata de un documento obligatorio.

Además de lo anterior, a juicio de esta Institución, ese documento, en concreto, crea confusión al administrado.

En efecto, como V. E. conoce, el artículo 81 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, exige, en su apartado 1.3 una concreta documentación para las solicitudes de los permisos de trabajo por cuenta propia:

a) Proyecto del establecimiento o actividad a realizar con indicación de la inversión prevista, su rentabilidad y puestos de trabajo de nueva creación, salvo que se aporte junto con la solicitud de visado.

b) Acreditación de que se han solicitado las autorizaciones o licencias exigidas para la instalación, apertura o funcionamiento de la actividad proyectada o para el ejercicio profesional. Antes de la entrega del permiso deberá acreditarse que se dispone de las autorizaciones o licencias exigidas.

Por otro lado, el artículo 82 del mismo texto legal dispone que si se trata de la primera concesión de permiso, las solicitudes han de presentarse antes del inicio de la actividad laboral, profesional o prestación de servicios pretendida por el solicitante, sin que el ejercicio de dicha actividad pueda iniciarse hasta la notificación de la concesión del permiso correspondiente.

Esta regulación es, en esencia, la misma que se contenía en el Real Decreto 155/1996, al que se alude en el escrito de V. E., dado que si bien la redacción del artículo 82 del Real Decreto 864/2001 no es idéntica a la del artículo 95.3 del Reglamento anterior, viene a referirse a iguales exigencias:

«Asimismo, la resolución favorable se notificará al interesado con indicación de las cantidades que corresponda abonar en concepto de tasas, permitiéndose “a partir de ese momento”, el inicio de la actividad del trabajador...».

Analizados los artículos citados, en los que, como se puede apreciar, el lenguaje utilizado es «actividad proyectada» «actividad a realizar» e incluso prohibición de iniciarla, debe resultar bastante confuso para el administrado recibir un requerimiento en el que se le solicite un documento que « acredite la existencia de actividad laboral ».

4) Por último, en el informe recibido de V. E. se ratifica la existencia de un error en los requerimientos enviados en algunos de los expedientes, requiriendo el abono de la tasa de los permisos. También se nos informa que no consta que se haya iniciado procedimiento alguno para la devolución de dichas tasas.

Como V. E., sin duda conoce, la Orden de 22 de marzo de 1991, que desarrolla el Real Decreto 1163/1990, de procedimiento para realización de los ingresos de naturaleza tributaria, permite iniciar de oficio un expediente de devolución cuando la Administración tenga constancia del carácter indebido de un ingreso a causa de un error material, de hecho o aritmético.

Tras el estudio de la actuación administrativa en el presente caso, se aprecian irregularidades procedimentales en la tramitación de los expedientes de solicitud de permisos de trabajo por cuenta propia, que han determinado que esta Institución formule a V. E., de conformidad con lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, la siguiente recomendación:

«Que, en el caso de advertirse errores imputables a la Administración, se adopten las medidas oportunas para no hacer recaer sobre los administrados las consecuencias de dichos errores.

Que se dicten las instrucciones pertinentes para que, en la tramitación de los expedientes de solicitud de permisos de trabajo, se observen las normas procedimentales en vigor, en concreto las previstas en la Ley 30/1992, modificada por la Ley 4/1999, de 14 de enero y en el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, requiriendo únicamente la documentación prevista por este último y atribuyendo a la subsanación de defectos las consecuencias previstas por la Ley 30/1992, a fin de que las resoluciones que se dicten se ajusten a Derecho».

Asimismo, de conformidad con lo establecido en el precepto antes señalado, se formula a V. E. la siguiente sugerencia:

«Que en el caso de no haberse iniciado por los interesados ningún trámite para la devolución de las tasas abonadas indebidamente, se adopten de oficio las medidas pertinentes para subsanar el error advertido, una vez comprobado que dichas tasas fueron abonadas por los interesados de forma efectiva».

Madrid, 1 de agosto de 2002.

**Recomendación dirigida al Delegado del Gobierno en la Comunidad de Madrid.**



**Recomendación 70/2002, de 1 de agosto, sobre agilización del trámite de notificación de resoluciones de expulsión para permitir el acceso efectivo a los tribunales.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 381.)*

Se acusa recibo de su escrito de fecha 5 de junio del presente año en el que nos contesta a la solicitud de informe en relación con la investigación iniciada de oficio tras la expulsión de España de las ciudadanas nigerianas doña (...) y doña (...).

Comenzando por la última cuestión a la que da contestación su escrito, celebramos la iniciativa adoptada por V. E. de cursar instrucciones al Jefe Superior del Cuerpo Nacional de Policía para dejar constancia, mediante diligencia firmada por funcionario español, del reconocimiento de nacionalidad que efectúen las autoridades consulares de terceros países. De esta forma entendemos que se dispondrá del adecuado soporte documental que contribuya a reflejar en el correspondiente expediente administrativo la situación jurídica de cada administrado y las circunstancias en las que se practicó esa relevante diligencia.

Por otra parte, en el referido informe de V. E. se expone que las resoluciones de expulsión fueron notificadas a las interesadas en el CIE de esa capital, donde permanecían ingresadas el día 24 de octubre de 2001, como así consta por las firmas de las interesadas que figuran en las copias de las resoluciones de expulsión. Este resulta ser el mismo día en que, de acuerdo con la información también facilitada por V. E., las interesadas fueron expulsadas por el puesto fronterizo de Madrid-Barajas, con destino a su país.

Sin embargo, consta igualmente que ambas resoluciones tienen como fecha de salida de esa Delegación del Gobierno el 18 de octubre de 2001 (registros de salida 39.362 y 39.366). Habida cuenta de la perfecta

localización de las interesadas y de la consecuente facilidad con la que pudo practicarse la notificación, ciertamente no se encuentra explicación para el hecho de que la misma se demorara hasta seis días más tarde, justamente hasta la fecha en que se procedería a la materialización de la expulsión de las dos mujeres.

Tales circunstancias coinciden sustancialmente con el relato proporcionado por los letrados que asistieron a las interesadas y que manifestaban que tan tardía notificación había privado a sus representadas de la posibilidad de ejercitar alguna acción ante los tribunales de justicia para la mejor defensa de sus intereses, lo que obviamente ha de ser motivo de preocupación para esta Institución constitucional.

De hecho, la cuestión suscitada en el presente caso ha sido ya abordada en varias resoluciones del Defensor del Pueblo. Consecuencia de la misma fue la Circular 23/1998, de 18 de junio de la Comisaría General de Extranjería y Documentación del Cuerpo Nacional de Policía que, en lo que aquí interesa, dictaba instrucciones sobre la agilización de los trámites de notificación a los interesados en los procedimientos de expulsión así como a sus representantes legales, habiéndose de evitar con carácter general el agotamiento del plazo general de diez días establecido por las normas de procedimiento administrativo.

De nuevo el pasado año fue menester dirigir una recomendación<sup>10</sup> a la Subdelegación del Gobierno en Málaga (Q0104585) por una demora en la notificación de un expediente de expulsión. La práctica de la notificación se efectuó en el CIE de Murcia, 16 días después de la fecha de la resolución.

El caso ahora investigado abunda en la misma disfunción, cuya reiteración resulta grave, pues aun cuando no se superó el plazo máximo de diez días establecido para la notificación en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aquél se demoró más de lo imprescindible y se unió materialmente al momento inmediato anterior a su ejecución, lo que imposibilitó el acceso a la jurisdicción encargada del control de la actividad administrativa.

A criterio de esta Institución, es obvio que ni las autoridades gubernativas ni las policiales tienen entre sus competencias la de decidir cuándo ha de practicarse una notificación, debiendo limitarse a impulsar con la debida agilidad y eficiencia la tramitación correspondiente, entre otras cosas para hacer viable a los interesados el ejercicio de los reme-

---

<sup>10</sup> Recomendación 81/2001, publicada en el volumen correspondiente al año 2001 de esta serie.

dios procesales que establece nuestro ordenamiento. De hecho la expresión utilizada por la ley «dentro del plazo de diez días» alude inequívocamente a una previsión tuitiva cuyo sentido es acotar el lapso de tiempo máximo que puede transcurrir entre la producción de un acto administrativo y el momento en que éste ha de ser conocido por las personas directamente concernidas. Por ello dicho plazo no puede tomarse como un periodo franco dentro del cual quede al exclusivo arbitrio de la Administración la determinación del momento en que cumplirá con su deber.

En consecuencia, resulta evidente que en el caso analizado no se desplegó la necesaria diligencia, especialmente exigible en atención a los resultados que produce la orden de expulsión, sin que por otra parte hayan quedado acreditadas causas que justifiquen tal modo de proceder.

En mérito de todo cuanto antecede, esta Institución ha estimado necesario dirigir a V. E. la siguiente recomendación, al amparo de lo previsto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril:

«Que por esa Delegación del Gobierno se dicten las instrucciones oportunas para que el trámite de notificación de las resoluciones de expulsión a los interesados en procedimientos de expulsión y a sus representantes legales se produzca con la mayor agilidad posible, procurando como criterio general que entre el momento de la notificación y el de la ejecución de la resolución acordada exista un margen temporal suficiente como para hacer viable el acceso efectivo a los tribunales».

Por último se solicita de esa Delegación del Gobierno que continúe informando sobre las resoluciones que se adopten en relación con la situación de los menores (...) y (...) que, según las últimas noticias recibidas, permanecen bajo la tutela de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Madrid, 1 de agosto de 2002.

**Recomendación dirigida al Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**





**Recomendación 71/2002, de 1 de agosto, sobre la necesidad de expresar claramente la voluntad de la autoridad administrativa en las resoluciones que se dicten.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 382.)*

Agradecemos su atento escrito, en el que nos contesta a la queja planteada por don (...), registrada con el número arriba indicado.

En dicho escrito se señala que esa Subdelegación del Gobierno se dirigió a los promotores de la manifestación con un modelo de escrito de acuse de recibo preestablecido para todas las comunicaciones semejantes, participándoles los mismos extremos de siempre: «que dicha manifestación ha de celebrarse en los términos de la comunicación efectuada, referente al objeto, horario e itinerario que deberán ser respetados».

Asimismo, se indica que esa Subdelegación del Gobierno no prohibió, ni modificó, ni limitó la celebración de la manifestación, limitándose a acusar recibo de la comunicación recibida.

En relación con el contenido de dicho informe, le recordamos que esa Subdelegación del Gobierno en su comunicación a los promotores de la manifestación transcribía determinados párrafos del informe del Ayuntamiento de Lepe, en los que se hacía referencia a las limitaciones al ejercicio del derecho de manifestación que procedían según el criterio de dicha corporación, haciendo constar expresamente que en la manifestación reseñada no podía utilizarse megafonía ni cualquier otra señal acústica y que no podía procederse al reparto de octavillas.

En relación con lo anterior, esta Institución ha valorado la conveniencia de poner en su conocimiento las siguientes consideraciones:

1. El derecho de reunión, según ha reiterado el Tribunal Constitucional, es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejerci-

tada a través de una asociación transitoria de personas, que opera a modo de técnica instrumental, puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas y reivindicaciones.

En consecuencia, las limitaciones que afectan a los medios e instrumentos para la expresión de ideas o la publicidad de problemas y reivindicaciones estarían incidiendo en el contenido esencial del Derecho.

La noción de contenido esencial de los derechos fundamentales nos indica que a la hora de evaluar la constitucionalidad de una medida limitadora es necesario realizar un juicio acerca de su justificación, el examen de la adecuación de la medida limitadora al bien que mediante ella se pretende proteger, el examen de la necesidad de la lesión del derecho para el fin pretendido, por no existir una alternativa menos gravosa, y la valoración de si la lesión es proporcionada al fin que con ella se pretende.

2. Por lo que se refiere a las libertades del artículo 20 de la Constitución, no sólo son derechos fundamentales de cada persona, sino que también significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, que es una institución ligada de manera inescindible al pluralismo político, valor esencial del Estado democrático, estando, por ello, esas libertades dotadas de una eficacia que trasciende a la que es común y propia de los demás derechos fundamentales (SSTC 6/1981, de 16 de marzo; 104/1986, de 17 de julio; y 165/1987, de 27 de octubre).

El artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huera las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política.

En este sentido se pronuncia la STC 159/1986, al afirmar que «para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas».

3. Todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo y, de ahí, «la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales han de ser interpretados con carácter restrictivo y en el sentido más favorable a la eficacia y esencia de tales derechos», siendo exigible una «rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio» (STC 159/1986).

Cuando la libertad de expresión entre en conflicto con otros derechos fundamentales e incluso con otros intereses de significativa importancia social y política, las restricciones que de dicho conflicto pueden derivarse deben ser interpretadas de tal modo que el derecho fundamental no resulte desnaturalizado.

4. Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, no debería haberse incluido en la comunicación de 9 de agosto de 2001, remitida por esa Subdelegación del Gobierno a los promotores de la manifestación, la transcripción de determinados párrafos del informe del Ayuntamiento de Lepe que, a juicio de esta Institución, son contrarios a la eficacia y esencia de dicho derecho, ya que se hacía constar expresamente que en la manifestación reseñada no podía utilizarse megafonía ni cualquier otra señal acústica y que no podía procederse al reparto de octavillas.

Por todo cuanto antecede, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, hemos considerado conveniente recomendar a V. I. que en el ejercicio de las competencias que le atribuye la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión, se abstenga de remitir a los organizadores o promotores de una manifestación comunicaciones que induzcan a confusión sobre las condiciones del ejercicio del derecho, especialmente cuando se transcriben consideraciones que son contrarias a la eficacia y esencia de dicho derecho.

Madrid, 1 de agosto de 2002.

**Recomendación dirigida al Subdelegado del Gobierno en Huelva.**



**Recomendación 72/2002, de 1 de agosto, sobre adopción de medidas para combatir las demoras en la inscripción de matrimonios en la oficina del Registro Civil del Consulado de España en La Habana (Cuba).**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 406.)*

Agradecemos su atento escrito, en el que nos contesta a la queja planteada por (...) y registrada con el número arriba indicado.

En dicho informe manifiesta V. I. que la demora en la inscripción de matrimonios en el Registro Civil de España en La Habana viene motivada por el notable incremento que en los últimos años se está produciendo en las celebraciones de matrimonios entre ciudadanos españoles y cubanos.

Dicha acumulación de trabajo ocasiona importantes demoras en la tramitación y resolución de los expedientes registrales previos a la inscripción de los matrimonios, indicándose a este respecto que de no haber una causa excepcional, el Cónsul de dicha oficina debe tramitar todos los expedientes de matrimonio por riguroso orden de entrada, según dispone el artículo 74 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En consecuencia, en el informe enviado se apunta la posibilidad de que la audiencia del contrayente no domiciliado en la demarcación del instructor se realice ante el Registro Civil de su domicilio tal y como permite el artículo 246 del Reglamento del Registro Civil, lo que aliviaría la carga de trabajo que actualmente pesa sobre el Consulado de España en La Habana.

No obstante lo anterior, resulta necesario indicar a V. I. que el citado artículo prevé esta posibilidad, pero no la impone como obligatoria a

los interesados. Por ello, entiende esta Institución que en tanto persista la actual regulación, el Registro Consular de La Habana deberá adecuar su infraestructura administrativa, de modo que pueda hacer frente a las peticiones que legítimamente formulen los interesados, en cumplimiento del principio de eficacia enunciado en el artículo 103 de la Constitución.

Por ello, y dados los notables retrasos observados en el general funcionamiento del Consulado de España en La Habana, como consecuencia del elevado número de peticiones que ante el mismo se formulan, esta Institución en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a V. I. la siguiente recomendación:

«Que por parte de esa Administración se arbitren las medidas que pudieran resultar necesarias en orden a reducir el plazo para la celebración de las entrevistas previas a la inscripción de matrimonio, solventando con ello los graves problemas de demoras que actualmente afectan a la tramitación de los expedientes seguidos ante el Consulado de España en La Habana, todo ello de conformidad con el principio de eficacia que debe presidir el funcionamiento de esa oficina registral».

Madrid, 1 de agosto de 2002.

**Recomendación dirigida al Director General de Asuntos Consulares y Protección de los Españoles en el Extranjero.**

**Recomendación 73/2002, de 1 de agosto, sobre garantías en la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 388.)*

Se acusa recibo a su atento escrito, de fecha 24 de mayo del presente año, en el que nos contesta a la queja planteada por (...) y registrada con el número arriba indicado.

En el informe de referencia y respecto a la filmación de los integrantes de un grupo de personas que circulaban por la vía pública, se participa que la misma tenía una finalidad didáctica y pedagógica desde el punto de vista operativo, tendente a analizar y planificar la mejor respuesta operativa ante grupos numerosos de personas, concentraciones de masas y otras manifestaciones sociales planteadas con ocasión de eventos importantes.

Finalmente se participa que, las filmaciones obtenidas en el desarrollo de tal dispositivo operativo, fueron evaluadas a la finalización del servicio y destruidas.

A este respecto, esta Institución quiere efectuar a V. I. las siguientes consideraciones:

En el caso que nos ocupa, los agentes del Cuerpo Nacional de Policía procedieron a identificar a un grupo de 40 personas que se dirigían a la plaza del Ayuntamiento de Cáceres, a la que, momentos después acudirían los ministros de Asuntos Exteriores de la Unión Europea.

Esta intervención, amparada por lo establecido en el artículo 20 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, tendría su significado en las labores de indagación o pre-



vención que la citada norma encomienda a los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Realizada dicha identificación y solicitados los antecedentes policiales de los identificados, se les permitió continuar su marcha a la plaza del Ayuntamiento.

Esta actuación, de haberse limitado a la mera identificación, tendría su cobertura legal, lo que no ocurrió, a juicio de esta Institución, con la filmación que se realizó de dicha identificación.

En efecto, la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en lugares públicos, establece los requisitos de utilización, tanto de las instalaciones de videocámaras fijas, como de las móviles.

Respecto al uso de estas últimas, el artículo 5 de la citada norma establece que la filmación queda supeditada, en todo caso, a la concurrencia de un peligro concreto y demás requisitos exigidos en el artículo 6.

Este último artículo, que se refiere a los principios de utilización de las videocámaras, vuelve a incidir, en su apartado 4, en que la utilización de las videocámaras fijas exige la existencia de un peligro concreto y no un razonable riesgo para la seguridad ciudadana, exigible en el caso de utilización de las videocámaras fijas.

De igual manera, el citado artículo 6 establece, en su apartado 1 que la utilización de las videocámaras estará presidida por el principio de proporcionalidad, en su doble versión de idoneidad y de intervención mínima, sin que, en el caso que nos ocupa, se den los presupuestos necesarios para considerar que era necesaria la filmación de una identificación y menos justificar la misma, como se hace en el informe de esa Dirección General, por una finalidad didáctica o pedagógica desde el punto de vista operativo.

La filmación de la identificación de un grupo de personas, como ocurrió en este caso, ni está permitido por la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, ni por la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, sobre la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, al no existir un 'peligro concreto' como exige esta última norma, pues el hecho cierto es que, la toma de imágenes y sonido de una identificación, ni cumple con el requisito de idoneidad, ni con el de proporcionalidad, establecido en el ya citado artículo 6, ni puede ampararse en la finalidad didáctica o pedagógica a que se alude, pues la finalidad de salvaguardar la seguridad ciu-

dadana, se cumple con la identificación de una persona y no con la filmación de dicha identificación y, por otra parte, si esa Dirección General considera que los miembros del Cuerpo Nacional de Policía deben conocer como actuar en situaciones similares, no sería necesario la filmación de hechos reales, sino que podrían simularse situaciones, para así, dar una respuesta eficaz en los casos que, posteriormente, se puedan producir.

Por otra parte, se desconoce si, en este caso, existía una autorización para el uso de dichas videocámaras, y si dicha autorización se puso en conocimiento de la Comisión prevista en el artículo 3 de la Ley 4/1997, de 4 de agosto, tal como establece el artículo 5 de la citada norma.

Por todo lo anterior, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se ha valorado la conveniencia de formular a V. I. la siguiente recomendación:

«Que por esa Dirección General se impartan las instrucciones oportunas para que las filmaciones que se realicen con videocámaras móviles se ajusten a lo establecido en los artículos 5 y 6 de la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en lugares públicos, respecto a los principios de utilización de las mismas, así como que su uso esté supeditado a la autorización previa prevista en la citada norma, salvo casos de urgencia máxima».

Madrid, 1 de agosto de 2002.

**Recomendación dirigida al Director General de la Policía.**



**Recomendación 74/2002, de 1 de agosto, sobre cómputo del plazo para instar la documentación de los menores extranjeros tutelados por la Consejería.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 420.)*

Se ha recibido en esta Institución el informe solicitado a V. E. en relación con la queja formulada por don (...).

Analizado el contenido del mismo, procede realizar las siguientes consideraciones.

Según se indica en su propio escrito, las resoluciones acordando el desamparo y acogimiento residencial del menor don (...), tienen efecto desde el 2 de febrero de 2001 hasta el 27 de julio de 2001, momento en el que se acuerda el cese del desamparo por reintegración familiar, en consecuencia, desde el momento que se inicia la tutela hasta el momento en que ésta cesa, transcurre un tiempo de 4 meses y 25 días.

Sin embargo, 4 días después el interesado vuelve al área del menor y con efectos de 1 de agosto de 2001, vuelve a acordarse el desamparo y el acogimiento residencial, cesando éste en sus efectos el 2 de agosto de 2001, por acordarse la reintegración familiar.

Finalmente vuelve a acordarse el desamparo con efectos desde el 5 de agosto hasta el 7 de febrero de 2002, momento en el que cesa por alcanzar el interesado la mayoría de edad, según se expone en el escrito de V. E.

En consecuencia, el tiempo total que ha estado tutelado el interesado ha sido el de 10 meses y 27 días y ello sin contar el lapso de interrupción en la tutela, que, tal y como ya manifestamos en una de las recomendaciones remitidas a esa Consejería, a juicio de esta Institución debía incluirse en el cómputo del plazo de nueve meses establecido por el artículo 62 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio.

En este caso, ni siquiera es necesario incluir ese lapso temporal, dado que el interesado supera claramente el total de nueve meses que especifica la norma del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio (artículo 62.5).

Tal norma, como V. E. conoce, fija un tiempo concreto para ser titular del derecho a obtener la documentación necesaria que permita al interesado residir legalmente en España y ese tiempo es nueve meses, sin que, en ninguna de sus líneas contemple que tal tiempo deba ser continuado.

Como señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de febrero de 1985: «en buena hermenéutica, el silencio del legislador, sobre un punto determinado, no puede interpretarse en un sentido negativo ni positivo, por sí mismo, salvo precepto expreso que así lo disponga, sino que debe elucidarse en razón de la lógica interna del propio precepto y del conjunto normativo en que se inserta».

Las normas que regulan la situación de los menores son claramente tuitivas, como no podían ser de otra manera, lo que conlleva que en caso de duda no sólo se opte por la solución más beneficiosa para el interés del menor sino también que la Administración interprete los preceptos legales de forma generosa y flexible cuando ello sea necesario. En el caso aquí planteado la interpretación realizada es justamente la contraria al añadirse a la norma un requisito sobre el cual el legislador guarda silencio y que supone un obstáculo definitivo, es decir, que impide al interesado el ejercicio de un derecho: el de obtener su documentación.

Resulta incuestionable que el añadir ese requisito en un caso como el presente, en el que el período de interrupción de la tutela ha sido brevísimo (días), implica una interpretación de la norma contraria a su espíritu y finalidad y contraria a la lógica del precepto y del conjunto normativo en el que se inserta.

Como V. E. no ignora el artículo 3 del Código Civil en su apartado 1 establece que:

«Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

En el presente caso el precepto es lo suficientemente claro cuando dice que «transcurridos nueve meses...» sin especificar en ningún momento que el período temporal que establece haya de ser continuado.

En el caso aquí planteado, el legislador no ha efectuado manifestación alguna en relación con la continuidad de la residencia, como ya hemos dicho y, en este sentido, procede recordar el conocido apotegma *ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus*.

Finalmente, tal y como hace la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de febrero de 1984, hay que recordar que es principio fundamental y esencial que cualquier norma de Derecho debe ser interpretada acorde con la finalidad e interés que se pretende proteger con esa norma.

En este sentido, resulta indubitado que la norma trata de proteger el interés del menor mientras se encuentre tutelado y, por ello, establece que ha de ser la entidad de protección, en calidad de su representante legal, la que inste la documentación ante la autoridad gubernativa. Tal protección resulta deducible no solo de la letra de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sino de otras normas y convenios internacionales ratificados por España.

El propio don (...) se dirigió a esa Consejería solicitando se instara su documentación ante la problemática que se le presentaría si no contaba con ello en el momento del cese del desamparo. Esto es, la inexistencia de documentación que le permitiera residir en España y encontrar un trabajo, todo ello dentro de la legalidad.

En aquellos momentos también se dirigió a la autoridad gubernativa, la cual remitió escrito a esa Consejería manifestando que el interesado había solicitado la concesión de un permiso y recordando que al tratarse de un menor correspondía a esa Consejería instar la documentación, según nos ha comunicado en su informe la propia Delegación del Gobierno.

Tras exponer lo anterior, esta Institución aprecia que esa Consejería ha efectuado una interpretación de una norma que perjudica notablemente los intereses del compareciente y, teniendo en cuenta que actualmente el interesado ya no está tutelado, de conformidad con lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, procede formular la siguiente sugerencia:

«Que se extienda un certificado a don (...) en el que se indique el tiempo total de tutela en España, a fin de que el mismo pueda ser aportado a su petición de permiso ante la autoridad gubernativa, dado que es dicha autoridad la que decidirá finalmente si procede o no la concesión de los permisos».

Asimismo y, a fin de evitar, que el apartado 5 del artículo 62 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, siga interpretándose de forma inadecuada, se formula, de conformidad con el precepto antes señalado la siguiente recomendación:

«Que a efectos de instar la documentación de los menores tutelados ante la autoridad gubernativa, se computen los tiempos totales durante los cuales se ejerció la tutela sin contemplar que la misma haya sido continuada o no, máxime en los casos en los que la interrupción de la tutela se produce por un lapso temporal brevísimo».

Madrid, 1 de agosto de 2002.

**Recomendación dirigida a la Consejera de Bienestar Social y Sanidad de la Ciudad Autónoma de Melilla.**

**Recomendación 75/2002, de 1 de agosto, sobre la neutralidad y seriedad de los informes de la Administración.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 421.)*

Ha comparecido ante esta Institución, mediante el correspondiente escrito, don (...), con domicilio en Cáceres, (...).

Sustancialmente expone su disconformidad con la actuación de la Policía Municipal de ese Ayuntamiento en un accidente, en el que se vio inmerso el pasado día 25 de febrero de 2002.

El interesado ha remitido a esta Institución la documentación que se adjunta a V. I. a efectos de su conocimiento.

Respecto al informe elaborado por los agentes de la policía local, con número de identificación, 60/81 y 101/87, esta Institución quiere efectuar a V.I. las siguientes consideraciones:

El citado informe, es contestación a un escrito que el señor (...) remite a esa Alcaldía en el que, si bien muestra su disconformidad con la actuación del equipo de atestados, no parece que el mismo pueda calificarse de hiriente o irrespetuoso.

Este informe, si bien parece que debería ser dirigido a esa Alcaldía o a la Jefatura de Policía Local para su posterior traslado a V. I. parece más bien, en algunos párrafos, que es un escrito personal de contestación al interesado.

Finalmente, en este informe se hacen unas consideraciones que, a juicio de esta Institución, resultan totalmente improcedentes, por cuanto van más allá de lo que supondría informar acerca de los motivos por los que los agentes de policía actúan en uno u otro sentido en caso de accidente.



Nos referimos a las frases plasmadas en el punto 1 del informe, «en este sentido le aconsejamos unos cursillos de reciclaje en cualquier autoescuela de nuestra ciudad» y en el punto 3, «sobre su recomendación en caso de accidente le recuerdo que en el punto primero le hago una recomendación, se recicle».

Estas frases resultan improcedentes en cualquier caso y más en un informe oficial, pues si un agente considera que un ciudadano ha perdido sus aptitudes para ser poseedor de un permiso de conducir debe actuar conforme a Derecho y, en aplicación del artículo 63 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, poner los hechos en conocimiento de la autoridad, en lugar de hacer manifestaciones irónicas o despreciativas sobre los conocimientos en materia de seguridad vial de una persona, contraviniendo así lo establecido en el artículo 5.2 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Por todo lo anterior, esta Institución, en base a lo establecido en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, ha valorado la conveniencia de formular a V. I. la siguiente recomendación:

«Que por ese Ayuntamiento se dicten las instrucciones oportunas al objeto de que, en los informes oficiales efectuados por miembros de la Policía Local, no se viertan expresiones que puedan suponer una incorrección con los ciudadanos en debido cumplimiento de lo establecido en el artículo 5.2 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad».

Madrid, 1 de agosto de 2002.

**Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Cáceres.**

**Recomendación 76/2002, de 1 de agosto, sobre limitaciones municipales al derecho fundamental de reunión y manifestación.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 422.)*

Agradecemos su atento escrito, en el que nos contesta a la queja planteada por don (...), registrada con el número arriba indicado.

En dicho escrito se señala que no se ha producido una restricción injustificada del derecho de manifestación y que lo que propuso esa corporación al Subdelegado del Gobierno en Huelva era que, previo el pertinente juicio de proporcionalidad, recondujera el derecho de manifestación pretendido a fin de que se posibilitara tanto ese derecho como la protección de otros derechos de terceros, habida cuenta de que el derecho de manifestación no es un derecho absoluto que pueda conllevar el que se conculquen otros derechos también dignos de protección y el que se infrinjan normas.

No obstante, en el escrito remitido por esa corporación a la Subdelegación del Gobierno, el 9 de agosto de 2001, se afirmaba que la manifestación que se pretendía celebrar el 11 de agosto de 2001 era continuación de otras ya realizadas por los mismos organizadores, las cuales se habían celebrado con la utilización de burlas, medios vejatorios, no sólo contra el Alcalde, como representante municipal, sino también como persona, y contra la corporación y sus técnicos, mostrando su total desprecio a los poderes públicos y al ordenamiento jurídico y, por tanto, se suponía que se iba a vulnerar el derecho al honor de los miembros y personal de la corporación municipal, no debiendo quedar amparadas estas situaciones.

Asimismo, se recordaba que el artículo 21 de la Ordenanza Municipal de Ruidos establece que las manifestaciones habrán de disponer de una autorización expresa de la Alcaldía y tras hacer diversas considera-

ciones sobre lo dispuesto en las distintas Ordenanzas Municipales se manifestaba que «A la vista de lo expuesto le significo que en la manifestación señalada no puede utilizarse megafonía o cualquier otra señal acústica» y «No puede procederse al reparto de octavillas».

Por último, se solicitaba que se regulasen las condiciones del ejercicio del derecho de reunión y manifestación en evitación de la conculcación de otros derechos constitucionalmente protegidos.

En relación con lo anterior, esta Institución ha valorado la conveniencia de poner en su conocimiento las siguientes consideraciones:

1. Nuestra Constitución ha optado por un sistema de reconocimiento pleno del derecho de reunión, sin necesidad de autorización previa. Esta libertad de reunión sin autorización se constituye así en una facultad necesaria para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito (STC 11/1981, de 8 de abril). Al imponerse la necesidad de autorización administrativa se está desnaturalizando el derecho de reunión, que no está supeditado a la valoración discrecional y al acto habilitante de la Administración (STC 32/1982, de 16 de junio), lo que condicionaría hasta tal punto las facultades que lo integran, que el pretendido derecho mudaría de naturaleza y no podría ser reconocido como tal.

2. El artículo 53.1 de la Constitución dispone que los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del Título I vinculan a todos los poderes públicos y que sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades. Por tanto, la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales no sólo afecta a la actividad legislativa, sino que afecta también a los otros poderes públicos.

La noción de contenido esencial de los derechos fundamentales nos indica que, a la hora de evaluar la constitucionalidad de una medida limitadora, es necesario realizar un juicio acerca de su justificación, el examen de la adecuación de la medida limitadora al bien que mediante ella se pretende proteger, el examen de la necesidad de la lesión del derecho para el fin pretendido, por no existir una alternativa menos gravosa, y la valoración de si la lesión es proporcionada al fin que con ella se pretende.

En todo caso, está prohibido por el citado artículo 53.1 la intervención directa del ejecutivo en la regulación de los derechos fundamentales, de manera que es necesaria la correspondiente habilitación legislativa para cualquier regulación reglamentaria en este ámbito.

3. Por lo que se refiere a las libertades del artículo 20 de la Constitución, no sólo son derechos fundamentales de cada persona, sino que también significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, que es una institución ligada de manera inescindible al pluralismo político, valor esencial del Estado democrático, estando, por ello, esas libertades dotadas de una eficacia que trasciende a la que es común y propia de los demás derechos fundamentales, incluido el del honor (SSTC 6/1981, de 16 de marzo; 104/1986, de 17 de julio; y 165/1987, de 27 de octubre).

El artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huera las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política.

En este sentido se pronuncia la STC 159/1986, al afirmar que «para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas».

4. Todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo y, de ahí, «la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales han de ser interpretados con carácter restrictivo y en el sentido más favorable a la eficacia y esencia de tales derechos», siendo exigible una «rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio» (STC 159/1986).

Cuando la libertad de expresión entre en conflicto con otros derechos fundamentales e incluso con otros intereses de significativa importancia social y política, las restricciones que de dicho conflicto pueden derivarse deben ser interpretadas de tal modo que el derecho fundamental no resulte desnaturalizado.

5. En el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 9/1993, reguladora del Derecho de Reunión, modificada por la Ley Orgánica 9/1999, tras establecer que la autoridad gubernativa notificará al Ayuntamiento afectado los datos contenidos en el escrito de comunicación, a fin de que este informe sobre las circunstancias del recorrido propuesto, se señala que dicho informe se referirá a causas objetivas tales como el estado de los lugares donde pretenda realizarse, la concurrencia de otros actos, las condiciones de seguridad de los lugares con arreglo a la normativa vigente y otras análogas de índole técnico.

No obstante, el contenido del informe de 9 de agosto de 2001 que ese Ayuntamiento remitió a la Subdelegación del Gobierno en Huelva excede ampliamente lo previsto en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 9/1993, reguladora del Derecho de Reunión, proponiendo que se establezcan condiciones y límites al ejercicio del derecho de manifestación que, a juicio de esta Institución, son contrarios a la eficacia y esencia de dicho derecho.

Por todo cuanto antecede, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, hemos considerado conveniente formular a S. S. las siguientes recomendaciones:

«Que se adopten las iniciativas oportunas para que el pleno del Ayuntamiento proceda a modificar el artículo 21 de la Ordenanza Municipal de Ruidos en lo que se refiere a la exigencia de autorización previa del Alcalde para poder celebrar una manifestación.

Que al emitir los informes previstos en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 9/1993, reguladora del Derecho de Reunión, se limite a pronunciarse sobre las circunstancias previstas en dicho precepto y se abstenga de hacer propuestas sobre las condiciones a que habría de someterse el ejercicio del derecho de manifestación que, de realizarse, supondrían una lesión de su contenido esencial».

Madrid, 1 de agosto de 2002.

**Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Lepe (Huelva).**

**Recomendación 77/2002, de 1 de agosto, sobre limitaciones municipales al derecho fundamental de libertad de expresión.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 423.)*

Agradecemos su atento escrito, en el que nos contesta a la queja planteada por don (...), Secretario General de la Federación (...), registrada con el número arriba indicado.

A dicho escrito se acompañan, entre otra documentación, copias del informe emitido por la Policía Municipal y del escrito de 31 de octubre de 2001 que V. E. dirigió al Portavoz del Grupo Municipal Socialista.

En el informe emitido por la Policía Municipal se afirma que el día 28 de octubre de 2001 se requirió a las personas que repartían propaganda del Partido Socialista Obrero Español en la calle Santa Adela para que cesaran en su actividad ya que no tenían autorización municipal ni para ocupar la vía pública ni para el reparto de propaganda, actividades que están prohibidas por la Ordenanza General de Protección del Medio Ambiente, y como los requeridos no cesaron en su actividad se procedió a intervenir los panfletos de propaganda.

En dicho informe se manifiesta, asimismo, que se formularon «denuncias por ocupación de la vía pública sin autorización municipal, así como por reparto de propaganda sin autorización municipal por ordenanzas municipales».

En el escrito de 31 de octubre de 2001 que V. E. dirigió al Portavoz del Grupo Municipal Socialista, tras afirmar sobre los incidentes del día 28 de octubre de 2001 que, en esencia, se trata de la ocupación de una parte de la vía pública y del reparto en ella de folletos propagandísticos, sin contar con la previa autorización que en circunstancias normales exigen las ordenanzas municipales, se señala que «parece descabellado con-

siderar que una actuación policial tan normal y corriente pueda constituir una conculcación de los derechos constitucionales».

En relación con el contenido de dicho informe, esta Institución ha valorado la conveniencia de poner en su conocimiento las siguientes consideraciones:

1. El artículo 53.1 de la Constitución dispone que los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del Título I vinculan a todos los poderes públicos y que sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades.

Por tanto, está prohibido por el citado artículo 53.1 la intervención directa del ejecutivo en la regulación de los derechos fundamentales, de manera que es necesaria la correspondiente habilitación legislativa para cualquier regulación reglamentaria en este ámbito.

2. En todo caso, el artículo 132 de la Ordenanza General de Protección del Medio Ambiente Urbano, que distingue entre la publicidad y la propaganda electoral y política, dando a esta última un tratamiento confuso e impreciso, no ampara una actuación como la desarrollada por la Policía Municipal el 28 de octubre de 2001.

La noción de contenido esencial de los derechos fundamentales nos indica que a la hora de evaluar la constitucionalidad de una medida limitadora es necesario realizar un juicio acerca de la adecuación de la medida limitadora al bien que mediante ella se pretende proteger, el examen de la necesidad de la lesión del derecho para el fin pretendido, por no existir una alternativa menos gravosa, y la valoración de si la lesión es proporcionada al fin que con ella se pretende.

3. Las libertades del artículo 20 de la Constitución, no sólo son derechos fundamentales de cada persona, sino que también significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, que es una institución ligada de manera inescindible al pluralismo político, valor esencial del Estado democrático, estando, por ello, esas libertades dotadas de una eficacia que trasciende a la que es común y propia de los demás derechos fundamentales (SSTC 6/1981, de 16 de marzo; 104/1986, de 17 de julio; y 165/1987, de 27 de octubre).

El artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que

enuncia el artículo 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política.

En este sentido se pronuncia la STC 159/1986, al afirmar que «para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas».

4. Todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo y, de ahí, «la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales han de ser interpretados con carácter restrictivo y en el sentido más favorable a la eficacia y esencia de tales derechos», siendo exigible una «rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio» (STC 159/1986).

Cuando la libertad de expresión entre en conflicto con otros derechos fundamentales e incluso con otros intereses de significativa importancia social y política, las restricciones que de dicho conflicto pueden derivarse deben ser interpretadas de tal modo que el derecho fundamental no resulte desnaturalizado.

Por todo cuanto antecede, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, hemos considerado conveniente recomendar a V. E. que valore la oportunidad de dictar las instrucciones oportunas para que la actuación de la Policía Municipal, cuando incida en el ejercicio por parte de los ciudadanos de las libertades y derechos fundamentales, sea especialmente cuidadosa y estricta en el respeto a su contenido esencial, absteniéndose de realizar actuaciones contrarias a la eficacia de dichos derechos.

Madrid, 1 de agosto de 2002.

**Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Madrid.**





**Recomendación 78/2002, de 1 de agosto, sobre perfeccionamiento del régimen disciplinario de la Policía Local de Miajadas.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 424.)*

Agradecemos el escrito de S. S., (referencia: 2269), en relación con la queja presentada ante esta Institución por don (...), registrada con el número arriba expresado.

En el escrito que nos ha remitido se señala que al haber sido absueltos los policías locales la recomendación interesada por esta Institución no tiene virtualidad y se añade que resultaría desproporcionado que unos policías locales que han sido denunciados injustamente hubiesen sido sometidos a expediente disciplinario, tras la iniciación de un procedimiento penal.

En relación con lo manifestado en dicho escrito, se ha valorado la oportunidad de realizar las siguientes consideraciones:

La recomendación formulada por esta Institución no se refería exclusivamente al caso concreto de los policías locales cuya actuación había originado la queja presentada por la Asociación de Derechos Humanos de Extremadura, sino que se planteaba de forma general para todos aquellos casos en los que un agente esté incurso en actuaciones penales por hechos de los que pudieran derivarse responsabilidades en su contra. Por tanto, la circunstancia de que en este caso los agentes hayan sido absueltos no afecta a la virtualidad de la recomendación formulada.

Por otra parte, hemos de analizar el argumento de la falta de proporcionalidad derivada de incoar un expediente disciplinario a un agente que ha sido denunciado injustamente, que supondría prejuzgar el resultado del procedimiento penal en trámite, ya que, en el momento de

incoarse dicho expediente disciplinario, no puede anticiparse el resultado del procedimiento penal.

La finalidad de la recomendación formulada es evitar que se produzca la prescripción de una supuesta infracción teniendo en cuenta la gravedad de la conducta que se denuncia. En este sentido, le recordamos que en nuestro escrito de 30 de mayo de 2001 se señalaba que la dilación en la conclusión del procedimiento penal y la falta de incoación de un procedimiento disciplinario previo podría determinar la prescripción de la infracción.

En consecuencia, hemos considerado conveniente reiterar a S. S. la recomendación<sup>11</sup> formulada con fecha 30 de mayo de 2001, para que cuando un agente esté incurso en actuaciones penales por hechos de los que pudieran derivarse responsabilidades en su contra se proceda a la incoación de un expediente disciplinario, cuya tramitación quede suspendida en tanto concluya el procedimiento penal mediante sentencia firme, todo ello al objeto de evitar la prescripción de la posible infracción.

Madrid, 1 de agosto de 2002.

**Recomendación dirigida al Alcalde de Miajadas (Cáceres).**

---

<sup>11</sup> Recomendación 57/2001, publicada en el volumen correspondiente al año 2001 de esta serie.

**Recomendación 79/2002, de 4 de septiembre, sobre el requisito de edad máxima para el ingreso en la función pública local.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 379.)*

Se han venido presentando diversas quejas ante esta Institución en las que se exponía que determinadas bases de convocatorias que han regido los procesos selectivos, para el acceso a la función pública de algunas entidades locales, han incluido entre los requisitos exigidos a los candidatos, para poder acceder a las correspondientes pruebas, «tener cumplidos 18 años de edad y no exceder de aquélla en que falten menos de diez años para la jubilación forzosa por edad determinada en la legislación básica en materia de función pública».

Aunque con cada una de las referidas quejas se ha adoptado la resolución correspondiente, sin embargo, se ha decidido iniciar una investigación de oficio, que ha quedado registrada con el número arriba indicado, en base a las siguientes consideraciones:

Primera. En el Informe anual que esta Institución elevó a las Cortes Generales referente a la gestión desarrollada durante el año 1997, ya nos hicimos eco de esta cuestión al manifestar textualmente lo siguiente:

«El artículo 135.b) del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local establece que para ser admitido a las pruebas selectivas de ingreso será necesario tener cumplidos 18 años de edad y no exceder de aquélla en que falten menos de 10 años para la jubilación forzosa por edad determinada por la legislación básica en materia de función pública.

A nuestro juicio, la aplicación generalizada de este límite en las convocatorias de acceso a la función pública local —límite más estricto que

el existente en otros ámbitos de la función pública, en el que el tope máximo de ingreso debe concretarse para cada cuerpo [artículo 30.b) de la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado de 1964]— es susceptible de producir resultados injustos y perjudiciales para los administrados, así como dudosamente compatibles con la doctrina constitucional sobre acceso a la función pública.

Por este motivo se recomendó<sup>12</sup> a la Secretaría de Estado para la Administración Pública que en el marco de las actuaciones en curso para la elaboración de un Estatuto de la Función Pública se incluyesen previsiones que posibilitaran a las corporaciones locales fijar límites de edad para el ingreso en cada cuerpo o escala diferenciados según las características de éstos.

La recomendación ha sido expresamente aceptada y se incorporará al futuro Estatuto de la Función Pública».

Segunda. Pues bien, a pesar del tiempo transcurrido desde entonces, lo cierto es que, hasta la fecha, ni se ha aprobado el referido Estatuto Básico de la Función Pública ni se ha producido la modificación del citado precepto que únicamente se aplica a la función pública local.

A este respecto, hay que tener en cuenta que el requisito establecido únicamente para acceder a la función pública local de tener una edad inferior en diez años a la establecida para la jubilación forzosa, fue introducido por el artículo 33 del Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, con la finalidad, al parecer, de que todos los funcionarios locales tuviesen cubierto el período de carencia que los Estatutos de la MUNPAL exigían para tener derecho a la pensión de jubilación.

Debido a la propia naturaleza de lo que es un texto refundido, el contenido de dicho precepto fue incorporado al que se aprobó como Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por ser compatible con lo dispuesto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, si bien esa finalidad de conseguir un período mínimo de carencia para causar pensión de jubilación en la MUNPAL quedó desvirtuada posteriormente con el Real Decreto 691/1991, de 12 de abril, sobre cómputo recíproco de cotizaciones en los diferentes regímenes de la Seguridad Social y, desde luego, con el Real Decreto 480/1993, de 2 de abril, de integración de los funcionarios locales en el Régimen General de la Seguridad Social y desaparición de la MUNPAL.

Tercera. Además de haber quedado sin justificación desde hace años la existencia de la referida limitación contenida en el referido apar-

---

<sup>12</sup> Recomendación 25/1997, publicada en el volumen correspondiente al año 1997 de esta serie.

tado *b)* del artículo 135, también hay que sospechar de su constitucionalidad como ya expuso esta Institución en el citado Informe anual del año 1997, ya que ese límite de edad para acceder a la función pública local, fijado en los 55 años, supone una discriminación por razón de edad contraria al principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución, porque no existe con ese carácter general para acceder a las funciones y cargos públicos de otras administraciones públicas.

Aunque es preciso reconocer que para acceder a determinados Cuerpos o Escalas de funcionarios locales sí puede estar justificado limitar la edad de acceso (caso de los policías locales), ello será siempre que la exigencia obedezca a razones objetivas y no discriminatorias tal y como se deduce de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1993, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por lo que no habría infracción de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución en la exigencia de una determinada edad para acceder a ciertos puestos.

A este respecto se debe citar la Sentencia 75/1983, de 8 de agosto, en la que el Tribunal Constitucional señaló que «la edad es en sí un elemento diferenciador, de modo que será legítima una decisión del legislativo que atendiendo a este elemento diferenciador, y a las características del puesto de que se trate, fije, objetivamente, límite de edad que suponga para los que lo hayan rebasado la imposibilidad de acceder a estos puestos».

Cuarta. Teniendo en cuenta la anterior salvedad, hay que indicar que la aplicación generalizada de ese tope máximo de edad para el acceso a la función pública local, sin referencia expresa a alguna razón objetiva y específica en las pruebas selectivas convocadas por las entidades locales, supone una restricción injustificada que no existe en otros ámbitos de la función pública dado el tratamiento más flexible de este mismo requisito en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado que alude como tope máximo a «la edad que se establezca para cada cuerpo» [artículo 30.*b)*].

Por otra parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, en su artículo 21 prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por la edad.

Al objeto de dar cumplimiento a esta prohibición, la Mesa del Parlamento Europeo ha decidido, en su reunión de 8 de abril de 2002, que ya no aplicará límites de edad en los procedimientos de selección para la función pública comunitaria, tal como había propuesto el Defensor del Pueblo Europeo.

Como quiera que la aprobación del Estatuto Básico de la Función Pública «necesita un amplio consenso y un respaldo mayoritario de las distintas fuerzas políticas, que garantice su continuidad en el tiempo», según nos ha comunicado ese mismo departamento ministerial el pasado 4 de julio con ocasión de la tramitación de la queja Q0102180, esta Institución considera que no es preciso supeditar a tal aprobación la modificación puntual del artículo 135 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, ya que en el año 1997 ese Ministerio aceptó la recomendación que se le formuló y no puede demorarse más la adecuación de su contenido a los criterios aprobados por los órganos comunitarios de no discriminación por razón de edad para acceder a la función pública.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, procedemos a formular la siguiente recomendación:

«Reiterando el contenido de la recomendación que se formuló a ese departamento ministerial en el año 1997, que fue aceptada por la Secretaría de Estado para la Administración Pública, y con independencia de la futura aprobación del Estatuto Básico de la Función Pública, se recomienda a V. E. que, a la mayor brevedad posible, imparta las órdenes precisas para que por parte de ese departamento se elabore el correspondiente anteproyecto que, una vez aprobado como proyecto de ley permita que se tramite en vía parlamentaria la modificación del apartado b) del artículo 135 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, con el fin de que el requisito de la edad máxima para el ingreso en la función pública local no tenga el tope actual generalizado de los 55 años ya que, salvo cuando existe alguna justificación objetiva y concreta, a las otras funciones públicas se puede acceder rebasando esa edad».

Madrid, 4 de septiembre de 2002.

**Recomendación dirigida al Ministro de Administraciones Públicas.**

**Recomendación 80/2002, de 4 de septiembre, sobre definición de áreas de influencia a efectos de admisión de alumnos en los centros docentes sostenidos con fondos públicos.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 416.)*

Es de referencia su escrito de fecha 26 de junio del presente año, (s/ref.: salida n.º 180.569), en el que se da respuesta a la solicitud de información formulada por esta Institución en relación con la queja que figura inscrita en nuestro registro a nombre de don (...), presidente del Consejo Escolar del IES (...) de la localidad de (...), Ciudad Real, con el número arriba indicado.

Con su comunicación adjunta informe emitido por el Servicio de Inspección Educativa de la Delegación Provincial de esa Consejería en Ciudad Real en el que, después de describir determinados aspectos del proceso de admisión de alumnos llevado a cabo para el próximo curso escolar, se hace referencia a las circunstancias —relacionadas con la peculiar ubicación de los tres institutos de educación secundaria de la localidad de Alcázar de San Juan, colindantes entre sí y situados en uno de los extremos de la ciudad—, que llevaron en su momento a definir un área de influencia única para todos los institutos, coincidente con el término municipal de la referida localidad, por entender según se asegura que de esta manera se ofrece a los padres una mayor capacidad de elección de centro educativo para sus hijos.

En relación con esta última apreciación esta Institución debe manifestar que, a su juicio, la definición de un área de influencia única para todos los institutos de educación secundaria de una localidad, no incrementa tal y como pretende el informe de inspección mencionado las posibilidades de elección de centro educativo por parte de los padres de todos los alumnos, sino únicamente de una parte de los solicitantes, en



concreto de aquellos que acrediten menores niveles de rentas o que tengan hermanos ya matriculados en el centro y esto en detrimento de aquellos otros cuyos domicilios se encuentran más próximos geográficamente al centro solicitado, que no obtienen por esta circunstancia una puntuación mayor que el resto de los peticionarios al haberse homogeneizado —a juicio de esta Institución en evidente contravención de los preceptos legales que establecen los criterios de admisión de alumnos y de la normativa reglamentaria dictada en desarrollo de los mismos para el ámbito territorial de esa Comunidad autónoma—, a través de la definición de área de influencia única cuestionada, la puntuación obtenible por el criterio de proximidad domiciliaria.

Parece evidente a esta Institución que la afirmación sumamente ambigua que el Servicio de Inspección realiza en el informe aportado de que la contigüidad de los institutos de (...) determina que «todos los alumnos, sea cual fuere la situación de su domicilio estén a igual distancia de los tres centros de educación secundaria públicos» únicamente es cierta si se entiende en el sentido de que el domicilio de cada alumno está equidistante de los tres centros al ser estos últimos colindantes, afirmación obvia y que carece de toda trascendencia en relación con la cuestión planteada, pero no lo es, también de forma evidente, si con ello se pretende afirmar, para justificar la puntuación igual a que da lugar la definición de un área de influencia única, que los domicilios de todos y cada uno de los alumnos se encuentran a la misma distancia de los citados centros, circunstancia que por definición no puede concurrir en el supuesto planteado cuando, según se afirma en su escrito, los centros no están ubicados en el centro geográfico de la localidad sino muy alejados de éste en un extremo de la ciudad.

Llegados a este punto esta Institución debe remitirse de nuevo, al igual que ya hizo en el escrito de 8 de mayo último, por el que se inició la presente tramitación a la argumentación, deducida de la normativa legal vigente y de la reglamentaria sobre admisión de alumnos vigente en el ámbito de esa Comunidad autónoma, ya expuesta en el curso de la tramitación de la queja Q9907562, cuyo promovente planteaba un supuesto similar de definición de un área de influencia única para todos los institutos de educación secundaria, en este caso de la localidad de Almansa.

De la citada normativa se deduce, en efecto, la necesidad de que la admisión de los alumnos en los centros sostenidos con fondos públicos, en los supuestos en que el número de peticiones de plaza formuladas resulte sea superior al de vacantes existentes, sea resultado de la aplicación conjunta de los criterios prioritarios de admisión, entre ellos el de

proximidad domiciliaria, desprendiéndose igualmente ya, en concreto del Decreto 86/2000, de 11 de abril, sobre elección de centro y criterios de admisión de alumnos, la necesidad de introducir una gradación en la puntuación obtenible por este último criterio que refleje las distintas situaciones reales de los alumnos en cuanto a la proximidad del domicilio de cada alumno al centro solicitado.

En el mencionado decreto se establece, en efecto, que las delegaciones provinciales a las que compete la definición del área de influencia de cada centro, a efectos de puntuación de la proximidad domiciliaria, establecerán necesariamente, al propio tiempo, áreas de influencia limítrofes con la anterior, contemplándose para los domicilios ubicados en estas ultimas en el baremo correspondiente una puntuación menor que la prevista para los ubicados en la zona de influencia propia de cada centro.

De otra parte, según también se desprende del mismo Decreto y se hacía notar asimismo en la tramitación de la referida queja que la definición de las áreas de influencia de los centros docentes no puede hacer abstracción de la capacidad que tengan autorizada y de la población escolar existente en su entorno, sino que estos datos, de acuerdo con la citada norma deben tenerse en cuenta al adoptar las decisiones sobre delimitación de las zonas de influencia de los centros, no obstante lo cual parece evidente que la definición de un área de influencia única para todos los centros de una localidad se produce absolutamente al margen de la capacidad real de oferta de plazas de cada centro y de la demanda existente en su entorno inmediato.

Esta Institución entiende que las especiales condiciones de ubicación de los tres centros públicos de educación secundaria de (...) puede requerir la adopción de soluciones específicas ajustadas a las peculiaridades mencionadas, sin embargo parece que tales soluciones no pueden en ningún caso privar de efectividad real a los preceptos legales que definen las bases del régimen de admisión de alumnos, ni obviar la aplicación de previsiones expresas contenidas en las disposiciones reglamentarias que en su desarrollo se han aprobado para la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

En consecuencia parece oportuno formular a V. E. en uso de las facultades atribuidas a esta Institución por el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, la siguiente recomendación:

«Que por esa Consejería se cursen las instrucciones pertinentes y se adopten las demás iniciativas que pudieran resultar necesarias para

que por la Delegación Provincial de esa Consejería en Ciudad Real se proceda a una nueva determinación de las áreas de influencia y límites de los centros públicos de Educación Secundaria de la localidad de (...) que, atendiendo en los términos que se estimen oportunos a las peculiaridades derivadas de su ubicación, resulte respetuosa con las prescripciones legales y reglamentarias mencionadas en el cuerpo de este escrito».

Madrid, 4 de septiembre de 2002.

**Recomendación dirigida al Consejero de Educación y Cultura de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.**

**Recomendación 81/2002, de 9 de septiembre, sobre problemas por inclusión de un familiar fallecido en la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF).**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 407.)*

Ante esta Institución compareció don (...), con NIF (...), y domicilio en la calle (...), de (...), Madrid, exponiendo que, el 17 de agosto de 1999, tuvo una hija que falleció el día 18 de agosto de 1999, y que al ir a realizar la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) del ejercicio 1999, se le informó en la agencia tributaria de que no podía aplicar el mínimo familiar por descendientes.

El interesado trasladó la cuestión al Consejo para la Defensa del Contribuyente, que le informó de que pondría su queja en conocimiento de esa Secretaría de Estado, con la finalidad de que pueda ser tenida en cuenta a la hora de elaborar o modificar las normas del IRPF.

Solicitado informe por esta Institución a la Administración tributaria, a fin de conocer la posibilidad de prorratear el mínimo citado, ha comunicado que, efectivamente, el criterio de la Dirección General de Tributos es que no se puede admitir la aplicación del mínimo familiar por este hijo, ya que a fecha 31 de diciembre había fallecido.

Esta Institución, sin embargo, entiende que sobre la cuestión planteada pueden realizarse diversas consideraciones.

En primer lugar hay que tener en cuenta que la existencia de un mínimo personal y familiar en la Ley del IRPF es una de las novedades de la misma ligada a la pretensión de gravar la renta disponible o discrecional.

A este fin, la determinación de las circunstancias personales y familiares se realizará atendiendo a la fecha del devengo del Impuesto, el 31

de diciembre de cada año, salvo en el supuesto de fallecimiento del contribuyente.

Aunque la consideración de las circunstancias personales y familiares en la fecha del devengo del Impuesto se muestre válida con carácter general, no lo es tanto para el requisito de convivencia y dependencia, ya que resulta ilógico que por el mero hecho de convivir o depender del contribuyente el último día del año, se genere el derecho a aplicar el mínimo.

Esta Institución entiende que el requisito de la convivencia implica una cierta estabilidad. Ello ha venido avalado por la propia Administración, que ha entendido que cuando el descendiente conviva a temporadas con más de un contribuyente, aunque no lo haga el 31 de diciembre, el mínimo podrá ser prorrateado por partes iguales entre los contribuyentes.

Hay que recordar que la finalidad de los mínimos consiste en cuantificar las necesidades vitales del contribuyente y su familia, a fin de gravar únicamente la renta disponible.

En consecuencia, en el caso de que el ascendiente o descendiente fallezca antes de que finalice el periodo impositivo, podría y debería entenderse que resulta procedente el prorrateo de los mínimos, ya que la disminución de la capacidad económica del contribuyente ya se ha producido.

La Administración considera que, en el supuesto de ascendientes, el requisito de la dependencia y la convivencia excluye la consideración de la fecha del devengo. Así, aunque la previsión del artículo 40.4 de la Ley 40/1998, se aplique con carácter general a todos los mínimos, la propia lógica de éstos ha impuesto que no se tenga en cuenta la fecha del devengo, pudiéndose aplicar el mínimo por ascendientes cuando conviva y dependa los primeros seis meses del año, aunque fallezca posteriormente.

Igualmente, en el caso de separación matrimonial, entiende que procederá el prorrateo del mínimo familiar por descendientes, con independencia de quién sea el progenitor con quien esté conviviendo a 31 de diciembre, cuando la guarda y custodia sea compartida (Dirección General de Tributos, 17 de marzo de 2000).

En consecuencia, aunque la interpretación que mantiene la Administración al respecto resulta adecuada a la ley, no responde a la finalidad del concepto del mínimo personal o familiar y distorsiona, a juicio de esta Institución, la lógica del Impuesto, ni se adapta a la realidad social en que éste debe aplicarse.

Por todo ello, se ha considerado oportuno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta Institución, formular a V. E. la siguiente recomendación: «Que se modifique la normativa del IRPF, en concreto el artículo 40, a fin de que los mínimos familiares por descendientes puedan ser prorrateados en el caso de fallecimiento de éstos, al haberse producido una disminución de la renta disponible del contribuyente».

Madrid, 9 de septiembre de 2002.

**Recomendación dirigida al Secretario de Estado de Hacienda.**



**Recomendación 82/2002, de 9 de septiembre, sobre mejoras de las garantías de los procedimientos sancionadores en materia de tráfico.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 380.)*

Nos dirigimos nuevamente a V. E. como continuación a nuestro último escrito de fecha 1 de abril de 2002, en el que le informábamos que esta Institución había solicitado de la Dirección General de Tráfico la remisión de varios expedientes sancionadores, al objeto de comprobar qué tipo de resoluciones se habían dictado en los mismos.

De la documentación remitida por la Dirección General de Tráfico se observa que por parte de esa Delegación del Gobierno se vienen imponiendo sanciones en materia de seguridad vial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En efecto, tras las propuestas de resolución formuladas en los distintos expedientes por el órgano instructor, se autoriza una relación, donde consta el número de expediente, la persona denunciada, el precepto infringido y la sanción que se impone.

Esta Institución considera plenamente ajustada a Derecho la imposición de sanciones haciendo uso de las facultades establecidas en el artículo 55.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, máxime tratándose de sanciones en materia de tráfico, cuyo volumen, según informó la Dirección General de Tráfico, se aproxima anualmente a los dos millones y medio de expedientes.

No obstante, esta Institución no considera adecuado que por parte de esa Delegación del Gobierno se informe a los interesados que así lo



han solicitado, que no se han dictado resoluciones verbales, creando así una confusión innecesaria en los administrados que reciben una notificación de la Jefatura Provincial de Tráfico que ha instruido el expediente sancionador, donde se les informa que esa Delegación del Gobierno ha dictado una resolución verbal y, posteriormente, desde esa Delegación del Gobierno se les manifiesta que no se han dictado ese tipo de resoluciones.

Es evidente que las resoluciones sancionadoras que autoriza esa Delegación del Gobierno, mediante una relación, se encuadran en aquellas a que se refiere el artículo 55.2 antes citado y que se dictan de forma verbal.

En caso contrario, dichas resoluciones deberían ser individualizadas sin que quepa la autorización de una relación, como en los casos que se ha hecho referencia.

Por todo lo anterior, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se ha valorado la conveniencia de formular a V. E. la siguiente recomendación:

«Que por esa Delegación del Gobierno, en aquellos casos en los que los interesados soliciten información, respecto a las resoluciones dictadas en expedientes sancionadores en materia de tráfico, se les informe que las mismas han sido dictadas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

Madrid, 9 de septiembre de 2002.

**Recomendación dirigida al Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Castilla y León.**

**Recomendación 83/2002, de 20 de septiembre, sobre medidas de prevención.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 386.)*

Nos ponemos en contacto con ese centro directivo con motivo de la comparecencia ante esta Institución de doña (...), esposa de don (...), Sargento Comandante del Puesto de (...), Almería.

La compareciente pone de manifiesto que el pasado mes de febrero su hijo menor de edad, en concreto de 21 meses, se puso muy enfermo, siéndole diagnosticada la enfermedad denominada Síndrome de Guillain-Barre.

La interesada expone que, mientras su hijo se debatía entre la vida y la muerte, el Capitán Jefe de la Compañía y el Jefe del Acuartelamiento, convocaron una reunión junto con la Epidemióloga Técnica de Salud de Atención Primaria del distrito de la citada localidad, y elaboraron una nota interior, con el sello de la Compañía, de la que le adjuntamos copia para su mejor conocimiento, en la que se decía literalmente: «hoy día 15 (viernes), a las 13,30 horas, visitará el Acuartelamiento para hablar con todas las madres que tuvieran hijos menores de 15 años. Ello con relación a la enfermedad de “parálisis flácida aguda” que padece el hijo menor del Sargento (...)».

Ante tales circunstancias, la interesada expresó, a través de un escrito que remitió con fecha 5 de abril a ese instituto armado, su absoluto y total desacuerdo con la citada nota y con la actuación realizada por el Capitán Jefe de la Compañía, pues en la misma se incluía una enfermedad que no es la que le ha sido diagnosticada a su hijo y, por otra parte, se vulneraba el derecho a la intimidad personal y familiar.

En la respuesta que le fue remitida con fecha 13 de mayo de 2002, por la secretaría de despacho siguiendo instrucciones de V. I., de la que

también le adjuntamos copia, se comunicó a la interesada que, una vez recabados informes de los superiores jerárquicos del citado oficial, se desprendía que la actuación del mismo iba encaminada a atender una demanda de colaboración solicitada por el Sistema de Vigilancia Epidemiológica de Andalucía, con la finalidad de prevenir la posible existencia de una enfermedad contagiosa que pudiera afectar a alguno de los residentes menores de edad de dicho Acuartelamiento, considerando que tal actuación fue correcta de acuerdo con las circunstancias que concurrieron en aquel momento, atendiendo a las necesidades de preservar la salud de todo el personal que vivía en el mismo.

A la vista de lo anterior, es preciso poner de manifiesto ante ese centro directivo que, a juicio de esta Institución, no son en absoluto admisibles los términos en los que la citada nota informativa fue emitida, pues la finalidad de la medida precautoria adoptada, consistente en informar a los padres de otros menores que residían en el Acuartelamiento de (...) de la existencia de una posible enfermedad contagiosa, en orden a preservar el interés público y general, en ningún caso hacía necesario que se incluyeran datos que permitieran la identificación del menor.

Esta Institución considera que estas medidas de prevención no pueden menoscabar otros derechos que afecten a la esfera personal y familiar, pues el alcance, contenido y extensión de la comunicación o información suministrada con la finalidad de preservar la salud de todo el personal que residía en el Acuartelamiento, se podría haber realizado en otros términos, de manera que se hubieran salvaguardado y garantizado plenamente los derechos del menor.

Por todo lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formular la siguiente recomendación:

«Que se dicten las instrucciones oportunas para que, en el futuro y en aquellos casos en que concurren circunstancias similares a las acaecidas en el presente supuesto, se tengan en cuenta las precisiones expresadas de manera que las medidas de prevención adoptadas para preservar la salud de los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil y de sus familiares que residen en los acuartelamientos, no supongan una vulneración al derecho a la intimidad personal y familiar».

Madrid, 20 de septiembre de 2002.

**Recomendación dirigida al Director General de la Guardia Civil.**

**Recomendación 84/2002, de 20 de septiembre, sobre la necesidad de dictar resolución expresa en un proceso de selección.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 426.)*

Se ha recibido escrito de V. E. (n.º de salida 827), referente a la queja Q0112298, formulada por don (...).

Una vez estudiado con detenimiento el informe facilitado, que esta Institución agradece, debemos poner de manifiesto que el objeto de nuestra discrepancia, en lo que concierne a la actuación de ese ente público en el proceso de selección objeto de estudio, debe centrarse en la falta de resolución expresa al recurso de reposición planteado por el interesado.

En efecto, como se puso de relieve con anterioridad en el transcurso de estas actuaciones, la obligación de resolver que compete a la Administración no puede quedar soslayada por la apreciación que aquella adopte acerca de la fundamentación, o de las carencias del recurso que le sea formulado, juicio que, además, no se traslada al interesado.

Nuestro criterio se fundamenta en que, no queda al arbitrio de aquella la resolución del recurso formulado, sino que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en su artículo 42 contempla la obligación de resolución expresa en todos los procedimientos y establece el sistema de recursos, al hilo de la exposición de motivos de la Ley 4/1999 de modificación de la Ley 30/1992, con la finalidad de reforzar las garantías jurídicas de los ciudadanos frente a la actuación de la Administración. En ese orden de cosas, el artículo 107 de la mencionada Ley habilita a los interesados para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición frente a las resoluciones y actos de trámite,

si estos últimos inciden en el fondo del asunto, que podrán fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad establecidos en los artículos 62 y 63 de aquella Ley.

De otra parte, el artículo 117.2 de la mencionada Ley establece el plazo máximo de un mes para dictar y notificar la resolución del recurso de reposición, por tanto, se fija el plazo para dar cumplimiento a esa resolución, que deberá ser motivada, de acuerdo con el artículo 54.1.b).

En lo que respecta a la regulación que sobre este particular realiza el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración general del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración del Estado, aprobado mediante el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, de aplicación supletoria conforme al contenido de su artículo 1.3, su artículo 22 establece que una vez concluida la calificación de los aspirantes el tribunal de selección hará pública la relación de aprobados, siendo de aplicación respecto a la misma lo dispuesto en el artículo 14.2 del citado reglamento que regula, bajo el epígrafe —Revisión e Impugnación—, la posibilidad de interposición del hoy desaparecido recurso ordinario, resultando de aplicación, en consecuencia, los recursos administrativos regulados en la Ley tantas veces mencionada, frente a las resoluciones del órgano de selección.

En suma, el marco jurídico vigente configura un sistema de garantías del ciudadano en su relación con la Administración, que descansa sobre mecanismos de participación de los ciudadanos a través de la formulación y resolución de los recursos que el ordenamiento jurídico establece, cuya finalidad responde a hacer compatible la actuación eficaz de la Administración con el ejercicio de los derechos de los ciudadanos y, en consecuencia, ese sistema debe responder a su propia naturaleza garantista, lo que conlleva la necesidad de resolver expresamente, como regla general, los recursos que se formulen y que esa resolución se encuentre motivada y notificada a los interesados con indicación de si el acto es o no definitivo en la vía administrativa; recursos y plazos que procedan para su interposición, toda vez que, si la Administración soslaya esa actuación, puede incidir en el propio ejercicio del derecho del administrado, lo que supone, como primera consecuencia, que el ciudadano se vea impelido a ejercitar el mismo con escasa información en que fundar el ejercicio de su derecho en la vía jurisdiccional establecida en la legislación ordinaria.

En esa línea, esta Institución estima necesario hacer reparar a esa entidad, en que el concepto de indefensión aplicado al procedimiento administrativo, exige contemplar el procedimiento administrativo en su

conjunto, y el acto administrativo final, como resultado de la suma de las distintas actuaciones en las que el ciudadano va teniendo oportunidades sucesivas de defenderse y de poner de relieve a la Administración sus puntos de vista.

Pues bien, desde esta perspectiva, donde hablar del principio de defensa es nombrar el principio de contradicción cuya efectividad debe asegurarse en vía administrativa, es desde donde ha de contemplarse los distintos estadios del procedimiento de selección objeto de estudio. Llegados a este punto, si bien el proceso de selección está animado, con carácter general, por el principio de publicidad en cada uno de sus trámites procedimentales, no puede dejar de observarse que el acto administrativo último, la resolución de la presidencia del Consejo Económico y Social por la que se procede al nombramiento del aspirante finalmente seleccionado a la que se le dotó de la publicidad requerida, fue objeto de impugnación por el promotor de la queja y que el recurso de reposición, como ha quedado dicho, no fue expresamente resuelto. Sobre este extremo debe resaltarse que, ni al momento de la formulación de aquel contaba el interesado con la valoración que se le había otorgado, como tampoco conocía la posición que ocupaba en la relación de aspirantes al concurso, una vez calificados, ni le fue facilitada con posterioridad a la presentación del citado medio impugnatorio, aun cuando el artículo 113 de la Ley 30/1992 atribuye a la resolución del recurso la estimación, en todo o en parte de las pretensiones formuladas o la desestimación de las mismas y la resolución de cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, incluso aquellas no alegadas por el interesado.

El encadenamiento de estas circunstancias cobra así especial relieve en orden a valorar la ausencia de resolución expresa en contradicción con los principios que rigen la actuación administrativa, donde, al principio de eficacia es posible añadir el principio de confianza legítima que conforme al artículo 3.1 de la última Ley citada debe presidir la actuación administrativa. En suma, la resolución de un recurso de esta índole constituye, además, un deber de la Administración, que confirma y fundamenta su voluntad, expresada en el acto que concluye el proceso selectivo, que facilita el control jurisdiccional del acto al dar a conocer su motivación y constituye una garantía del administrado para el ejercicio de su defensa frente a la resolución impugnada.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formular la siguiente recomendación:

«Que por ese ente público se adopten las medidas oportunas para que, en adelante, se dicte resolución expresa a los recursos formulados por los aspirantes, en el curso de los procesos selectivos de personal, de conformidad con el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre».

Madrid, 20 de septiembre de 2002.

**Recomendación dirigida al Presidente del Consejo Económico y Social.**

**Recomendación 85/2002, de 23 de septiembre, sobre falta de actuación por parte de los poderes públicos respecto a la restitución a la masonería de los bienes incautados durante el proceso inmediato posterior a la Guerra Civil española.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 403.)*

En fecha 02.04.02, concluíamos con V. I. nuestras actuaciones, en relación con la queja registrada en esta Institución con el número Q0019488, a nombre de don (...), en nombre y representación de la (...).

Con esa misma fecha el Defensor del Pueblo efectuó una recomendación al Ministro de Economía cuyo contenido literal le transcribimos para su mejor conocimiento.

«Ha comparecido ante esta Institución don (...), en nombre y representación de la (...), con domicilio a efectos de notificación en la calle (...) de Madrid, presentando escrito que ha quedado registrado con el número arriba indicado.

En el mismo expone que la citada asociación está inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones del Ministerio del Interior, el 21 de octubre de 1980, y señala su disconformidad con la falta de actuación por parte de los poderes públicos respecto a la restitución a la masonería de los bienes incautados durante el proceso inmediato posterior a la Guerra Civil española.

Asimismo, expone la vulneración de los principios constitucionales que supone la exclusión de la masonería de las disposiciones que se han venido sucediendo desde la promulgación de la Constitución Española encaminadas a la restauración de situaciones jurídicas ilegítimamente afectadas por decisiones adoptadas al amparo de una normativa injusta. Así se han restituido los bienes y derechos del patrimonio sindical y de



los partidos políticos, dejando fuera de las normas, incomprensiblemente, a la masonería.

Admitida la queja se solicitó informe a la Dirección General del Patrimonio del Estado, quien indicó que para poder considerar el reconocimiento de la restitución patrimonial o indemnización, en su caso, por las incautaciones realizadas en la Guerra Civil debería estar amparado por una ley. Al ser la ausencia de disposición que reconozca el derecho de la mencionada asociación a la restitución de sus bienes el motivo de la queja, se solicitó una ampliación de informe en el que se comunicasen los motivos de la exclusión de la Gran Logia de España de la Ley 4/1986, de 8 de enero y de la Ley 43/1998, de 15 de diciembre, así como de la existencia de previsiones para corregir esta situación.

En el último escrito de la mencionada Dirección General se señala que, ese centro directivo no puede facilitar información alguna sobre los motivos de la exclusión de la (...) de las leyes aprobadas para la devolución del patrimonio incautado tras la Guerra Civil, ni sobre las previsiones existentes para solucionar el problema.

En la queja se plantean dos cuestiones diferentes: una de carácter general referida a la falta de devolución de un patrimonio y, otra cuestión concreta relativa a la actuación del Ministerio de Defensa respecto al inmueble sito en la c/ (...) de Santa Cruz de Tenerife, cuya inscripción registral figuraba a nombre de la (...), problema que se va a plantear a dicho departamento ministerial.

En cuanto a la primera cuestión la actual situación de la ausencia de restitución de los bienes de la (...) que fueron incautados por el Estado en el ejercicio de una función represora por sus opiniones políticas, hay que tener en consideración que el artículo 33 de la Constitución Española establece el derecho a la propiedad privada y el apartado tercero dispone las garantías que deben existir para que se pueda privar a una persona singularmente de sus bienes o derechos.

También el artículo 1 del protocolo número 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos protege el derecho de propiedad y exige, ante todo y sobre todo, que una injerencia de la autoridad pública en el disfrute del derecho al respeto de los bienes sea legal, es decir, que únicamente se puede producir la misma si se da una causa justificada y siempre que medie la oportuna indemnización.

Por tanto, la Ley preconstitucional de 1 de marzo de 1940 adolece de inconstitucionalidad sobrevenida según determina la disposición derogatoria 3ª del citado texto constitucional, a pesar de lo cual sus efectos continúan manteniéndose. Dicha Ley es arbitraria, punitiva y dis-

criminatoria, sin embargo la instauración del régimen democrático con el consiguiente reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales, entre los que se encuentra el derecho de propiedad, no ha supuesto en este caso la adaptación de dicha situación al orden jurídico vigente, lo que no ha sido así en otros supuestos similares como el de los sindicatos y partidos políticos.

En la exposición de motivos de la Ley 43/1998, de 15 de diciembre se señala que, superada la Guerra Civil y promulgada la Constitución Española de 1978, se han venido sucediendo decisiones de variada índole, encaminadas a la restauración de situaciones jurídicas ilegítimamente afectadas por decisiones adoptadas al amparo de una normativa injusta. Así, las normas de amnistía, el reconocimiento de derechos asistenciales a las personas pertenecientes al ejército republicano o la restitución de bienes y derechos del denominado patrimonio sindical histórico incautado a las organizaciones sindicales, conforme a la Ley 4/1986, de 8 de enero.

Continúa la citada Ley justificando la nueva medida adoptada, diciendo que «En la actualidad parece llegado el momento de avanzar en dicho proceso reparador, creando el marco jurídico necesario para reintegrar a los partidos políticos los bienes y derechos de que fueron desposeídos durante la Guerra Civil o al finalizar ésta, en línea con uno de los objetivos que inspiró nuestra actual Constitución de garantizar la convivencia de todos los españoles, superando las consecuencias de la Guerra Civil, y en consonancia con el papel relevante que la misma otorga a los partidos políticos, a los que incardina en la médula del Estado democrático, mediante la precisión de su concurrencia a la formación y manifestación de la voluntad popular, lo que exige de ese Estado democrático un acto de justicia histórica como es la devolución a los mismos de aquello que les fue arrebatado, dándoles, por otra parte, un trato idéntico al ya dado en su día a las organizaciones sindicales». Estos razonamientos son plenamente válidos e igualmente aplicables a la situación de la (...), que aunque no constituye un partido político no deja de ser una asociación, que también se encuentra recogida en la Constitución como elemento de la participación ciudadana.

Por consiguiente se hace uso de la facultad conferida en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/19981, de 6 de abril del Defensor del Pueblo, efectuando a V. E. la siguiente recomendación:

“Que se adopten las medidas oportunas para sentar las bases normativas que permitan la devolución del patrimonio incautado tras la Guerra Civil a la masonería por tratarse de un acto de justicia histórica”.

El Ministro de Economía, en escrito de 26 de junio de 2002, nos indica que, «conviene tener en cuenta que la Dirección General de Patrimonio del Estado, a quien con anterioridad se ha dirigido V. E., es un órgano dependiente del Ministerio de Hacienda, por lo que, en definitiva, deberá ser dicho departamento quien analice las circunstancias y se pronuncie sobre la conveniencia de adoptar iniciativas tendentes a satisfacer las peticiones de la Gran (...) que motivan su recomendación».

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, efectuamos a V. I. la anterior recomendación, a fin de que emita el preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de la misma, o en su caso, de las razones que se estimen para no aceptarla, de conformidad con el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Madrid, 23 de septiembre de 2002.

**Recomendación dirigida a la Directora General del Patrimonio del Estado.**

**Recomendación 86/2002, de 2 de octubre, sobre modificación de criterios para la aplicación de devoluciones y no de expulsiones a los que son detenidos mientras pretenden acceder irregularmente a territorio nacional. Aplicación efectiva de la posibilidad de solicitar anticipadamente el levantamiento de la medida de internamiento.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 409.)*

Con ocasión de una queja promovida por (...), esta Institución tuvo conocimiento de que se están incoando procedimientos de expulsión a extranjeros subsaharianos que son detenidos cuando pretenden entrar ilegalmente en España a través de la costa, bien sea en las playas, bien encontrándose a bordo de embarcaciones.

La Asociación que promovía la presente queja consideraba que la tramitación de expedientes de expulsión en los casos expuestos no se ajusta a Derecho, por cuanto el artículo 58 de la Ley 4/2000, modificada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, establece en su apartado 2, que no será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en dos supuestos, uno de ellos, el contemplado en el apartado b) dice literalmente «los que pretendan entrar ilegalmente en el país».

De la documentación aportada por la Asociación promotora de la queja, se deducía que el problema se había planteado ante la Subdelegación del Gobierno en Cádiz, habiendo respondido la autoridad gubernativa que se está aplicando el artículo 57.1 de la Ley Orgánica que prevé la expulsión en el caso de que se cometa la infracción grave recogida en el apartado a) del artículo 53 de la citada Ley.

En su contestación, la Subdelegación del Gobierno mantenía que era evidente que los expedientes de expulsión incoados con internamiento cautelar en un centro de internamiento de extranjeros, en el

caso de entrada en España por lugar no habilitado, estaban basados en un supuesto perfectamente tipificado en la Ley Orgánica.

Analizado el problema en profundidad por esta Institución, se formularon sendas recomendaciones a la Subdelegación del Gobierno, dado que, a juicio de esta Institución no se estaba aplicando correctamente la normativa de extranjería.

El contenido de las recomendaciones<sup>13</sup> dirigidas en su día a la Subdelegación del Gobierno en Cádiz fue el siguiente:

«Que por esa Subdelegación del Gobierno se proceda al archivo de los expedientes de expulsión, que se encuentran actualmente en trámite, cuando las personas sobre las que recaen hayan sido detenidas intentando su entrada ilegal en territorio nacional o los hechos sean enmarcables en el artículo 138.b) del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, acordándose, si procede, la devolución.

Que habiéndose acordado ya la expulsión de algún ciudadano extranjero en las circunstancias expresadas en el párrafo anterior, se dicten las instrucciones oportunas al objeto de anular los expedientes de expulsión por no ajustarse a Derecho.

Que encontrándose el extranjero en un centro de internamiento, si se llega a la conclusión, antes del transcurso del plazo máximo de estancia en el mismo, de que el retorno es imposible, se solicite la autorización judicial para la puesta en libertad del extranjero, de conformidad con lo establecido en el artículo 127.5 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio».

Dichas recomendaciones no han sido admitidas argumentándose para ello que, según el informe emitido por la Dirección General de Extranjería e Inmigración del Ministerio del Interior, que aclara los conceptos de devolución y expulsión, procedería esta última en los casos en los que no sea posible la devolución por no admitir el país de procedencia al extranjero.

Tal argumentación, a juicio de esta Institución carece de cobertura legal. Además la alternativa al problema de la imposibilidad de efectuar la devolución no resulta eficaz, puesto que el sujeto que no puede ser devuelto tampoco va a poder ser expulsado.

La situación jurídico-física de los inmigrantes interceptados en frontera o en sus inmediaciones suele ser similar: es decir carecen de la documentación necesaria para entrar y para permanecer en el territorio

---

<sup>13</sup> Recomendación 30/2002 de este mismo volumen.

español. Ante esta situación cuando no pueden ser devueltos se les incoa expediente de expulsión, en aplicación del artículo 57.1 de la Ley Extranjería vigente, sin que la Ley y el Reglamento ofrezcan tal posibilidad.

La legislación vigente establece una distinción entre devolución y expulsión. Así, no sólo el artículo 58 de la Ley 4/2000, modificada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, dispone que no será preciso expediente de expulsión a los que pretendan entrar ilegalmente en el país, sino que el artículo 138 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, establece que no será necesario expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros que se hallen en alguno de los supuestos que se mencionan. Entre dichos supuestos figura en el apartado *b)*:

«Los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país, considerándose incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera, en sus inmediaciones o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir con los requisitos de entrada».

La literalidad de los preceptos contenidos en la propia Ley Orgánica permite deducir que el legislador no ha considerado oportuno englobar conductas distintas en la figura de la expulsión.

Aun cuando la subsunción de determinados hechos en el apartado *b)* del artículo 58.2 planteaba algún problema, dado que se refiere a los que pretendan entrar ilegalmente en el país, permitiendo suponer que su aplicación procede en aquellos casos en los cuales la persona se encuentra en la frontera y aún no ha accedido a territorio español, lo cierto es que debemos concluir, tras la aclaración efectuada por el Reglamento en su artículo 138.*b)* antes transcrito, que incluye a los que ya se encuentran físicamente en territorio español bajo ciertas condiciones.

Tal razonamiento es el que parece sustentar la comunicación de la Dirección General de Extranjería e Inmigración de fecha 1 de agosto de 2001, cuya fotocopia nos permitimos adjuntar al presente escrito, recibida en esta Institución como respuesta a la recomendación<sup>14</sup> formulada en el mismo año con ocasión de una investigación (Q0016109), en la que se solicitaba que por parte del citado órgano directivo se dictaran las instrucciones oportunas que clarificaran el concepto de pretensión de entrada ilegal en el país, a fin de determinar en qué supuestos se debía aplicar la devolución, de acuerdo con el contenido del artículo 58.2 de la vigente Ley de Extranjería.

---

<sup>14</sup> Recomendación 26/2001, publicada en el volumen correspondiente al año 2001 de esta serie.

Como se puede apreciar de la lectura de la comunicación que se adjunta, el órgano directivo antes aludido considera que el Reglamento viene precisamente a clarificar los supuestos en los que procede la aplicación de la devolución.

Esta Institución estuvo de acuerdo con la respuesta recibida, dado que efectivamente el Reglamento clarificaba el problema detectado.

Pero, resulta evidente además que el Reglamento, al aclarar el concepto de pretensión de entrada ilegal, establece un amplio ámbito de aplicación para la medida de devolución que no resulta optativo para la Administración, sino que está predeterminado por la propia norma.

Si bien, la expulsión aparece, a priori, como un procedimiento más garantista, resulta evidente que también puede provocar perjuicios más graves que la devolución, al llevar aparejada la prohibición de entrada en el territorio nacional durante un período de tiempo de tres a diez años. A mayor abundamiento ha de recordarse que tal prohibición no se reduce a España sino a todos los países que han suscrito los Acuerdos de Schengen. Todo esto lleva a considerar que el Reglamento sigue el criterio de aplicar el procedimiento de consecuencias menos lesivas frente a una serie de conductas irregulares de los extranjeros.

Por otro lado, la medida de expulsión —teniendo presente que se está aplicando en aquellos casos en los que no es posible la devolución— únicamente sirve para provocar perjuicios a los afectados, sin que tenga realmente otra consecuencia, pues, en estos casos la orden de expulsión no va a poder ejecutarse. Todo esto nos lleva a la misma situación inicial, dado que no se puede adoptar medida alguna que conlleve el abandono efectivo, por parte del extranjero, del territorio nacional, una vez transcurra el plazo que puede permanecer en el centro de internamiento.

No es posible, obviar, además que, aun cuando sea de forma indirecta, se está actuando de forma discriminatoria en función de la nacionalidad de los inmigrantes.

En consecuencia, esta Institución entiende que la norma obliga a instruir procedimiento de devolución en aquellos casos en los que se haya producido una mera entrada ilegal en el territorio nacional, pues las dificultades de orden práctico para la ejecución material de la medida resultan en este punto irrelevantes. De suerte que, acordada la devolución, si ésta no puede realizarse, lo procedente sería comunicarle al interesado su obligación de salir del territorio español, dejándolo en libertad. La incoación de expedientes de expulsión ha de quedar reservada a aquellos casos en los que se constate que no se ha producido la sa-

lida obligatoria en los plazos legalmente previstos y necesariamente como un procedimiento posterior e independiente.

Conviene añadir que la aplicación de la expulsión en estos casos no está amparada por la normativa, dado que no es posible considerar que ante la imposibilidad práctica de aplicar un precepto pueda acogerse cualquier otro —en especial uno más gravoso— como pretendida cobertura legal a una determinada actuación administrativa.

Habida cuenta de que la situación expuesta, según hemos podido constatar, se está produciendo también en Fuerteventura, se ha considerado procedente elevar a V. E. la siguiente recomendación, de conformidad a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora:

«Que se dicten instrucciones a fin de modificar los criterios seguidos actualmente, en virtud de los cuales se vienen iniciando expedientes de expulsión a ciudadanos extranjeros que se encuentran en el supuesto contemplado en el artículo 138.1.b) del Reglamento 864/2001, procediéndose en estos casos con arreglo a los trámites procedimentales de la devolución, y ello sin perjuicio de que posteriormente pudiera resultar procedente la incoación de procedimiento de expulsión, si se acredita la permanencia irregular del extranjero en territorio español».

Madrid, 2 de octubre de 2002.

**Recomendación dirigida al Delegado del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración.**





**Recomendación 87/2002, de 3 de octubre, sobre cobertura de plazas en el exterior.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 384.)*

Agradecemos escrito de fecha 13 de septiembre de 2002, s/ref. registro de salida 987, al que se acompaña el informe elaborado por esa Secretaría de Estado sobre la queja formulada por la Asociación de (...), que quedó registrada con el número arriba indicado, en la que se exponían la posible discriminación y perjuicios personales y profesionales que, a su juicio, afectan a los funcionarios del antiguo Cuerpo de (...), como consecuencia del desconocimiento de sus derechos e intereses en los procedimientos de provisión de las plazas de directores y directores adjuntos de las oficinas españolas de turismo en el extranjero.

Examinado detenidamente el contenido del citado informe, se estima conveniente trasladarle las siguientes consideraciones:

Primera. Partiendo del principio general establecido en el artículo 20.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, el concurso de méritos es el sistema normal de provisión de los puestos de trabajo adscritos a funcionarios. Sin embargo, el mismo precepto, como bien señala el informe recibido, admite, como excepción, la posibilidad de cubrir por el sistema de libre designación «aquellos puestos que se determinen en las relaciones de puestos de trabajo, en atención a la naturaleza de sus funciones».

Tal excepcionalidad se ha concretado, aunque no de modo exhaustivo, en los casos previstos por la Ley 23/1988, de 28 de julio, entre los que figuran los cargos «de carácter directivo o de especial responsabilidad para los que así se determine en las relaciones de puestos de trabajo». Estas relaciones «son el instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal con las necesidades de los servicios y se pre-

cisan los requisitos para el desempeño de cada puesto». Deben referirse a las características esenciales de los puestos, incluidos los de libre designación, con especificación de la naturaleza y régimen jurídico de la relación laboral de quienes hayan de ocuparlos, requisitos para su desempeño y niveles de remuneración. Cuanto más detalladamente se concreten estos aspectos en las relaciones, mayor será la objetividad en el proceso selectivo.

De otra parte, la jurisprudencia, tanto la emanada del Tribunal Supremo, fundamentalmente en las sentencias de 4 de noviembre de 1993 y 10 de abril de 1996, como la elaborada por el Tribunal Constitucional (sentencia 235/2000, de 5 de octubre), delimita los elementos de una correcta aplicación de los sistemas selectivos conocidos como de libre designación, los cuales han de someterse también a los principios generales de mérito y capacidad. En esas sentencias se perfila adecuadamente la libre designación describiendo sus características y ámbito de aplicación y se muestra con claridad meridiana que «la facultad de libre designación no atribuye (...) una especie de poder omnímodo a fin de decidir como tenga por conveniente el órgano de decisión», prescindiendo del interés público.

Segunda. Con propósitos normalizadores, el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración general del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración general del Estado, aprobado por el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, establece que «la provisión de los puestos de trabajo en el extranjero se regirá por su regulación específica» (artículo 1.2.6). Previsión muy razonable, teniendo en cuenta las especiales circunstancias y características de esos puestos, como se ha venido considerando por parte de la Administración general del Estado, mediante determinadas disposiciones que tratan de dar cumplimiento a lo establecido genéricamente por el citado Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, en punto a la observancia y la garantía de los principios de igualdad, mérito y capacidad. Así el artículo 52 del Reglamento regula las correspondientes convocatorias públicas para cubrir los puestos de trabajo de libre designación, propiciando con ello una deseable objetividad en la actuación administrativa y un adecuado ejercicio de la discrecionalidad correspondiente a la Administración, para que esa discrecionalidad no pase a convertirse en otros modos de actuación susceptibles de vulnerar los principios básicos a los que nos venimos refiriendo.

Tercera. Por parte de esta Institución, entre cuyas competencias se encuentra la de supervisar si en algún caso concreto el ejercicio de la potestad organizativa de la Administración, manifestación de la cual es

la elaboración de las relaciones de puestos, las oportunas competencias se han ejercido según el ordenamiento vigente. Debido a ello, se considera que en la relación de puestos de trabajo que el Ministerio de Economía estableció para directores y directores adjuntos de las oficinas españolas de turismo en el extranjero, aparte de determinar que la selección correspondiente respondería al sistema de libre designación, hubieran debido aparecer con mayor precisión tanto la motivación del empleo de tal sistema como las características y los requisitos exigidos para el desempeño de los puestos (idiomas y grado de conocimiento de los mismos, formación específica, títulos académicos determinados, experiencia detallada...). Ello redundaría, de hecho, en la inadecuada aplicación del sistema de libre designación, como se ha puesto de manifiesto en las órdenes ECO/1961/2002, de 26 de abril, por la que se anunciaba convocatoria pública para proveer puestos de trabajo por tal sistema, y ECO/1701/2002, de 21 de junio, por la que se hizo pública la adjudicación de los referidos puestos.

En este mismo sentido, la Administración general del Estado no puede ignorar el hecho de la existencia del Cuerpo (...), creado por la Ley 8/1960, e integrado en virtud de la Ley 30/1984, en el Cuerpo Superior de Administraciones Civiles del Estado. Sus miembros tienen acreditada una formación específica para el desempeño de las funciones de dirección de las oficinas de turismo en el extranjero. La cualificación de estos funcionarios para ejercicio de las misiones que tienen asignadas los puestos en el exterior de la Administración turística del Estado está reconocida legalmente, puesto que la Ley de creación del referido Cuerpo les encomendaba el desempeño de tales funciones, y ello debe tenerse en consideración, atendiendo los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y el propio Reglamento del Cuerpo, de 22 de julio de 1971, contenía pautas inequívocas para efectuar la provisión de puestos de trabajo en el extranjero mediante criterios de profesionalidad y de objetividad.

Cuarta. Para finalizar estas consideraciones, nos debemos referir a la mención que se hace en el informe que se nos ha enviado del proyecto de Real Decreto que, próximamente, va a regular la organización, funciones y provisión de puestos de trabajo de las consejerías y agregadurías de turismo en las misiones diplomáticas de España.

A la vista de lo anteriormente expuesto, esta Institución considera que en la redacción de ese Real Decreto deberían tenerse en cuenta las anteriores matizaciones, a fin de que se respeten al máximo los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad a la hora de establecer los requisitos exigidos a los funcionarios que sean designados

para tales puestos de trabajo. Asimismo convendría regular, en la medida de lo posible, la especificación de los motivos y el detalle de los mismos, que abona la selección por el sistema de libre designación en determinados puestos, así como la concreción de supuestos y condiciones bajo los cuales hayan de producirse las circunstancias, ya especificadas legalmente, de la recusación y/o de la abstención de quienes compongan la correspondiente comisión de evaluación.

Del mismo modo confiamos en que, durante el trámite de su elaboración, se tenga en cuenta lo previsto por el artículo 105.1 CE y en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, ya que la omisión del procedimiento o un defectuoso cumplimiento, que se traduzca en una inobservancia trascendente para el cumplimiento de la finalidad a que tiende su exigencia, arrastra la nulidad de la disposición que se dicte, según tiene establecido reiterada jurisprudencia. Por ello entendemos que se debe dar audiencia a los ciudadanos, directa o a través de organizaciones o asociaciones reconocidas por la ley, prevista en el artículo 24.1.c) de la citada Ley del Gobierno lo que implicaría que se dé audiencia, entre otras posibles, a la Asociación de (...).

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, procedemos a formular la siguiente recomendación:

«Que en la redacción del Real Decreto que está previsto aprobar próximamente para regular la organización, funciones y provisión de puestos de trabajo de las consejerías y agregadurías de turismo en las misiones diplomáticas de España se respeten al máximo los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad a la hora de establecer los requisitos exigidos a los funcionarios que sean designados para desempeñar tales puestos y, en consecuencia, en aplicación de tales principios constitucionales, se contemple en la regulación específica de la cobertura de plazas de la Administración turística del Estado en el exterior, con la importancia valorativa adecuada, los méritos derivados de circunstancias tan significativas como: los factores especializados en materia turística del expediente personal de los candidatos; la experiencia detallada y concreta en el servicio exterior, sobre todo la relacionada con tareas desempeñadas en el sector turístico; la acreditación del conocimiento de idiomas en grado suficiente como para desempeñar las misiones del servicio exterior; o la suficiencia mostrada en pruebas o procesos selectivos destinados principalmente a la provisión de puestos de semejante perfil profesional.

Que la elaboración y tramitación del Real Decreto previsto se lleven a efecto con el máximo grado de urgencia, con objeto de acrecentar su

eficacia y la justicia en su aplicación y, en todo caso, antes de la aparición de la próxima Orden de convocatoria para cubrir los puestos de directores y directores adjuntos de las oficinas de turismo españolas en el extranjero.

Igualmente se recomienda que durante el trámite de su elaboración se tenga en cuenta lo previsto por el artículo 105.1 CE y en el artículo 24.1.c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y, en consecuencia, se dé audiencia a la Asociación de (...) y demás organizaciones o asociaciones reconocidas por la ley cuyos fines guarden directa relación con el objeto de la disposición».

Madrid, 3 de octubre de 2002.

**Recomendación dirigida al Secretario de Estado de Comercio y Turismo.**



**Recomendación 88/2002, de 4 de octubre, sobre la obligatoriedad de proporcionar asistencia jurídica a los extranjeros sometidos a procedimientos de devolución.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 381.)*

Como V. E. ya conoce, esta Institución inició en su momento actuaciones ante esa Delegación, como consecuencia de la queja formulada por doña (...) en representación de doña (...), ciudadana rumana.

La citada queja dio lugar, tras las investigaciones oportunas, a la formulación de una sugerencia, a fin de que se procediera a dejar sin efecto la devolución de la señora (...), que no fue aceptada y a la formulación de un recordatorio de deberes legales.

Tras remitir el escrito en el que se formulaban ambas resoluciones, se recibió en esta Institución informe de V. E. en el que se contenían las razones que habían motivado que a la citada ciudadana se la devolviese a Rumanía, señalándose en cuanto a la asistencia letrada lo siguiente:

«Debe indicarse que efectivamente según consta en el libro de telefonemas de Comisaría se avisó tal y como indicó la señora (...) al señor (...) y al Colegio de Abogados, este último por el procedimiento habitual, de mensajería telefónica (...), sin que se presentara ningún letrado, lo cual no es habitual.

Sin embargo desde las 11 de la mañana [esto es pocos minutos después del aviso al señor (...)] entró en contacto con Comisaría respecto de la señora. (...), la letrada doña (...), por lo que la policía sugiere que quizá ésta comunicara al Colegio de Abogados su intención de hacerse cargo de la atención a la indicada ciudadana extranjera».

Pues bien, esta Institución ha podido conocer, al igual que esa Delegación, la razón por la cual el letrado no se presentó en la Comisaría, ya



que consta entre la documentación obrante en el expediente que el Colegio de Baleares, Delegación de Ibiza, remitió a esa Delegación el informe emitido por el letrado del turno de oficio que se encontraba de guardia el día de los hechos.

En el informe de los hechos redactado por el letrado en funciones de guardia queda meridianamente claro que fue desde la propia Comisaría desde donde se le indicó al abogado que no era necesaria su asistencia o, al menos, así lo declara éste.

Tal declaración no sorprende a esta Institución por cuanto en el momento de contactar telefónicamente con la Brigada de Extranjeros de la Comisaría de Ibiza y comentar el hecho de que, según nos comunicaban, la interesada había solicitado asistencia letrada y el letrado del turno de guardia no había acudido, la cuestión fue confirmada indicándonos que no era necesaria tal asistencia dado que estábamos ante un caso de devolución, de conformidad con las previsiones del Acuerdo de Schengen.

Con independencia de que esta Institución entre en contacto de forma directa con el Colegio de Abogados a fin de que sea revisada la actuación del letrado de guardia, queda acreditado que la promovente de la queja no comunicó al Colegio que asumía la representación de la señora (...).

Lo anteriormente expuesto, según pone de manifiesto la propia señora (...), precisamente impidió que llevara a cabo una asistencia jurídica plena, dado que en la propia Comisaría ponían en duda el derecho de la señora (...) a ser asistida.

Cabe, pues, reiterar que en las actuaciones llevadas a cabo en el presente caso se produjeron disfunciones sin que el hecho de que, finalmente, la interesada contara con la asistencia de la señora (...) pueda desvirtuar este juicio.

En consecuencia, esta Institución considera necesario recordar el deber legal que compete a los ciudadanos y administraciones de someterse a la legislación vigente, lo que incluye evidentemente a los agentes encargados de su aplicación, no pudiendo alegarse ignorancia o confiar en que la actuación diligente que pueda llevar a cabo un familiar, amigo o pariente, que acude a la asistencia jurídica privada para evitar o paliar la indefensión que sufre su amigo o familiar, supla una carencia de asistencia que se produce por desconocimiento de lo previsto en la legislación vigente.

Por todo lo anteriormente expuesto y habiendo quedado acreditado que la actuación policial no se ha ajustado a lo establecido en las normas

legales, se ha considerado procedente formular la siguiente recomendación, de conformidad con lo previsto en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora:

«Que se impartan las instrucciones oportunas para que en la tramitación de expedientes de devolución se cumpla, en todo caso, con lo previsto en el artículo 22.1 de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, y en el artículo 138 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, asegurando el derecho a la asistencia letrada de las personas que sean objeto de esta medida».

Madrid, 4 de octubre de 2002.

**Recomendación dirigida a la Delegada del Gobierno en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.**



**Recomendación 89/2002, de 9 de octubre, sobre otorgamiento de plazo para subsanar errores por los solicitantes de viviendas protegidas.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 421.)*

Ante esta Institución compareció don (...), presentando queja que quedó registrada con el número arriba indicado, manifestando que había formulado solicitud para ser adjudicatario de una vivienda de promoción pública de un grupo de 20 viviendas promovidas por la Junta de Extremadura en Alburquerque, quedando en el puesto vigésimo tercero con una puntuación total de 75 puntos, y al no estar conforme con la misma, había presentado la correspondiente reclamación sin que se hubiese dado respuesta.

Admitida a trámite la queja, esa corporación municipal informó de que la solicitud del interesado fue baremada de acuerdo con el Decreto 122/1996, de 30 de julio, y por la Comisión Local de Viviendas se confeccionó la lista provisional de adjudicatarios siendo remitida a la Comisión Regional de la Vivienda. Tras la publicación en los tablones de anuncios de la citada lista, el señor (...) presentó reclamación por la puntuación obtenida en el apartado de necesidad de vivienda, con respecto a la cual la Comisión Local entendió que al haberse aportado sólo los recibos de cuatro mensualidades de arrendamiento, no queda acreditado el cumplimiento de uno de los requisitos contemplados en la norma de adjudicación, esto es, que el plazo mínimo de arrendamiento sea de un año anterior al inicio de la construcción de las viviendas. Finalmente, la Comisión Regional de Vivienda ratificó el informe municipal y aprobó la lista definitiva que fue publicada en los tablones de edictos del Ayuntamiento.

Teniendo en cuenta las alegaciones de ese Ayuntamiento se decidió dar traslado de éstas al reclamante, y proceder a dar por finalizadas las actuaciones salvo que se aportaran nuevos elementos que precisaran

una nueva intervención. Pues bien, el señor (...) en una comparecencia posterior puso de manifiesto que las circunstancias tomadas en consideración en el momento de baremación de su solicitud de adjudicación de vivienda fueron erróneas y para corroborar su afirmación aporta un contrato de arrendamiento de la vivienda que actualmente ocupa que data del año 1979.

Una vez que se dio traslado a esa corporación municipal de las nuevas alegaciones del reclamante se ha recibido otro informe en el que se ratifica el oficio anterior en relación con el asunto que ha motivado la queja respecto al incumplimiento del plazo mínimo de alquiler exigido para justificar la necesidad de vivienda y se expresa que la Comisión Local nunca tuvo facultades resolutorias sobre este asunto, únicamente en la elaboración de la lista provisional y de informe de reclamaciones que se planteen contra la misma, siendo la elaboración de las listas definitivas de adjudicatarios competencia de la Comunidad autónoma.

Relatados los antecedentes, esta Institución estima necesario realizar las siguientes consideraciones como fundamento de la resolución que posteriormente se adopta.

En primer lugar, se ha de destacar que, en efecto, el apartado 4 del Anexo I del Decreto 122/1996, de 30 de julio, sobre adjudicación de las viviendas promovidas por la Comunidad Autónoma de Extremadura, exige, por lo que respecta al apartado de necesidad de vivienda, que el plazo mínimo de alquiler sea de un año anterior al momento de inicio de construcción de las viviendas, demostrándose la residencia efectiva en la misma.

Ahora bien, dicho requisito ha de ponerse necesariamente en conexión con el apartado c) del artículo 9 de la norma señalada, respecto a la documentación que debe presentarse para acreditar dicha circunstancia de la vivienda. En este sentido, el Decreto sobre adjudicación exige a los solicitantes que presenten fotocopia compulsada del contrato de arrendamiento o de compraventa en su caso.

En el asunto que ha motivado la queja, ha quedado acreditado que el señor (...) no presentó junto con su solicitud el contrato de arrendamiento, a pesar de que su existencia data de 1979, sino que se limitó a aportar varios recibos de las mensualidades del arriendo, así como un recibo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles correspondiente al ejercicio fiscal de 2000. Consecuentemente, la solicitud resultaba incompleta o incorrecta, por lo que, a juicio de esta Institución, el Ayuntamiento debió exigir su subsanación otorgándole un plazo para llevar a cabo esta gestión, todo ello conforme a lo establecido en el artículo 10.1 del De-

creto 122/1996, a cuyo tenor, en los supuestos de que «la solicitud resulta incorrecta o se omitiera la presentación de algún documento, se otorgará un plazo de 10 días para la subsanación de los errores u omisiones a que diera lugar».

Por otra parte, resulta conveniente resaltar que la finalidad que ha de presidir la adjudicación de las viviendas protegidas, no puede aconsejar prescindir de todos aquellos trámites legales que permitan al órgano administrativo encargado de la adjudicación, formarse una idea adecuada a la realidad sobre las necesidades reales de vivienda de los peticionarios.

Pues bien, la norma de adjudicación aplicable al presente caso es clara y no ofrece lugar a dudas; para acreditar la necesidad de vivienda hay que aportar el contrato de arrendamiento, en su caso, de compraventa y si el señor (...) no lo hizo, el Ayuntamiento debió acomodar su proceder a la norma señalada, dirigiéndose al solicitante a fin de requerirle el documento que resultaba necesario para acreditar la necesidad de vivienda. En este sentido, de haber exigido la subsanación del defecto señalado y, por tanto, haber quedado acreditada, en su caso, la necesidad de vivienda, la puntuación otorgada al reclamante hubiese sido diferente y, por consiguiente, también su posición en la lista de adjudicatarios.

Por otra parte, es cierto que corresponde a la Comisión Regional de la Vivienda dependiente de la Comunidad autónoma elaborar las listas provisionales y definitivas y resolver las reclamaciones; sin embargo, no puede obviarse que el procedimiento de adjudicación de viviendas, tal como se concibe en el Decreto 122/1996, tiene una fase municipal, correspondiendo a los ayuntamientos la admisión a trámite de las solicitudes y una vez constituida la Comisión Local, puntuar las solicitudes recibidas procediendo a su remisión a la señalada Comisión Regional.

De todo lo expuesto, debe concluirse que la falta de adecuación en el procedimiento de adjudicación del que formó parte el señor (...) se ha producido en la fase municipal, en concreto, en la tramitación de la solicitud del reclamante, por lo que esta Institución, en uso de las facultades que le confiere el artículo 30 ha resuelto dirigir a ese Ayuntamiento los siguientes:

Recordatorio de deberes legales: «De acomodar la actuación municipal en los procedimientos de adjudicación de viviendas promovidas por la Comunidad autónoma de Extremadura a las normas contenidas en el Decreto 122/1996, de 30 de julio».

Recomendación: «Que en las adjudicaciones de viviendas de protección oficial de promoción pública que se lleven a cabo en el municipio de Alburquerque, cuando las solicitudes de los peticionarios resulten incompletas o sean incorrectas se conceda un plazo de diez días para su subsanación, antes de elaborar las listas provisionales, con objeto de poder comprobar de modo objetivo las necesidades reales de viviendas de los solicitantes».

Madrid, 9 de octubre de 2002.

**Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Alburquerque (Badajoz).**

**Recomendación 90/2002, de 11 de octubre, sobre prácticas policiales e incremento de medios humanos y materiales respecto a la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000 por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 408.)*

A lo largo del presente año 2002, esta Institución ha venido elaborando un informe monográfico sobre el primer año de vigencia de la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Para la realización del mismo se solicitó la colaboración de ese Ministerio, así como del Consejo General del Poder Judicial, de la Fiscalía General del Estado, del Ministerio de Justicia, de 60 colegios de abogados, de los órganos competentes dentro de cada Comunidad autónoma y de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Economía. También se han mantenido entrevistas con jueces, fiscales, directores de centros de internamiento y profesionales que en ellos trabajan, entidades privadas que gestionan los centros, asociaciones de víctimas y ciudadanos a título particular que se han visto afectados por la citada Ley.

El resultado del trabajo realizado, es el que aparece en el informe<sup>15</sup> que se adjunta a la presente comunicación. Como V. E. podrá comprobar en diferentes partes del mismo se hace referencia a aspectos que guardan relación con las competencias que tiene asignadas ese Ministerio. Especialmente los apartados II, punto 2, y apartado III, punto 5, están dedicados casi en exclusividad a diferentes cuestiones que de forma directa atañen a ese Ministerio.

---

<sup>15</sup> Publicado con el título: *El primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Madrid: Defensor del Pueblo, 2002. (Informes, estudios y documentos; 15).



A la vista de lo expuesto, esta Institución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida en que las actuaciones que realizan las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, afectan a derechos fundamentales y teniendo además en cuenta que las competencias sobre las instalaciones policiales corresponden a ese Ministerio, se ha decidido, dar traslado a V. E. de la siguiente recomendación, cuyo contenido tiene dos partes claramente diferenciadas, por un lado aquellas cuestiones que afectan a actuaciones que desarrollan los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y por otro todos aquellos aspectos relacionados con los medios materiales e instalaciones.

«En cuanto a las actuaciones que desarrollan los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se recomienda:

1.º Las diligencias policiales que se practiquen con menores, deberán realizarse sin distintivos que pongan de manifiesto la condición de policías o guardias civiles de los funcionarios que actúan, al tiempo que se evitará que los traslados se realicen en vehículos con distintivos policiales. Dichos vehículos deberán contar en sus seguros con cobertura para los educadores, con objeto de que éstos puedan acompañar a los menores en sus desplazamientos.

2.º En las actuaciones policiales se evitará la exhibición de fotos pertenecientes a menores, en todas aquellas investigaciones que realicen los cuerpos de seguridad, igualmente deberá evitarse que las ruedas de reconocimiento se completen con menores internados en centro de internamiento. De producirse cualquiera de estos hechos deberán contar con la correspondiente autorización judicial.

3.º Deberá impartirse por ese Ministerio la correspondiente instrucción para que en la práctica de las diligencias policiales con los menores detenidos, se garantice la asistencia jurídica a los mismos, de tal forma que se autorice, sin ninguna limitación la entrevista reservada entre el abogado y el menor, antes de que éste preste su primera declaración, siempre que así sea solicitado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Orgánica 5/2000.

Respecto a los aspectos relacionados con los medios materiales y con las instalaciones, se recomienda:

4.º En las grandes ciudades o en todas las localidades en las que habitualmente se produzcan detenciones de menores, deben centralizarse en una o varias dependencias la custodia de los menores, eliminando de las mismas los distintivos policiales y ofreciendo a los menores los cuidados, la protección y la asistencia social, psicológica, médica y física que requieran.

5.º Todas las dependencias policiales pertenecientes a la Policía Nacional y a la Guardia Civil, deben contar al menos con unas dependencias acondicionadas para la custodia de menores, de tal forma que quede garantizada la absoluta separación con los detenidos adultos.

6.º En las instalaciones policiales, deberá facilitarse a los abogados una dependencia en la que puedan entrevistarse reservadamente con los menores detenidos. También deberá ofrecerse a los menores detenidos la alimentación que necesiten conforme a sus necesidades.»

Madrid, 11 de octubre de 2002.

**Recomendación dirigida al Ministro del Interior.**



**Recomendación 91/2002, de 11 de octubre, sobre posibles reformas normativas, y ampliación de medios humanos y materiales para aplicar la Ley Orgánica 5/2000.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 413.)*

A lo largo del presente año 2002, esta Institución ha venido elaborando un informe monográfico sobre el primer año de vigencia de la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Para la realización del mismo se solicitó la colaboración de ese Ministerio, así como del Consejo General del Poder Judicial, de la Fiscalía General del Estado, del Ministerio del Interior, de 60 colegios de abogados, de los órganos competentes dentro de cada Comunidad autónoma y de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Economía. También se han mantenido entrevistas con jueces, fiscales, directores de centros de internamiento y profesionales que en ellos trabajan, entidades privadas que gestionan los centros, asociaciones de víctimas y ciudadanos a título particular que se han visto afectados por la citada Ley.

El resultado del trabajo realizado, es el que aparece en el informe<sup>16</sup> que se adjunta a la presente comunicación. Como V. E. podrá comprobar en diferentes partes del mismo se hace referencia a aspectos que guardan relación con las competencias que tiene asignadas ese Ministerio.

A la vista de lo expuesto, esta Institución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida que ese Ministerio tiene asignada la promoción legislativa dentro de la Administración general del Estado y además le corresponde la dotación

---

<sup>16</sup> Publicado con el título: *El primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Madrid: Defensor del Pueblo, 2002. (Informes, estudios y documentos; 15).

de medios humanos y materiales en buena parte del territorio nacional, ha decidido remitir a V. E. la presente recomendación, cuyo contenido se divide en dos apartados conforme a las materias que se acaban de indicar:

En cuanto a posibles reformas legislativas, se recomienda:

1.º El artículo 22.2º de la Ley Orgánica 5/2000, debería permitir que la solicitud de nombramiento de abogado de oficio, pudiera ser efectuada por el Ministerio Fiscal.

2.º El artículo 17.2º de la Ley Orgánica 5/2000, debería suprimir la presencia del segundo fiscal y en su caso sustituir al mismo por el abogado del menor o por un representante de la entidad pública, cuando ésta tenga asumida la tutela del menor.

3.º Debería estudiarse la conveniencia de introducir en la Ley Orgánica 5/2000, un procedimiento mas abreviado para tramitar a través de él las infracciones mas leves.

4.º Los artículos 61 a 64 de la Ley Orgánica 5/2000, no dan una respuesta eficaz y rápida a los perjudicados, por lo que sería conveniente una nueva regulación respecto del ejercicio de la acción civil, procurando que la misma fuera lo mas parecida posible al sistema recogido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el procedimiento relativo a los mayores de edad.

5.º El artículo 28.3 de la Ley Orgánica 5/2000, debería contener la posibilidad de que en determinados casos la medida cautelar de internamiento, superara los 6 meses, introduciéndose a la vez la previsión legal que se contempla en el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto a la duración de la prisión provisional, cuando existe una sentencia que se recurre.

6.º Sería conveniente clarificar los artículos 9.2 y 28 de la Ley Orgánica 5/2000, para que se determine de forma clara en que delitos es posible acordar la medida cautelar de internamiento, contemplando dentro de ellos el robo con fuerza en casa habitada o los delitos relativos al tráfico de drogas.

7.º Que el próximo día 13 de enero de 2003, comience a aplicarse el artículo 4 de la Ley Orgánica 5/2000, a los jóvenes mayores de 18 años y menores de 21 años, en los términos y circunstancias que señala el expresado artículo.

8.º Que, a la mayor brevedad, se apruebe un reglamento que desarrolle la Ley Orgánica 5/2000, teniendo en cuenta en el mismo aque-

llos aspectos que expresamente se han mencionado en el informe elaborado por esta Institución.

9.º Que se amplíen los supuestos previstos en la Ley 35/1995, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, para que el mayor número posible de perjudicados puedan verse resarcidos de sus daños, cuando el menor o su representante sean insolventes.

10.º Debe promulgarse un marco normativo básico para todo el Estado, en el que de forma clara se determine en qué supuestos, cuando las distintas administraciones actúen aplicando programas educativos a menores, dentro del sistema de protección, pueden utilizar medidas de contención de carácter no sancionador.

11.º La Ley de Enjuiciamiento Civil debería disponer la prioridad absoluta, dentro de la jurisdicción civil, de aquellos procedimientos en los que se resuelvan conflictos relativos a menores, sobre todo cuando se trata de menores sometidos al sistema de protección y existe una entidad pública que actúa como parte.

12.º Deben efectuarse las reformas normativas precisas para reforzar el estatuto jurídico de los profesionales que realizan su trabajo en el interior de los centros, con objeto de que las agresiones que los mismos reciben en los centros, sean sancionadas con el rigor y eficacia que merecen.

En cuanto a medios humanos y materiales, se recomienda:

13.º Que se adopten cuantas actuaciones sean precisas, por parte de ese Ministerio, para la creación de nuevos juzgados de menores en las ciudades de Barcelona, Bilbao, Madrid, Málaga, Murcia, Las Palmas de Gran Canaria, Valencia y Zaragoza.

14.º Que, dadas las especiales circunstancias que concurren en Vigo y en las islas menores correspondientes a las comunidades autónomas de Canarias e Illes Balears, se estudie la conveniencia de ubicar alguno de los juzgados que corresponden a esas comunidades autónomas en la expresada ciudad o en alguna de las islas menores.

15.º Que se valore la carga de trabajo que recae sobre las secciones de menores, y se amplíen la plantilla de las mismas con los fiscales, personal auxiliar colaborador y equipos técnicos necesarios, teniendo en cuenta para ello las consideraciones que aparecen en el apartado III, punto 2 y 3 del informe elaborado por esta Institución.

16.º Que se creen en las secciones de menores de las fiscalías, las plazas de secretarios judiciales y médicos forenses, especialmente en

aquellas que presentan un mayor cargo de trabajo. Que en las secciones de menores antes citadas se creen servicios comunes de comunicaciones o alternativamente puedan utilizar las mismas, los servicios que ya existen.

17.º Que se doten a las secciones de menores y a los equipos técnicos del material informático necesario para que puedan desarrollar su trabajo con la rapidez y eficacia que la ley exige, instalándoles al mismo tiempo unas aplicaciones informáticas que faciliten la tramitación de los expedientes y registren fielmente el trabajo que se realiza en las secciones de menores.

18.º Que las instalaciones en las que se ubican las secciones de menores de las fiscalías y los juzgados de menores, cuenten con las dependencias necesarias, con objeto de que puedan desarrollar en condiciones adecuadas su trabajo los profesionales de la Administración de justicia, debiendo también contar con zonas de espera para los testigos y víctimas, de tal forma que no entren en contacto con los menores denunciados.

19.º Que ese Ministerio, en coordinación con el resto de administraciones competentes, realice las actuaciones necesarias con objeto de implantar en los centros de internamientos y en los órganos judiciales de la jurisdicción de menores, los medios electrónicos, telemáticos, info-telecomunicaciones, o de otra clase semejantes, para que puedan comunicarse los centros de internamiento y los órganos judiciales, evitando así muchos de los traslados que habitualmente realizan los Cuerpos y Fuerzas de la Seguridad del Estado.

20.º Que ese Ministerio destine las partidas presupuestarias que sean necesarias para que el trabajo que realizan los abogados del turno de oficio, sea retribuido de forma adecuada, al tiempo que desde ese Ministerio se apoyen los cursos de especialización para la formación de abogados y la creación en los colegios de abogados de turnos de oficios especiales para menores.

Madrid, 11 de octubre de 2002.

**Recomendación dirigida al Ministro de Justicia.**

**Recomendación 92/2002, de 11 de octubre, sobre ampliación del número de centros de internamiento, para lograr que los menores puedan cumplir la medida de internamiento en centros próximos a sus lugares de residencia.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 394.)*

Desde su inicio esta Institución viene prestando especial atención a todas aquellas cuestiones relacionadas con los menores y, en concreto, la tutela efectiva de sus derechos. A raíz de la publicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, y transcurrido más de un año desde su entrada en vigor, y a la vista de la repercusión social que su aplicación estaba teniendo, con reflejo en los medios de comunicación, y de numerosas quejas recibidas en la Institución, el Defensor del Pueblo se propuso llevar a cabo una profunda investigación en todo el territorio nacional, a fin de examinar la efectividad de la Ley, las medidas adoptadas tanto por los organismos centrales como autonómicos para su correcta aplicación, y en definitiva comprobar en qué forma se estaban tutelando los derechos de los menores afectados.

Para ello el Defensor del Pueblo se dirigió, en primer lugar, a todos los organismos con competencia en la materia, tanto centrales como autonómicos, organismos judiciales y colegios de abogados. Asimismo se acordó llevar a cabo visitas a un número representativo de centros de internamiento de menores, en todas las comunidades autónomas.

El resultado del trabajo realizado, es el que aparece en el informe<sup>17</sup> que se le adjunta. Como V. E. podrá comprobar en diferentes partes del

---

<sup>17</sup> Publicado con el título: *El primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Madrid: Defensor del Pueblo, 2002. (Informes, estudios y documentos; 15).



mismo se hace referencia a aspectos que guardan directa relación con las competencias que tiene asignadas esa Consejería, en concreto, en el apartado III, punto 4 se menciona la situación en la que se encuentran muchos menores de esa Comunidad, que al carecer de plaza en los centros de internamiento de la misma, están siendo internados en centros de internamiento lejos de sus localidades de origen, todo ello a pesar del esfuerzo que esa Consejería ha realizado y que esta Institución conoce y públicamente se reconoce, en cuanto a la creación y puesta en marcha de centros en esa Comunidad.

A la vista de lo expuesto esta Institución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida que los hechos expuestos pueden afectar a derechos fundamentales, ha decidido dar traslado a esa Consejería de la siguiente recomendación:

«Que se amplíe el número de centros de internamiento existentes en esa Comunidad autónoma, para lograr que los menores de Andalucía puedan cumplir la medida de internamiento en centros próximos a sus lugares de residencia. Sería deseable que en esa ampliación de centros, alguno de ellos reuniera las condiciones necesarias para impartir programas de tratamiento terapéuticos, cuando los mismos requieran medidas de contención».

Madrid, 11 de octubre de 2002.

**Recomendación dirigida al Consejero de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía.**

**Recomendación 93/2002, de 11 de octubre, para que se dote a las secciones de menores y a los equipos técnicos del material informático necesario para que puedan desarrollar su trabajo con la rapidez y eficacia que la Ley Orgánica 5/2000 exige.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 415.)*

Desde su inicio esta Institución viene prestando especial atención a todas aquellas cuestiones relacionadas con los menores y, en concreto, la tutela efectiva de sus derechos. A raíz de la publicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, y transcurrido más de un año desde su entrada en vigor, y a la vista de la repercusión social que su aplicación estaba teniendo, con reflejo en los medios de comunicación, y de numerosas quejas recibidas en la Institución, el Defensor del Pueblo se propuso llevar a cabo una profunda investigación en todo el territorio nacional, a fin de examinar la efectividad de la Ley, las medidas adoptadas tanto por los organismos centrales como autonómicos para su correcta aplicación, y en definitiva comprobar en qué forma se estaban tutelando los derechos de los menores afectados.

Para ello el Defensor del Pueblo se dirigió, en primer lugar, a todos los organismos con competencia en la materia, tanto centrales como autonómicos, organismos judiciales y colegios de abogados. Asimismo se acordó llevar a cabo visitas a un número representativo de centros de internamiento de menores, en todas las comunidades autónomas.

El resultado del trabajo realizado, es el que aparece en el informe<sup>18</sup> que se le adjunta. Como V. E. podrá comprobar en diferentes partes del

---

<sup>18</sup> Publicado con el título: *El primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Madrid: Defensor del Pueblo, 2002. (Informes, estudios y documentos; 15).

mismo se hace referencia a aspectos que guardan directa relación con las competencias que tiene asignadas esa Consejería, en concreto, en el apartado III, puntos 2, 3 y 5 se mencionan cuestiones que afectan a los medios humanos y materiales existentes en esa Comunidad autónoma.

A la vista de lo expuesto esta Institución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida que los hechos expuestos pueden afectar a derechos fundamentales, ha decidido dar traslado a esa Consejería de la siguiente recomendación:

«1.º Que se dote a las secciones de menores y a los equipos técnicos del material informático necesario para que pueda desarrollar su trabajo con la rapidez y eficacia que la Ley exige, instalándoles al mismo tiempo unas aplicaciones informáticas que faciliten la tramitación de los expedientes y registren fielmente el trabajo que se realiza en las secciones de menores.

2.º Que se dote a las secciones de menores de las fiscalías de esa Comunidad autónoma de los equipos técnicos necesarios, teniendo en cuenta para ello las consideraciones que aparecen en el apartado III, punto 3 del informe elaborado por esta Institución».

Madrid, 11 de octubre de 2002.

**Recomendación dirigida a la Consejera de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía.**

**Recomendación 94/2002, de 11 de octubre, para que se estudie la posibilidad de instalar algún centro para el cumplimiento de las medidas de internamiento, en sus distintas modalidades, en alguna o algunas de las islas menores de la Comunidad Autónoma de Canarias.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 416.)*

Desde su inicio esta Institución viene prestando especial atención a todas aquellas cuestiones relacionadas con los menores y, en concreto, la tutela efectiva de sus derechos. A raíz de la publicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, y transcurrido más de un año desde su entrada en vigor, y a la vista de la repercusión social que su aplicación estaba teniendo, con reflejo en los medios de comunicación, y de numerosas quejas recibidas en la Institución, el Defensor del Pueblo se propuso llevar a cabo una profunda investigación en todo el territorio nacional, a fin de examinar la efectividad de la Ley, las medidas adoptadas tanto por los organismos centrales como autonómicos para su correcta aplicación, y en definitiva comprobar en qué forma se estaban tutelando los derechos de los menores afectados.

Para ello el Defensor del Pueblo se dirigió, en primer lugar, a todos los organismos con competencia en la materia, tanto centrales como autonómicos, organismos judiciales y colegios de abogados. Asimismo se acordó llevar a cabo visitas a un número representativo de centros de internamientos de menores, en todas las comunidades autónomas.

El resultado del trabajo realizado es el que aparece en el informe<sup>19</sup> que se adjunta a la presente comunicación. Como V. E. podrá comprobar

---

<sup>19</sup> Publicado con el título: *El primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Madrid: Defensor del Pueblo, 2002. (Informes, estudios y documentos; 15).

en diferentes partes del mismo se hace referencia a aspectos que guardan directa relación con las competencias que tiene asignadas esa Consejería, en concreto en el apartado III, punto 4 se menciona el problema existente en esa Comunidad respecto a la carencia de centros de internamiento en las denominadas islas menores.

A la vista de lo expuesto esta Institución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida que los hechos expuestos pueden afectar a derechos fundamentales, ha decidido dar traslado a esa Consejería de la siguiente recomendación:

«Que se estudie la posibilidad de instalar algún centro para el cumplimiento de las medidas de internamiento en sus distintas modalidades, en alguna o algunas de las islas menores de esa Comunidad autónoma, especialmente en aquellas que puedan presentar un mayor número de menores infractores, para evitar que necesariamente los menores de dichas islas tengan que ser siempre trasladados a los centros existentes en Las Palmas de Gran Canaria o Santa Cruz de Tenerife».

Madrid, 11 de octubre de 2002.

**Recomendación dirigida al Consejero de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno de Canarias.**

**Recomendación 95/2002, de 11 de octubre, para que se valore la carga de trabajo que tienen las secciones de menores de las fiscalías de Las Palmas de Gran Canaria y Santa Cruz de Tenerife y se amplíen las plantillas y las dependencias en las que actualmente se encuentra ubicada la sección de menores de Las Palmas de Gran Canaria y el Juzgado de Menores de dicha ciudad.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 416.)*

Desde su inicio esta Institución viene prestando especial atención a todas aquellas cuestiones relacionadas con los menores y, en concreto, la tutela efectiva de sus derechos. A raíz de la publicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, y transcurrido más de un año desde su entrada en vigor, y a la vista de la repercusión social que su aplicación estaba teniendo, con reflejo en los medios de comunicación, y de numerosas quejas recibidas en la Institución, el Defensor del Pueblo se propuso llevar a cabo una profunda investigación en todo el territorio nacional, a fin de examinar la efectividad de la Ley, las medidas adoptadas tanto por los organismos centrales como autonómicos para su correcta aplicación, y en definitiva comprobar en qué forma se estaban tutelando los derechos de los menores afectados.

Para ello el Defensor del Pueblo se dirigió en primer lugar a todos los organismos con competencia en la materia, tanto centrales como autonómicos, organismos judiciales y colegios de abogados. Asimismo se acordó llevar a cabo visitas a un número representativo de centros de internamiento de menores, en todas las comunidades autónomas.

El resultado del trabajo realizado es el que aparece en el informe<sup>20</sup> que se adjunta a la presente comunicación. Como V. E. podrá comprobar

---

<sup>20</sup> Publicado con el título: *El primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Madrid: Defensor del Pueblo, 2002. (Informes, estudios y documentos; 15).

en diferentes partes del mismo se hace referencia a aspectos que guardan directa relación con las competencias que tiene asignadas esa Consejería, en concreto en el apartado III puntos 2 y 5 se mencionan cuestiones relativas a los medios humanos y materiales que afectan a esa Comunidad autónoma.

A la vista de lo expuesto esta Institución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida que los hechos expuestos pueden afectar a derechos fundamentales, ha decidido dar traslado a esa Consejería de la siguiente recomendación:

«1.º Que se valore la carga de trabajo que tienen las secciones de menores de las fiscalías de Las Palmas de Gran Canaria y de Santa Cruz de Tenerife y se amplíen las plantillas de las mismas con el personal auxiliar de la Administración de justicia que sea necesario, teniendo en cuenta para ello las consideraciones que aparecen en el apartado III, punto 2 del informe que se le remite.

2.º Que se amplíen las dependencias en las que actualmente se encuentra ubicada la Sección de Menores de Las Palmas de Gran Canaria y el Juzgado de Menores de dicha ciudad con objeto de que los profesionales de la Administración de justicia puedan desarrollar en condiciones adecuadas su trabajo, debiéndose habilitar zonas de espera para los testigos y las víctimas de tal forma que no entren en contacto con los menores denunciados».

Madrid, 11 de octubre de 2002.

**Recomendación dirigida al Consejero de Presidencia e Innovación Tecnológica del Gobierno de Canarias.**

**Recomendación 96/2002, de 11 de octubre, sobre los medios humanos e instalaciones con las que cuenta la Comunidad Autónoma de Cataluña, para aplicar la Ley Orgánica 5/2000.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 417.)*

Desde su inicio esta Institución viene prestando especial atención a todas aquellas cuestiones relacionadas con los menores y, en concreto, la tutela efectiva de sus derechos. A raíz de la publicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, y transcurrido más de un año desde su entrada en vigor, y a la vista de la repercusión social que su aplicación estaba teniendo, con reflejo en los medios de comunicación, y de numerosas quejas recibidas en la Institución, el Defensor del Pueblo se propuso llevar a cabo una profunda investigación en todo el territorio nacional, a fin de examinar la efectividad de la Ley, las medidas adoptadas tanto por los organismos centrales como autonómicos para su correcta aplicación, y en definitiva comprobar en qué forma se estaban tutelando los derechos de los menores afectados.

Para ello el Defensor del Pueblo se dirigió, en primer lugar, a todos los organismos con competencia en la materia, tanto centrales como autonómicos, organismos judiciales y colegios de abogados. Asimismo se acordó llevar a cabo visitas a un número representativo de centros de internamiento de menores, en todas las comunidades autónomas.

El resultado del trabajo realizado, es el que aparece en el informe<sup>21</sup> que se le adjunta. Como V. E. podrá comprobar en diferentes partes del mismo se hace referencia a aspectos que guardan directa relación con

---

<sup>21</sup> Publicado con el título: *El primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Madrid: Defensor del Pueblo, 2002. (Informes, estudios y documentos; 15).



las competencias que tiene asignadas ese departamento, en concreto, en el apartado III, puntos 2, 3 y 5, se mencionan cuestiones relativas a los medios humanos y materiales que afectan a esa Comunidad autónoma.

A la vista de lo expuesto esta Institución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida que los hechos expuestos pueden afectar a derechos fundamentales, ha decidido dar traslado a esa Consejería de la siguiente recomendación:

«1.º Que se valore la carga de trabajo que recae sobre la Sección de Menores de la Fiscalía de Tarragona y se amplíe la plantilla de la misma con el personal auxiliar colaborador que sea necesario, teniendo en cuenta las consideraciones que aparecen en el apartado III, punto 2, del informe elaborado por esta Institución.

2.º Que las instalaciones en las que se ubican las Secciones de Menores de las fiscalías de Barcelona y Tarragona y del Juzgado de Menores de Lleida cuenten con las dependencias necesarias para que puedan desarrollar, en condiciones adecuadas, su trabajo los profesionales de la Administración de justicia, debiendo también contar con zonas de espera para los testigos y víctimas, de tal forma que no entren en contacto con los menores denunciados.

3.º Que se valore la carga de trabajo que pesa sobre el equipo técnico de la Sección de Menores de Tarragona y se amplíe el mismo para lograr que sus informes puedan ser elaborados en el plazo marcado por la ley, reduciendo así los dos meses y medio que viene tardando en emitir sus informes».

Madrid, 11 de octubre de 2002.

**Recomendación dirigida al Consejero del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña.**

**Recomendación 97/2002, de 11 de octubre, en relación con los medios humanos y las instalaciones existentes en la Comunidad Autónoma de Galicia, para la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 417.)*

Desde su inicio esta Institución viene prestando especial atención a todas aquellas cuestiones relacionadas con los menores y, en concreto, la tutela efectiva de sus derechos. A raíz de la publicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, y transcurrido más de un año desde su entrada en vigor, y a la vista de la repercusión social que su aplicación estaba teniendo, con reflejo en los medios de comunicación, y de numerosas quejas recibidas en la Institución, el Defensor del Pueblo se propuso llevar a cabo una profunda investigación en todo el territorio nacional, a fin de examinar la efectividad de la Ley, las medidas adoptadas tanto por los organismos centrales como autonómicos para su correcta aplicación, y en definitiva comprobar en qué forma se estaban tutelando los derechos de los menores afectados.

Para ello el Defensor del Pueblo se dirigió, en primer lugar, a todos los organismos con competencia en la materia, tanto centrales como autonómicos, organismos judiciales y colegios de abogados. Asimismo se acordó llevar a cabo visitas a un número representativo de centros de internamiento de menores, en todas las comunidades autónomas.

El resultado del trabajo realizado, es el que aparece en el informe<sup>22</sup> que se le adjunta. Como V. E. podrá comprobar en diferentes partes del

---

<sup>22</sup> Publicado con el título: *El primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Madrid: Defensor del Pueblo, 2002. (Informes, estudios y documentos; 15).

mismo se hace referencia a aspectos que guardan directa relación con las competencias que tiene asignadas esa Consejería, en concreto, en el apartado III, puntos 2, 3 y 5, se mencionan cuestiones relativas a los medios humanos y materiales que afectan a esa Comunidad autónoma.

A la vista de lo expuesto esta Institución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida que los hechos expuestos pueden afectar a derechos fundamentales, ha decidido dar traslado a esa Consejería de la siguiente recomendación:

«1.º Que se valore la carga de trabajo que recae sobre las Secciones de Menores de las fiscalías de A Coruña, Lugo y Pontevedra y se amplíen las plantillas de las mismas con el personal auxiliar colaborador y los equipos técnicos necesarios, teniendo en cuenta para ello las consideraciones que aparecen en el apartado III, puntos 2 y 3, del informe elaborado por esta Institución.

2.º Que se dote a las secciones de menores y a los equipos técnicos del material informático necesario para que puedan desarrollar su trabajo con la rapidez y eficacia necesaria que la ley exige, instalándoles al mismo tiempo unas aplicaciones informáticas que faciliten la tramitación de los expedientes y registren fielmente los trabajos que se realizan en las secciones de menores.

3.º Que las instalaciones en las que se ubican las secciones de menores de las fiscalías de A Coruña, Ourense y Pontevedra cuenten con las dependencias necesarias con objeto de que puedan desarrollar en condiciones adecuadas su trabajo los profesionales de la Administración de justicia, debiendo contar con zonas de espera para los testigos y las víctimas, de tal forma que no entren en contacto con los menores denunciados».

Madrid, 11 de octubre de 2002.

**Recomendación dirigida al Consejero de Justicia, Interior y Relaciones Laborales de la Junta de Galicia.**

**Recomendación 98/2002, de 11 de octubre, sobre construcción de algún centro de internamiento de menores en alguna de las islas menores de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 404.)*

Desde su inicio esta Institución viene prestando especial atención a todas aquellas cuestiones relacionadas con los menores y, en concreto, la tutela efectiva de sus derechos. A raíz de la publicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, y transcurrido más de un año desde su entrada en vigor, y a la vista de la repercusión social que su aplicación estaba teniendo, con reflejo en los medios de comunicación, y de numerosas quejas recibidas en la Institución, el Defensor del Pueblo se propuso llevar a cabo una profunda investigación en todo el territorio nacional, a fin de examinar la efectividad de la Ley, las medidas adoptadas tanto por los organismos centrales como autonómicos para su correcta aplicación, y en definitiva comprobar en qué forma se estaban tutelando los derechos de los menores afectados.

Para ello el Defensor del Pueblo se dirigió, en primer lugar, a todos los organismos con competencia en la materia, tanto centrales como autonómicos, organismos judiciales y colegios de abogados. Asimismo se acordó llevar a cabo visitas a un número representativo de centros de internamiento de menores, en todas las comunidades autónomas.

El resultado del trabajo realizado, es el que aparece en el informe<sup>23</sup> que se le adjunta. Como V. E. podrá comprobar en diferentes partes del

---

<sup>23</sup> Publicado con el título: *El primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Madrid: Defensor del Pueblo, 2002. (Informes, estudios y documentos; 15).

mismo se hace referencia a aspectos que guardan directa relación con las competencias que tiene asignadas esa Consejería, en concreto, en el apartado III, punto 4, se menciona el problema existente en esa Comunidad respecto a la carencia de centro de internamiento en las denominadas islas menores.

A la vista de lo expuesto esta Institución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida que los hechos expuestos pueden afectar a derechos fundamentales ha decidido dar traslado a esa Consejería de la siguiente recomendación:

«Que se estudie la posibilidad de instalar algún centro de internamiento para el cumplimiento de medidas de internamiento, en alguna o algunas de las islas menores de esa Comunidad autónoma, especialmente en aquellas que puedan presentar un mayor número de menores infractores, para evitar que los menores de dichas islas tengan que ser trasladados a los centros existentes en Palma de Mallorca».

Madrid, 11 de octubre de 2002.

**Recomendación dirigida a la Consejera de Bienestar Social del Gobierno de las Illes Balears.**

**Recomendación 99/2002, de 11 de octubre, para que se centralicen en un solo edificio todas las dependencias, tanto de juzgados como de las secciones de menores de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, así como las instalaciones correspondientes a los equipos técnicos y demás dependencias policiales.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 396.)*

Desde su inicio esta Institución viene prestando especial atención a todas aquellas cuestiones relacionadas con los menores y, en concreto, la tutela efectiva de sus derechos. A raíz de la publicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, y transcurrido más de un año desde su entrada en vigor, y a la vista de la repercusión social que su aplicación estaba teniendo, con reflejo en los medios de comunicación, y de numerosas quejas recibidas en la Institución, el Defensor del Pueblo se propuso llevar a cabo una profunda investigación en todo el territorio nacional, a fin de examinar la efectividad de la Ley, las medidas adoptadas tanto por los organismos centrales como autonómicos para su correcta aplicación, y en definitiva comprobar en qué forma se estaban tutelando los derechos de los menores afectados.

Para ello el Defensor del Pueblo se dirigió en primer lugar a todos los organismos con competencia en la materia, tanto centrales como autonómicos, organismos judiciales y colegios de abogados. Asimismo se acordó llevar a cabo visitas a un número representativo de centros de internamiento de menores, en todas las comunidades autónomas.

El resultado del trabajo realizado, es el que aparece en el informe<sup>24</sup> que se le adjunta. Como V. E. podrá comprobar en diferentes partes del

---

<sup>24</sup> Publicado con el título: *El primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Madrid: Defensor del Pueblo, 2002. (Informes, estudios y documentos; 15).

mismo se hace referencia a aspectos que guardan directa relación con las competencias que tiene asignadas esa Consejería, en concreto, en el apartado III, puntos 1 y 5, se menciona la dispersión geográfica que en la ciudad de Madrid tienen las sedes en las que se ubican tanto los juzgados de menores, como las secciones de menores de la Fiscalía.

A la vista de lo expuesto esta Institución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida que los hechos expuestos pueden afectar a derechos fundamentales, ha decidido dar traslado a esa Consejería de la siguiente recomendación:

«Que, a la mayor brevedad posible, se centralicen en un solo edificio todas las dependencias, tanto de juzgados como de las secciones de menores de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, así como las instalaciones correspondientes a los equipos técnicos y demás dependencias policiales. Que, en las citadas dependencias, se habiliten las instalaciones precisas para que todos los profesionales de la Administración de justicia puedan desarrollar sus funciones en condiciones adecuadas, habilitando zonas en las que permanezcan testigos y menores sin tener que coincidir con los menores agresores».

Madrid, 11 de octubre de 2002.

**Recomendación dirigida a la Consejera de Justicia y Administraciones Públicas de la Comunidad de Madrid.**

**Recomendación 100/2002, de 11 de octubre, para que se construya un centro de internamiento en el que pueda llevarse a cabo la ejecución de las distintas medidas de internamiento que prevé la Ley Orgánica 5/2000.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 419.)*

Desde su inicio esta Institución viene prestando especial atención a todas aquellas cuestiones relacionadas con los menores y, en concreto, la tutela efectiva de sus derechos. A raíz de la publicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, y transcurrido más de un año desde su entrada en vigor, y a la vista de la repercusión social que su aplicación estaba teniendo, con reflejo en los medios de comunicación, y de numerosas quejas recibidas en la Institución, el Defensor del Pueblo se propuso llevar a cabo una profunda investigación en todo el territorio nacional, a fin de examinar la efectividad de la Ley, las medidas adoptadas tanto por los organismos centrales como autonómicos para su correcta aplicación, y en definitiva comprobar en qué forma se estaban tutelando los derechos de los menores afectados.

Para ello el Defensor del Pueblo se dirigió en primer lugar a todos los organismos con competencia en la materia, tanto centrales como autonómicos, organismos judiciales y colegios de abogados. Asimismo se acordó llevar a cabo visitas a un número representativo de centros de internamiento de menores, en todas las comunidades autónomas.

El resultado del trabajo realizado, es el que aparece en el informe<sup>25</sup> que se le adjunta. Como V. E. podrá comprobar en diferentes partes del

---

<sup>25</sup> Publicado con el título: *El primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Madrid: Defensor del Pueblo, 2002. (Informes, estudios y documentos; 15).



mismo se hace referencia a aspectos que guardan directa relación con las competencias que tiene asignadas esa Consejería, en concreto, en el apartado III, punto 4, se menciona que esa Comunidad autónoma no cuenta con un centro de internamiento para el cumplimiento de las medidas de internamiento reguladas por la Ley Orgánica 5/2000, ya que en las instalaciones en las que se encuentran los menores sometidos a la citada Ley, conviven también menores sometidos al régimen de protección.

A la vista de lo expuesto esta Institución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida que los hechos expuestos pueden afectar a derechos fundamentales ha decidido dar traslado a esa Consejería de la siguiente recomendación:

«Que se construya un centro de internamiento en el que puedan llevarse a cabo la ejecución de las distintas medidas de internamiento que prevé la Ley Orgánica 5/2000, logrando de esa forma que permanezcan separados los menores sometidos a la citada Ley, de aquellos otros que se encuentran bajo el régimen de protección».

Madrid, 11 de octubre de 2002.

**Recomendación dirigida al Consejero del Departamento de Bienestar Social, Deporte y Juventud del Gobierno de Navarra.**

**Recomendación 101/2002, de 11 de octubre sobre los medios humanos y materiales con los que se aplica la Ley Orgánica 5/2000, en la Comunidad Valenciana.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 419.)*

Desde su inicio esta Institución viene prestando especial atención a todas aquellas cuestiones relacionadas con los menores y, en concreto, la tutela efectiva de sus derechos. A raíz de la publicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, y transcurrido más de un año desde su entrada en vigor, y a la vista de la repercusión social que su aplicación estaba teniendo, con reflejo en los medios de comunicación, y de numerosas quejas recibidas en la Institución, el Defensor del Pueblo se propuso llevar a cabo una profunda investigación en todo el territorio nacional, a fin de examinar la efectividad de la Ley, las medidas adoptadas tanto por los organismos centrales como autonómicos para su correcta aplicación, y en definitiva comprobar en qué forma se estaban tutelando los derechos de los menores afectados.

Para ello el Defensor del Pueblo se dirigió en primer lugar a todos los organismos con competencia en la materia, tanto centrales como autonómicos, organismos judiciales y colegios de abogados. Asimismo se acordó llevar a cabo visitas a un número representativo de centros de internamiento de menores, en todas las comunidades autónomas.

El resultado del trabajo realizado es el que aparece en el informe<sup>26</sup> que se adjunta a la presente comunicación. Como V. E. podrá comprobar en diferentes partes del mismo se hace referencia a aspectos que guardan directa relación con las competencias que tiene asignadas esa Con-

---

<sup>26</sup> Publicado con el título: *El primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Madrid: Defensor del Pueblo, 2002. (Informes, estudios y documentos; 15).

sejería, en concreto en el apartado III, puntos 2, 3 y 5, se hace mención a cuestiones relativas a medios materiales y humanos de esa Comunidad autónoma.

A la vista de lo expuesto esta Institución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida en que los hechos expuestos pueden afectar a derechos fundamentales, ha decidido dar traslado a esa Consejería de la siguiente recomendación:

«1.º Que se valore la carga de trabajo que tienen las secciones de menores existentes en las tres provincias que componen esa Comunidad, y se amplíe la plantilla de las mismas con el personal auxiliar colaborador y con los equipos técnicos necesarios, teniendo en cuenta para ello las consideraciones que aparecen en el apartado III, puntos 2 y 3, del informe elaborado por esta Institución.

2.º Que se dote a las secciones de menores y a los equipos técnicos del material informático necesario para que puedan desarrollar su trabajo con la rapidez y eficacia que la Ley exige, instalándoles al mismo tiempo unas aplicaciones informáticas que faciliten la tramitación de los expedientes.

3.º Que las instalaciones en las que se ubican las secciones de menores de las fiscalías de esa Comunidad y los juzgados de menores, cuenten con las dependencias necesarias, con objeto de que puedan desarrollar en condiciones adecuadas su trabajo los profesionales de la Administración de justicia, debiendo también contar con zonas de espera para los testigos y las víctimas, de tal forma que no entren en contacto con los menores denunciados. Teniendo en cuenta para ello las consideraciones que respecto de esa Comunidad aparecen en el apartado III punto 5 del informe elaborado por esta Institución».

Madrid, 11 de octubre de 2002.

**Recomendación dirigida al Consejero de Justicia y Administraciones Pública de la Generalidad Valenciana.**

**Recomendación 102/2002, de 11 de octubre, para que se construya un nuevo centro de internamiento para menores o, en su caso, se amplíe y acondicione adecuadamente el existente.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 397.)*

Desde su inicio esta Institución viene prestando especial atención a todas aquellas cuestiones relacionadas con los menores y, en concreto, la tutela efectiva de sus derechos. A raíz de la publicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, y transcurrido más de un año desde su entrada en vigor, y a la vista de la repercusión social que su aplicación estaba teniendo, con reflejo en los medios de comunicación, y de numerosas quejas recibidas en la Institución, el Defensor del Pueblo se propuso llevar a cabo una profunda investigación en todo el territorio nacional, a fin de examinar la efectividad de la Ley, las medidas adoptadas tanto por los organismos centrales como autonómicos para su correcta aplicación, y en definitiva comprobar en qué forma se estaban tutelando los derechos de los menores afectados.

Para ello el Defensor del Pueblo se dirigió, en primer lugar, a todos los organismos con competencia en la materia, tanto centrales como autonómicos, organismos judiciales y colegios de abogados. Asimismo se acordó llevar a cabo visitas a un número representativo de centros de internamiento de menores, en todas las comunidades autónomas.

El resultado del trabajo realizado, es el que aparece en el informe<sup>27</sup> que se le adjunta. Como V. E. podrá comprobar en diferentes partes del mismo se hace referencia a aspectos que guardan directa relación con

---

<sup>27</sup> Publicado con el título: *El primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Madrid: Defensor del Pueblo, 2002. (Informes, estudios y documentos; 15).

las competencias que tiene asignadas esa Consejería, en concreto, en el apartado III, punto 4, se menciona que el único centro que hay para el cumplimiento de los internamientos en sus distintas modalidades, así como para el cumplimiento de los arrestos de fin de semana es insuficiente, dado el número de menores que tienen que ser internados.

A la vista de lo expuesto esta Institución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida en que los hechos expuestos pueden afectar a derechos fundamentales, ha decidido dar traslado a esa Consejería de la siguiente recomendación:

«Que se construya un nuevo centro o en su caso se amplíe adecuadamente el existente para que los menores que tienen que ser internados y que residen en esa ciudad, puedan permanecer cerca de sus familias, evitando así su traslado a otros centros más lejanos».

Madrid, 11 de octubre de 2002.

**Recomendación dirigida al Consejero de Bienestar Social de la Ciudad Autónoma de Ceuta.**

**Recomendación 103/2002, de 11 de octubre, para que se construya un nuevo centro de internamiento o, en su caso, se amplíe adecuadamente el existente para que los menores que tienen que ser internados, y que residen en Melilla, puedan permanecer cerca de sus familias.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 420.)*

Desde su inicio esta Institución viene prestando especial atención a todas aquellas cuestiones relacionadas con los menores y, en concreto, la tutela efectiva de sus derechos. A raíz de la publicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, y transcurrido más de un año desde su entrada en vigor, y a la vista de la repercusión social que su aplicación estaba teniendo, con reflejo en los medios de comunicación, y de numerosas quejas recibidas en la Institución, el Defensor del Pueblo se propuso llevar a cabo una profunda investigación en todo el territorio nacional, a fin de examinar la efectividad de la Ley, las medidas adoptadas tanto por los organismos centrales como autonómicos para su correcta aplicación, y en definitiva comprobar en qué forma se estaban tutelando los derechos de los menores afectados.

Para ello el Defensor del Pueblo se dirigió, en primer lugar, a todos los organismos con competencia en la materia, tanto centrales como autonómicos, organismos judiciales y colegios de abogados. Asimismo se acordó llevar a cabo visitas a un número representativo de centros de internamiento de menores, en todas las comunidades autónomas.

El resultado del trabajo realizado, es el que aparece en el informe<sup>28</sup> que se le adjunta. Como V. E. podrá comprobar en diferentes partes del

---

<sup>28</sup> Publicado con el título: *El primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Madrid: Defensor del Pueblo, 2002. (Informes, estudios y documentos; 15).

mismo se hace referencia a aspectos que guardan directa relación con las competencias que tiene asignadas esa Consejería, en concreto, en el apartado III, punto 4, se menciona que el único centro que hay para el cumplimiento de los internamientos en sus distintas modalidades así como para el cumplimiento de los arrestos de fin de semana es insuficiente, dado el número de menores que tienen que ser internados.

A la vista de lo expuesto esta Institución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida en que los hechos expuestos pueden afectar a derechos fundamentales, ha decidido dar traslado a esa Consejería de la siguiente recomendación:

«Que se construya un nuevo centro o en su caso se amplíe adecuadamente el existente para que los menores que tienen que ser internados y que residen en esa ciudad, puedan permanecer cerca de sus familias, evitando así su traslado a otros centros más lejanos».

Madrid, 11 de octubre de 2002.

**Recomendación dirigida a la Consejera de Bienestar Social y Sanidad de la Ciudad Autónoma de Melilla.**

**Recomendación 104/2002, de 11 de octubre, para que los colegios de abogados organicen los turnos de oficio para menores de forma especializada, garantizando de esa manera una asistencia jurídica adecuada.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 426.)*

Desde su inicio esta Institución viene prestando especial atención a todas aquellas cuestiones relacionadas con los menores y, en concreto, la tutela efectiva de sus derechos. A raíz de la publicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, y transcurrido más de un año desde su entrada en vigor, y a la vista de la repercusión social que su aplicación estaba teniendo, con reflejo en los medios de comunicación, y de numerosas quejas recibidas en la Institución, el Defensor del Pueblo se propuso llevar a cabo una profunda investigación en todo el territorio nacional, a fin de examinar la efectividad de la Ley, las medidas adoptadas tanto por los organismos centrales como autonómicos para su correcta aplicación, y en definitiva comprobar en qué forma se estaban tutelando los derechos de los menores afectados.

Para ello el Defensor del Pueblo se dirigió, en primer lugar, a todos los organismos con competencia en la materia, tanto centrales como autonómicos, organismos judiciales y colegios de abogados. Asimismo se acordó llevar a cabo visitas a un número representativo de centros de internamiento de menores, en todas las comunidades autónomas.

En concreto y con relación a los colegios de abogados, se solicitó, en un número de 60, su colaboración, pidiendo se remitiera un informe detallado en el que, entre otras cuestiones que se considerasen de interés y afectasen a los hechos objeto de esa investigación, se hiciesen constar los siguientes datos:



- Participación de los abogados, tanto en el procedimiento judicial como en el disciplinario, cuando se trata de corregir faltas cometidas en el interior de los centros de internamiento.
- Aplicación de las medidas de control personal a los menores. Criterio y formas de llevarlas a cabo (artículo 59.1º de la Ley Orgánica 5/2000).
- Forma en la que se practica el registro en las habitaciones de los menores. Criterios para realizarlos y formas de llevarlos a efecto (artículo 59.1º de la Ley Orgánica 5/2000).
- Aplicación de medidas coercitivas. Criterios para realizarlas y formas de llevarlas a efecto (artículo 59.21 de la Ley Orgánica 5/2000).
- Supuestos en los que haya existido un rigor innecesario o denuncias de malos tratos.
- Forma en la que se realiza el régimen de comunicación de los menores con sus padres y familiares, así como las comunicaciones íntimas [artículos 55.3º y 56.2º h) de la Ley Orgánica 5/2000].
- Situación que presentan las instalaciones policiales y judiciales en las que se encuentran los menores cuando son detenidos hasta que pasan a disposición judicial.
- Funcionamiento en la práctica de la responsabilidad civil. Reparación de perjuicio a las víctimas.
- Dotación de medios, tanto humanos como materiales, por parte de los equipos técnicos y de la Administración de justicia. Duración media de los procedimientos.
- Número de las medidas que se han aplicado en cada Comunidad autónoma, con especial atención a la medida de internamiento en régimen cerrado.

Finalmente se solicitaban cuantos datos se dispusiesen, respecto a las cuestiones o problemas que se hubiesen detectado, indicándose también si, a juicio de las distintas corporaciones, los actuales equipamientos humanos y materiales serían suficientes para hacer frente a partir del 13 de enero de 2003, a hechos delictivos cometidos por mayores de 18 años y menores de 21 años (artículo 4 de la Ley Orgánica 5/2000 y disposición transitoria única de la Ley Orgánica 9/2000 —por la que se suspendió dicho artículo durante dos años—), o si, por el contrario, en opinión del colegio sería conveniente mantener esa suspensión durante algún tiempo más.

Con toda la información recabada, se ha realizado un informe monográfico<sup>29</sup>, que adjunto nos es grato remitir a V. E., en el que se ponen de relieve los aspectos positivos y deficiencias detectadas en la aplicación de la Ley, lo que ha movido a esta Institución a llevar a cabo una serie de recomendaciones, a fin de conseguir una mejora en su aplicación y las oportunas modificaciones tras las deficiencias detectadas.

Centrándonos en el aspecto concreto de la asistencia letrada a los menores, el citado informe dedica a esa materia el apartado II, punto 3. Dadas las funciones que corresponden a los abogados para garantizar los derechos de los menores y teniendo en cuenta las incidencias que el turno de oficio tiene en la asistencia jurídica que reciben los menores, esta Institución considera esencial que las administraciones competentes en la materia que nos ocupa, doten presupuestariamente de forma adecuada el trabajo que realizan los abogados, así como los cursos de especialización para la correcta formación de los mismos, siendo deseable que todos los colegios de abogados, cuenten con turnos de oficio especiales para menores.

Asimismo y dentro de las actuaciones que conlleva la asistencia jurídica, esta Institución entiende que debe incluirse, sin limitación alguna, la entrevista reservada entre el abogado y el menor, incluso antes de que éste preste su primera declaración cuando ha sido detenido; esta conclusión se obtiene llevando a cabo una interpretación amplia del artículo 22 de la Ley Orgánica 5/2000, y teniendo en cuenta el interés superior del menor.

A la vista de lo expuesto, esta Institución al amparo del artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida en que la cuestión expuesta afecta a derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, ha valorado la conveniencia de dar traslado a V. E. de la siguiente recomendación:

«1. Que entre tanto se produce la modificación del artículo 22.2 de la Ley Orgánica 5/2000, solicitada por esta Institución, los colegios de abogados, dentro de las competencias que les corresponden para organizar el turno de oficio, deben procurar evitar que los menores permanezcan sin asistencia jurídica durante algún momento del procedimiento. Siendo preferible que el letrado que asiste por primera vez al menor sea el que continúe con su defensa a lo largo de todo el procedimiento.

---

<sup>29</sup> Publicado con el título: *El primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Madrid: Defensor del Pueblo, 2002. (Informes, estudios y documentos; 15).

2. Que en los servicios de orientación jurídica dependientes de los colegios de abogados se adscriban, dentro de sus posibilidades, profesionales especializados en la asistencia a menores.

3. Que progresivamente vayan creándose en los colegios de abogados turnos especializados en asistencia jurídica gratuita a menores, llevándose a cabo a tal fin los cursos de especialización previstos en la Ley Orgánica 5/2000, para lo cual desde esta Institución se instará al Ministerio de Justicia a fin de que dote a los colegios de abogados de los medios económicos oportunos para llevar a cabo estos cursos».

Madrid, 11 de octubre de 2002.

**Recomendación dirigida al Presidente del Consejo General de la Abogacía Española.**

**Recomendación 105/2002, de 11 de octubre, para que se incremente el número de los juzgados de menores existentes en diferentes ciudades, con objeto de que su volumen de trabajo se ajuste a los módulos establecidos por el Consejo General del Poder Judicial.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 427.)*

A lo largo del presente año 2002, esta Institución ha venido elaborando un informe monográfico sobre el primer año de vigencia de la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Para la realización del mismo se solicitó la colaboración de ese Consejo, así como de la Fiscalía General del Estado, de los ministerios de Justicia y del Interior, de 60 colegios de abogados, de los órganos competentes dentro de cada Comunidad autónoma y de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Economía. También se han mantenido entrevistas con jueces, fiscales, directores de los centros de internamiento y profesionales que en ellos trabajan, entidades privadas que gestionan los centros, asociaciones de víctimas y ciudadanos a título particular que se han visto afectados por la citada Ley.

El resultado del trabajo realizado es el que aparece en el informe<sup>30</sup> que se adjunta a la presente comunicación. Como V. E. podrá comprobar, en diferentes partes del mismo se hace referencia a aspectos que guardan directa relación con las competencias que tiene asignadas ese Consejo, en concreto el apartado III punto 1 se dedica en exclusividad a la situación en la que se encuentran los juzgados de menores.

---

<sup>30</sup> Publicado con el título: *El primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Madrid: Defensor del Pueblo, 2002. (Informes, estudios y documentos; 15).

A la vista de lo expuesto, esta Institución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida en que la actividad de los juzgados de menores afecta a derechos fundamentales, ha decidido dar traslado a ese Consejo General del Poder Judicial, de la siguiente recomendación:

«1.º Que a la vista del volumen de asuntos que tramitan los juzgados de menores de Barcelona, Bilbao, Madrid, Málaga, Murcia, Las Palmas de Gran Canaria, Valencia y Zaragoza, se estudie la posibilidad de incrementar su número en las indicadas ciudades, de tal forma que el volumen de trabajo de esos órganos judiciales se corresponda con los módulos de trabajo que ese Consejo ha establecido para los juzgados de menores.

2.º Que dadas las especiales circunstancias que concurren en la ciudad de Vigo, así como en algunas islas menores, correspondientes a las comunidades autónomas de Canarias e Illes Balears se estudie la conveniencia de promover cuantas actuaciones sean precisas para poder ubicar alguno de los juzgados de menores que corresponden a esas comunidades autónomas, en la expresada ciudad o en alguna de las islas menores de esas comunidades.

3.º Que progresivamente se vayan implantando en aquellas provincias que todavía no cuentan con juzgados de menores en régimen de exclusividad, esta clase de juzgados, para que al menos en todas las provincias exista un juzgado de menores, servido en régimen de exclusividad por un miembro de la carrera judicial.

4.º Que por parte de ese Consejo, se convoquen de forma regular y periódica los cursos para que los miembros de la carrera judicial puedan adquirir la condición de especialistas en juzgados de menores, de tal forma que dichos juzgados puedan estar cubiertos por magistrados especialistas. Al mismo tiempo deberán introducirse cuantas reformas sean necesarias en el estatuto orgánico de los miembros de la carrera judicial, para que aquellos magistrados que adquieran la condición de especialistas en juzgados de menores, desarrollen su actividad en esa clase de juzgados, evitando la situación actual en la que 35 de ellos a pesar de tener esa especialidad no se encuentran destinados en juzgados de menores.

5.º Que se promuevan desde ese Consejo cuantas iniciativas sean necesarias para que en las diferentes audiencias provinciales, los recursos relativos a la Ley Orgánica 5/2000, sean resueltos siempre por la misma sección o secciones que previamente se acuerde, debiendo contar esas secciones al menos con un magistrado especialista en menores.

6.º Que, por parte de ese Consejo, se aprueben cuantas disposiciones sean necesarias, con objeto de evitar situaciones como la sucedida en la ciudad de Málaga, en donde según la información recibida al llegar determinada hora de la mañana, los jueces de menores no celebran las comparecencias previas a la adopción de medidas cautelares, lo que da lugar a que tales audiencias se celebren por el juzgado de guardia, el cual a su vez se limita a decretar la detención y puesta a disposición del juzgado de menores, por lo que ese trámite procesal se vuelve a celebrar al día siguiente».

Madrid, 11 de octubre de 2002.

**Recomendación dirigida al Presidente del Consejo General del Poder Judicial.**



**Recomendación 106/2002, de 11 de octubre, en relación con la aplicación práctica de la Ley Orgánica 5/2000 por parte de los miembros del Ministerio Fiscal.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 427.)*

A lo largo del presente año 2002, esta Institución ha venido elaborando un informe monográfico sobre el primer año de vigencia de la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Para la realización del mismo se solicitó la colaboración de esa Fiscalía, así como del Consejo General del Poder Judicial, de los ministerios de Justicia y del Interior, de 60 colegios de abogados, de los órganos competentes dentro de cada Comunidad autónoma y de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Economía. También se han mantenido entrevistas con jueces, fiscales, directores de los centros de internamiento y profesionales que en ellos trabajan, entidades privadas que gestionan los centros, asociaciones de víctimas y ciudadanos a título particular que se han visto afectados por la citada Ley.

El resultado del trabajo realizado, es el que aparece en el informe<sup>31</sup> que se adjunta a la presente comunicación. Como V. E. podrá comprobar en diferentes partes del mismo se hace referencia a aspectos que guardan directa relación con las competencias que tiene asignadas esa Fiscalía, en concreto en los apartados II punto 4. y III puntos 2 y 5 se dedican a situaciones o actuaciones que tienen que ver con las funciones que tienen encomendadas el Ministerio Fiscal.

A la vista de lo expuesto, esta Institución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medi-

---

<sup>31</sup> Publicado con el título: *El primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Madrid: Defensor del Pueblo, 2002. (Informes, estudios y documentos; 15).



da en que la actividad del Ministerio Fiscal afecta a derechos fundamentales, ha decidido dar traslado a esa Fiscalía General, de la siguiente recomendación:

«1.º Que se mantengan e incrementen los cursos de especialización y formación para fiscales que prestan sus servicios en las secciones de menores.

2.º Que por parte de los miembros del Ministerio Fiscal se inste de los órganos judiciales la utilización de las previsiones legales que contemplan los artículos 448, 455, 707 y 713 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con objeto de evitar que los menores víctimas se vean obligados reiteradamente a comparecer ante los tribunales.

3.º Que de mantenerse el actual sistema de ejercicio de la acción civil (artículos 61 a 64 de la Ley Orgánica 5/2000), los miembros del Ministerio Fiscal, faciliten a los perjudicados que no se hayan presentado en el procedimiento contra el menor, los datos necesarios para que aquellos puedan plantear la demanda civil correspondiente, en los casos en los que expresamente exista una reserva de acciones civiles.

4.º Que, una vez se doten suficientemente los equipos técnicos, por parte del Ministerio Fiscal se deriven hacia la mediación y reparación (artículo 19 de la Ley Orgánica 5/2000) el mayor número posible de casos, siempre que legalmente ello sea factible, haciendo posible de esa forma que en todo el territorio nacional, los menores tengan la posibilidad de solucionar su conflicto mediante este sistema alternativo».

Madrid, 11 de octubre de 2002.

**Recomendación dirigida al Fiscal General del Estado.**

**Recomendación 107/2002, de 15 de octubre, para que, en alguna de las casas de acogida de la Comunidad de Madrid, se reserven plazas a los hijos varones mayores de 16 años de aquellas mujeres maltratadas que ingresan en las mismas.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 419.)*

En su momento compareció ante esta Institución doña (...) exponiendo que en un curso sobre violencia doméstica organizado por el Colegio de Abogados de Madrid, la Directora General de la Mujer manifestó que, en las casas de acogida para mujeres de la Comunidad de Madrid, no se da el mismo tratamiento a los hijos y a las hijas mayores de 14 años. Al parecer, mientras las niñas pueden estar junto a las madres sin límite de edad, a los varones antes citados no se les permite la estancia y se les deriva a otras instituciones.

Iniciada la oportuna investigación por estos hechos ante la Consejería de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, se recibió un informe en el que se señalaba que se suele denegar el ingreso en aquellos casos en los que se presume, previa evaluación psicológica, que los hijos varones de 16 años que acompañan a sus madres a los centros de acogida pueden generar algún tipo de conflicto de convivencia en dicho centro, no existiendo ningún marco normativo en el que las autoridades competentes se basen para denegar el ingreso de esos jóvenes en los mencionados centros.

Según añadía a continuación, primero se busca a un familiar que pueda hacerse cargo de este menor y, sólo en el supuesto de no hallarlo, se le envía a un centro de menores hasta que alcance la mayoría de edad, por lo que la Administración consultada consideraba que en ningún momento queda desamparado. Finalmente apunta que de no estar de acuerdo con esta medida el menor puede ejercer las acciones legales que considere oportunas a través de su representante legal.

A la luz del contenido de este informe el Defensor del Pueblo puso de manifiesto que esta Institución no dudaba de que, a las autoridades administrativas competentes, únicamente les mueve la intención de dar tanto a la mujer que ha sufrido malos tratos, como a sus hijos la mayor atención posible, pero estimaba que pueden existir otros mecanismos más adecuados que satisfagan los intereses de todas las partes afectadas, aunando de este modo el deseo de la madre de no verse separada de sus hijos tras haber tomado la difícil decisión de salir del domicilio conyugal, la conveniencia del menor varón de comenzar la normalización de su vida familiar junto a su madre y hermanas, y, finalmente, la necesidad de que en el centro de acogida de mujeres maltratadas no se den conflictos de convivencia que impidan o dificulten el desarrollo de las actividades que allí se desarrollan.

Por otro lado, se señaló igualmente que el hecho de que solamente se adopte esta medida con los hijos varones y no con las hijas —pues la conflictividad de aquellos se valora, al parecer, exclusivamente en atención al modo en el que se prevé van a relacionarse con las mujeres jóvenes que también residen en el centro de acogida y no teniendo en cuenta otro tipo de dificultades de adaptación social que también pueden darse en las hijas—, podría suponer una discriminación por razón de sexo expresamente prohibida por nuestra Constitución en su artículo 14.

A la vista de lo expuesto, esta Institución al amparo del artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida en que la cuestión expuesta afecta a derechos constitucionalmente reconocidos, valoró la conveniencia de dar traslado a la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid de la siguiente recomendación:

«Que acuerde lo necesario para que alguna de las casas de acogida con las que cuenta la Comunidad de Madrid se reserve para aquellas mujeres maltratadas que acuden con hijos varones mayores de 16 años que se presuma, tras la oportuna evaluación psicológica, que podrían generar algún tipo de conflicto de convivencia en dicho centro, para que, de este modo, se otorgue a este tipo de familia la protección social, económica y jurídica que exige el artículo 39 de la Constitución Española a todos los poderes públicos».

Por otro lado se apuntaba que habíamos observado cómo la Comunidad de Madrid había aprobado reglamentos de organización, funcionamiento y régimen interior de las residencias de personas mayores y de atención a la infancia y adolescencia que de ella dependen, bien por ser de titularidad pública o bien por integrarse en su red de atención a la infancia, pero que no existe una normativa similar para las denominadas casas de acogida para mujeres maltratadas, y que esta circunstancia po-

dría estar generando que ante un mismo hecho —en el caso que nos ocupa, la existencia de hijos varones mayores de 16 años y menores de 18—, la respuesta que se dé en cada hogar sea distinto. Se estimó que sería pues conveniente, a juicio de esta Institución que se adoptara por parte de las autoridades competentes, un reglamento aplicable en todas estas casas de acogida estableciendo, de este modo, una normativa básica homogénea en todos aquellos aspectos de la vida diaria, de modo que se alcancen unos niveles de integración equiparables para todos los residentes y que éstos conozcan con claridad cuáles son sus derechos y deberes, cuáles las normas de convivencia, e igualmente la sanción en el caso de incumplirlas y los recursos o quejas que a su vez pueden presentar.

Finalmente esta Institución puso de manifiesto que ha sido siempre preocupación del Defensor del Pueblo conocer las causas que dan lugar a esta problemática y las medidas de adopción inmediata que al respecto acuerda la Administración para garantizar la integridad de la mujer maltratada y el bienestar de sus hijos. No obstante, aun siendo necesarias estas medidas, entendíamos que las mismas deberían prolongarse en el tiempo para asegurar la completa integración de las mujeres que han padecido durante años agresiones por parte de sus maridos y compañeros.

En consecuencia, rogamos a la Consejería de Asuntos Sociales en escrito de fecha 23 de enero de 2002 que nos informara sobre las siguientes cuestiones:

1. Si se acepta la recomendación efectuada.
2. Si está prevista la aprobación de un reglamento de régimen interno que regule con carácter general todas aquellas casas u hogares que dan atención y acogen a mujeres maltratadas en la Comunidad de Madrid.
3. Si por parte de esa Comunidad autónoma se ofrece una atención integral a las mujeres maltratadas y a sus hijos, con posterioridad a su salida de las casas de acogida, a través de medidas, ayudas o acuerdos de contenido económico, social, laboral, sanitario, de vivienda o de otra naturaleza, concretando el número de mujeres que se han beneficiado de esas ayudas e indicando la naturaleza de cada una de ellas.

Madrid, 15 de octubre de 2002.

**Recomendación dirigida a la Consejera de Servicios Sociales y a la Directora General de la Mujer de la Comunidad de Madrid.**



**Recomendación 108/2002, de 17 de octubre, sobre la necesidad de que el traslado de pacientes al complejo hospitalario de Plasencia se efectúe, en todo caso, en vehículos adaptados y destinados exclusivamente a tal fin.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 400.)*

Acusamos recibo a su atento escrito, en relación con la queja formulada ante esta Institución, que ha quedado registrada con el número arriba indicado, mediante la que se hace referencia a la existencia de disfunciones en el traslado de pacientes ingresados en el complejo hospitalario de Plasencia.

En la comunicación remitida por esa Diputación, tras hacerse mención a las circunstancias concurrentes que motivaron el traslado de pacientes en un vehículo destinado al transporte de comida, se resalta que este vehículo no era el adecuado para realizar el desplazamiento, así como que el procedimiento empleado no fue lo más digno para los pacientes. Se alude también a la excepcionalidad de esta medida y a la denegación de una solicitud posterior para el traslado de enfermos en el mencionado vehículo, así como que la dirección del complejo hospitalario de Plasencia está llevando a cabo gestiones para la dotación de un vehículo de transporte adaptado a discapacitados.

En relación con ello, permítanos que comencemos poniendo de relieve que, tal y como V. I. expresa, el traslado de enfermos en un vehículo destinado al transporte de la comida no es evidentemente el medio adecuado, en la medida en que puede atentar a la dignidad de las personas. Más aun, el traslado de las cinco pacientes a las que se alude en su informe podía haberse demorado en tanto se disponía de medios apropiados para llevar a cabo el mismo, como puede ser la utilización de taxis especiales dotados con un elevador para los pacientes en sillas de ruedas.

Con fundamento en lo anterior y, en uso de las atribuciones que le vienen conferidas por el artículo 54 de la Constitución y el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, esta Institución dirige a V. I. la siguiente recomendación:

«Que se valore la oportunidad y conveniencia de dictar las instrucciones oportunas, en orden a garantizar, en todos los casos y supuestos, que el traslado de los pacientes del complejo hospitalario de Plasencia se efectúe, cuando ello sea necesario, en vehículos adaptados y destinados exclusivamente al traslado de los pacientes, valorándose, en su caso y en tanto se dota al centro de un vehículo de transporte adaptado a discapacitados, la concertación, cuando ello sea necesario, con taxis especiales dotados con elevador para los pacientes en sillas de ruedas o la utilización de otros medios de transporte apropiados».

Madrid, 17 de octubre de 2002.

**Recomendación dirigida al Presidente de la Diputación Provincial de Cáceres.**

**Recomendación 109/2002, de 23 de octubre, sobre concurso de traslados.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 380.)*

Acusamos recibo de su escrito de fecha 23 de mayo de 2002, en el que nos contesta en relación con la queja formulada por don (...), funcionario del Cuerpo General Auxiliar de la Administración del Estado con el número de registro de personal (...), registrada en esta Institución con el número arriba indicado, y que versaba sobre su disconformidad con la imposibilidad de participar en los diversos concursos específicos de méritos para proveer puestos de trabajo adscritos a otros ministerios que se han convocado, porque fue destinado a la Comisaría de Policía Nacional del distrito de (...) de Madrid.

Estudiado detenidamente el contenido de la información facilitada por V. E., se estima conveniente trasladarle las siguientes consideraciones:

Primera. Ciertamente es que, debido a las diversas causas que se mencionan en el informe que se ha remitido, se han venido produciendo unos desequilibrios en los efectivos de que dispone la Administración general del Estado como lo prueba el hecho de que en determinados departamentos, organismos, sectores, áreas o provincias exista un exceso de funcionarios mientras que en otros se constata una situación deficitaria.

Para paliar estos desequilibrios, la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, introdujo en su título III unas modificaciones concretas de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, destinadas a mejorar la eficacia de la Administración mediante una mejor ordenación de sus efectivos.



Entre las modificaciones introducidas en el régimen de provisión de puestos de trabajo de los funcionarios públicos está la adición de un párrafo a la letra *c)* así como la nueva redacción de la letra *d)* del apartado 1 del artículo 20 de la citada Ley 30/1984, de 2 de agosto, que quedaron con el siguiente tenor literal:

*c)* «Excepcionalmente, las administraciones públicas podrán autorizar la convocatoria de concursos de provisión de puestos de trabajo dirigidos a los funcionarios destinados en las áreas, sectores o departamentos que se determinen».

*d)* «En el ámbito de la Administración general del Estado, el Secretario de Estado para la Administración Pública, los Subsecretarios, los Delegados del Gobierno y los Subdelegados del Gobierno, por necesidades del servicio, podrán adscribir a los funcionarios que ocupen puestos no singularizados a otros con el mismo procedimiento de provisión, nivel y complemento específico, dentro de la misma localidad».

Con el fin de conseguir esa racionalización y optimización de los recursos humanos se han venido dictando diversas normas de desarrollo de esa habilitación legal entre las que se encuentran los Reales Decretos por los que anualmente se aprueban las ofertas de empleo público en los que se suelen incluir unos apartados en virtud de los cuales se limita la participación de algunos funcionarios en los concursos para la provisión de puestos que se convocan en razón a su situación administrativa y a que los puestos de procedencia y los puestos a proveer pertenezcan a ámbitos con mayores necesidades de personal o con excedentes de personal.

Segunda. Esta Institución tiene presente que en el caso que estamos estudiando en esta queja se ha aplicado la normativa que anteriormente se ha señalado. Del mismo modo, tiene en cuenta que la potestad de autoorganización reconocida a la Administración pública y la constatación de desequilibrios territoriales en los estudios sobre programación de efectivos en todo el Estado han amparado la dirección de esos concursos encuadrados también, por otra parte, en la contención del gasto público llevada a cabo por la Administración pública.

Por tanto, hemos de afirmar que no se observa una violación del ordenamiento jurídico en las convocatorias de esos concursos excepcionales que van dirigidos a cubrir plazas vacantes en unidades, departamentos y organismos deficitarios de personal con funcionarios destinados en las áreas, sectores o departamentos excedentarios.

Tercera. Sin embargo, tanto en la presente queja como en otras que ha recibido esta Institución se ha podido apreciar que muchos funciona-

rios se ven forzados a permanecer, durante años, en unos puestos de trabajo en los que no desean continuar, siendo que han sido destinados a los mismos de forma no enteramente voluntaria. Ello supone la existencia de unos funcionarios descontentos con su situación, sobre todo si se comparan con otros de sus mismos cuerpos que sí pueden participar en esos concursos porque tienen otros destinos.

En el caso concreto que estamos estudiando en esta queja, resulta que en virtud de lo dispuesto en el artículo 61.1 del Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles al servicio de la Administración general del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, esa Secretaría de Estado resolvió el 15 de junio de 1999 la adscripción de determinados puestos de trabajo del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y de sus titulares al Ministerio del Interior, al Ministerio de Justicia y al Ministerio de Administraciones Públicas, por aplicación de un Plan de Recursos Humanos que implicaba un proceso de redistribución de efectivos.

Por otra parte, hemos de indicar que desde que se aprobó el Real Decreto-Ley 5/1992, de 21 de julio, por el que se suspendió para ese año en la Administración general del Estado que se tuvieran que ofertar todas las plazas vacantes, se han venido aprobando diversas medidas pública tales como los planes de empleo, las tasas de reposición de efectivos, la limitación de convocatorias de las plazas vacantes, la limitación de las convocatorias a las plazas de nuevo ingreso que se refieran a sectores absolutamente prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales, la redistribución y la reasignación de efectivos, la movilidad de los funcionarios por cambio de adscripción de puestos de trabajo, etc.

A la vista de que ya se lleva una década aplicando esta política y de que han transcurrido casi seis años desde que se introdujo la modificación de la letra c) del artículo 20.1 de la Ley 30/1984, que amparó legalmente la exclusión en algunos concursos convocados de los funcionarios destinados en el organismo autónomo Jefatura Central de Tráfico en Madrid y en las provincias de Alicante, Barcelona, Cádiz, Girona, Illes Balears, Las Palmas, Málaga, Santa Cruz de Tenerife, los servicios periféricos de Madrid, Tarragona y las ciudades de Ceuta y Melilla, esta Institución considera que ya deberían haber desaparecido en gran medida las circunstancias que motivaron esas restricciones, por lo que se podrían estudiar otras vías de gestión de los recursos humanos que no penalizaran más a esos funcionarios que llevan años sin concursar.

El artículo 28.2 de la nuestra Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, establece que, «si como consecuencia de sus investigaciones llegase al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de la norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, podrá sugerir al órgano legislativo competente o a la Administración la modificación de la misma».

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28.2 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, procedemos a formular la siguiente recomendación:

«Que, en el ejercicio de la potestad de autoorganización de los servicios públicos que tiene reconocida la Administración pública y a la vista de los resultados obtenidos con la aplicación de las medidas de racionalización y optimización de la función pública que se han venido desarrollando desde hace una década, se adopten otras medidas, dentro de la gestión de los recursos humanos, que no supongan la pervivencia por más tiempo de la exclusión en la participación de los concursos convocados de los funcionarios destinados en el organismo autónomo Jefatura Central de Tráfico en Madrid y en las provincias de Alicante, Barcelona, Cádiz, Girona, Illes Balears, Las Palmas, Málaga, Santa Cruz de Tenerife, los servicios periféricos de Madrid, Tarragona y las ciudades de Ceuta y Melilla, ya que se están produciendo situaciones injustas al verse forzados a permanecer en sus puestos de trabajo durante años mientras ello no ocurre con otros funcionarios destinados en las demás provincias u organismos».

Madrid, 23 de octubre de 2002.

**Recomendación dirigida al Secretario de Estado para la Administración Pública.**

**Recomendación 110/2002, de 23 de octubre, sobre permanencia en situación de alta en el Régimen General de la Seguridad Social.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 393.)*

Se ha recibido escrito de V. I. (salida n.º 1569/0218), referente a la queja formulada por don (...), que fue registrada en esta Institución con el número arriba indicado.

A la vista de su contenido se hace preciso recordar los siguientes antecedentes:

En su día esta Institución emprendió una investigación en relación con la problemática relativa a la discontinuidad en la situación de alta o situación asimilada y cotizaciones a la Seguridad Social, del colectivo de médicos y ayudantes técnicos sanitarios nombrados para la realización de atención continuada, vinculados al antiguo Instituto Nacional de la Salud, transformado hoy en el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, y cuyo personal, que incluye al personal de refuerzo objeto de estudio, ha sido transferido a los correspondientes Servicios de Salud de las comunidades autónomas.

En el transcurso de esas actuaciones se recabaron informes de la Dirección General del Instituto Nacional de la Salud; de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y de esa Subsecretaría, órgano directivo de cuyo último escrito acusamos ahora recibo.

Un análisis ponderado de la información facilitada permite concluir, que se ha desestimado la propuesta efectuada por el Instituto Nacional de la Salud al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales centrada en la posibilidad de incluir, en la Orden anual sobre cotización, una disposición que contemplase la permanencia en situación de alta en la Seguridad So-

cial de los profesionales vinculados con un nombramiento para la realización de atención continuada, situación que abarcaría el tiempo de duración de su nombramiento administrativo, siempre que lleven a cabo un mínimo de 150 horas al mes, indicándose por esa Subsecretaría que el traspaso de competencias, operado con fecha 1 de enero de 2002 supone que el personal afectado pase a depender de la Comunidad autónoma respectiva a la que le correspondería adoptar la iniciativa sobre este asunto.

El fundamento de dicha desestimación está contenido en el informe emitido al respecto por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social que, muy sintéticamente, analiza la naturaleza y el régimen jurídico de los profesionales que forman este colectivo y su posible asimilación a la figura del trabajador a tiempo parcial, o bien, como trabajador fijo discontinuo. De ese análisis se extraía que la propuesta de asimilación al régimen establecido para el trabajador fijo discontinuo, formulada por el entonces Instituto Nacional de la Salud, no garantizaba la realización en fecha cierta y con una periodicidad fija de la prestación de servicios, circunstancia que no cumplía el nombramiento para la realización de guardias. Se aludía, igualmente, al criterio adoptado en su día por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, que no consideraba aplicable a este personal, las normas relativas a la cotización de los contratos a tiempo parcial por vía analógica, al tratarse de nombramientos estatutarios, no laborales.

En ese sentido se especificaba que el análisis de la norma habilitante de esta modalidad de nombramiento —artículo 54 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, así como el artículo 7 de la Ley 30/1999, de 5 de octubre—, no fundamentaba la aplicación de la normativa sobre Seguridad Social relativa al contrato a tiempo parcial, constatándose que la regulación antedicha circunscribía su ámbito exclusivo a la gestión administrativa de las instituciones sanitarias sin incidencia en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, y a la existencia de otras diferencias en materia de determinación de la jornada habitual, así como a la especificidad de sus retribuciones.

A la vista de lo anterior, se determinó la aplicación por parte de la entonces Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, de la normativa reguladora de carácter general, en relación con las solicitudes de altas y bajas en el Régimen General —artículo 32.2 1º y 2º del Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero—, de tal forma que este per-

sonal debería permanecer en alta durante todos los días en los que prestasen servicios, incluyendo la fecha de comienzo y la de su terminación —de viernes a lunes, respectivamente—, así como la inaplicación de la normativa específica de los trabajadores contratados a tiempo parcial en cuanto a la determinación de las bases de cotización, indicándose, por otra parte, que tanto estos aspectos, como cualesquiera otros en los que se pretendiese otorgar una regulación particular, adecuada a las especialidades que presenta la prestación de servicios de este colectivo de profesionales, precisaría de la existencia de una norma expresa, cuyo rango estaría en función de la materia normada, para lo que sería suficiente con un Real Decreto en cuestiones diferentes a la determinación de la base de cotización a la Seguridad Social.

Sin perjuicio de tomar en consideración las razones que allí se nos trasladan como fundamento de la falta de aceptación de la propuesta realizada, esta Defensoría no puede dejar de apreciar con preocupación, como ha venido reflejándose en los últimos informes a las Cortes Generales, la realidad y vigencia de la repetida problemática, traspasada hoy a los diferentes Servicios de Salud.

Desde esta perspectiva, esta Institución sigue entendiendo fundada la búsqueda de una solución global al problema planteado respecto a estos profesionales y la protección social de los mismos en los periodos de inactividad tras la realización de las funciones de atención continuada que les son encomendadas. En este orden de cosas, se ha estimado necesaria la continuación de nuestras actuaciones que, una vez culminado el proceso de transferencias, debe extenderse al personal de refuerzo que presta servicios en el Sistema Nacional de Salud, a través de los distintos Servicios de Salud, actuación que estimamos debe encauzarse conforme al Real Decreto 840/2002, de 2 de agosto, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Consumo mediante la intervención de la Secretaría General de Sanidad, como órgano directivo al que se le encomienda en el desempeño de sus funciones una labor de coordinación interterritorial, misión que se trata ahora de potenciar, como se señala en el preámbulo de la norma antes citada y que motiva el ruego para que se dé traslado por esa Subsecretaría a la citada Secretaría General de Sanidad, de estas actuaciones, por razón de su competencia funcional.

En este orden de cosas, esta Institución considera necesario abordar con la urgencia debida una solución a la situación de desprotección en la que se encuentran estos profesionales, para lo cual sería necesario contar, en ejercicio de esa labor encomendada de coordinación y vertebración del Sistema Nacional de Salud, con los diversos Servicios de Sa-

lud de las respectivas comunidades autónomas, de acuerdo con sus características, en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, a fin de dotar a esa actuación de la adecuada eficacia en la propuesta que pudiera realizarse al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, competente en la regulación de esta materia.

En esa actuación parece posible que se pudiera tener en consideración la evaluación del número de profesionales afectados en todo el sistema y la subsistencia e importancia del problema planteado que, en argumentación utilizada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en sentencia dictada en un proceso de conflicto colectivo, de 28 de enero de 2002 (recurso de suplicación 1176/2001, fundamento de derecho segundo), califica la práctica por la que se procede a dar de alta a los profesionales de refuerzo únicamente los días que prestan servicio, como contraria a Derecho, lo que «... comporta un grave riesgo de desprotección para el caso de que una determinada contingencia o situación protegida sobrevenga durante el periodo que no se trabaja, ante la imposibilidad de cumplir el requisito exigido por el artículo 124 de la Ley General de la Seguridad Social para tener derecho a las prestaciones».

En dicha resolución judicial se fundamenta la continuidad en el alta en Seguridad Social toda vez que los trabajadores continúan vinculados a la entidad gestora, manteniéndose el nombramiento por una duración no determinada mientras subsista la necesidad de prestación de atención continuada; no varíen las circunstancias que motivaron el nombramiento, ni concurra ninguna de las circunstancias que determinen su cese o suspensión y, en consecuencia, debe mantenerse el alta en el régimen general de la Seguridad Social «durante todos los días naturales del mes, y sólo una vez que cese la relación que los profesionales (...) afectados mantienen (...) podrá producirse su baja en la Seguridad Social».

Esta solución se hace coincidir con la establecida para el encuadramiento de los trabajadores a tiempo parcial. Así, se expone en dicha resolución judicial, el artículo 100 de la LGSS se refiere al alta del trabajador a la fecha de ingreso en el servicio y de baja cuando se produzca el cese en la empresa. Por tanto, mientras no se produzca el cese en la empresa, la discontinuidad en la prestación del trabajo no afecta a la subsistencia del nombramiento realizado, y al permanecer vigente el nombramiento, debe mantenerse la situación de alta también durante los días de inactividad laboral y durante la vigencia del nombramiento administrativo, si bien ello, se apunta en dicha resolución, no debe comportar ninguna variación en la forma de cotizar de la entidad gestora en función de las horas de refuerzo efectivamente prestadas.

Si bien debe significarse que la doctrina judicial acerca de la continuidad en la situación de alta de este colectivo, emprendida por algún otro tribunal superior de justicia, en concreto, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, no es pacífica ni está consolidada, resulta indudable que, sea como fuere, detectada la necesidad, a nuestro juicio ineludible, de dotar de una protección social adecuada a este colectivo de profesionales, debe afrontarse de forma urgente una solución mediante la propuesta de elaboración, en su caso, de una norma de rango legal suficiente que ofrezca la cobertura demandada, cuya premisa principal pasa, según nuestro criterio, por la permanencia en situación de alta en el régimen general de Seguridad Social de este personal, mientras se mantenga el vínculo establecido con el Servicio de Salud correspondiente.

Ante los antecedentes expuestos, como continuación de nuestras actuaciones y a la vista de la subsistencia del problema que ha dado lugar a estas actuaciones, sin que el asunto tratado haya encontrado una vía de solución, se ha considerado conveniente la formulación de una recomendación, de la que se ruega que se dé traslado a la Secretaría General de Sanidad junto con los antecedentes expuestos, en uso de las atribuciones que nos confiere la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, en los siguientes términos:

«Que por esa Secretaría General de Sanidad se impulse en el ámbito del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, o en el órgano de coordinación con las comunidades autónomas que se considere adecuado, una iniciativa, en todo caso, de acuerdo con los distintos Servicios de Salud, que permita la elaboración de una propuesta al Ministerio competente, a quien corresponde dictar la norma pertinente, que habilite la permanencia en situación de alta de forma ininterrumpida en el régimen general de Seguridad Social del colectivo de personal vinculado a los diversos Servicios de Salud para la realización de atención continuada, mientras permanezcan en vigor sus nombramientos estatutarios».

Madrid, 23 de octubre de 2002.

**Recomendación dirigida al Subsecretario del Ministerio de Sanidad y Consumo.**





**Recomendación 111/2002, de 23 de octubre, sobre modificación de las normas electorales para garantizar la voluntariedad de la inclusión de todos los candidatos en las listas electorales en las que participen.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 418.)*

Se acusa recibo del informe de esa Universidad, suscrito por la Secretaría General de la misma, en relación con el expediente arriba referenciado sobre la presentación de una determinada candidatura sin autorización de uno de sus integrantes en las elecciones al Claustro Universitario, celebradas en esa Universidad el pasado 21 de mayo.

El contenido del informe remitido por esa Universidad evidencia que el origen del problema planteado radica en la deficiencia e imprevisión de las normas electorales vigentes en esa Universidad que no establecen ningún tipo de control previo o cautela específica para asegurar que las candidaturas presentadas en los procesos electorales en ella celebrados cuentan con la aceptación expresa de todos los integrantes de cada una de ellas.

Una elemental consecuencia del principio de seguridad jurídica exige que la participación en procesos electorales, en ejercicio del derecho de sufragio pasivo, venga avalada por la constancia efectiva de la libre voluntad de cada candidato a integrarse en las listas que opten a los puestos sometidos a elección. Un simple documento en el que cada candidato autorice su inclusión en las correspondientes listas electorales, o cualquier otro sencillo procedimiento similar, evitaría la repetición de hechos como el tratado en este expediente en el que todo parece indicar que la inclusión del interesado en la candidatura «Coalición de Estudiantes de Derecho» no tuvo carácter voluntario, lo que evidentemente ha enturbiado la limpieza del proceso electoral.

Esta Institución comparte el criterio de esa Universidad respecto a que la revisión o anulación del proceso electoral, celebrado el pasado 21 de mayo en esa Universidad, por la irregularidad detectada en la candidatura a que se ha hecho mención, originaría un perjuicio desproporcionadamente superior al beneficio que reportaría tal decisión, teniendo en cuenta, en particular, que la lista afectada sólo obtuvo un representante para el Claustro Universitario y que el candidato involuntariamente incluido en ella figuraba con el número 10 en dicha lista.

Sin embargo, sí parece imprescindible, tal como apunta esa Universidad en su informe, adoptar todas las medidas posibles para que, en lo sucesivo y en posteriores procesos electorales, no sea posible que se reproduzcan hechos como los aquí tratados. Por este motivo, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se formula a V. E. la siguiente recomendación:

«Que se proceda de inmediato a la revisión de las normas electorales vigentes en esa Universidad, modificándolas en lo necesario para incluir en ellas previsiones que garanticen el previo conocimiento y la voluntariedad de la inclusión de todos los candidatos en las listas electorales que participen en cualquier proceso electoral».

Madrid, 23 de octubre de 2002.

**Recomendación dirigida al Rector de la Universidad Autónoma de Madrid.**

**Recomendación 112/2002, de 28 de octubre, sobre acción social.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 383.)*

Agradecemos su escrito (s/ref.: 4412-49, n.º 373/02), en relación con la queja planteada ante esta Institución por doña (...), viuda de un sargento de la Armada, registrada con el número arriba indicado.

En el mismo se reproduce el contenido de la resolución de ese organismo de 28 de mayo de 2001, al recurso presentado por la compareciente, en el sentido de que el párrafo tercero del punto quinto de la Resolución 634/02918/01, por la que se aprueba la convocatoria del programa de apartamentos y hoteles subvencionados por ese organismo dentro del Plan de Acción Social de la Armada para el año 2001, viene a establecer una regla de carácter general en lo que a la adjudicación de los apartamentos y plazas hoteleras se refiere, señalándose que «La adjudicación comienza entre los solicitantes de las tres primeras prioridades a quienes no se ha concedido nunca apartamento de verano o habitación en hotel», añadiendo que la dicción de la referida regla general no reviste toda la claridad que resultaría aconsejable e indicando que la interpretación que la compareciente hacía de la misma no se adecua a las directrices marcadas por artículo 3 del Código Civil en materia de interpretación de normas jurídicas.

Sin embargo, en una revisión exhaustiva de todos los datos que han sido aportados al expediente por parte de la interesada, se observa que, a pesar de que se reconoce la falta de claridad de la regla de carácter general, reiterando lo que, en su momento, se comunicó a la reclamante, aparecen reflejadas en el correspondiente listado adjudicaciones que contradicen los criterios y previsiones mantenidos por ese organismo así, por ejemplo, al parecer, personas que durante tres años consecuti-

vos, 1999, 2000 y 2001 han estado incluidas en los citados listados de solicitantes con apartamento adjudicado, o bien viudas de personal militar a las que se les conceden apartamentos previstos para personal en activo y que figuran en los mismos con un grado militar junto a sus nombres, por lo que se ruega que se nos aclaren las razones a las que se han debido las excepciones citadas que, como se ha expresado, no se corresponden en absoluto con los criterios que se mantienen en su informe oficial y en la respuesta ofrecida a la señora (...), a fin de poder trasladar a la compareciente una explicación coherente al respecto.

A mayor abundamiento, y puesto que esa Administración militar reconoce la falta de claridad de la dicción de la regla general que establece el criterio para la adjudicación de los apartamentos y plazas hoteleras, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formularle la siguiente recomendación:

«Que se dicten las instrucciones oportunas para que, en las sucesivas convocatorias de los programas de apartamentos y plazas hoteleras subvencionados por ese organismo para los periodos estivales, se aclaren los términos de la regla general para la adjudicación de los mismos, de forma que los petitionarios puedan interpretar correctamente las prioridades establecidas en su concesión».

Madrid, 28 de octubre de 2002.

**Recomendación dirigida al Director de Asistencia al Personal de la Armada.**

**Recomendación 113/2002, de 28 de octubre, sobre los criterios interpretativos que deben utilizarse a la hora de aplicar el artículo 172 del Código Civil y la forma en la que debe hacerse uso del derecho de información a los padres que tienen hijos en régimen de protección.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 404.)*

Por medio de la presente comunicación agradezco a V. E. su atento escrito de 7 de agosto de 2002, en el que se contesta a diversas cuestiones relacionadas con el menor (...).

Una vez que obra en poder de esta Institución toda la información solicitada a esa Consejería, así como la que sobre dicho menor ha facilitado la letrado doña (...) y la que ha remitido la Fiscalía General del Estado, se estima necesario poner en su conocimiento los siguientes hechos.

El día 8 de enero de 2002, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Talavera de la Reina, acordó mediante auto, el ingreso de (...) en una institución de protección dependiente de esa Consejería, de régimen cerrado, al objeto de que recibiera tratamiento terapéutico y formación adecuada.

Esa decisión judicial, venía precedida por el comportamiento agresivo y por la personalidad inmadura e insegura del menor, tal y como se pone de manifiesto en el informe elaborado por la Policía Local de Talavera de la Reina, cuya copia se adjunta. Ante la imposibilidad de contener a dicho menor y temiendo por su integridad física, los padres de (...), solicitaron el auxilio de un órgano judicial para poder seguir ejerciendo la patria potestad sobre su hijo.

Tras dictarse la referida resolución judicial, y después de unas incidencias procesales que dieron lugar a que con fecha 12 de febrero de

2002, el citado órgano judicial declarara la nulidad de actuaciones solicitadas por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, el Delegado Provincial de Bienestar Social de esa Consejería en Toledo, dictó una resolución de desamparo y asunción de la tutela con fecha 11 de febrero de 2002, cuya copia también se adjunta.

En esa resolución se declaró al mencionado menor en situación legal de desamparo, asumiendo la entidad pública competente la tutela *ex lege* del mismo. Tal acto administrativo, fue notificado a los padres en escrito cuya fecha de salida fue 26 de febrero de 2002, según aparece en la copia que también se adjunta.

A la vista de cuanto se expone, esta Institución estima necesario hacer llegar a V. E. las siguientes consideraciones:

1.<sup>a</sup> La resolución dictada el 11 de febrero de 2002 por el Delegado Provincial de Bienestar Social de esa Consejería de Toledo, se excede en cuanto a sus efectos, de lo dispuesto en el Decreto de 18 de diciembre de 1990 sobre normas de procedimiento de protección de menores y en el artículo 172 del Código Civil.

En el caso concreto de (...), son sus padres los que en todo momento acuden al órgano judicial, solicitando el auxilio del mismo para poder ejercitar las obligaciones que como progenitores de su hijo se derivan de la patria potestad que ejercen sobre el mismo. No se comparte por ello que ese menor se encontrara en el mes de febrero de 2002, en situación de desamparo.

Se considera situación de desamparo, según el apartado 1º del artículo 172 del Código Civil, la que se produce a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores. Existe desamparo, con carácter general, cuando se incumplen los deberes que constituyen el contenido de la patria potestad. En el presente caso, la conducta de los padres respecto de su hijo, no puede recibir ningún reproche ni jurídico, ni ético, ya que, lejos de abandonar a su hijo, acuden a la justicia, solicitando la colaboración de ésta para poder ejercer los deberes inherentes a toda patria potestad. La Administración pública, no necesitaba asumir la tutela del menor para colaborar con los padres a resolver los problemas que aquél presentaba.

Por todo ello estima esta Institución que, a la vista del comportamiento de los padres y teniendo en cuenta el contenido de la resolución judicial dictada el 8 de enero de 2002, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Talavera de la Reina, la resolución a dictar por el Delegado de esa Consejería en Toledo, debería haber tenido su

fundamentación en el apartado 2º del citado artículo 172 del Código Civil. Hubiera sido más correcto que ante la situación existente en aquel momento la entidad competente hubiera asumido «la guarda» del menor, evitando su declaración de «desamparo» y dejando la «tutela» en poder de sus padres, los cuales en modo alguno renunciaron a ella, ni hicieron actos para quitársela.

Al asumir la entidad pública la tutela del menor, se producen una serie de efectos, que nunca se hubieran producido si dicha entidad solamente se hubiera hecho responsable de «la guarda» de (...). Buena prueba de ello se pone de manifiesto en el interés que los padres han seguido manteniendo para ofrecer una educación adecuada para su hijo, con la elaboración de un informe psicológico sobre el mismo, cuya copia se adjunta. Sin embargo la Administración responsable de la «tutela *ex lege*» haciendo uso de sus prerrogativas, ha impedido poner en práctica las iniciativas que aparecen en ese informe, cuando lo más adecuado parece que hubiera sido que las decisiones relativas a la educación de su hijo, nunca hubieran salido del ámbito de decisión de sus padres.

2.<sup>a</sup> Al margen de cuanto se expone, se estima también que esa Consejería, no ha cumplido en toda su intensidad el derecho de información que proclama el artículo 23 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha. En el apartado 4º de ese precepto se recoge que «La familia del menor deberá ser informada adecuadamente de cada una de las medidas de protección, así como de su cese o modificación».

Existe un dato objetivo, la resolución declarando al menor en situación de desamparo, se dicta el 11 de febrero de 2002, cuando el menor ya se encontraba en un centro a disposición de la entidad correspondiente y la notificación formal de ese acto administrativo, no sale de la Delegación Provincial de Bienestar Social de Toledo, hasta el 26 de febrero de 2002. Dada la trascendencia que tiene la pérdida de la tutela sobre un hijo, parece razonable que la comunicación de un acto de esa naturaleza se efectúe de forma más rápida.

Además de ese dato objetivo, los padres han comunicado a esta Institución, que ha habido momentos en los que no han sabido el lugar en el que se encontraba su hijo, en concreto el día 1 de febrero fue trasladado de un centro hospitalario a un centro de protección de menores, sin comunicarles esa circunstancia hasta pasados unos días.

A la vista de lo expuesto, esta Institución al amparo del artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida en que la cuestión expuesta afecta a derechos fundamentales constitucionalmente reconoci-



dos, ha valorado la conveniencia de dar traslado a V. E. de la siguiente recomendación:

«1.º Que en lo sucesivo la declaración de desamparo de un menor, se efectúe interpretando tal situación en los términos que señala nuestro ordenamiento, y en especial el artículo 172 del Código Civil.

2.º Que en los casos en los que los padres de un menor, soliciten la ayuda de esa Consejería, o de la Administración de justicia, para poder ejercitar sobre sus hijos los deberes que conlleva el ejercicio de la patria potestad, no se interprete como una dejación de sus funciones y se les prive por ello de la tutela. Que en estos supuestos esa Consejería se limite a asumir “la guarda” de los menores.

3.º Que el derecho de información que respecto de la familia del menor en situación de protección, proclama el artículo 23 punto 4º de la Ley 3/1999, del Menor de esa Comunidad, se lleve a efecto de forma tal que la familia conozca de forma fehaciente e inmediata cuantas actuaciones se refieran a dicho menor».

Madrid, 28 de octubre de 2002.

**Recomendación dirigida al Consejero de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.**

**Recomendación 114/2002, de 6 de noviembre, sobre requisitos de los escritos elaborados por la Administración.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 386.)*

Agradecemos su escrito (s/ref.: SLV/srs —Gabinete— Queja E10076-02, n.º 125.499), en relación con la queja planteada ante esta Institución por don (...), registrada con el número arriba indicado.

A la vista del contenido del informe remitido, esta Institución estima que es preciso realizar una serie de consideraciones ante ese centro directivo en relación con el hecho de que la selección de los componentes que han de tomar parte en las diversas comisiones de servicio en misiones internacionales se lleva a cabo teniendo en cuenta que la designación se realiza con el criterio de discrecionalidad a que se refiere el artículo 79 de Ley 42/1999, de 25 de noviembre, del Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil, y de que las vacantes de los servicios de seguridad en las Embajadas son de la clase C y tipo 1, es decir, de libre designación y sin exigencia de título, de acuerdo con el artículo 1 de la Orden General número 67, de 30 de julio de 1986, sobre normas para el anuncio y provisión de vacantes para cabos y guardias pues, a juicio de esta Institución, no se puede confundir los criterios de discrecionalidad y arbitrariedad.

La libre designación es un instrumento adecuado que permite elegir al candidato mejor preparado y más idóneo, sin someterse a las limitaciones y frenos propios del concurso, pero se debe tener en cuenta que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, el sistema de libre designación «no comporta que los principios de mérito y capacidad queden exclusivamente constreñidos al ámbito del concurso» y que «la facultad de libre designación no atribuye al órgano de decisión una especie de poder omnímodo a fin de decidir como tenga por conveniente», prescindiendo del interés público que es «la esencia y fundamento de toda potestad administrativa», hecho aquél que constituiría desviación de poder.

En este sentido se ha pronunciado también el Tribunal Supremo que ha establecido que los criterios que deben tenerse en cuenta para que la aplicación del sistema de libre designación se haga dentro de la legalidad, se pueden resumir en los siguientes: *a)* no hay poder omnímodo en la decisión de nombrar a un funcionario, sino que aquella debe estar presidida por el interés público; *b)* se deben respetar los principios de mérito y capacidad; *c)* la discrecionalidad del nombramiento exige una clara motivación.

Por otra parte, en la libre designación, se debe tener en cuenta que cuanto más detalladamente se concreten las características esenciales de los puestos y los requisitos exigidos para desempeñarlos, mayor será la objetividad que guiará la selección de los candidatos a los mismos.

En el caso que nos ocupa, ese instituto armado pone de manifiesto que en uso de la potestad discrecional de la Administración, admitida por el ordenamiento jurídico vigente, se seleccionó al personal que, cumpliendo el perfil básico, su ausencia de la unidad de destino causaba el menor perjuicio posible al servicio, ya que en la convocatoria de la misión no se concretaba el perfil específico ni el complementario para participar en la citada misión.

Como no podría ser de otro modo, esta Institución tiene presente y respeta la potestad de autoorganización de los servicios públicos que está reconocida a la Administración pública y que ésta ejerce cuando ordena sus medios personales y los servicios públicos que le están encomendados, entrando dentro de las competencias que nos han sido atribuidas supervisar si el ejercicio de esa potestad autoorganizatoria en un caso concreto se ha realizado con arreglo a las normas jurídicas aplicables.

En este sentido, resulta evidente que se conseguirá una mayor objetividad en la actuación administrativa y un mejor ejercicio de la discrecionalidad que se reconoce a la Administración, en el momento de designar al candidato elegido, cuanto más detalladamente se incluyan en las convocatorias las especificaciones derivadas de la naturaleza de las funciones encomendadas al puesto.

Precisamente por la relevancia de las circunstancias que concurren en estos puestos y con independencia de que los mismos se provean por el sistema de libre designación, esta Institución considera que se debería haber establecido en la convocatoria una mayor concreción de sus características y de los requisitos exigidos para su desempeño, para asegurar que los candidatos seleccionados sean, en todos los casos, los más preparados e idóneos, de acuerdo con los principios de mérito y capacidad y facilitar, igualmente, el control de su actuación posterior.

Por otra parte, en el informe remitido ese centro directivo indica que a la solicitud formulada por el compareciente con fecha 10 de abril de 2002, sobre los criterios que se tuvieron en cuenta para designar al personal para comisión de servicios por seis meses en la Embajada de Quito, Ecuador, como personal para servicio de seguridad y protección de la Embajada, se le dio oportuna respuesta con fecha 30 de mayo, no remitiendo, sin embargo, a esta Institución, copia de la misma.

No obstante, al dar traslado el interesado a esta Defensoría de dicha contestación, de la que adjuntamos copia para su mejor conocimiento, una vez analizada la misma se observa que carece de fecha así como de número de expediente y, por otra parte, se considera que no está suficientemente motivada pues se alude de forma genérica a la Orden General número 43, de 13 de noviembre de 1997, sobre régimen a aplicar al personal que presta sus servicios en el extranjero, pero sin concretar al compareciente los motivos por los que no fue seleccionado.

Las deficiencias antes mencionadas observadas en la citada contestación, han sido también advertidas por esta Institución en otras respuestas emitidas por el instituto armado a través de otras quejas, reconociendo ese centro directivo que las mismas se debían a errores involuntarios.

Si la Administración pública debe servir con objetividad los intereses generales y debe actuar con arreglo a los principios de transparencia y confianza legítima, entre otros, de acuerdo con lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se habrían dado más muestras de que se respetan escrupulosamente tales principios si se hubieran especificado más las motivaciones de tales nombramientos.

Por todo lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formular la siguiente recomendación:

«Que se dicten las instrucciones oportunas para que en los escritos elaborados por esa Administración en los distintos procedimientos administrativos, incluidos los actos de trámite, se guarden los imprescindibles requisitos que en cada caso correspondan, de forma que no se lesionen los legítimos intereses de los afectados por los mismos».

Madrid, 6 de noviembre de 2002.

**Recomendación dirigida al Director General de la Guardia Civil.**



**Recomendación 115/2002, de 6 de noviembre, sobre contrataciones de carácter temporal.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 418.)*

Se ha recibido escrito de V. I. (s/rf. 19107), referente a la queja Q0109645, formulada por doña (...).

Un estudio detallado del informe remitido permite establecer que en él se hace mención, en primer término, a la contratación de la interesada para ese Servicio de Salud en ocasiones anteriores, contrataciones siempre realizadas antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1999, de 5 de octubre, de Selección y Provisión de Plazas de Personal Estatutario de los Servicios de Salud, circunstancia de la que se hace depender la falta de retroactividad de lo estipulado en el artículo 7.2 de la mencionada Ley, acerca del cumplimiento de un periodo de prueba en las sucesivas contrataciones que pudieran llevarse a cabo. Sobre esta cuestión resulta necesario esclarecer si, en efecto, la interesada fue contratada o no, con anterioridad a la entrada en vigor de la referida Ley lo que resultará determinante en la aplicación al caso del mencionado precepto con las consecuencias que de ello se deriven y, en este sentido, debemos disentir de la información facilitada por ese Servicio de Salud.

En efecto, como se mencionó en nuestro primer escrito dirigido a esa Administración, de fecha 27 de septiembre de 2001 (registro de salida n.º 43626), la interesada indicó que fue contratada con la categoría de celadora en el año 2000 para la realización, durante los meses de julio y agosto, de un contrato de sustitución del titular de la plaza en el complejo hospitalario de Orense, contrato que abarcaba desde el 1 de julio hasta el 31 de agosto y que llegó a su término.

Con independencia de lo anterior, la interesada también prestó servicios en el mes de julio de 1999. Esta contratación sí se llevó a cabo con

anterioridad a la entrada en vigor de la mencionada Ley, circunstancia que, por el contrario, no concurre en la vinculación temporal antes mencionada. Este hecho condiciona la efectiva aplicación de esa normativa a la contratación que ahora nos ocupa.

Así, el artículo 7.2 de la Ley 30/1999, de 5 de octubre, establece que estará exento del periodo de prueba quien ya lo hubiera superado con ocasión de un anterior nombramiento temporal para la realización de las mismas funciones en el mismo Servicio de Salud. En consecuencia, y puesto que este segundo nombramiento efectuado en el año 2000, incorporaba la realización de un periodo de prueba de dos meses, que concluyó con la terminación del contrato, no cabe supeditar el tercer nombramiento efectuado el 1 de julio de 2001, para el mes de julio de ese año, al cumplimiento de un nuevo periodo de prueba, puesto que la interesada se encontraba exenta de realizarlo, de lo que resulta que dicho nombramiento no pudo ser revocado válidamente por esa causa. Ello conlleva, como consecuencia necesaria y encadenada, que no se ajuste a Derecho la exclusión de la promotora de la queja del listado de contrataciones de su categoría, aun cuando esa medida se limitara al desempeño de las funciones en el Área de Psiquiatría, toda vez que esa consecuencia jurídica se anuda al cese en el nombramiento por no superación del periodo de prueba, en la estipulación 12.1 de la Resolución conjunta de 4 de febrero de 2000, de la Secretaría General de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales y de la División de Recursos Humanos del Servicio Gallego de Salud, por la que se ordena la publicación del pacto suscrito por la Administración sanitaria con las centrales sindicales sobre selección temporal de diversas categorías de personal estatutario para vinculaciones temporales en las instituciones sanitarias del Servicio Gallego de Salud, medida que carecía de cobertura legal.

De todo lo anterior se extrae la necesidad de revocar la resolución por la que se procedió a la exclusión de la interesada del listado de contrataciones ante la falta de fundamento de la resolución anterior por la que se procedió a su cese en el nombramiento efectuado el 1 de julio de 2001, con los efectos que ello lleve aparejado, así como la declaración de la permanencia en el listado de contrataciones de su categoría.

Sin perjuicio de lo anterior parece oportuno recordar que, en atención a las características personales, biológicas o por alguna discapacidad del trabajador la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales habilita al empleador en su artículo 25 para la protección de aquellos trabajadores especialmente sensibles a determinados puestos de trabajo en relación con otros trabajadores u otras personas, por lo que la Unidad de Salud Laboral correspondiente puede

evaluar las circunstancias descritas y recomendar el puesto de empleo más adecuado, atendiendo a esas especiales características, con pleno respeto al lugar que ocupe la interesada en el orden de prelación establecido en el listado de contrataciones correspondiente a su categoría de personal.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formular la siguiente recomendación:

«Que por esa Administración sanitaria se proceda a la revocación, conforme al artículo 105.1 de la Ley 30/1992, de la resolución de 25 de septiembre de 2001 de la Comisión central de seguimiento del pacto de selección temporal por la que se excluyó a la interesada de los llamamientos para la prestación de servicios en el Área de Psiquiatría, con los efectos que ello lleve aparejados».

Madrid, 6 de noviembre de 2002.

**Recomendación dirigida al Secretario General del Servicio Gallego de Salud. Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de la Junta de la Galicia.**





**Recomendación 116/2002, de 26 de noviembre, sobre aclaración de términos que se reflejan en los impresos.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 413.)*

Se acusa recibo a su atento escrito, de fecha 1 de octubre del presente año, en el que nos contesta a la queja planteada por don (...) y registrada con el número arriba indicado.

En el informe de referencia se participa que el requisito de solicitar 6 meses de residencia en España, para la obtención del permiso de conducir, viene establecido en el artículo 14 del Real Decreto 772/1997, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores, en relación a lo establecido en la disposición adicional del citado Reglamento.

En efecto, el artículo 14 a que se hace referencia, establece, entre otros requisitos para obtener un permiso o licencia de conducir el «tener la residencia normal en España...».

Por su parte, la disposición adicional 2ª establece que, a efectos de aplicación del Reglamento General de Conductores, «se entenderá por “residencia normal”, el lugar en el que permanezcan habitualmente, es decir, durante al menos ciento ochenta y cinco días por cada año natural...».

Es evidente que el impreso facilitado por la Jefatura Provincial de Tráfico de Valencia y que se remite de nuevo a V. I., induce a error pues en el mismo se establece que, entre la documentación a presentar debe acompañarse la «autorización de residencia en España...» y no que se acredite un periodo de estancia mínimo de 6 meses en territorio nacional.

Ello ha supuesto, en el caso del señor (...) que el mismo desembolsara cierta cantidad de dinero sin que, al presentar su solicitud se admitiera la misma.

Por todo lo anterior y considerando que la normativa es clara respecto de los requisitos que se deben cumplir para la obtención de la licencia de conducir, se ha valorado la necesidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, de efectuar a V. I. la siguiente recomendación:

«Que por esa Dirección General se impartan las instrucciones oportunas, al objeto de que los impresos de información que se faciliten a los solicitantes de permisos de conducción, no induzcan a error, estableciéndose con claridad los requisitos y documentación que deben presentar».

Madrid, 26 de noviembre de 2002.

**Recomendación dirigida al Director General de Tráfico.**

**Recomendación 117/2002, de 27 de noviembre, sobre deberes de tutela de la Administración penitenciaria, en relación a internos que padecen enfermedades psiquiátricas.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 388.)*

Se ha recibido su último escrito, en relación con la queja planteada por doña (...), relativa a su esposo, don (...), y registrada con el número arriba indicado.

Como V. I. recordará el origen de la presente investigación se sitúa en un escrito remitido por doña (...), quien manifestaba su queja por el hecho de que su marido don (...), de 63 años de edad e interno en el centro penitenciario de Madrid II, fue trasladado al hospital psiquiátrico penitenciario de (...), de lo que la compareciente se enteró al intentar contactar con él en el centro penitenciario Madrid II. Asimismo, la compareciente manifestaba la preocupación que le ocasionó el hecho de que su marido hubiese sido cambiado a un centro de esas especiales características sin que se le facilitara una mínima información al respecto.

En el curso de la tramitación de la presente queja, esta Institución ha constatado que esa Administración estima que los hechos referidos ponen de manifiesto una actuación administrativa conforme a la normativa vigente, toda vez que a su criterio, no procede el aviso previo de los traslados por parte de la Administración penitenciaria, a los familiares de los internos, dado que tanto al ingreso como en el traslado a otro centro, todo interno tiene derecho a comunicar inmediatamente con su familia, de acuerdo con el artículo 41.3 del Reglamento Penitenciario.

Si bien esta Institución comparte dicho criterio con carácter general, referido a internos que conociendo el contenido del expresado artículo 41.3, son capaces de ejercer el derecho que dicho precepto reconoce, e incluso de exigirlo, no puede hacerlo en casos como el presente.

El ingreso en un centro especial de las características de un hospital psiquiátrico penitenciario no es equiparable al ingreso en cualquier otro centro. Cuando el artículo 11 de la Ley Orgánica General Penitenciaria en relación con el artículo 7, establece que en este tipo de centros prevalece el carácter asistencial, no sólo realiza una clasificación de centros, sino que define qué tipo de actuación debe realizar esa Administración, poniendo el énfasis en su carácter asistencial ya que el privado de libertad, también es un enfermo con discapacidad psíquica, y precisamente por estas circunstancias, es antes enfermo que interno. El tratamiento integral de los internos exige, y en casos como el presente de forma más intensa, que esa Administración en cumplimiento de sus obligaciones, realice actuaciones positivas con las familias de los reclusos, independientemente de los derechos que puede ejercer el interno-enfermo. A criterio de esta Institución, el citado carácter asistencial que debe presidir la actuación y actitudes de sus gestores, hace recomendable que incluya la realización de gestiones como las que la tramitación de esta queja ha puesto de manifiesto que no se llevan a cabo.

Asimismo, a criterio de esta Institución, como ya se puso de manifiesto en nuestro anterior escrito, el presente caso habría exigido por parte de esos servicios centrales, una vez tuvo conocimiento de los hechos, una actuación distinta que en lugar de estimar correcto el proceder del centro, hubiese valorado la necesidad de impartir las instrucciones pertinentes para que se corrijan este tipo de actuaciones en lo sucesivo.

A la vista de lo expuesto, esta Institución, al amparo del artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora, ha valorado la conveniencia de dar traslado a V. I. de la siguiente recomendación:

«Que se dicten las normas internas precisas, a fin de que, salvo que existan justificadas circunstancias que lo desaconsejen, cuando se vaya a proceder al traslado de un interno con destino a un hospital psiquiátrico penitenciario, se les comunique esta circunstancia a sus familiares o personas con las que mantenga relación jurídica en caso de incapacitación».

Madrid, 27 de noviembre de 2002.

**Recomendación dirigida al Director General de Instituciones Penitenciarias.**

**Recomendación 118/2002, de 2 de diciembre, sobre requisitos para la tramitación de altas y bajas en los padrones municipales.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 407.)*

En su momento compareció ante esta Institución don (...), con domicilio en Madrid, c/ (...), presentando queja que quedó registrada con el número arriba reseñado.

El interesado exponía que al solicitar la baja de su anterior empleada de hogar, doña (...), en el padrón municipal correspondiente a su domicilio, pudo comprobar por la hoja de información que le fue suministrada que, además de la citada empleada, se encontraban empadronadas en su domicilio otras dos personas —doña (...) y doña (...)—, empadronamiento que se había efectuado sin su consentimiento, y sin su conocimiento siquiera, aparte de no responder a la realidad de los hechos, pues ninguna de esas dos personas había residido nunca en su domicilio.

Al margen de lo anterior, el interesado se quejaba de que al cursar la solicitud de baja de las tres personas mencionadas ante la Junta Municipal del Distrito de Chamberí, se le comunicara que el expediente de baja se demoraría aproximadamente un año y medio.

Tramitada la queja ante el Ayuntamiento de Madrid, se ha recibido un informe, del que para su mejor conocimiento se le adjunta fotocopia, de cuyo contenido se desprende que el alta indebida en el padrón municipal, denunciada en la presente queja, se ha producido como consecuencia de la aplicación de una instrucción contenida en una Resolución de 4 de julio de 1997 de esa Presidencia y de la Dirección General de Cooperación Territorial, del siguiente tenor literal:

«Cuando un ciudadano solicite su alta en un domicilio en el que ya consten empadronadas otras personas, en lugar de solicitarle que apor-

te el documento que justifique su ocupación de la vivienda, se le deberá exigir la autorización por escrito de una persona mayor de edad que figure empadronada en ese domicilio».

La mencionada instrucción, que viene a desarrollar lo dispuesto en el artículo 59.2 del Reglamento de Población y Demarcación de las Entidades Locales, en relación con la comprobación de la veracidad de los datos consignados, supone introducir una excepción respecto de la exigencia del título que legitime la ocupación de la vivienda, que facilita en gran medida la inscripción en el padrón, incluso la practicada de forma fraudulenta, como sucede en el caso planteado en la queja.

La facilidad con la que se hace posible, con arreglo a tal excepción, la inscripción en el padrón municipal, contrasta con la complejidad del procedimiento para dar la baja de oficio por inscripción indebida, en el que, incluso en un supuesto como el planteado en la queja —en el que tanto el dueño de la vivienda como la Policía Municipal han manifestado que los ciudadanos en cuestión no habitan en ese domicilio, e incluso que alguno de ellos no lo ha hecho nunca—, resulta preceptivo el trámite de audiencia al interesado, de gran complejidad en un supuesto en el que lógicamente se desconoce su domicilio, y eventualmente el informe favorable del Consejo de Empadronamiento.

Con arreglo a todo lo anteriormente expuesto, resulta posible un supuesto como el que aquí se plantea en el que unas altas obtenidas fraudulentamente, con absoluta facilidad dada la excepción introducida por la instrucción arriba transcrita, no pueden anularse sino a través de un procedimiento cuya tramitación ha de demorarse durante un plazo de tiempo necesariamente largo, dada la complejidad y la naturaleza de los trámites que son preceptivos para hacer efectiva la baja, trámites todos ellos exigibles incluso cuando, como es el caso, la situación de alta indebida y fraudulenta es evidente.

En base a cuantas consideraciones han quedado expuestas, esta Institución, en el ejercicio de la responsabilidad que le confiere el artículo 54 de la Constitución, y al amparo del artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, viene a formular a V. I. la siguiente recomendación: «Que se adopten las medidas normativas precisas para agilizar la baja en los padrones municipales, al menos en aquellos supuestos en los que el alta se haya tramitado por el procedimiento simplificado regulado en la Resolución de 4 de julio de 1997 a que se ha hecho referencia en los antecedentes».

Madrid, 2 de diciembre de 2002.

**Recomendación dirigida a la Presidenta del Instituto Nacional de Estadística.**

**Recomendación 119/2002, de 2 de diciembre, sobre falta de información de los notarios en la aceptación de las herencias, ya que advierten de las obligaciones fiscales de abonar el Impuesto sobre Sucesiones y, sin embargo, no informan de la obligación de abonar el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 407.)*

Ante esta Institución compareció doña. (...), con NIF 17668235-A, y domicilio en la calle (...) de Zaragoza, presentando un escrito que quedó registrado con el número arriba indicado.

En dicho escrito la interesada expone su disconformidad con el hecho de que en las escrituras de aceptación de herencias el notario advierte sobre la obligación de abonar el Impuesto sobre Sucesiones y, sin embargo, no se informa de la obligación de abonar el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

Solicitado informe a la Secretaría de Estado de Justicia, comunicó que la obligación genérica que impone el artículo 147 del Reglamento Notarial es cumplida por el notario resolviendo las múltiples cuestiones que conllevan el otorgamiento de una escritura, asesoramiento relativo a las cuestiones civiles, mercantiles, de Derecho hipotecario, de sectores de regulación específica, etc.

Junto a esta obligación general de informar, el artículo 194 determina que los notarios harán de palabra, en el acto de otorgamiento de los instrumentos públicos que autoricen, las reservas y advertencias legales establecidas en los Códigos Civiles, de Comercio, Ley Hipotecaria y otras leyes especiales.

Pero, además, el artículo 52 del Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Im-



puesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, impone la obligación al notario de consignar en los documentos sujetos a dicho impuesto, entre las advertencias legales y de forma expresa, el plazo dentro del cual están obligados los interesados a presentarlos a la liquidación, así como la afección de los bienes al pago del impuesto correspondiente a transmisiones que de ellos se hubiera realizado y las responsabilidades en que incurran en el caso de no efectuar la presentación

Sin embargo, la Ley Reguladora de las Haciendas Locales no impone al notario una obligación expresa de estas características, exigiendo la remisión al Ayuntamiento respectivo, dentro de la primera quincena de cada trimestre, de relación o índice comprensivo de todos los documentos por ellos autorizados en el trimestre anterior, en los que se contengan hechos, actos o negocios jurídicos que pongan de manifiesto la realización del hecho imponible de este impuesto, con excepción de los actos de última voluntad. También estarán obligados a remitir, dentro del mismo plazo, una relación de los documentos privados comprensivos de los mismos hechos, actos o negocios jurídicos que les hayan sido presentados para conocimiento o legitimación de firmas. Y todo ello sin perjuicio de la obligación de informar y asesorar a los comparecientes sobre todos los extremos que se les cuestionen, en los términos que han quedado anteriormente expuestos.

Por último, indica que la obligación de informar que impone el Reglamento Notarial está en plena armonía con lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, y que en este caso, que nos estamos refiriendo a una escritura de aceptación de herencia, no resultaría aplicable lo previsto en la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de Contratación.

El contenido de este informe motivó que esta Institución aconsejara que en la próxima modificación, que sobre la normativa aludida se lleve a cabo, se recogiera esta obligación legal.

A este respecto, la Secretaría de Estado de Justicia ha indicado que la posible modificación de la norma debe ir encaminada a imponer constancia escrita en el instrumento público, acerca de la obligación que el sujeto pasivo contrae como consecuencia de la operación realizada, lo que supondría una garantía adicional para el cliente, que siempre estará debidamente informado, y también para el notario, que dejará constancia escrita de haber cumplido con su obligación de advertir en relación con este impuesto.

En consecuencia, y dado que en la actualidad está en elaboración un proyecto de nueva Ley Reguladora de las Haciendas Locales, se ha considerado oportuno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta Institución, formular a V. E. la siguiente recomendación:

«Que en el proyecto de Ley Reguladora de las Haciendas Locales se prevea que los documentos públicos que contengan las transmisiones de bienes inmuebles, recojan las obligaciones tributarias que el sujeto pasivo contrae, como consecuencia de la operación realizada».

Madrid, 2 de diciembre de 2002.

**Recomendación dirigida al Secretario de Estado de Hacienda.**



**Recomendación 120/2002, de 2 de diciembre, sobre tratamiento fiscal de las cantidades abonadas a personas que realicen tareas domésticas en el domicilio del contribuyente.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 408.)*

Se ha recibido el informe de V. I., registro de salida n.º 627, de fecha 7 de octubre de 2002, referente a la queja registrada en esta Institución con el número arriba indicado.

En relación con el contenido del citado informe, es preciso tener en cuenta las siguientes consideraciones:

En primer lugar, que numerosas personas se han dirigido a esta Institución proponiendo la deducción en la cuota del impuesto del 25 por 100 de las cantidades destinadas, por su titular, al abono de salarios y de las cantidades destinadas al abono de las cuotas del empleador a la Seguridad Social, correspondiente a las personas empleadas para llevar a cabo distintas tareas domésticas en el domicilio habitual del sujeto pasivo.

Dicha deducción podría suponer una ayuda tendente a mejorar el tratamiento fiscal de las familias en las que las mujeres trabajan fuera del hogar familiar, familias numerosas o hijos minusválidos, así como hogares con personas mayores o situaciones de discapacidad o dependencia. Asimismo, impulsaría el fin de la doble jornada laboral que asumen las mujeres que trabajan fuera del hogar familiar, haciendo efectivo el principio de la igualdad promocional contenido en el artículo 9.1 de la Constitución Española.

Si bien en este caso la Administración argumenta que las cantidades abonadas a personas que realicen tareas domésticas en el domicilio del contribuyente se encontrarían incluidas dentro de los importes exentos de los mínimos personales y familiares, esto no es real, ya que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 del Real Decreto 1424/1985,

de 1 de agosto, que regula la relación laboral de carácter especial de servicio del hogar familiar, las retribuciones de las personas que realicen estas tareas se adecuarán al salario mínimo interprofesional, que para el año 2002 está fijado en una cifra anual de 5.751,2 euros, cantidad que, dada su elevada cuantía, es difícil que se vea incluida en los importes exentos por mínimos.

Por otra parte, la reducción por asistencia, que es la única que podría aproximarse a la deducción que se propone, se contempla en el anteproyecto de ley de reforma parcial de la Ley 40/1998, únicamente para contribuyentes o ascendientes mayores de 75 años y no procederá cuando los ascendientes presenten declaración por el impuesto, lo que cierra el círculo de personas a las que resultará aplicable dicha reducción.

Desde otra óptica una medida como la propuesta contribuiría a que este tipo de servicios coticen a la Seguridad Social, erradicando las situaciones irregulares. Máxime teniendo en cuenta que, según datos recogidos en el Anuario de Estadísticas Laborales y de Asuntos Sociales del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, el número de personas dadas de alta en el Régimen Especial de Empleados de Hogar en 1986 ascendía a 286,3, número que ha ido descendiendo hasta 1998 que llegó a contar con 142,2 afiliados y, aunque en los últimos años se ha recuperado algo, el número de afiliados en este régimen especial asciende únicamente a 151,1 en el año 2000. Estos datos parecen poner de relieve la existencia de una realidad laboral al margen de la afiliación a la Seguridad Social, por lo que la deducción fiscal recomendada podría contribuir a paliar la actual situación de economía sumergida.

En consecuencia, y a la vista de las manifestaciones expresadas, se ha considerado oportuno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta Institución, formular a V. I. la siguiente recomendación:

«Que se recoja una deducción de la cuota del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de las cantidades destinadas por su titular al abono de salarios y de cuotas a la Seguridad Social correspondientes a las personas empleadas para llevar a cabo distintas tareas domésticas en su domicilio habitual, cuando trabajen fuera del hogar ambos cónyuges, en los casos de familias monoparentales, numerosas o con un miembro minusválido, así como hogares con personas mayores o en situación de dependencia».

Madrid, 2 de diciembre de 2002.

**Recomendación dirigida al Subsecretario del Ministerio de Hacienda.**

**Recomendación 121/2002, de 2 de diciembre, sobre límites a la presunción de validez de las denuncias de la autoridad.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 409.)*

Agradecemos su atento escrito, en el que nos contesta a la queja planteada por don (...), registrada con el número arriba indicado.

En el escrito que nos ha remitido se señala que la relación de parentesco entre el denunciante, (...) del Puesto de la Guardia Civil de (...), y una de las personas implicadas en los hechos, no se ha tenido en cuenta ni en la resolución sancionadora ni en la resolución del recurso de alzada, al considerarse que la profesionalidad y consiguiente imparcialidad del miembro del Cuerpo de la Guardia Civil denunciante no se han visto afectadas por la referida circunstancia.

Por tanto, se considera que la denuncia de dicho agente de la autoridad, luego ratificada en el curso del procedimiento sancionador, tiene el valor probatorio que le atribuye el artículo 37 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, máxime cuando el sancionado en su escrito de alegaciones no solicitó la práctica de prueba alguna, limitándose a expresar su propia versión de los hechos.

En relación con lo anterior, esta Institución ha valorado la conveniencia de poner en su conocimiento las siguientes consideraciones:

En el artículo 28 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común se dispone que las autoridades y el personal al servicio de las administraciones se abstendrán de intervenir en el procedimiento, entre otros motivos, cuando tengan parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado con cualquiera de los interesados.

Por otra parte, según lo dispuesto en la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de julio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, constituye falta grave «excederse arbitrariamente en el ejercicio de la autoridad».

En consecuencia, a juicio de esta Institución, al tenerse conocimiento de la relación de parentesco entre el denunciante y una de las partes implicadas en la discusión vecinal, debería haberse dado parte de la conducta del Cabo 1.<sup>a</sup> Comandante del Puesto de la Guardia Civil de (...) a la Dirección General de la Guardia Civil para que se valorase la oportunidad de incoar el correspondiente expediente disciplinario.

Por lo que se refiere al procedimiento seguido contra el compareciente, hay que considerar que en todo procedimiento sancionador rige el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 24 de la Constitución, al que se refiere el artículo 137.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por lo que antes de dictar una resolución sancionadora hay que dilucidar si se ha roto esa presunción mediante la práctica de una prueba de cargo suficiente.

Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que la presunción de inocencia rige sin condiciones en el ordenamiento administrativo sancionador, garantizando el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad.

En los procedimientos sancionadores que se instruyen en las materias objeto de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, se atribuye una presunción de certeza a las informaciones aportadas por los agentes de la autoridad que hubieren presenciado los hechos.

No obstante, como ha interpretado el Tribunal Constitucional en la sentencia 341/1993, de 18 de noviembre, no estamos ante una disposición que otorgue valor en todo caso a la información de los agentes ni que predetermine el criterio de la autoridad que deba resolver el expediente sancionador.

Asimismo, hay que considerar que en el supuesto que ocupa nuestra atención no concurren los requisitos mínimos para que pueda reconocerse al informe de la fuerza actuante la entidad necesaria para fundamentar la sanción impuesta, ya que el agente de la autoridad denunciante acudió al lugar de los hechos a requerimiento de su hermana, que era una de las partes implicadas en la discusión vecinal, lo que priva a su testimonio de la imprescindible objetividad para que pueda considerarse como prueba de cargo suficiente para fundamentar la san-

ción impuesta. En efecto, al intervenir en el presente caso, el agente quebrantó un específico deber jurídico de abstención. En atención a lo anterior, el resultado de esta ilegal intervención ha de considerarse contaminado de su ilicitud y por lo tanto no dar lugar a una sanción, máxime basándose en una presunción legal que constituye un privilegio probatorio de la Administración y, por lo tanto, de interpretación restrictiva.

Aunque la ficción legal de la presunción de veracidad sea sólo eso, una ficción y no una prueba, podría argumentarse una analogía sustancial con el principio penal del «fruto del árbol envenenado» según el cual no tendrá eficacia alguna la prueba obtenida ilegalmente. En el presente caso una acción contraria a un deber jurídico de abstención, y por lo tanto antijurídica, no puede producir efectos en el ámbito sancionador destruyendo la presunción de inocencia.

Por otra parte, cuando existen versiones contradictorias de los hechos, opera la presunción de veracidad de la información aportada por el agente de la autoridad y prevalece su versión, debido a que se le supone una mayor objetividad y neutralidad al no tener relación alguna con los hechos que relata. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo fundamenta la presunción de veracidad de las actas de inspección en la imparcialidad que, en principio, debe reconocerse al inspector actuante.

En el caso que nos ocupa, la única prueba que fundamenta la resolución sancionadora es la denuncia del agente de la autoridad, que al ser ratificada en el curso del procedimiento sancionador se consideró que constituía prueba de cargo suficiente para la imposición de la sanción, pero es evidente que dicha denuncia no reúne los requisitos mínimos de imparcialidad, objetividad y neutralidad a que hemos hecho referencia.

En consecuencia, considerando que la potestad punitiva de las administraciones públicas ha de ejercerse de conformidad con los parámetros jurídicos que le son de aplicación, sin evadirse de ellos ni quebrantarlos, recomendamos a V. I., al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, que adopte las medidas oportunas para que en el ejercicio de las competencias sancionadoras previstas en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, los órganos administrativos que tengan atribuida dicha competencia respeten escrupulosamente el principio de presunción de inocencia recogido en el artículo 24 de la Constitución, absteniéndose de imponer sanciones a los ciudadanos con base exclusiva en la información aportada por los agentes denunciadores, cuando éstas, por las circunstancias concurrentes, no garanticen su imparcialidad



y objetividad, y, en general, cuando no cumplan las exigencias y garantías legales recogidas en la sentencia del Tribunal Constitucional 341/1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como consecuencia directa de la precedente recomendación, y en relación con el caso concreto que afecta al compareciente, esta Institución ha considerado necesario sugerir a V. I. que adopte las medidas oportunas para que se proceda a revocar la resolución sancionadora dictada el 3 de mayo de 2001 por la Delegación del Gobierno en Extremadura, que impuso al compareciente una sanción por una supuesta infracción tipificada en el artículo 26 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

Madrid, 2 de diciembre de 2002.

**Recomendación dirigida al Secretario General Técnico del Ministerio del Interior.**

**Recomendación 122/2002, de 2 de diciembre, sobre requisitos para la aplicación de medidas restrictivas de los derechos fundamentales.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 410.)*

Agradecemos su atento escrito, en el que nos contesta a la queja planteada por don (...), registrada con el número arriba indicado.

En dicho escrito se señala que la intervención de la patrulla de la Guardia Civil de (...) que prestaba servicio, el día 28 de julio de 2001, en el punto kilométrico 65,00 de la carretera CV-15 se encontraba dentro del dispositivo de seguridad ciudadana y prevención de la delincuencia desplegado con motivo de la fiesta anual denominada (...), celebrada el 27, 28 y 29 de julio de 2001 en dicha población, donde se estimó la asistencia de unas 15.000 personas para un censo de población de 2.500.

Asimismo, se manifiesta que la intervención de la fuerza no fue un control preventivo de los que regula el artículo 19.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, cuyo objeto es reconocer personas o vehículos para el descubrimiento o detención de los partícipes en un hecho causante de gran alarma social, que requiere la presencia de unos efectivos humanos y medios materiales de señalización concretos y superiores a este caso, sino que se procedió a la identificación selectiva de personas que pudieran ser portadoras de sustancias estupefacientes en el ejercicio de las funciones de indagación y prevención de actividades relevantes para la seguridad ciudadana, recogidas en el artículo 20.1 de la citada Ley Orgánica.

Por último, se señala que este tipo de actuaciones se enmarcan dentro de las actividades funcionales de prevención, inspección, investigación y comprobación en las vías públicas, que derivan operativamente en servicios o acciones preventivas, estacionamientos de identificación preventiva, de inspección y comprobación de peso, entre otras.

En relación con el contenido de dicho informe, le recordamos que en la recomendación<sup>32</sup> que esta Institución formuló a ese centro directivo el 31 de octubre de 2001 (Q0102057), como consecuencia de determinadas actuaciones de agentes de la Guardia Civil del Puesto Principal de (...) realizadas al amparo de lo previsto en el artículo 20.1 de la Ley Orgánica 1/1992, se señalaba que sería conveniente precisar y objetivar en lo posible los motivos que en cada caso inducen a sospecha a los agentes actuantes, ya que la práctica de una diligencia de identificación y cacheo no está autorizada cuando no existen razones para sospechar de un ciudadano.

En este sentido, se manifestaba que, sin perjuicio del derecho del Estado a perseguir los hechos delictivos, es necesario atenerse a las reglas de proporcionalidad, necesidad y adecuación de la actuación policial, respetando, en todo caso, los derechos de los ciudadanos que sean objeto de un registro o de otra actuación semejante.

A la vista del nuevo informe que nos ha remitido, en relación con la intervención de la patrulla de la Guardia Civil del Puesto de (...), el día 28 de julio de 2001, que es objeto de nuestra atención en el presente expediente, esta Institución ha valorado la conveniencia de poner en su conocimiento las siguientes consideraciones:

El problema de los cacheos, identificaciones, retenciones y privaciones transitorias de la libertad para deambular, ha sido seriamente controvertido porque se enfrentan el derecho fundamental a la libertad de un lado, y el derecho a la seguridad, a la investigación criminal y a la detención de los presuntos autores de hechos delictivos, de otro.

El Tribunal Supremo ha declarado en reiteradas ocasiones en relación con los cacheos, identificaciones, retenciones y privaciones transitorias de la libertad para deambular que la proporcionalidad constituye el eje definidor de lo permisible, porque es preciso guardar el justo equilibrio entre lo que se quiere investigar y el perjuicio o menoscabo que puede sufrir la dignidad de las personas como consecuencia de la misma.

El Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho a la libertad y a la libre deambulación por el territorio español no se ven afectados por las diligencias de cacheo y de identificación, pues aunque éstas comporten inevitablemente molestias, su realización y consecuente inmovilización del ciudadano o ciudadana durante el tiempo imprescindible para su práctica, supone para el afectado un sometimiento legítimo a las normas de la Policía. Por ello, es correcta y legal la conducta de la policía al pedir la identificación de una persona que, por las circunstancias de ese momento

---

<sup>32</sup> Recomendación 107/2001. Publicada en el volumen correspondiente al año 2001 de esta serie.

concreto infundía serias sospechas, pero esa misma conducta es incorrecta si no existe ninguna razón para sospechar del ciudadano al que se identifica o cachea o las sospechas son ilógicas, irracionales o arbitrarias.

La existencia de una sospecha racional y fundada es, por tanto, el elemento esencial que determina si la intervención de las Fuerzas de Seguridad procediendo a la identificación y cacheo de unos ciudadanos es correcta, de manera que no parece que una intervención de esta naturaleza pueda justificarse por el hecho de que se celebre una fiesta en una población a la que se prevé que asista un gran número de personas, razón por la que se ha desplegado un dispositivo de seguridad ciudadana y prevención de la delincuencia.

Los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado tienen el derecho y la obligación de defender la seguridad y el orden, persiguiendo el delito en todas sus manifestaciones, lo que conlleva la necesidad de actuar por simples sospechas siempre que estas no sean ilógicas, irracionales o arbitrarias, pero al mismo tiempo, según señala el Tribunal Supremo en su sentencia n.º 509/1994, de 11 de marzo, el requisito mínimo que legitima cualquier actuación policial contra un ciudadano son las sospechas fundadas, pues la obligación de averiguar los delitos públicos que se cometieren no significa que el orden jurídico autoriza los procedimientos policiales inclusive cuando no existen razones para sospechar de un ciudadano.

En relación con la intervención de los agentes de la Guardia Civil del Puesto de (...) que es objeto de nuestra atención, hay que señalar que ni el acta de denuncia, ni el informe de ratificación de los agentes actuantes, ni los informes que nos ha remitido ese centro directivo mencionan que hubiese concurrido algún tipo de sospecha en relación con los ciudadanos que fueron objeto de la intervención policial.

Por todo cuanto antecede, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, hemos considerado conveniente recomendar a V. I.: «Que valore la oportunidad de dictar las instrucciones oportunas para que, al amparo de lo previsto en el artículo 20.1 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, no se proceda a la identificación y cacheo de los ciudadanos cuando no exista razón alguna para sospechar de los mismos y, en el caso de que existan sospechas fundadas que amparen la práctica de dichas diligencias, que se hagan constar en los correspondientes informes y denuncias las razones que justifiquen la intervención policial».

Madrid, 2 de diciembre de 2002.

**Recomendación dirigida al Director General de la Guardia Civil.**



**Recomendación 123/2002, de 2 de diciembre, sobre mejora del régimen sancionador de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y medidas concretas para evitar la comisión de delitos en los centros de detención.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 412.)*

Se ha recibido la copia del expediente disciplinario número 469/1995, que le habíamos solicitado para poder valorar adecuadamente la resolución adoptada en dicho expediente el 11 de septiembre de 2001, en la que se acordaba el archivo de las actuaciones sin declaración de responsabilidad disciplinaria de tres funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, adscritos a la Jefatura Superior de Policía del País Vasco.

En dicha resolución se señala que no resulta probado en el expediente que dos de los implicados, don (...) y don (...), sean autores de la infracción muy grave que les imputa la instrucción de «falta de colaboración manifiesta con los demás miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad» [artículo 27.3.k) de la Ley Orgánica 2/1986], pues las conductas que la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Vizcaya explicita en su sentencia de 10 de junio de 1998 y recoge la Sala del mismo orden del Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de abril de 1999, tales como las presuntas comisión por omisión, el encubrimiento o la omisión del deber de persecución de determinados delitos, no suponen una falta de colaboración con los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que exige el precepto citado.

Asimismo, se manifiesta que, a la vista de la declaración de hechos probados de las referidas sentencias y de la actividad probatoria desarrollada en el expediente disciplinario, no se aprecia la existencia de conductas constitutivas de infracción disciplinaria que puedan ser imputadas a los expedientados, como exige el artículo 8.3 de la Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, por lo que no cabe de-

ducir responsabilidad disciplinaria del contenido de las citadas resoluciones.

En relación con el contenido de dicho informe, procede recordar que en la sentencia de 10 de junio de 1998 de la Audiencia Provincial de Vizcaya se declara probado que doña (...) fue violada por un miembro del Cuerpo Nacional de Policía vestido de uniforme mientras permanecía detenida en los calabozos de la Jefatura Superior de Policía de (...), que a la hora en que sucedieron los hechos estaban encargados de la guardia de calabozos don (...) y don (...), y que el lugar en el que dicha guardia se desarrollaba impedía que ninguna persona pudiera pasar a calabozos sin que ellos lo vieran.

Estos hechos llevan a la Audiencia Provincial de Vizcaya y al Tribunal Supremo al convencimiento de que los acusados saben quién entró en los calabozos durante su servicio de guardia y, por tanto, interpretan su negativa a desvelar su identidad como una ocultación de datos para encubrir y proteger al violador.

En el fundamento de derecho segundo de la sentencia de la Audiencia Provincial se señala que si bien no se acredita que los acusados como cómplices cooperaran de alguna manera al hecho, ni siquiera que supieran que se iba a cometer, se estaba cometiendo, o se había cometido, han tenido que saber quién entró a la hora en que ellos estaban de servicio, pero no lo han manifestado, protegiendo al verdadero violador, al no denunciarle.

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo número 662/1999, que resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, manifiesta que los coacusados han sido absueltos porque no se ha podido concretar que cooperaran de alguna manera al hecho, ni que supieran siquiera que se iba a cometer, se estaba realizando o se acababa de ejecutar, aunque más tarde han tenido necesariamente que conocer y saber con claridad meridiana que el que entró a la hora en que ambos estaban de servicio es quien consumó la violación en la indefensa mujer, pero no lo han denunciado.

Por último, el considerando quinto de la mencionada sentencia señala lo siguiente:

«Fuera de la mera adecuación de esta resolución al recurso de casación interpuesto, este Tribunal ha apreciado en la Sala de instancia el justificado reproche a testigos que han mentido y ocultado su conocimiento de datos concretos de la causa al órgano jurisdiccional encargado de su conocimiento y resolución, le anima a que se dirija a los órganos superiores del Cuerpo Nacional de Policía para que investiguen en

el campo puramente administrativo funcional y disciplinario tales conductas dando cuenta de tales hechos para evitar que en un Estado democrático de Derecho unos funcionarios policiales que por mor de trasnochadas ideas corporativas o falso compañerismo encubran un gravísimo delito de violación acreditado y constatado, permanezcan en tal cometido y funciones que exigen la protección de todas las personas, extranjeros inclusive, y a no ocultar a la justicia cuanto conozcan».

En relación con el contenido de las citadas resoluciones judiciales, hay que considerar, en primer lugar, que según lo previsto expresamente en el artículo 8.3 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, vinculará a la Administración la declaración de hechos probados del procedimiento penal que se hubiese seguido, sobre los mismos hechos que han dado lugar a la incoación de un procedimiento disciplinario.

Por tanto, no cabe cuestionar que la violación existió, que fue perpetrada por un miembro del Cuerpo Nacional de Policía vestido de uniforme en los calabozos de la Jefatura Superior de Policía de (...), que a la hora en que sucedieron los hechos estaban encargados de la guardia de calabozos don (...) y don (...) y que el lugar en que dicha guardia se desarrollaba impedía que ninguna persona pudiera pasar a calabozos sin que ellos lo vieran.

Admitidos los hechos declarados probados, la cuestión se centra en determinar si ha existido una falta de colaboración con los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, prevista en el artículo 27.3.k) de la citada Ley Orgánica 2/1986. La negativa de los policías encargados de la guardia de los calabozos a desvelar la identidad del supuesto violador, es decir de la persona que en el día y hora en que se produjo la violación entró en las dependencias cuya custodia tenían encomendada, se produce no sólo en el procedimiento penal sino también en el disciplinario, por lo que no parece que pueda dudarse de la existencia de una falta de colaboración con los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que, por otra parte, considerando la naturaleza de los hechos cuya autoría se encubre, afecta gravemente a la imagen de la Policía.

Sorprendentemente, la resolución de ese centro directivo de 11 de septiembre de 2001 considera que la conducta descrita no sólo no supone una falta de colaboración con los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sino que no cabe apreciar la existencia de ninguna conducta constitutiva de infracción disciplinaria que pueda ser imputada a los expedientados, por lo que no cabe deducir responsabilidad disciplinaria del contenido de las citadas resoluciones.



En relación con lo anterior, esta Institución considera que la impunidad en vía disciplinaria de la conducta de los funcionarios policiales encargados de la custodia de los calabozos, a pesar de estar acreditada la gravedad de la misma, plantea serias dudas sobre la eficacia del régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía.

Por otra parte, teniendo en cuenta que constituye uno de los principios básicos de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado velar por la vida e integridad de las personas a quienes detuvieren o que se encuentran bajo su custodia, debería estudiarse la adopción de medidas eficaces, como la instalación de videocámaras u otras similares, que garanticen el control del acceso a los calabozos para evitar que queden impunes conductas como las que han sido objeto de nuestra atención.

Por todo cuanto antecede, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, hemos considerado conveniente formular a V. I. las siguientes recomendaciones:

«1. Que se adopten las medidas oportunas dirigidas a garantizar un control efectivo del acceso a los calabozos de las dependencias policiales, de manera que no resulte posible el acceso a los mismos de personas no identificadas y, en consecuencia, no pueda quedar impune la comisión de un delito contra la libertad sexual o la integridad física y moral de los ciudadanos detenidos en las dependencias policiales.

2. Que se adopten las medidas oportunas, entre las que debería incluirse la reforma del régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, para que no puedan quedar impunes ni la conducta de un funcionario policial que, tras haberse cometido un delito por un compañero de cuerpo, oculta los datos de que dispone sobre dicho acto delictivo al órgano jurisdiccional encargado de su conocimiento o al instructor del correspondiente expediente disciplinario, ni el grave incumplimiento de las obligaciones de los funcionarios policiales encargados de custodiar a las personas que se encuentran detenidas bajo su responsabilidad, especialmente cuando dicho incumplimiento hace posible que se cometa un gravísimo delito contra dichas personas».

Madrid, 2 de diciembre de 2002.

**Recomendación dirigida al Director General de la Policía.**

**Recomendación 124/2002, de 2 de diciembre, sobre concordancia de los documentos de expediente con las anotaciones informáticas.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 413.)*

Agradecemos su atento escrito (referencia: MA/ab), en el que nos contesta a la queja planteada por don (...), registrada con el número arriba indicado.

En dicho escrito se señala que «el erróneo cómputo del plazo de privación del derecho a conducir, sin duda se produjo por la disociación que a veces se da entre los propios documentos que obran en un expediente y las actuaciones y anotaciones informáticas».

Asimismo, se manifiesta que, pese al erróneo cómputo del plazo, la anotación que se realiza en el Registro de Conductores e Infractores señala una sanción de suspensión del permiso de conducción por un plazo de tres meses, no de tres meses y catorce días como ha interpretado el interesado, lo que a su juicio y dado que en ningún momento se produjo la ocupación material de la autorización para conducir minimiza el hipotético perjuicio.

En relación con el contenido de dicho informe, le recordamos que en nuestro escrito de 1 de abril de 2002 se señalaba que el interesado, mediante escrito de 15 de noviembre de 2000, puso en conocimiento de la citada jefatura que ya había cumplido un total de catorce días de la sanción impuesta y que, posteriormente, el 29 de noviembre de 2001 recibió por correo certificado una nueva comunicación en la que se señalaba que quedaba inhabilitado para conducir por espacio de tres meses, por lo que se puso en comunicación telefónica con la Jefatura Provincial de Tráfico de Segovia planteando que ya había cumplido catorce días de la sanción impuesta.

De lo manifestado por ese centro directivo se desprende que cuando el interesado comunicó a la Jefatura Provincial de Tráfico de Segovia que ya había cumplido catorce días de la sanción impuesta, no se procedió a realizar las oportunas comprobaciones en los documentos obrantes en el expediente sino que los funcionarios de la citada jefatura se limitaron a realizar una consulta a través de la aplicación informática y, como las anotaciones recogidas en la correspondiente base de datos no reflejaban fielmente el contenido del expediente sancionador, no se corrigió la comunicación de 29 de noviembre de 2001 que fijaba erróneamente el fin del plazo de cumplimiento de la sanción.

Por tanto, como resulta evidente que para el cumplimiento de los principios de celeridad y eficacia en el desarrollo de la actividad administrativa es imprescindible el uso de medios informáticos, deben adoptarse cuantas medidas sean necesarias para que las anotaciones informáticas de un expediente administrativo reproduzcan con exactitud el contenido esencial de los documentos que obran en el expediente, ya que la discordancia entre los datos recogidos en ambos soportes supone una quiebra del principio de seguridad jurídica y puede causar, como ha ocurrido en el expediente sancionador que nos ocupa, una lesión de los derechos de los administrados.

Por todo cuanto antecede, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, hemos considerado conveniente recomendar a V. I.: «Que adopte las medidas oportunas para garantizar que las anotaciones informáticas se ajusten al contenido de los documentos que obren en los expedientes, especialmente cuando se trata de procedimientos sancionadores en los que la discordancia de las anotaciones informáticas puede suponer una agravación de las sanciones impuestas».

Madrid, 2 de diciembre de 2002.

**Recomendación dirigida al Director General de Tráfico.**

**Recomendación 125/2002, de 2 de diciembre, para que se estudie la conveniencia y necesidad de modificar el artículo 1524 del Código Civil, en el sentido de que contemple la notificación fehaciente al retrayente de la compraventa efectuada y amplíe el plazo, actualmente establecido, para el ejercicio del derecho de retracto legal.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 415.)*

Un ciudadano se ha dirigido al Defensor del Pueblo planteando las dificultades que entraña el ejercicio efectivo del derecho al retracto legal establecido en el artículo 1524 del Código Civil, hasta el punto de que le ha sido imposible ejercitarlo en un caso concreto que le afecta.

Merece la pena reproducir aquí el siguiente párrafo de su exposición: «Puede imaginarse lo que es para un ciudadano normal y corriente, alejado del mundo legislativo y/o judicial, obtener en un plazo de nueve días naturales, conocimiento fehaciente, aval bancario (válido desde hace muy pocos años y con los trámites y dilaciones que ocasiona cualquier operación de garantía bancaria), o una cantidad en metálico, normalmente bastante elevada, consignarla anticipadamente en el juzgado sin número de procedimiento y que actualmente es imposible sin conocer dicho número, pues la entidad bancaria lo exige si es en metálico (al contrario de lo que la disposición legal correspondiente que, parece, dice que hay que consignar antes de presentar); emprender un procedimiento de retracto legal, sin detallar lo que es el encontrar, acertando, asistencia letrada, de la que lamentablemente sólo se conoce su “calidad o relación coste/resultado” después, cuando ya no suele haber remedio; la exigencia de procurador, al que hay que hacer poder notarial, etc. Todo, repito, en nueve días naturales».

Y concluye, en términos claros y precisos: «Es idea extendida que el condueño deba ser informado y pueda optar al tanteo y retracto en un

plazo humano». Esto es lo que «no establece» el artículo 1524 del Código Civil, en su redacción actual, y por lo que el ciudadano, que manifiesta su esperanza en una posible modificación legislativa, no tanto para solucionar el caso que le afecta, pues la ley vigente se ha cumplido correctamente, sino «pro futuro», solicita la intervención del Defensor del Pueblo.

El artículo 1524 del Código Civil tiene la siguiente redacción: «No podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de nueve días contados desde la inscripción en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta».

Este artículo del Código Civil establece, para los supuestos en que un copropietario enajene su propiedad, un derecho de retracto del otro copropietario. Si la compraventa hubiera sido inscrita en el Registro, el comunero retrayente debe ejercitar su derecho de retracto, en un plazo de nueve días contados desde que la inscripción registral hubiera tenido lugar. Se trata de un plazo de caducidad, sustantivo, no procesal, para el ejercicio de un derecho preferente a adquirir la propiedad en determinados supuestos.

El Tribunal Constitucional, en sentencia n.º 54/1994, de 24 de febrero, que resolvía una cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 1524 del Código Civil planteada por la Audiencia Provincial de Valladolid, estableció que el derecho de retracto del artículo 1524 del Código Civil, en su regulación actual, es conforme a la Constitución. «Este derecho —dijo entonces el Tribunal Constitucional— es de creación legal y el legislador puede regularlo con la amplitud o restricción que considera más apropiada a la efectividad de los intereses en atención a los cuales los crea, dentro, claro está, de los límites que establece la Constitución» (FJ 2). No vulnera el derecho fundamental a la igualdad que existan diversos retractos legales especiales, como los arrendaticios urbanos y rústicos y el de coherederos, con requisitos y plazos diferentes de ejercicio, pues, como dijo el alto tribunal «... estas especialidades están sobradamente justificadas por las circunstancias que en ellas concurren. Así, por lo que se refiere al retracto ejercitable por el arrendatario de viviendas urbanas, la especialidad tiene su justificación en la alta relevancia del bien objeto del retracto, que goza, incluso, de específica tutela constitucional en el artículo 47 de la Constitución Española. Parecida justificación concurre en el caso del arrendatario rústico, y en los supuestos de los coherederos es claro que el tronco común de los bienes y la relación hereditaria justifican un tratamiento especial. Ni el plazo establecido en el artículo 1524 del Código Civil, ni el momento legalmente previsto para iniciar su cómputo constituyen, por ello, discriminación alguna» (FJ 3).

Concluye el Tribunal Constitucional diciendo que «el legislador ha establecido un régimen que, al margen de cualquier juicio de oportunidad, no puede ser tachado de inconstitucional, puesto que se desenvuelve dentro del marco de libertad que el legislador tiene para crear y regular el derecho de retracto, sin que los inconvenientes, o incluso la pérdida de efectividad del derecho que pueda producirse en algunos supuestos, conlleven vulneración de ninguno de los preceptos constitucionales invocados, ni, por ello, elevarse a causa determinante de la inconstitucionalidad de la norma legal cuestionada» (FJ 3).

Partiendo, pues, de la plena conformidad a la Constitución del precepto de referencia, es en el marco del «juicio de oportunidad», y de «los inconvenientes, o incluso la pérdida de efectividad del derecho que pueda producirse en algunos supuestos», que apunta el propio Tribunal Constitucional, en el que se inserta la queja de que trae causa esta recomendación.

El derecho de retracto constituye, sin duda, una limitación de la libertad en la compraventa de bienes. Con origen muy antiguo, obedece en sus raíces históricas a la voluntad de favorecer la indivisibilidad de grandes propiedades en un contexto fundamentalmente agrícola. Pero, como tantos otros derechos civiles pensados en su origen para unos pocos, en la sociedad democrática del siglo XXI puede ser ejercitado por todos los ciudadanos que, teniendo la condición de propietarios de cualquier bien junto a otra u otras personas, de forma mancomunada, tienen derecho a adquirir la totalidad del bien antes que mantenerse la división de la cosa mediante la entrada de un tercero en la mancomunidad, o bien una parte mayor del bien.

Es razonable, pues, que estableciéndose las menores limitaciones posibles a la libertad de transacción, que es un bien jurídico inestimable, y a la seguridad jurídica, principio constitucional (artículo 9.3) que abonaría no revocar compraventas después de consumadas por el ejercicio de derechos de terceros, el derecho de retracto no quede vacío de contenido; en efecto, no debe ser exigible a un ciudadano corriente la consulta semanal o diaria al Registro para compulsar si se ha producido una compraventa sobre un bien determinado del que es condueño, y, posteriormente, la realización de complicados trámites en el plazo de 9 días naturales que, en la peor hipótesis para los intereses de dicho ciudadano (inscripción registral en viernes), quedarían convertidos en 5 días hábiles.

En fin, no está de más recordar que el legislador, al elaborar la relativamente reciente Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre), ha establecido un plazo de 30 días para que el arren-

datario pueda ejercitar, si lo estima oportuno, el derecho de retracto a su favor. El derecho de retracto, dice el artículo 25.3 de dicha ley, caducará a los treinta días naturales, contados desde el siguiente a la notificación que en forma fehaciente deberá hacer el adquirente al arrendatario de las condiciones esenciales en que se efectuó la compraventa, mediante entrega de copia de la escritura o documento en que fuere formalizada.

En su virtud, esta Institución, al amparo del artículo 28.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, y considerando que el artículo 1524 del Código Civil, en su redacción actual, puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los ciudadanos, formula la siguiente recomendación:

«Que se estudie la conveniencia y necesidad de modificar el artículo 1524 del Código Civil, en el sentido de que contemple la notificación fehaciente al retrayente de la compraventa efectuada y amplíe el plazo actualmente establecido para el ejercicio del derecho de retracto legal».

Madrid, 2 de diciembre de 2002.

**Recomendación dirigida al Ministro de Justicia.**

**Recomendación 126/2002, de 2 diciembre, sobre falta de resolución expresa de expedientes de responsabilidad patrimonial.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 419.)*

Son de referencia los escritos de V. E. de fechas 9 y 11 de octubre de 2002, remitiendo información relativa a las quejas presentadas ante esta Institución por doña (...), don (...) y doña (...), registradas con los números de expediente arriba reseñados.

A la vista del contenido de sus referidos informes, esta Institución se ve en la obligación de someter a V. E. las siguientes consideraciones como fundamento de la resolución con la que se concluye la presente comunicación:

Primera. El objeto de las quejas de referencia versaba sobre la demora en la resolución de sendos expedientes de responsabilidad patrimonial tramitados por el Insalud que se encontraban sin concluir cuando se produjo la transferencia de las funciones de dicho Instituto a esa Comunidad autónoma mediante el Real Decreto 1479/2001, de 27 de diciembre.

Segunda. Con estos antecedentes, se solicitó de esa Consejería la remisión de un informe sobre las previsiones existentes en relación con la finalización de los expedientes en cuestión, cuya resolución le correspondería al Instituto Madrileño de la Salud en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico y el Real Decreto de transferencias antes mencionado.

Tercera. En dos de los informes recibidos se nos anuncia que en el proceso de traspaso ni siquiera se llegaron a retirar, y no se incluyeron en las correspondientes actas de recepción y entrega, aquellos expedientes que como los que aquí se trata, aun cuando estaban pendientes



de resolución expresa, había vencido el plazo máximo para que ésta fuera dictada y, por tanto, debía entenderse desestimada la solicitud del interesado, al tener expedita la vía para la interposición de los recursos procedentes.

Con arreglo a lo anterior, se estaría manteniendo la tesis de que se trataría de procedimientos caducados por la inactividad de los interesados, al no haber hecho uso de las posibilidades que las normas de aplicación establecen para recurrir en los supuestos de inactividad de la Administración.

Cuarta. Con posterioridad a los trámites efectuados ante esa Consejería se ha recibido también escrito de queja de doña (...), a quien se ha asignado el número de expediente Q0216754, quien con fecha 18 de octubre de 1999 inició ante el Insalud un expediente de responsabilidad patrimonial (expte. 99/543) hasta la fecha no resuelto, a raíz del fallecimiento de su marido don (...), expediente éste que, según todos los indicios, debe encontrarse en el grupo de los que no fueron retirados por esa Consejería en el procedimiento de traspaso y que no van a ser, por tanto, objeto de resolución expresa.

Quinta. La posición mantenida por esa Consejería incurre en el error de considerar como una obligación de actuar lo que en los preceptos que se alegan, como fundamento de tal conclusión, se configura como mera posibilidad al alcance de los interesados en los supuestos de inactividad de la Administración. Así, y no de otra manera, hay que entender la repetida utilización del potestativo «podrán», tanto en la LRJ-PAC (artículos 43, 44, 142.3º y 143.3º), como en el Real Decreto 429/1993, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial (artículos 13.3º y 17.2º), y mucho más si se tiene en cuenta que la regulación del silencio administrativo efectuada por la LRJ-PAC, antes y después de la modificación operada por la Ley 4/1999, aparece sistemáticamente a continuación de un precepto que impone a la Administración la obligación de resolver expresamente.

Sexta. No puede, por tanto, admitirse una tesis como la mantenida en sus informes de referencia, que hace derivar unas consecuencias del silencio administrativo que no se corresponden en absoluto con la postura mantenida por el Tribunal Supremo, según una reiterada doctrina que sería ocioso citar, conforme a la cual el silencio administrativo es una simple ficción legal, de efectos estrictamente procesales, que opera siempre a favor del administrado.

En efecto, conforme a una jurisprudencia muy consolidada, el silencio negativo de la Administración —en este caso doble, al no resolver el

expediente ni emitir la certificación de acto presunto—, deja abierta la vía del recurso contencioso-administrativo en los plazos establecidos, pero ello no excluye el mantenimiento del deber de la Administración de resolver, que imponían, tanto el artículo 94 de la Ley del Procedimiento Administrativo de 1958, como los artículos 42.1º y 43.1º segundo párrafo de la Ley 30/1992 (LRJ-PAC), y que se ha mantenido, e incluso aclarado, en la Ley 4/1999 de modificación de la LRJ-PAC (Ver por todas la STS, sala de lo contencioso-administrativo, sección 5ª, de 23 diciembre de 2000).

Según dicha doctrina, no se produce, propiamente, un acto administrativo de sentido desestimatorio, sino que estamos precisamente ante una ausencia de acto al que no es posible ligar ningún efecto jurídico material, al ser el silencio administrativo, como ya se ha dicho, una simple ficción a efectos estrictamente procesales limitados a abrir la vía del recurso en beneficio del particular recurrente a quien la Administración no responde expresamente a sus peticiones. Esto es, se trata de una mera posibilidad para el administrado, que siempre puede utilizar la solución de esperar a una resolución expresa quedando abierta la posibilidad de interponer los recursos procedentes.

Séptima. Para finalizar, debe recordarse que el Tribunal Supremo, al poner en relación el silencio administrativo negativo y el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, ha afirmado siempre que la Administración tiene, en todo caso, el deber de resolver expresamente y que el acto dictado tardíamente no puede estar exento de revisión jurisdiccional.

Ya se ha dicho antes, pero conviene repetir aquí, que el silencio administrativo es una ficción que la Ley establece en beneficio del que inició un procedimiento para que pueda entender desestimada su pretensión y deducir, frente a esta denegación presunta, la impugnación que en cada caso proceda, o esperar confiadamente a que la Administración cumpla su deber dictando una resolución expresa, siquiera sea tardía, sin que sea admisible que la Administración pretenda obtener un beneficio derivado de su actitud pasiva para sacar una consecuencia perjudicial para el administrado, y menos aún que para ello se invoque una doctrina, la del silencio administrativo, que está concebida precisamente en beneficio del administrado.

En base a cuantas consideraciones han quedado expuestas, y teniendo en cuenta que, según las previsiones del artículo 17. 2º de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, esta Institución ha de velar «porque la Administración resuelva expresamente, en tiempo y forma, las peticiones y recursos que le hayan sido formulados», esta Institución, al am-

paro de lo dispuesto en el artículo 30 de nuestra Ley Orgánica reguladora, se ve en la obligación de formular a V. E. la siguiente recomendación:

«Que por esa Consejería se lleven a cabo las actuaciones procedentes para recabar todos aquellos expedientes que, como los que han dado lugar a la tramitación de las presentes quejas, se encontraran pendientes de resolver por parte del Insalud en la fecha de efectos de la transferencia de funciones llevada a cabo mediante el Real Decreto 1479/2001, de 27 de diciembre, y se proceda a reanudar su tramitación hasta su resolución expresa que deberá ser notificada debidamente a los interesados».

Madrid, 2 de diciembre de 2002.

**Recomendación dirigida al Consejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid.**

**Recomendación 127/2002, de 2 de diciembre, sobre aparcamiento de residentes.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 424.)*

Se acusa recibo a su atento escrito, en el que nos contesta a la queja planteada por don (...) y registrada con el número arriba indicado.

En el informe de referencia se participa que efectuar un control periódico de que los titulares del derecho de uso de plaza de estacionamiento siguen reuniendo los requisitos por los que se les adjudicaron resulta difícil en la práctica, habida cuenta, que en la actualidad existen más de 80.000 plazas.

Esta Institución considera que, al menos, por parte de ese Ayuntamiento se debería efectuar un muestreo anual, dependiendo el número de controles a realizar de las disponibilidades de personal y presupuestarias, pues es evidente la escasez de este tipo de plazas de aparcamiento en la capital y el elevado número de usuarios que las demandan.

Por ello, parece necesario asegurarse de que aquellas plazas que fueron adjudicadas en su día, son utilizadas por sus propietarios sin que existan fraudes al respecto.

Por todo lo anterior, esta Institución reitera el contenido de la recomendación formulada<sup>33</sup>, si bien en el sentido de que los controles, debido a la imposibilidad material de hacerlos en gran número, al menos se efectúen a través de muestreos.

Madrid, 2 de diciembre de 2002.

**Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Madrid.**

---

<sup>33</sup> Recomendación 52/2002 de este mismo volumen.



**Recomendación 128/2002, de 3 de diciembre, sobre modificación de la normativa reglamentaria básica de ordenación de la formación profesional específica para que en la misma se contemple la posibilidad de conceder matrícula de honor a los alumnos que cursan dichas enseñanzas.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 407.)*

Es de referencia la queja que figura inscrita en el registro del Defensor del Pueblo a nombre de doña (...), con el número arriba indicado.

En relación con la misma se ha recibido un escrito de la Dirección General de Educación, Formación Profesional e Innovación Educativa, de ese departamento, con el que se aporta el informe solicitado sobre la citada queja, cuya promovente cuestionaba el hecho de que la actual normativa sobre ordenación de la formación profesional no contemple la posibilidad de conceder matrícula de honor a alumnos que hubieran obtenido un resultado sobresaliente en los referidos estudios.

En el informe mencionado se describen los distintos aspectos de la actual configuración de los estudios de la formación profesional específica en la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE), que han servido de base a la definición del sistema de calificaciones de los referidos estudios, entre las que no se encuentra la mención de matrícula de honor.

El mismo informe se refiere a la creación de los premios nacionales y extraordinarios de formación profesional y, en relación con la cuestión que planteaba esta Institución al iniciar la presente tramitación —dirigida a conocer el punto en que se encuentra la elaboración o, en su caso, la tramitación de la norma reglamentaria básica que, según se había manifestado con anterioridad al Defensor del Pueblo, tiene intención de aprobar ese departamento para extender a los estudios de formación

profesional la posibilidad de obtener la citada mención académica—, se señala que será en la fase de desarrollo reglamentario de la recientemente aprobada Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, en la que se planteará la procedencia de incluir la repetida mención honorífica «desde la óptica de la formación y de la calificación profesional, y no sólo desde una perspectiva académica».

Esta Institución coincide plenamente con la descripción que de los estudios de la formación profesional específica se contiene en el informe aportado, y con su comprensión como prioritariamente conducentes a la práctica profesional que, sin duda, se desprende de la regulación legal y reglamentaria de las citadas enseñanzas, y debe expresar, al propio tiempo, que considera muy positivamente el establecimiento de los premios nacionales que se mencionan en el informe remitido.

Sin embargo, dichos premios no pueden considerarse, a juicio del Defensor del Pueblo, más que como la iniciación de una línea en la que debería profundizarse, tendente a la dignificación y a la inserción de los estudios de formación profesional dentro del sistema educativo con el mismo nivel de consideración que los estudios de bachillerato o universitarios.

No cabe, en efecto, olvidar que la LOGSE se ha dirigido a la eliminación de todos los datos normativos de los que en la anterior ordenación educativa se desprendía el carácter de la formación profesional como vía académica secundaria. La aplicación de la mención honorífica ya referida a los estudios de formación profesional sería profundamente coherente con el objetivo mencionado, en la medida en que apoyaría la percepción social de estos estudios como realmente equiparables, desde el punto de vista de su consideración o relevancia educativa, con los otros estudios en los que ya está establecida.

De otra parte, tampoco es posible hacer abstracción del hecho de que la propia LOGSE, no obstante la concepción en la misma de estos estudios como de carácter final, es decir, como inmediatamente dirigidos a la práctica profesional y no a la prosecución de estudios sucesivos, contempla la posibilidad de que los alumnos procedentes de la formación profesional de grado superior accedan a determinados estudios universitarios, especialmente relacionados con los de formación profesional que hayan realizado previamente.

También, teniendo en cuenta este último dato y en la misma línea de eliminación de cualquier factor que remita a la consideración secundaria de estos estudios, propia de la ordenación académica anterior, sería muy

conveniente, a juicio de esta Institución, extender a la formación profesional menciones especiales como la de matrícula de honor, establecidas para otras enseñanzas conducentes a los estudios universitarios, a las que tradicionalmente se vienen vinculando el beneficio de la exención de los precios de enseñanza en el primer curso de estos últimos estudios.

Aunque, obviamente, el establecimiento de esta última determinación corresponde a las comunidades autónomas, tal y como se puntualiza en el informe de la Dirección General de Educación, Formación Profesional e Innovación Educativa, emitido en el curso de la tramitación de una queja anterior (Q9820110) relativa al asunto ahora de nuevo planteado, entiende esta Institución que la modificación de las normas básicas sobre evaluación en la formación profesional y la inclusión en las mismas de la posibilidad de otorgar, a quienes los cursen, la mención honorífica de matrícula de honor en las mismas circunstancias y términos establecidos actualmente para el bachillerato, dejaría abierta la posibilidad de que aquéllas, en el uso de las facultades que tiene atribuidas para la determinación de las tasas académicas, dentro de los límites establecidos por el Consejo de Universidades, extendieran a los alumnos que acreditasen matrícula de honor en sus estudios previos de formación profesional el régimen de exenciones del que ahora sólo pueden beneficiarse los alumnos de bachillerato.

Por último, entiende esta Institución que la adopción de esta última opción por todas las comunidades autónomas debería apoyarse desde ese departamento que, por su parte, debería adoptarla en relación con la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), que actualmente tiene encomendada, y plantearse en el ámbito de la Conferencia Sectorial de Educación con la finalidad de que en su seno se examinase y propusiese la adopción de iniciativas dirigidas al establecimiento de la citada nueva exención por las universidades ubicadas en sus respectivos ámbitos territoriales.

Por lo hasta aquí expuesto, esta Institución, al amparo de las previsiones contenidas en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, considera preciso formular a V. E. la siguiente recomendación:

«Que por ese departamento se actúe en la línea que ha quedado apuntada a lo largo de este escrito, y se adopten las iniciativas precisas para la modificación de la normativa reglamentaria vigente en los términos precisos para que en la misma se contemple la posible concesión a alumnos de Formación Profesional Específica de la mención de matrícula de honor en circunstancias y condiciones equiparables a las que vienen aplicándose en las enseñanzas de bachillerato, así como para propi-



ciar que por las distintas comunidades autónomas, al establecer las tasas académicas universitarias, se extienda a dichos alumnos la exención de las mismas en el primer curso de estudios universitarios, de la que actualmente se benefician los alumnos de bachillerato».

Madrid, 3 de diciembre de 2002.

**Recomendación dirigida al Secretario de Estado de Educación y Universidades.**

**Recomendación 129/2002, de 3 de diciembre, sobre comisión de servicios.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 412.)*

Agradecemos su escrito (s/ref.: n.º 002369), en relación con la queja planteada ante esta Institución por don (...), registrada con el número arriba indicado, en el que nos remite copia del correo electrónico número 1922 por el que se convocaron vacantes en comisión de servicios, con carácter voluntario y sin derecho a dietas.

En relación con el asunto que nos ocupa, ese centro directivo puso de manifiesto en el anterior informe remitido a esta Institución, que es habitual que una parte importante de las personas que ingresan en el Cuerpo Nacional de Policía, quieran trasladarse a sus lugares de preferencia, por motivos, en muchas ocasiones similares al del interesado, y el principio de igualdad, exige que para ello deba estarse a lo dispuesto en el citado Reglamento de Provisión de Puestos de Trabajo y, sólo en casos muy excepcionales, teniendo en cuenta las necesidades de las distintas plantillas, se utiliza la fórmula de la comisión de servicio para cubrir necesidades temporales.

A la vista de lo anterior, se considera necesario insistir en las argumentaciones expuestas ante esa Dirección General por esta Institución, en el sentido de que, si la Administración tiene la necesidad y urgencia de cubrir determinada vacante en una provincia, y conoce la existencia de personas que, por razones personales y humanitarias, desean trabajar en esa localidad, siempre que el peticionario cumpliera los requisitos exigidos para el puesto que fuera a cubrirse en comisión de servicios y el perfil del agente se adecuara al mismo, se deberían, a juicio de esta Institución, sintonizar y aunar ambas necesidades atendiendo al principio de equidad y así, sin incumplir la norma y atendiendo efectivamente

a las necesidades de la Administración, cubrir la vacante con la necesidad manifestada por el agente.

En este orden de cosas, y con las peculiaridades que supone el desarrollo de la función policial, se satisfaría una necesidad personal que, sin duda, repercutiría favorablemente en la labor diaria a desempeñar en su puesto de trabajo.

Por todo lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formular la siguiente recomendación: «Que, en aquellos casos en que se convoquen vacantes en comisión de servicio, en las solicitudes que formulen los agentes se tengan en cuenta las situaciones familiares y humanitarias que afectan a los mismos, de modo que con ello se pueda subsanar, en la medida de lo posible, los problemas de quebranto de la unidad familiar que les puedan afectar».

Madrid, 3 de diciembre de 2002.

**Recomendación dirigida al Director General de la Policía.**

**Recomendación 130/2002, de 3 de diciembre, sobre valoración del expediente académico de los alumnos a efectos de la admisión en centros sostenidos con fondos públicos para cursar enseñanzas obligatorias.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 417.)*

Es de referencia su escrito de fecha 22 de agosto último (s/ref.: salida 6799, de 16.9), en el que se aporta el informe solicitado por el Defensor del Pueblo en relación con la queja formulada por las asociaciones de madres y padres de alumnos constituidas en los institutos de educación secundaria (...), (...), y en los colegios públicos (...), (...) y (...), de León, inscrita en el registro de esta Institución con el número arriba indicado.

De cuanto se manifiesta en su citado escrito se desprende que esa Consejería considera acorde con la normativa legal y reglamentaria vigente en materia de admisión de alumnos, la decisión adoptada por el Consejo Escolar de determinado instituto de educación secundaria de la ciudad de León, al amparo del artículo 10.1.f), del Real Decreto 366/1997, de 14 de marzo, de valorar como criterio complementario y a efectos de acceso a la educación secundaria obligatoria el expediente académico de los alumnos, otorgando mayor puntuación por dicho criterio a los alumnos que acrediten mejores calificaciones académicas.

Esta Institución, examinado cuanto se manifiesta en su repetido informe, considera preciso establecer las siguientes puntualizaciones sobre cuya base se formulará la recomendación pertinente al término de este escrito.

La Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación (LODE), al definir los criterios prioritarios de admisión de alumnos abre la posibilidad de que a dichos efectos se tengan en cuenta otros criterios, algunos de los cuales se contemplan expresamente en la

normativa reglamentaria sobre admisión, al tiempo que en la misma se deja a los órganos de admisión de los centros la facultad de valorar «cualquier otra circunstancia libremente apreciada por el órgano competente del centro, de acuerdo con criterios objetivos que deberán ser hechos públicos por los centros con anterioridad al inicio del proceso de admisión».

El precepto reglamentario faculta a los órganos de admisión para apreciar libremente otros criterios complementarios, sin establecer precisiones respecto del tipo de circunstancias en concreto valorables por aplicación de la mencionada previsión normativa, si bien se precisa que deberán establecerse atendiendo a criterios objetivos, y se señala que habrán de hacerse públicos antes del inicio del proceso de admisión en que vayan a aplicarse.

No obstante la falta de concreción indicada y el tenor literal del precepto transcrito, esta Institución entiende que el mismo no habilita para la valoración de absolutamente cualquier circunstancia que los órganos de admisión decidan apreciar, sino que resulta exigible que las circunstancias valorables guarden la debida coherencia con los principios y criterios que configuran la regulación del derecho a la educación y el sistema educativo

Así parece haberlo entendido la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en sentencia de fecha 9 de septiembre de 1987, en la que, al pronunciarse sobre la adecuación a la LODE de la previsión reglamentaria mencionada, se señala expresamente que la nominación expresa en la citada Ley Orgánica de los criterios prioritarios de admisión —rentas anuales de la unidad familiar, proximidad del domicilio y existencia de hermanos matriculados en el centro— «no excluye la posibilidad de que del conjunto del régimen constitucional y legal que rige la enseñanza pública no puedan extraerse otras que tengan un valor tan primordial como el de los anteriormente enunciados y que por su naturaleza objetiva y la justificación que tienen, desde el punto de vista de una razonable ordenación del ejercicio del derecho a la educación consagrado en el artículo 27 del texto constitucional, pueden considerarse plenamente integradas en el mismo y sin afectar, por otra parte, al imperativo igualatorio recogido en el artículo 14 de la Constitución».

En definitiva, entiende el Tribunal Supremo en la citada sentencia, a la que se remiten otras posteriores, que los criterios que autorizan a valorar el citado precepto no pueden resultar ajenos a las prescripciones constitucionales y al marco legal que rigen la enseñanza pública; han de justificarse desde el punto de vista de una adecuada ordenación del ejercicio del derecho a la educación, y no deben afectar, por último, al principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución.

Esta Institución no sólo no puede advertir que de la regulación constitucional y legal que rige la enseñanza quepa extraer argumentos que autoricen a valorar el expediente o los resultados académicos de los alumnos, a efectos de admisión en los centros docentes para cursar enseñanzas obligatorias, sino que entiende que de dicha regulación cabe deducir argumentos que, en sentido contrario, se oponen, a juicio del Defensor del Pueblo, a dicha valoración.

En concreto, la Ley de Ordenación General del Sistema Educativo, al definir las situaciones ante las que procede la adopción de medidas de compensación educativa, se refiere a factores socioeconómicos como determinantes de dificultades tanto en el acceso a la educación, como en la obtención por los alumnos de los objetivos que tiene propuestos cada etapa o nivel educativo y, en definitiva, como condicionantes, en buena medida, de los resultados y calificaciones académicas de los alumnos.

No cabe, por consiguiente, calificar como una afirmación gratuita la que se contenía en el escrito de tramitación de la queja, en el sentido de que el rendimiento académico y las calificaciones de los alumnos están a menudo vinculadas con el nivel socioeconómico y cultural de sus familias y que, por tanto, el criterio cuestionado puede implicar una discriminación, en la medida en que tal apreciación se deduce de la regulación legal vigente en materia de compensación educativa y preside las normas reglamentarias que, en su desarrollo, contemplan la ordenación de las acciones dirigidas a la compensación de desigualdades en educación.

No se trata, evidentemente, de establecer una correlación matemática entre el nivel de rentas o social de las familias de los alumnos y los resultados académicos de estos últimos, en los que, sin duda, inciden otros factores, sino de sentar que los alumnos procedentes de familias con menores niveles de rentas presentan, con mayor frecuencia, peores resultados académicos y calificaciones que los que pertenecen a unidades familiares con mayores ingresos.

Establecido lo anterior, no parece que concuerde con la actual regulación de la enseñanza y, en concreto, con la filosofía que preside la compensación de desigualdades ante la educación, dirigida a remover los obstáculos y dificultades que, entre otras, por razones socioeconómicas, afecten a los alumnos ante el hecho educativo, el que los alumnos con peores calificaciones en sus estudios previos tengan mayores dificultades para obtener plaza en los centros solicitados. A ello se añade el sin duda perverso efecto de concentrar en determinados centros a los alumnos con mejor rendimiento académico y relegando a los demás a otros centros donde, lógicamente, se ralentizará aún más la adquisición de conocimientos y el logro de los objetivos de cada nivel y etapa.

Tampoco desde la propia lógica que preside la regulación en la LODE de los criterios prioritarios de admisión de alumnos parece aceptable el referido criterio complementario que, a través de la atribución de mayor puntuación a circunstancias que pueden estar a menudo relacionadas con el mayor nivel de rentas de los solicitantes, viene en definitiva a menoscabar la repercusión en los resultados de los procesos de admisión del criterio básico de rentas familiares que, por el contrario, puntúa a los alumnos de manera inversamente proporcional al nivel económico de sus familias.

Por último, y visto ya que la regulación vigente en materia educativa no proporciona justificación objetiva para el establecimiento del criterio complementario mencionado, tampoco parece que desde un punto de vista meramente práctico sus resultados puedan contribuir ni a una ordenación razonable del proceso educativo ni a la efectividad del derecho a la libre elección de centro. En efecto, si sólo aplican este criterio algunos centros, se producirá el indeseable efecto ya mencionado de concentrar a los alumnos según sus resultados académicos en estos centros y en los demás, agravando las dificultades de estos últimos y las de sus alumnos. Por el contrario si el criterio se generaliza y lo aplican la totalidad de los centros, resultaría completamente inútil y se estaría desperdiciando la oportunidad de usar otro criterio realmente válido y objetivo.

De otra parte, y en este aspecto, parece conveniente reproducir los argumentos que se exponían al iniciar la tramitación de la presente queja, aun admitida como hipótesis la adecuación a derecho del criterio complementario a que se viene haciendo referencia, no cabe ignorar, para cuestionar dicho criterio desde el punto de vista de su oportunidad, que dada la actual estructuración en ciclos bianuales de los estudios de educación primaria y las fechas en que se celebran los procesos de admisión, las últimas calificaciones que se pueden tener en cuenta, a efectos de la aplicación del repetido criterio de admisión para iniciar enseñanzas de educación secundaria, son las correspondientes al final del segundo ciclo de educación primaria que, tanto por la edad en la que se concluyen, como por corresponder a enseñanzas terminadas dos cursos antes de la formulación de la solicitud de plaza, no son indicativas de la situación académica actual del alumno, ni permiten prever, si es lo que a través de la valoración del referido criterio complementario se pretende, el futuro rendimiento académico de los alumnos.

En base a las consideraciones que quedan expuestas y haciendo uso de las facultades que tiene atribuidas por el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, esta Institución considera preciso dirigir a V. E. la siguiente recomendación:

«Que se cursen instrucciones al instituto de educación secundaria a que hace referencia la presente queja para que, en futuros procesos de admisión de alumnos para cursar enseñanzas obligatorias, los criterios complementarios que establezca su Consejo Escolar, de acuerdo con las facultades que le atribuye el artículo 10.1 del Real Decreto 366/1997, de 14 de marzo, se ajusten a la regulación educativa vigente, y para que, en concreto, no se valore en el concepto mencionado el expediente académico de los alumnos por no adecuarse a la referida normativa».

Madrid, 3 de diciembre de 2002.

**Recomendación dirigida al Consejero de Educación y Cultura de la Junta de Castilla y León.**





**Recomendación 131/2002, de 3 de diciembre, sobre interpretación de previsiones de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación, sobre incumplimiento de los conciertos educativos en supuestos de inadmisión de un profesor cuyo despido hubiera sido declarado improcedente.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 418.)*

Es de referencia su escrito de fecha 16 de octubre último (s/ref.: salida 09/438716.6/02, de 24.10), en el que aporta informe complementario solicitado por esta Institución en relación con la queja cuyo número de referencia se indica más arriba.

En su citada comunicación viene a mantenerse una interpretación del apartado 1.f), en relación con el apartado 3, ambos del artículo 62 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación, cuya adecuación suscita a esta Institución distintas dudas que se exponen a continuación.

En el primero de los aludidos preceptos [artículo 61.1.f)] se menciona como una de las conductas constitutivas de incumplimiento de los conciertos educativos por parte de los titulares de los centros, la de «proceder a despidos del profesorado establecido cuando aquéllos hayan sido declarados improcedentes por sentencia de la jurisdicción competente». En el segundo (artículo 62.3), se establece que los incumplimientos no graves —de acuerdo con el apartado 2 del mismo artículo, todos aquellos definidos en el apartado 1, en los que no concurra ánimo de lucro, intencionalidad evidente, perturbación manifiesta del servicio de la enseñanza o que no se hayan producido de forma reiterada o reincidente—, darán lugar a apercibimiento por parte de la Administración educativa competente al titular del centro, precisándose a continuación que si éste no subsanase el incumplimiento la administración le aperi-

birá de nuevo, y que de persistir en su actitud ésta se considerará constitutiva de un incumplimiento grave.

Pues bien, en el informe remitido sobre la presente queja, que hace referencia a un supuesto en el que el titular del centro decidió mantener el despido de una profesora que había sido declarado improcedente por la jurisdicción social, se sostiene una interpretación según la cual el referido incumplimiento, calificado como menos grave al no concurrir, según se entiende, ninguna de las circunstancias definidas en el artículo 62.2. de la Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación, ya mencionado, debe entenderse subsanado por el centro, a raíz del apercibimiento practicado por esa Consejería mediante Resolución de 25 de marzo de 2002, al haberse procedido por su titular al abono a la interesada de la indemnización fijada en la sentencia correspondiente para el supuesto de que no se readmitiese a la profesora.

A esta Institución, como ya se ha apuntado, le suscita graves dudas la adecuación jurídica de la mencionada interpretación que no se ajusta al tenor literal del artículo 62.1.f) de la Ley Orgánica del Derecho a la Educación, ya mencionado, ni a la interpretación que del mismo ha mantenido el Tribunal Constitucional (sentencia 77/1985, de 27 de junio, recaída sobre recurso previo de inconstitucionalidad interpuesto contra el proyecto de ley orgánica reguladora del derecho a la educación).

El referido precepto legal configura literalmente como causa de incumplimiento del concierto el hecho de que el titular de un centro concertado proceda a despidos de profesores que hubieran sido declarados improcedentes por la jurisdicción social. Debe entenderse, por consiguiente, atendiendo a la redacción literal del precepto, que se incurre en dicho incumplimiento siempre que, declarado improcedente un despido, el titular del centro no ejercita la opción de readmisión del trabajador y decide poner término a la relación laboral.

El abono por el mismo titular de la indemnización que se fija con carácter alternativo para el supuesto de resolución de la relación laboral, implica, en efecto, tal y como se señala en su informe, que implica el cumplimiento de la sentencia por el titular del centro, pero no puede entenderse, al propio tiempo, como subsanación del incumplimiento del concierto definido en el repetido artículo 62.1.f), que únicamente se produciría, a juicio de esta Institución, en el supuesto de que se optara por la readmisión del trabajador.

Una interpretación como la que se mantiene en el informe aportado, además de resultar contraria a la dicción literal del precepto, significaría privar al mismo de toda efectividad en la medida en que, si de acuer-

do con dicha interpretación puede entenderse subsanado el incumplimiento tanto en el supuesto de readmisión del profesor como en el de abono de la indemnización sustitutoria, la referida prescripción legal no vendría a añadir ni a modificar en nada el régimen general que se establece para los supuestos correspondientes en la legislación laboral.

Adicionalmente, la interpretación mantenida no se ajusta a la realizada por el Tribunal Constitucional en la sentencia mencionada, en la que ha declarado expresamente que la finalidad del precepto es la de «garantizar a los profesores una estabilidad, fuera de las causas que hacen procedente el despido en la legislación laboral —articulando— (...) una excepción a la normativa sobre ejecución, en caso de despido improcedente» (FJ 26 de la STC 77/1985, de 27 de junio, ya mencionada).

En definitiva, lo que a juicio del Tribunal Constitucional pretende la ley a través de la definición de la causa de incumplimiento mencionada es inclinar la voluntad del empresario titular de un centro docente concertado hacia la readmisión de los profesores en aquellos casos en los que el despido hubiera sido calificado como improcedente por los tribunales, introduciendo una excepción a la legislación laboral general que «aparece justificada por cuanto tiende a evitar la arbitrariedad en el despido del profesorado que convertiría en ilusoria la libertad de cátedra y que disminuiría la garantía de la efectividad del derecho a la educación de los alumnos, ya que la enseñanza sólo puede impartirse aceptablemente en condiciones de una auténtica estabilidad».

La interpretación que, desde el punto de vista de la finalidad pretendida por el precepto, realiza el Tribunal Constitucional en la referida sentencia, no autoriza, a juicio de esta Institución, a entender subsanado el incumplimiento del concierto que se define en el mismo; en otro supuesto que no sea el de readmisión del profesor cuyo despido hubiera sido declarado improcedente y obligaría, en consecuencia, en cualquier otro supuesto, a entender desatendido el apercibimiento que se contempla en el apartado 3 del mismo artículo, al margen de que pudiera estimarse cumplida la sentencia de la jurisdicción social si por el empleador, que hubiera optado por la rescisión del contrato laboral, se hubiera abonado la indemnización alternativa en los términos que se hubieran establecido en aquélla.

En conclusión, entiende esta Institución que en el supuesto planteado, al no haberse procedido por el titular del centro a la readmisión de la profesora, una vez practicado el requerimiento ya mencionado, procedería de acuerdo con el artículo 62.3 de la Ley Orgánica del Derecho a la Educación ya varias veces mencionado, la práctica de un nuevo apercibimiento y, en su caso, y de no dar el mismo lugar a la readmisión

de la profesora, conducta que debe entenderse en principio constitutiva ya de un incumplimiento grave del concierto, la iniciación de las actuaciones previstas en el artículo 61 del mismo texto legal.

Lo expuesto hasta aquí lleva a esta Institución, al amparo de las previsiones contenidas en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, a sugerir a V. E. la modificación del criterio mantenido en relación con el despido de doña (...) por parte del centro privado concertado (...) y las consecuencias que de ello deben derivarse, de acuerdo con la normativa vigente en la materia, y recomendar, asimismo, que, en lo sucesivo, en supuestos similares al aquí tratado se aplique por parte de esa Consejería el criterio propuesto para dicho asunto.

Madrid, 3 de diciembre de 2002.

**Recomendación dirigida al Consejero de Educación de la Comunidad de Madrid.**

**Recomendación 132/2002, de 3 de diciembre, sobre la redacción y aprobación de una normativa propia del Consell Insular de Ibiza y Formentera, regulando la actividad publicitaria que lleva a cabo su Administración.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 426.)*

Esta Institución agradece el detallado informe remitido por ese Consell Insular en relación con la queja planteada por don (...), actuando en nombre y representación de la entidad (...) sobre supuesta discriminación padecida por dicho diario en la contratación de inserciones publicitarias.

Examinado con todo detenimiento el precitado informe, y asimismo la abundante jurisprudencia relativa a la aplicación del principio constitucional de igualdad, en relación con la publicidad institucional y de otro carácter contratada con medios de comunicación por las distintas administraciones públicas, esta Institución considera necesario efectuar alguna matización sobre el alcance de algunas de las afirmaciones que se contienen en dicho informe.

Parece fuera de toda duda —y en este sentido la jurisprudencia es constante y además meridianamente clara— que la publicidad institucional que lleven a cabo las administraciones públicas, debe someterse plenamente al principio constitucional de igualdad y, en consecuencia, distribuirse entre los distintos medios de comunicación del ámbito territorial en el que se lleve a cabo la campaña, a fin de que todos ellos participen de los beneficios derivados de esta actividad pública.

Cuando la publicidad efectuada por las distintas administraciones públicas no tiene carácter institucional sino que es resultado de la actividad cotidiana de las mismas (anuncios, avisos, convocatorias, etc.), se apunta en su informe la idea —extraída, al parecer, del tenor literal de

algunos pronunciamientos jurisprudenciales— de que rige para estos casos el principio de libertad de contratación y que, por lo tanto, la Administración contratante no estaría sometida en estos supuestos a las limitaciones derivadas de la aplicación del principio constitucional de igualdad.

A juicio de esta Institución, tal idea no puede ser admitida sino muy matizadamente y sólo para expresar que, a diferencia del reparto obligado entre los medios, en adecuada proporción a las circunstancias de éstos y de la campaña de que se trate, que exige el principio de igualdad en lo que se refiere a la publicidad institucional, las administraciones pueden elegir el medio o los medios en los que insertar la publicidad derivada de su actividad cotidiana, respetando siempre los principios de eficacia y servicio objetivo al interés general que deben presidir, en todo caso, su toma de decisiones.

Dicho de otro modo, si la publicación de un determinado anuncio o una determinada convocatoria puede efectuarse en varios medios de comunicación de características similares y con un coste parejo, la Administración debe elegir aquel medio de comunicación que resulte más idóneo en razón de la publicidad que haya de darse a ese concreto anuncio o convocatoria, tomando en consideración los posibles destinatarios de ésta, el ámbito territorial en que se distribuya el medio o, más en general, la accesibilidad que los ciudadanos tengan a tal medio de comunicación. De igual modo, si una determinada actuación administrativa (el anuncio de exposición pública de un expediente) debe ser publicada por imperativo legal en los dos medios de mayor difusión de un ámbito territorial determinado, la Administración no es en absoluto libre para elegir los medios de comunicación con los que contratar el anuncio entre los que se distribuyan en dicho ámbito territorial, sino que deberá hacerlo precisamente con aquellos que se ajusten a la prescripción legal de liderar la difusión en el mismo.

La formación de la voluntad de las administraciones públicas nunca es libre, y siempre debe someterse a los principios constitucionales y legales que rigen la actuación de éstas. Incluso la actuación discrecional de las administraciones públicas incluye una serie de elementos reglados plenamente susceptibles de ser controlados por vía jurisdiccional, en un sometimiento pleno a la ley y al Derecho que alcanza su mejor expresión en el control de la esencia misma de los actos discrecionales a través de la interdicción de la desviación de poder.

Esta Institución considera que la jurisprudencia del Supremo alegada por V. E. no podría justificar la idea de que la contratación de publicidad relativa a la actividad cotidiana de cualquier Administración pública

sea plenamente libre para ésta y exenta por tanto de cualquier control. No podría justificarse tal idea porque, como ya se ha dicho, no existe ningún ámbito de la actuación administrativa en el que se dé esta circunstancia ya que toda ella, absolutamente toda, está sometida a la ley y al Derecho (CE artículo 103.1) y al control de los tribunales, que supervisan su sometimiento a la legalidad y a los fines que la justifican (CE artículo 106.1). Y no podría justificarse tampoco, porque las sentencias aludidas por V. E. no contienen una afirmación de ese carácter (por más que la dicción literal de alguna de ellas pudiera inducir al error), sino que se limitan a diferenciar aquellos supuestos en los que la naturaleza institucional de la publicidad exige su reparto entre los medios, de acuerdo con el principio de igualdad, sin que quede margen alguno de apreciación discrecional a favor de la administraciones públicas, de aquellos otros en los que el carácter no institucional de la publicidad determina que las administraciones públicas, en cada caso y según las circunstancias, deban concretar cuáles de entre los posibles, son los medios de comunicación idóneos para la inserción publicitaria de que se trate.

A juicio de esta Institución, sólo una interpretación como la expresada permite conciliar la plena efectividad del derecho a la igualdad y el sometimiento pleno a la ley y al Derecho de todas las actuaciones administrativas, con la discrecionalidad de la que deben disponer las autoridades públicas para el ejercicio de sus competencias en todos aquellos ámbitos en los que no esté predeterminado por las normas el alcance concreto de su intervención.

La relación entre los poderes públicos y los medios de comunicación no están exentas de tensiones derivadas de la trascendencia de éstos en la formación de la opinión pública y la efectividad del derecho a la información. Desde hace años esta Institución viene manifestando su preocupación por este problema y ha dejado constancia de sus opiniones al respecto en varios de los informes anuales presentados ante la Cortes Generales. En particular se ha hecho hincapié en la conveniencia de crear la figura de una «autoridad independiente», sin vínculos ni dependencia con el poder ejecutivo, que controle la actividad de los medios de comunicación cuando éstos son de titularidad pública. Asimismo se ha resaltado la conveniencia de revisar y actualizar toda la normativa en materia de medios de comunicación, alguna aún preconstitucional, para garantizar la eficaz protección de los derechos constitucionales, particularmente el derecho a la información y la protección de la juventud y la infancia.

En lo que se refiere a las relaciones de las administraciones públicas con los medios de comunicación a efectos de la contratación de pu-



blicidad viene siendo relativamente frecuente la aprobación de normas legales que regulan esta materia (así, por ejemplo, Ley 18/2000 de Cataluña, Ley 6/1996, de Extremadura, etc.), regulación que suele limitarse a la denominada publicidad institucional, pero que en algún supuesto alcanza ya a la totalidad de la actividad publicitaria de la Administración (así en Andalucía, Ley 4 /1999, de 11 de mayo).

En la opinión del Defensor del Pueblo la línea seguida por esta última Comunidad autónoma es la que mejor garantiza la objetividad y el servicio a los intereses generales en la actividad publicitaria que desarrollan habitualmente y cada vez con mayor intensidad las administraciones públicas. Que esta Institución tenga noticia, esa Comunidad autónoma no ha aprobado ni tiene previsto hacerlo en un futuro inmediato una norma general que regule esta materia. Al margen de que se considere la posibilidad de recomendar en el próximo Informe anual que se presente ante las Cortes Generales la adopción de iniciativas en este sentido, sí parece conveniente animar a ese Consell a que entre tanto se apruebe una norma general para toda la Comunidad autónoma regulando la actividad publicitaria de las administraciones públicas de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears se proceda a la redacción y aprobación de una normativa propia para la actividad de ese Consell.

En consecuencia, esta Institución en el ejercicio de la responsabilidad que le confiere el artículo 54 de la Constitución, y al amparo del artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, viene a formular a V. E. la siguiente recomendación:

«Que se proceda a la redacción y aprobación de una normativa propia de ese Consell regulando la actividad publicitaria que lleve a cabo su Administración».

Madrid, 3 de diciembre de 2002.

**Recomendación dirigida a la Presidenta del Consell Insular de Ibiza y Formentera.**

**Recomendación 133/2002, de 13 de diciembre, sobre celebración de pruebas selectivas.**

(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 423.)

Acusamos recibo de su escrito de fecha 10 de septiembre de 2002 (s/ref.: salida 13.09.02), sobre la queja formulada por don (...), que quedó registrada en esta Institución con el número arriba indicado, y que versa sobre la celebración de las pruebas selectivas para cubrir 8 plazas de Subinspectores del Cuerpo de la Policía Municipal de Madrid, convocadas en el *Boletín Oficial del Estado* n.º 253 de fecha 22 de octubre de 1994.

Estudiado el contenido del informe adjuntado a su citado escrito, esta Institución estima conveniente manifestar lo siguiente:

El 21 de septiembre del año 2000 se puso en conocimiento de V. E. que el formulante de esta queja había cursado su solicitud de admisión a las pruebas selectivas, para la citada oposición de Subinspectores del Cuerpo de la Policía Municipal de Madrid y que, como quiera que ese proceso selectivo se paralizó por haberse interpuesto un recurso contencioso administrativo contra la convocatoria, mediante un escrito que dirigió a esa Alcaldía el 21 de noviembre de 1996 solicitó que se le informara sobre el estado en que se encontraba esa oposición, petición que tuvo que reiterar el 7 de enero de 1999 ante la falta de contestación expresa sin que tampoco se le facilitara la información demandada.

En el informe que ese Ayuntamiento remitió a esta Institución el 30 de noviembre de 2000 se comunicó que, al haberse dictado sentencia en el recurso contencioso-administrativo al que hacía referencia en su escrito el interesado y resueltos los problemas que planteaba su ejecución, habían desaparecido las causas que, en su momento, determinaron la paralización de las pruebas selectivas convocadas por Decreto del Conce-

jal Delegado del Área de Régimen Interior y Personal, de 14 de septiembre de 1994.

Igualmente informó esa Administración, el 17 de noviembre de 2000, de que, como consecuencia de ello, se estaban llevando a cabo las actuaciones en orden a continuar dicho proceso selectivo, manteniendo su eficacia la convocatoria de 14 de septiembre antes citada.

A la vista de la información facilitada, esta Institución consideró procedente concluir la investigación que se venía realizando al respecto dando cuenta de ello a V. E. y al interesado con fecha 8 de enero de 2001, al entender que el problema planteado estaba en vías de solución.

Sin embargo, en un nuevo escrito, que se dirigió a V. E. el pasado 4 de junio, se puso en su conocimiento que el formulante de la queja nos había indicado, en una nueva comparecencia, que continuaba subsistiendo la misma situación, ya que ni se habían contestado expresamente sus dos escritos ni, a pesar del tiempo transcurrido, se habían adoptado las medidas necesarias que conllevaran a la efectiva culminación del proceso selectivo antes referido.

En este sentido, en nuestro citado último escrito se le solicitaba expresamente un nuevo informe en el que se diera cuenta de las actuaciones administrativas llevadas a cabo, desde la notificación a ese Ayuntamiento de la sentencia dictada en el referido recurso contencioso-administrativo y de las razones por las que no se había finalizado el proceso selectivo.

En el informe que se ha recibido en esta Institución se indica que el tribunal calificador se ha reunido en catorce ocasiones, desde el 14 de mayo de 2001 hasta el 4 de septiembre pasado, por lo que el proceso selectivo no se encuentra paralizado y que, durante esas sesiones, se ha centrado esencialmente en el establecimiento de los criterios generales a los que debía sujetarse la valoración de los méritos aportados por los aspirantes en la fase de concurso, así como en la evaluación y valoración de los documentos aportados por cada uno de ellos.

De igual modo, se informa de que se ha designado a dos especialistas para que elaboren la prueba psicotécnica contemplada en las bases de la convocatoria y que el tribunal está cumpliendo de la forma más escrupulosa y con la máxima prudencia las previsiones contenidas en las citadas bases.

A la vista de lo anteriormente expuesto esta Institución tiene presente que ese Ayuntamiento acordó en su momento acatar y ejecutar la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo, que se in-

terpuso contra la expresada convocatoria de las pruebas selectivas para cubrir 8 plazas de Subinspectores del Cuerpo de la Policía Municipal de Madrid.

También tiene presente que esa corporación debe respetar la autonomía y soberanía que nuestro ordenamiento jurídico atribuye a los tribunales calificadoros, en el ejercicio de las competencias que le están reconocidas en cuanto a la organización y desarrollo de las pruebas selectivas y evaluación de los candidatos, así como en los trámites previos y anexos que conllevan.

No obstante, se constata que, a pesar de haberse salvado los obstáculos que existían y que impedían una pronta e inmediata reanudación de las pruebas selectivas que quedaron paralizadas, éstas no han dado comienzo hasta la fecha, porque se han producido circunstancias imprevistas (por ejemplo, el nombramiento y sustitución de miembros del tribunal calificador por decretos de la Concejalía de Personal de fechas 27 de febrero y 16 de abril de 2001, la designación de personal técnico de apoyo, etc.) y porque el tribunal calificador está precisando de numerosas sesiones para cumplimentar las tareas que exige la fase de concurso.

Como el largo tiempo transcurrido desde que se recibió la notificación de la sentencia ha permitido desarrollar las actuaciones anteriormente referidas y como esa corporación local debe guiar su actividad conforme a los principios de eficacia y celeridad, esta Institución entiende que ya restarán pocos trámites por realizar para que se complete esta etapa y se fije la fecha de la primera prueba selectiva.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, se ha resuelto formular a V. E. la siguiente recomendación:

«Que, dentro de las competencias que le corresponden en los procesos selectivos para acceder a la función pública local, el órgano correspondiente de ese Ayuntamiento adopte las medidas procedentes para que, a la mayor brevedad posible, se pueda culminar el proceso selectivo que se inició con la convocatoria, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* n.º 253 de fecha 22 de octubre de 1994, de pruebas selectivas para cubrir 8 plazas de Subinspectores del Cuerpo de la Policía Municipal de Madrid (por ejemplo, futuros nombramientos de miembros del tribunal calificador, resolución de los recursos que se presenten, nombramientos como funcionarios de los opositores propuestos, etc.)».

Dentro de dichas medidas también se incluyen, en el caso de que ello se considerase necesario, la dotación al tribunal calificador de todos

los medios que precise para que se lleve a puro y debido efecto el contenido de la sentencia recaída en el recurso contencioso-administrativo que se interpuso contra la citada convocatoria.

Dado que al mencionado órgano seleccionador le corresponden de forma exclusiva determinadas competencias durante el desarrollo de todo este proceso selectivo, las cuales deben ser observadas y respetadas por todos, y como quiera que su actuación también debe estar sujeta a los principios de legalidad, celeridad y eficacia, se considera oportuno que se le remita una copia de esta resolución para que adopte, a su vez, todas las medidas precisas que conlleven la fijación de la fecha de la primera prueba en el menor tiempo posible.

Madrid, 13 de diciembre de 2002.

**Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Madrid.**

**Recomendación 134/200, de 16 de diciembre, sobre el procedimiento de comprobación de la autenticidad de vínculo matrimonial en los casos de reagrupación familiar entre extranjeros no comunitarios.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 406.)*

Con ocasión de la queja formulada por doña (...), esta Institución tuvo conocimiento de que su esposo, don (...), había solicitado un visado de reagrupación familiar a fin de reunirse con ella, ante la oficina consular de Casablanca.

Tal visado había sido denegado en virtud de las siguientes consideraciones:

- Que había conocido a la esposa en el momento de firmar el acta matrimonial, ya que el matrimonio fue concertado por la familia.
- Que no había convivido con ella y desconocía datos esenciales de la esposa.
- Que la diferencia cultural a la que se aludía en la denegación estaba basada en que el señor (...) es licenciado en Geografía y la señora (...) trabaja en el servicio doméstico en España.

Esta Institución, tras evaluar el problema que planteaba la compareciente, manifestó a la Dirección General de Asuntos Consulares lo siguiente:

La afirmación de que el señor (...) había conocido a su esposa en el momento de firmar el acta matrimonial y teniendo en cuenta que el matrimonio había sido concertado por su familia, no puede llevar por sí sola a concluir que existe fraude por cuanto este tipo de matrimonios, como es sabido, es habitual en el ámbito nacional de los cónyuges.

Tales hechos, obviamente, pueden poner de manifiesto que el señor (...) desconozca datos esenciales de su esposa y, por otra parte, el hecho de que no haya convivido con ella resulta natural teniendo en cuenta que la celebración del matrimonio tuvo lugar —según se deduce del certificado consular que se adjunta— en fecha 10 de octubre de 2000 y el contrato de trabajo en España que aporta la interesada es de noviembre del mismo año, lo que supone que se trasladó a trabajar a nuestro país.

Así pues, no puede concluirse que el matrimonio sea fraudulento únicamente por estos hechos.

Por otra parte, la interesada afirma y así lo acredita documentalmente que está embarazada, manifestando que el padre de su hijo es el señor (...).

Finalmente y en relación con la tercera de las cuestiones, la referida a la diferencia cultural, del informe recibido parece deducirse que se han fundido dos premisas distintas para llegar a una única conclusión. En concreto, parece haberse llegado a la conclusión de que la realización de una actividad laboral concreta que no necesita titulación académica conlleva que la persona que la realiza no la tiene. En este sentido hay que manifestar que desconocemos la formación académica de la interesada (que también parece desconocer la oficina consular), así como también ignoramos si este tipo de diferencia juega un papel relevante en el lugar de origen de los cónyuges a la hora de contraer matrimonio o no se le da tanta importancia como la que le otorga la oficina consular hasta el punto de señalarla como indicio claro de existencia de matrimonio fraudulento.

Esta Institución, por lo anteriormente expuesto, considera cuestionable la decisión de denegar el visado en virtud de las anteriores premisas.

Al margen de lo anterior, lo que resulta aún más dudoso es que la resolución de 4 de diciembre de 1997, adoptada por el Consejo Europeo, sea determinante en el presente caso para concluir que se trata de un matrimonio fraudulento.

En efecto, la citada resolución en su preámbulo considera, en primer lugar, que el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconocen el derecho a casarse y a fundar una familia.

Por otro lado, la citada Resolución establece, en su apartado 6, que los Estados miembros tendrán en cuenta la Resolución en todas las propuestas encaminadas a modificar sus legislaciones nacionales, añadiendo que se esforzarán por adaptar sus legislaciones nacionales a la presente Resolución antes de 1 de enero de 1999.

Hay que tener presente, sin embargo, que la legislación estatal en esta materia no ha sido adaptada ni modificada y que, por tanto, los efectos del matrimonio de extranjeros contraído en el extranjero, sigue rigiéndose por la ley nacional de ambos, tal y como establece el artículo 9 del Código Civil, en sus apartados 1 y 2.

En efecto, el apartado 1 del citado artículo dispone que:

«La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte».

El apartado 2 del citado artículo establece que:

«Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo».

En el presente caso, resulta evidente, que, según nuestro Código Civil, la validez y requisitos del matrimonio se rigen por la ley personal de los cónyuges y, en consecuencia, no es la autoridad española la que puede cuestionar ambos extremos, si bien ante la presunción de que la celebración de ese matrimonio pudiera tener como objetivo facilitar la entrada de un ciudadano, en concreto, del señor (...) pudieron haberse exigido otros documentos.

Ha de tenerse presente, además, que la interesada no ha solicitado inscribir su matrimonio en el Registro español, cuestión que sí obligaría a analizar profundamente si los requisitos para realizar dicho negocio jurídico en el país de los interesados coinciden con los españoles.

En términos jurídicos, por otra parte, la primacía de la norma estatal no puede ser obviada por cuanto la Resolución del Consejo Europeo no resulta vinculante, como V. E. conoce. Precisamente la doctrina incluye a estas resoluciones como actos sui generis indicando que son actos no previstos por los tratados y que suponen el compromiso político de las instituciones en determinados asuntos o la puesta en marcha de actuaciones sectoriales concretas, sin que de ello, por tanto, se derive su aplicación sin considerar las normas previstas por el Derecho estatal.

Tales argumentaciones llevaron a esta Institución a formular una recomendación y una sugerencia, cuyos contenidos se transcriben a continuación:

Recomendación: «Que por parte de esa Dirección General se dicten las instrucciones pertinentes para que en el otorgamiento de visados de reagrupación familiar se tengan en cuenta las normas estatales que rigen en cada uno de los casos y, tratándose de matrimonios de extranje-



ros contraídos según la *lex loci* en el país de nacionalidad de los cónyuges, se aplique lo establecido en el Código Civil.

Que si existe un indicio fundado de que se trata de un matrimonio fraudulento, se indique a los interesados que deben aportar los medios de prueba que se estimen pertinentes antes de denegar el visado de reagrupación familiar».

Sugerencia: «Que en cuanto a la denegación del visado del señor (...) se retrotraigan las actuaciones y se estudie nuevamente su caso, proponiéndose o requiriéndose la aportación de los medios de prueba que se estimen pertinentes o, en última instancia que se requiera la colaboración de las autoridades marroquíes competentes para determinar la existencia de fraude».

Pues bien, en su respuesta, el citado órgano directivo nos comunica que:

«... no es sólo el Código Civil el que deben tener en cuenta los cónsules a efectos de aplicar la reagrupación familiar por matrimonio, sino que deben igualmente tener en cuenta lo que establece el artículo 17.1.a) de la vigente Ley de Extranjería, para lo que no basta el matrimonio contraído según la ley local, sino que debe comprobarse que no haya separación de hecho o de derecho o que el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley o que no se reagrupa a más de un cónyuge, si es que la ley personal del extranjero permite esa modalidad, por lo que se lamenta tener que decir que en este caso no se comparte la recomendación y sugerencia de esa Institución».

Si bien la respuesta recibida menciona la necesidad de tener en cuenta no sólo el Código Civil sino también la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, se ha de manifestar que tal necesidad no ha sido puesta en ningún momento en duda por esta Institución.

En efecto, la solicitud de visados de reagrupación familiar y su concesión o denegación ha de regirse por tal norma, principalmente por ser la que regula esta materia, razón por la cual no puede ser obviada. Sin embargo, es preciso señalar que tampoco puede obviarse la regulación legal contenida en otras normas del ordenamiento jurídico español aplicables por razón de la materia, especialmente cuando aquéllas y éstas no entran en contradicción, como ocurre en el presente caso.

Hay que recordar que el visado de reagrupación familiar fue denegado, según mantenía la propia oficina consular, por considerar que se trata-

ba de un matrimonio de conveniencia, es decir, fraudulento y para llegar a tal conclusión se habían tomado en consideración las razones anteriormente transcritas, razones como puede apreciarse, radicalmente diferentes a las contempladas por la Ley de Extranjería en su artículo 17.1.a).

Por otro lado, evidentemente, esta Institución no hubiera formulado ni la recomendación ni la sugerencia reseñadas si las razones de la denegación hubieran sido la existencia de otro esposo de la interesada en territorio nacional o si se hubiera acreditado que ésta se encontraba separada de hecho o de derecho de su esposo, por cuanto estas razones impiden el otorgamiento del visado, según establece el artículo 17.1.a) antes citado.

A esta Institución le parece claro que la Dirección General de Asuntos Consulares y Protección de los Españoles en el Extranjero en ningún caso podría denegar el visado de reagrupación familiar, por considerar que existe una separación de hecho en supuestos como el presente, dado que con ello se unificarían dos conceptos distintos de lo que significa la separación de hecho: aquella separación libremente adoptada por uno o por ambos cónyuges (concepto de separación de hecho del Derecho matrimonial) y la originada por la emigración laboral de uno de ellos.

Debemos considerar que el precepto contenido en el Código Civil ha sido matizado por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, en cuanto a que, aun cuando la ley personal permita matrimonios múltiples, únicamente sería posible que uno de los esposos se trasladase a España por prescribirlo así la norma prevista en la Ley Orgánica citada, fundamentándose para ello en razones de orden público.

Sin embargo, ninguna de las razones alegadas para la denegación del visado solicitado por don (...) tienen que ver con esta matización ni con la separación de hecho o de derecho.

Por lo anterior, y tras analizar en profundidad la respuesta recibida, se ha considerado oportuno elevar a V. E. las resoluciones antes citadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 30.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta Institución, a fin de que se lleve a cabo una valoración de las mismas y, en su caso, se adopten las medidas pertinentes.

Madrid, 16 de diciembre de 2002.

**Recomendación dirigida a la Ministra de Asuntos Exteriores.**



**Recomendación 135/2002, de 16 de diciembre, sobre procedimiento de apremio tramitado como consecuencia de unas multas por infracciones de tráfico.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 423.)*

Esta Institución agradece el escrito de V. E. de fecha 6 de septiembre pasado, mediante el que informa en relación con la queja registrada con el número Q0106405, formulada por don (...) con motivo de un procedimiento de apremio, tramitado por ese Ayuntamiento como consecuencia de unas multas por infracciones de tráfico.

En el informe recibido se manifiesta que la notificación de la providencia de apremio dictada en el expediente número 006154890.8, fue entregada por un agente de recaudación al conserje de la finca en la que tiene su domicilio el interesado, negándose dicho conserje a identificarse y a estampar su firma en la diligencia de notificación. Tras citarse tres sentencias del Tribunal Supremo y hacer referencia al artículo 93.4 del Reglamento General de Recaudación y al artículo 133.5 de la Ley General Tributaria, se concluye que se cumplen todos los requisitos para que la notificación surta efecto.

El Defensor del Pueblo debe mostrar su desacuerdo con el criterio seguido por esa corporación, por cuanto de los hechos que se desprenden del informe emitido por el Gabinete Técnico de V. E. y de la copia de la diligencia de notificación que se acompaña al mismo, se deduce que tal notificación no llegó a producirse y que, por tanto, tampoco se produjeron los efectos interruptivos de la prescripción que el interesado alegaba en su queja para solicitar la anulación del expediente de apremio.

En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo contencioso-administrativo) de 11 de febrero de 1998 recoge la doctrina general del

alto tribunal con respecto a los requisitos que deben reunir las notificaciones cuando son recibidas por persona distinta del destinatario, expresando en su fundamento de derecho primero lo siguiente:

«Esta Sala tiene establecida la doctrina de que supuesto que en el mencionado domicilio no se hallare el contribuyente (tanto si la notificación se practica por medio de agente, como por correo), la correspondiente cédula puede ser entregada a cualquier persona que se encuentre en el mismo, siempre que: *a)* reúna las condiciones generales de capacidad para asumir la obligación jurídica derivada de la recepción; *b)* conste su identificación —nombre y apellidos, documento nacional de identidad, etc.—; *c)* se exprese el parentesco con el contribuyente o la razón de permanencia en aquel domicilio, y *d)* conste su aceptación o firma. Así, la sentencia de 17 marzo 1987 (reiterando anterior doctrina contenida en las sentencias de 9 mayo y 18 octubre 1983, 14 febrero 1984 y 8 octubre 1985) tiene dicho que la notificación practicada no puede estimarse correcta, ya que no está firmada por el interesado sino por persona distinta, cuya identidad se ignora, de la que también se desconoce la relación con el destinatario y la razón de su estancia en el lugar en que se efectuó la notificación.

Tal rigor procedimental no tiene su razón de ser en exagerado formalismo, sino en constituir una pieza clave para la proscripción de la indefensión y la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución. En efecto, la viciosa práctica de notificaciones, citaciones o emplazamientos que la Administración dirija al ciudadano puede situar a éste en una posición limitativa de su derecho a la defensa, en la medida que se sustrae a su pleno conocimiento el acto que incide en sus derechos subjetivos; y, seguidamente, esa indefensión en la esfera administrativa, comporta la natural limitación en el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, al impedir el acceso del acto a la revisión por los tribunales. De ahí que, ya en su sentencia de 30 abril de 1987, esta Sala dijera que “Ciertamente, todos los mecanismos y garantías con que las leyes procesales o procedimentales rodean los actos de comunicación entre el órgano (...) y las partes (...) (sean notificaciones, citaciones, emplazamientos, etc.) no tienen otra finalidad o razón de ser que la de asegurar que, en la realidad, se ha producido aquella participación de conocimiento, o que, en la ficción jurídica, se ha producido en determinadas circunstancias o no se ha producido. La entrega de una copia o traslado, la firma del receptor, su identidad, etc. no son más que signos materiales externos que, de alguna manera, revelan o presuponen una toma de conocimiento que, al ser consustancial al derecho de defensa, ha de verse rodeada de las máximas garantías. De ahí que en los modernos ordenamientos rituarios tales exigencias se lleven hasta el límite de lo que la eficacia y los intereses de terceros

permiten; y en la jurisprudencia de los tribunales se extreme el formalismo de estos actos, en contra de las corrientes informalistas que dominan las nuevas concepciones del procedimiento”».

En el fundamento de derecho segundo de la misma sentencia, el Tribunal Supremo añade:

«En el caso que se enjuicia es de observar que la notificación se practicó por carta certificada con acuse de recibo, cuya tarjeta de entrega aparece firmada con caracteres ilegibles por una persona cuyo nombre e identidad se ignora que solamente consigna ser empleado de la empresa.

En verdad, estas anomalías pueden servir al contribuyente malicioso para dilatar la solvencia de sus obligaciones tributarias, mas, de un lado, la común presunción de inocencia y, de otro, la imputabilidad del defecto a la propia Administración notificante, junto con la doctrina y razonamientos que se contienen en el anterior fundamento de derecho, hacen que haya de considerarse la existencia de un evidente defecto en la notificación de la liquidación que fue objeto del apremio».

Con respecto a las sentencias que se citan en el informe de ese Ayuntamiento, y tras un detenido análisis de las mismas, se observa que en ellas se admite la posibilidad de practicar notificaciones a los porteros o conserjes de las fincas en las que tengan sus domicilios los interesados, pero siempre que se cumplan los requisitos anteriormente referidos. Asimismo, se admite la validez de notificaciones en las que no se han cumplido tales condiciones, pero en los casos en los que el defecto ha quedado subsanado por la ulterior interposición del correspondiente recurso o reclamación por parte del interesado.

Por lo que se refiere a las disposiciones de la Ley General Tributaria y del Reglamento General de Recaudación que cita el informe de ese Ayuntamiento, cabe señalar que las mismas establecen una presunción de certeza en cuanto a los hechos recogidos en las diligencias que cumplen los agentes de recaudación, pero sin que ello signifique que cualquier intento de notificación que no reúna los requisitos recogidos en la sentencia del Tribunal Supremo parcialmente transcrita, pueda ser considerado, sin más, como una notificación válidamente efectuada.

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta Institución, el Defensor del Pueblo formula a V. E. la siguiente recomendación:

«Que por ese Ayuntamiento de Madrid se adopten las medidas necesarias a fin de que las diligencias de notificación que se efectúen por

los agentes de recaudación, a persona distinta del interesado, se cumplieren con arreglo a los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia de 11 de febrero de 1998, y por tanto:

- a) Que el receptor reúna las condiciones generales de capacidad para asumir la obligación jurídica derivada de la recepción.
- b) Que conste su identificación, con indicación de su nombre, apellidos y número del documento nacional de identidad.
- c) Que se exprese el parentesco con el interesado o la razón de su permanencia en el domicilio.
- d) Que conste su aceptación y su firma».

Asimismo, y en relación con el caso concreto que ha motivado estas actuaciones, el Defensor del Pueblo formula a V. E. la siguiente sugerencia:

«Que por ese Ayuntamiento se proceda a declarar la nulidad de la diligencia de notificación de providencia de apremio efectuada el 7 de febrero de 1996 en el expediente número 006154890.8, a nombre de don (...), declarándose, en su caso, la prescripción de la sanción por el transcurso de los plazos legales sin haberse realizado ninguna actuación válida que hubiera interrumpido la misma».

Madrid, 16 de diciembre de 2002.

**Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Madrid.**

**Recomendación 136/2002, de 16 de diciembre, sobre la imposibilidad de exigir más requisitos o documentos que los normativamente previstos en la renovación del DNI.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 425.)*

Se acusa recibo a sus atentos escritos, de fecha 11 de octubre y 5 de noviembre del presente año, en los que nos contesta a la queja planteada en relación a los trámites de renovación y expedición del DNI y registrada con el número arriba indicado.

A los escritos de referencia se acompaña un informe, elaborado por la Jefatura de Policía Local, en el que se participa que, en los trámites de renovación y expedición del DNI se solicita de los interesados una fotografía más de las que son necesarias para el DNI.

Esta solicitud, según se refleja en el informe, se efectúa para incorporarla a una ficha que remite al expediente personal del vecino y así poder localizarle y hacerle entrega del DNI, cuando son remitidos por el Cuerpo Nacional de Policía.

A este respecto esta Institución considera que dicho trámite se evitaría si, en lugar de una fotografía, se diera un resguardo a los interesados, como se efectúa por parte de las distintas comisarías del Cuerpo Nacional de Policía, que, igualmente permitiría, una vez anotados en el mismo, el nombre y apellidos, localizar a los interesados.

Sin perjuicio de dar así cumplimiento a la normativa vigente en materia del DNI, en la que, únicamente, se exige la aportación de dos fotografías, se evitaría, por otra parte, un gasto innecesario a los vecinos de esa localidad, aunque sea mínimo y la solicitud de la devolución de las fotografías entregadas que no se han utilizado que, por otra parte, no se comprende por qué no se devuelven al interesado, de oficio, al serle entregado el DNI.



Por todo lo anterior, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se ha valorado la conveniencia de formular a S. S. la siguiente recomendación: «Que por ese Ayuntamiento se dicten las instrucciones oportunas para que, en los trámites de expedición del DNI que ese Ayuntamiento viene realizando en colaboración con el Cuerpo Nacional de Policía, no se soliciten más documentos que aquellos que la normativa vigente en la materia establece».

Madrid, 16 de diciembre de 2002.

**Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Osuna (Sevilla).**

**Recomendación 137/2002, de 19 de diciembre, sobre acceso a cursos de formación permanente.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 418.)*

Se ha recibido su informe de fecha 18 de octubre pasado, s/ref. registro de salida 09/444598.7/02, del día 28 siguiente, en relación con la queja presentada por don (...), registrada con el número arriba expresado.

Del contenido del mismo se aprecia, en relación al recordatorio de deberes legales formulado por el Defensor del Pueblo, que el centro de (...) ha sido adaptado a los requisitos exigidos por la Ley 8/1992, de 22 de junio, de Promoción de la Accesibilidad y Supresión de Barreras Arquitectónicas de la Comunidad de Madrid, por lo que, en la actualidad, resulta posible la accesibilidad de los ciudadanos aquejados de alguna minusvalía.

De otra parte, procedemos a comunicarle que ha vuelto a comparecer el interesado en esta queja manifestando nuevamente su discrepancia con el resultado del recurso de alzada interpuesto contra la resolución de esa Consejería, denegatoria de la solicitud sobre expedición de certificado como consecuencia de su participación en curso de formación, al considerar injusto que los supuestos en que se plantean dificultades arquitectónicas para acceder a las fases presenciales del citado curso, deban ser soportados por quien los sufre y no por la Administración, a quien corresponde promover las condiciones necesarias para que las personas que padecen discapacidad accedan a estos cursos en condiciones de igualdad, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud de este derecho.

En consecuencia, una vez examinados los antecedentes de esta queja, así como los nuevos datos señalados, esta Institución, como ya se in-

dicó, no observa que se haya producido irregularidad en la decisión de no expedir la certificación solicitada por el interesado, de acuerdo con lo dispuesto en la Orden del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de 26 de noviembre de 1992.

No obstante y frente a la duda razonable de que el interesado pudiera haberse visto impedido durante un día, de acceder al centro por la avería sufrida en su silla de ruedas y como quiera que no se cumplían en el centro de (...) las previsiones contenidas en la citada Ley 8/1993, de 22 de junio, de Supresión de Barreras Arquitectónicas, esta Institución considera que hubiera resultado adecuado arbitrar una situación equitativa, en el sentido de facilitarle los medios necesarios para completar el horario de asistencia requerido con el fin de superar el curso de formación indicado.

En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 3 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he acordado formular la siguiente recomendación: «Que se adopten las medidas necesarias, a través de las disposiciones con carácter general que se consideren adecuadas, para que, en lo sucesivo, cualquier circunstancia sobrevenida que constituya una deficiencia imputable a la Administración educativa y que impida o dificulte a los ciudadanos el acceso a los cursos de formación permanente del profesorado, sea reparada a través de acciones positivas tendentes a restituir el derecho de los mismos al momento en que se produjo el hecho causante o, en su caso, a reparar el daño causado, sin menoscabo para quienes no tienen el deber jurídico de soportar las consecuencias del funcionamiento de los servicios públicos».

Madrid, 19 de diciembre de 2002.

**Recomendación dirigida al Consejero de Educación de la Comunidad de Madrid.**

**Recomendación 138/2002, de 26 de diciembre, sobre la mejora del protocolo de prevención de suicidios en el ámbito penitenciario.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 411.)*

Se ha recibido su último escrito (s/ref. S-1823) relativo a la investigación registrada con el número de referencia arriba indicado.

En su escrito se expresa la preocupación de esa Administración por garantizar el derecho a la vida de los internados en los centros penitenciarios cuya gestión tiene atribuida esa Dirección General. No obstante, se relativiza la trascendencia del suicidio señalando que es un fenómeno natural y que anualmente se suicidan en el mundo en torno a un millón de personas.

Obviamente esas referencias no pueden ser tenidas en cuenta por cuanto el problema global de suicidio no interesa a esta investigación.

A decir de los autores que han tratado este tema, cada sociedad tiene una cifra de suicidios que le es propia y que evoluciona en función de unos parámetros que también inciden de forma particular en ella. Así, fenómenos que producen un incremento en las cifras de suicidios, tales como la crisis económica, la guerra o el encarcelamiento forzoso, en la práctica en cada sociedad inciden de una manera peculiar.

Por este motivo, entendemos que en caso de estimar necesario tomar alguna cifra como referencia sería más oportuno, a tenor de lo expresado, observar la tasa de suicidios que se maneja para la población de España, y que como V. I. conocerá oscila en torno a 6 casos por cada 100.000 habitantes.

No obstante, a la presente investigación interesa el fenómeno del suicidio en prisión, particularmente el de aquellos internos que se suici-

dan mientras permanecen sometidos a medidas restrictivas de su ya restringida libertad dentro de la prisión. Se trata de conocer la etiología de estos hechos para vislumbrar qué se puede hacer o cómo se puede mejorar lo que actualmente se hace, en definitiva, para reducir su incidencia. Todo ello desde la perspectiva, como ya se ha tenido ocasión de señalar en numerosas ocasiones y recientemente en la queja F0000067, de que la primera obligación que corresponde a esa Administración es la de salvaguardar la vida de las personas cuya custodia le ha sido confiada.

El suicidio efectivamente es un hecho personal pero también un hecho social en la medida que trasciende el acto individual de cada sujeto que lo comete. Estimamos que esa Administración ha de actuar tanto desde la perspectiva de evitar el hecho individual, a través de los programas individualizados de tratamiento, como ante el fenómeno social que es, mediante la validación y perfeccionamiento permanente de los instrumentos de detección de situaciones de riesgo.

La Administración moderna ha de verificar la calidad de sus servicios de forma continua. En ocasiones, puede hacerse a través de consultas sobre el nivel de satisfacción de los usuarios u otros instrumentos de diagnóstico, sin embargo, la peculiaridad del servicio público penitenciario obliga al empleo de otros medios. Así, se ha propuesto desde esta Institución que las informaciones reservadas que realiza esa Administración tengan también éste entre sus objetivos, particularmente considerando que en este caso al mantenimiento de la calidad del servicio, se une el cumplimiento del deber legal de garantizar la vida de los reclusos.

Por lo que respecta a los datos concretos que nos han sido facilitados correspondientes a los suicidios acaecidos en prisión en los últimos años, entendemos que es significativo que cerca del 30 por ciento tuvieran lugar mientras el recluso se encontraba aislado.

Lo cual nos lleva a considerar que es necesario y prioritario que se proceda nuevamente a revisar la validez y oportunidad de las medidas de prevención de suicidios que actualmente se realizan durante el tiempo en que los reclusos se encuentran, por la circunstancia que sea, aislados.

En segundo lugar, llama al atención el alto número de suicidios acaecidos en centros en los que los que prima la actuación penitenciaria de carácter asistencial, así, 11 de los 46 suicidios del periodo al que se contrae la información facilitada tuvieron lugar en los dos hospitales psiquiátricos penitenciarios y en el hospital penitenciario de Valencia.

Esta circunstancia estimamos que también debería motivar la reflexión y estudio de la posible mejora del instrumento de detección de riesgos de suicidio y tratamiento actualmente vigente.

A la vista de lo expuesto, esta Institución al amparo del artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida en que la cuestión expuesta afecta a derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, ha valorado la conveniencia de dar traslado a V. I. de la siguiente recomendación:

«Para que se efectúe una revisión de los instrumentos de detección de situaciones de riesgo de suicidio, en particular en lo que afecta a internos sometidos a cualesquiera medidas de aislamiento y de internos ingresados en centros penitenciarios asistenciales».

Madrid, 26 de diciembre de 2002.

**Recomendación dirigida al Director General de Instituciones Penitenciarias.**



**Recomendación 139/2002, de 26 de diciembre, sobre la realización de estudios para ajustar los niveles de ocupación de los centros penitenciarios a determinados parámetros relacionados con la convivencia, la seguridad y la calidad de los servicios.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 410.)*

Se ha recibido su último escrito (s/ref. S-1889) en relación con la queja registrada con el número de referencia arriba indicado.

I. Del informe de esa Administración se desprende que frente al criterio mantenido anteriormente, ahora entiende que la capacidad de un centro es un dato que se basa en parámetros objetivos, básicamente derivados de su disponibilidad de espacio físico. Como no podía ser de otra manera hemos de coincidir con este planteamiento, que es el que ha sido expresado por esta Institución a lo largo de la tramitación de la presente queja. No obstante, este punto de vista ha de ser complementado con las previsiones legales sobre el uso que del espacio se deriva de la normativa penitenciaria sobre la materia. En este sentido, debe aludirse a las previsiones sobre alojamiento en celda individual.

Asimismo, se nos informa de los esfuerzos realizados por la sociedad española en los últimos años para la apertura de 13 nuevos centros penitenciarios (algunos de los cuales funcionan por debajo de su capacidad por una insuficiente dotación de funcionarios), diez años después de haber sido proyectados. El reconocimiento del esfuerzo realizado por la sociedad española nunca ha sido escatimado por esta Institución y así lo reflejan los correspondientes informes anuales a las Cortes Generales. No obstante, también es necesario señalar que este esfuerzo no ha sido suficiente para llevar a cabo el mandato legal de alojamiento celular y de alojamiento en condiciones adecuadas. En este sentido, recientes noticias de prensa escrita apuntan a que cerca de 8.000 presos comparten celda por insuficiencia de plazas.



También se nos informa del proyecto de esa Administración para construir cuatro nuevos centros penitenciarios. A fin de continuar con este aspecto de la presente investigación le agradeceremos nos informe de las previsiones temporales en cuanto a su construcción, actuaciones que se tiene previsto llevar a cabo para que, al momento de su inauguración, las precisas dotaciones de funcionarios existan y finalmente deseamos conocer si se estima que con estas nuevas inauguraciones será posible hacer realidad los mandatos legales de alojamiento en celda individual y alojamiento en condiciones adecuadas.

II. La realización de estos mandatos permitiría que el derecho a la intimidad de reclusos durante su estancia en la celda encuentre una adecuada vía de expresión. Como V. I. conoce, el derecho a la intimidad es objeto de un tratamiento dinámico por parte el Tribunal Constitucional en sus sentencias, por ello, para su mejor entendimiento resulta preciso acudir a sentencias más recientes que las citadas por esa Administración en sus últimos escritos.

Por otra parte, en las resoluciones traídas a colación por esa Administración, el Tribunal Constitucional no dice, como se afirma en su escrito, que compartir celda no constituye una violación del derecho a la intimidad. En todo caso, podría decirse que el Tribunal Constitucional no ha dicho que compartir celda sea una violación de la intimidad, cuestión sutil pero distinta a la sostenida por esa Administración.

En todo caso, entendemos que mantener formulaciones del derecho a la intimidad obsoletas y ya superadas por la jurisprudencia constitucional, en nada contribuye al mejor respeto de los derechos fundamentales de los reclusos.

Descendiendo a cuestiones de orden práctico, esta Institución no puede compartir la afirmación efectuada por esa Administración, en el sentido de que el derecho a la intimidad de los reclusos no se ve afectado por el hecho de que dos personas duerman en un común espacio de 10 metros cuadrados, con el mobiliario adecuado y las instalaciones pertinentes. No podemos compartir esta afirmación, en primer término, porque no todas las celdas que han de ser compartidas lo son por dos internos, lamentablemente todavía existen, y parece que va en aumento, celdas compartidas por tres o más reclusos, como V. I. conocerá. Además, en aquellas celdas de mayor tamaño, cuando se afirma que el espacio físico es de diez metros cuadrados, cabría hacer la distinción entre espacio construido y espacio útil, la presencia de la ducha, armario, cama y silla disminuyen considerablemente el espacio disponible. Este problema no sería relevante si, como se afirma en su informe, los reclusos únicamente permanecieran en la celda durante el tiempo en el que duerman.

men. No obstante, V. I. convendrá en que los reclusos destinados en departamentos de régimen ordinario comparten celda durante muchas horas al día y es inevitable que la falta de espacio les obligue a permanecer en la cama, pero no quiere decir esto que estén durmiendo.

Por otra parte, la carencia de espacio impide la existencia de mobiliario adecuado. Así, la mesa que se ha de compartir es de tamaño suficiente para una persona pero no más. Las celdas únicamente disponen de una silla y los armarios de obra tampoco pueden considerarse suficientes, particularmente en aquellos casos en los que los reclusos cumplen largas condenas y la acumulación de sus pertenencias es acorde a esta circunstancia.

Tras estas premisas debemos volver al concepto de intimidad, según la define el Tribunal Constitucional, como aquel derecho que tiene por objeto garantizar un ámbito reservado de la vida de su titular frente a la acción y al conocimiento de terceros, considerado como un derecho ligado al respeto de la dignidad humana en la medida en que no esté limitado por el sentido de la pena y la ley penitenciaria. Este planteamiento que entendemos que también ha de tener cabida en el ámbito penitenciario es de un carácter tan básico y genérico que creemos injustificado excluir del mismo a los reclusos de los centros penitenciarios, por cuanto ello incidiría negativamente en un derecho fundamental para cuya defensa la Constitución Española ha instituido al Defensor del Pueblo.

III. Por lo que respecta a la relación entre seguridad de los reclusos y el hecho de que compartan celda, en su informe se señala que hay muchos internos que solicitan compartir celda. Interpreta esa Administración ante la ausencia de estudios científicos que confirmen que compartir celda es un factor ansiógeno, como estima esta Institución, que este deseo de ser alojado con otro interno muestra un interés en evitar la soledad y con ello el estrés que se derivaría de tal hecho, que indirectamente se estima mayor que el que ocasiona compartir celda.

Hemos de lamentar la ausencia de estudios científicos específicos que constaten la eventual correlación entre compartir celda y aumento de ansiedad. En consecuencia, y al amparo del artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida en que la cuestión expuesta afecta a derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, esta Institución ha valorado la conveniencia de dar traslado a V. I. de la siguiente recomendación: «Que se proceda a la realización de un estudio científico encaminado a determinar los efectos aparejados al hecho de compartir celda de forma obligada en los centros penitenciarios dependientes de esa Administración».

Con independencia de la realización de este estudio y de las conclusiones que pudieran derivarse de él, en esta Institución disponemos de ciertos elementos de juicio en los que se fundamenta nuestro planteamiento que sintéticamente podría definirse como que compartir celda es más negativo que positivo. En primer lugar, son numerosos los reclusos que hacen referencia y se lamentan en sus cartas a esta Institución de los inconvenientes de diverso orden que se derivan del hecho de compartir celda de forma obligada y en consecuencia, expresan su deseo de ser alojados en celda individual.

Con ser importante este dato todavía lo es más que, en el único centro penitenciario dependiente de esa Administración del que tenemos noticia que se lleva a cabo la asignación de celda individual a través de un protocolo normalizado, el porcentaje de reclusos que rechaza la posibilidad de ser alojado solo en la celda es menor al 1 por 100, y suele venir justificado por su deseo de permanecer alojado con alguien con quien mantiene relaciones de parentesco.

Madrid, 26 de diciembre de 2002.

**Recomendación dirigida al Director General de Instituciones Penitenciarias.**

**Recomendación 140/2002, de 26 de diciembre, sobre la necesidad de que cualquier medida adoptada en el ámbito administrativo lo sea por la autoridad que tiene conferida la competencia para ello.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 412.)*

Se acusa recibo a su atento escrito, en el que nos contesta a la queja planteada por doña (...) y registrada con el número arriba indicado.

En el informe de referencia se participa que desde la comisaría de (...) se dispuso, en beneficio de la menor (...), hija de doña (...), que la misma se fuera a pasar la noche al domicilio de una amiga, hasta que la autoridad judicial o la fiscalía de menores adoptara alguna medida al respecto.

En relación al contenido de este informe, esta Institución considera que en situaciones como la presente, los funcionarios de una comisaría no tienen atribuciones para decidir sobre la custodia de una menor que, en definitiva, fue lo que ocurrió en el caso que nos ocupa.

Una vez formulada la denuncia por la menor en la comisaría y oída en declaración la madre, el funcionario actuante debió poner los hechos, de forma inmediata, en conocimiento del Juzgado de guardia correspondiente, al objeto de que la decisión fuera adoptada por órgano competente.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, establece como principios rectores de la actuación de los poderes públicos, en primer lugar, el interés del menor [artículo 11.2.a)], y en segundo, el mantenimiento del menor en el medio familiar, salvo que no sea conveniente para aquel interés.

En este caso, el funcionario, en interés del menor, adoptó una decisión que no le correspondía, sin tomar en consideración si la mejor solu-

ción era la entrega de la menor a la familia de una amiga, en contra de la opinión expresada por la madre, de que se pusieran los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial, tal como previene el artículo 14 de la citada Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

De igual manera, el funcionario actuante podía haber puesto los hechos en conocimiento del GRUME, como especialistas en la materia, solicitando información sobre posibles actuaciones a realizar.

Por todo lo anterior, esta Institución considera que deben existir instrucciones claras, respecto a la forma de actuación en supuestos similares, al objeto de evitar que en el futuro puedan volver a producirse.

En consecuencia y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se ha valorado la conveniencia de formular a V. I. la siguiente recomendación: «Que por esa Dirección General se dicten instrucciones para que los funcionarios policiales, en aquellos casos en que tengan conocimiento de situaciones de posible desamparo de menores, lo pongan inmediatamente en conocimiento del Ministerio Fiscal o autoridad judicial, de acuerdo con lo establecido en los artículos 18 y concordantes de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor».

Madrid, 26 de diciembre de 2002.

**Recomendación dirigida al Director General de la Policía.**

**Recomendación 141/2002, de carácter general, sobre el primer año de vigencia de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores<sup>34</sup>.**

(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, págs. 64-67.)

El Defensor del Pueblo, de acuerdo con la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, puede, con ocasión de sus investigaciones, formular a las autoridades y funcionarios de las administraciones públicas, advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas.

En el presente informe, muchas de las conclusiones que han quedado expuestas en el apartado anterior, afectan a administraciones diferentes, dándose además la circunstancia que en muchos casos se están todavía realizando actuaciones para adaptar la situación existente a los requisitos que establece la Ley Orgánica 5/2000, ya que su vigencia supera escasamente un año y medio. Por este motivo, se ha querido elaborar este apartado en el que se enumeran una serie de recomendaciones de carácter general, para que cada una de las administraciones competentes asuma las que les correspondan. Se quiere con ello animar desde esta Institución para que se inicien líneas de intervención que permitan mejorar en su conjunto que se conoce como justicia de menores.

Precisamente por estas razones, las recomendaciones que se formulan, en este apartado no tienen destinatarios concretos, más allá de lo que las competencias de cada cual permitan concretar, por esas mis-

---

<sup>34</sup> La presente recomendación, referenciada en el Informe anual 2002, ha sido extraída del informe monográfico: *El primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Madrid: Defensor del Pueblo, 2002. (Informes, estudios y documentos; 15), pp. 391-392.

mas razones el contenido de las recomendaciones se basa en las conclusiones obtenidas, las cuales, en último término, son su origen y justificación.

Así pues, y fundamentadas en las razones que sucintamente se expresan en los párrafos anteriores, se formulan a continuación diversas recomendaciones que deben ser tomadas en consideración dentro de los límites ya manifestados y con las finalidades a las que se ha hecho mención expresa.

1.º Los servicios sociales de atención primaria y los de salud mental, deben actuar de forma más eficaz y coordinada para tratar en su fase inicial a aquellos menores que presentan fracaso escolar o que tienen problemas de salud mental, para evitar que tengan que verse sometidos a la Ley Orgánica 5/2000.

2.º Las administraciones competentes deben incrementar el número de centros existentes para el cumplimiento de internamientos terapéuticos, cuando el tratamiento terapéutico debe llevarse a cabo en régimen cerrado, haciendo compatible la ejecución de programa de deshabitación al consumo de estupefacientes o de tratamientos de enfermedades mentales y la adopción de medidas de custodia.

3.º En los centros de internamiento existentes en la actualidad, deben crearse o incrementarse en muchos casos, programas de deshabitación al consumo de estupefacientes para evitar que los menores tengan que ser trasladados a dependencias ajenas al centro en las que se lleva a efecto esos programas.

4.º Es necesario que las administraciones competentes en el control y gestión de los centros de internamiento establezcan la titulación de los profesionales que deben desarrollar su actividad en dichos centros, con independencia de que las mismas sean de titularidad pública o privada.

5.º Las administraciones competentes en el control y gestión de los centros de internamiento deben crear sistemas eficaces de supervisión e inspección para que la actividad que realizan las entidades privadas en el interior de los centros, se ajuste plenamente a lo señalado por la Ley.

6.º En la construcción de los centros de internamiento deberían de tenerse en cuenta las siguientes características:

- El diseño del centro, debe de hacerse en función del destino al que va a dedicarse, de forma que sea la finalidad la que determine su arquitectura y no al contrario.

- La dimensión del centro debe ser reducida, evitando grandes centros que reproduzcan la arquitectura y la estética penitenciaria.
- La ubicación debería ser en zonas urbanas, procurando que la edificación se integre en el lugar en el que se encuentra.
- Las habitaciones con carácter general, deberán ser individuales, si bien habrá que contar con habitaciones dobles, para aquellos casos en los que el interés del menor pueda aconsejar el compartir una habitación con otro menor.

7.º Las administraciones competentes deberán crear un protocolo de actuación en el que se incluya las características que debe reunir las pruebas osométricas, de tal forma que pueda determinarse con rigor científico cuál es la edad de los menores y poder así decidir acerca de la jurisdicción competente.

Madrid, 2002.





**Recomendación 142/2002, reflejada en el Informe a las Cortes Generales correspondiente a 2002, sobre listas de espera en el Sistema Nacional de Salud<sup>35</sup>.**

*(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, págs. 207-210 y 428-429).*

De conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, el Defensor el Pueblo puede, con ocasión de sus investigaciones, formular a las autoridades y funcionarios de las administraciones públicas recomendaciones para la adopción de medidas.

Con carácter previo a la enunciación de las recomendaciones que se derivan del presente estudio, es necesario efectuar las cuatro siguientes puntualizaciones:

Primera. Las conclusiones reflejadas en este informe afectan a la mayor parte de los diferentes Servicios de salud de las comunidades autónomas.

Segunda. El fin principal de las administraciones con responsabilidad en la gestión de la asistencia sanitaria, no es otro que el de prestar una atención de calidad a los ciudadanos, en cuyo marco la equidad es un referente ineludible.

Tercera. En nuestro Sistema Nacional de Salud concurren demoras clínicas y socialmente inaceptables en la prestación sanitaria.

Cuarta. Existe consenso, tanto entre los ciudadanos en general como entre los profesionales y gestores sanitarios, acerca de la necesidad de adoptar medidas urgentes y tendentes a suprimir tiempos de espera que no sean razonables.

---

<sup>35</sup> Las presentes recomendaciones han sido extraídas del informe monográfico: *Listas de espera en el Sistema Nacional de Salud*. Madrid: Defensor del Pueblo, 2003. (Informes, estudios y documentos; 16).

En conexión con lo anterior, es obligado comentar que algunos Servicios de salud ya han adoptado iniciativas en orden a la reducción de los tiempos de demora, asumiendo para ello los criterios elaborados por el grupo de expertos sobre listas de espera del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

Tal y como se ha reflejado en el capítulo 2 del presente estudio, esta Institución considera que el informe técnico del mencionado grupo de expertos puede representar un avance para impulsar actuaciones tendentes a reducir los tiempos de demora y a situarlos en límites razonables y asumibles. A ello hay que sumar que este documento tiene el valor añadido de haber sido elaborado por un equipo de expertos en gestión de listas de espera, integrado por representantes de todas las comunidades autónomas y del Ministerio de Sanidad y Consumo.

En el marco de estas propuestas, las recomendaciones que se formulan en este capítulo son de carácter general y se proyectan en una doble dimensión.

Por una parte, se dirigen a todos y cada uno de los Servicios de salud que integran el Sistema Nacional de Salud, con responsabilidad en la gestión de la asistencia sanitaria y, por tanto, con la competencia para la adopción de las correspondientes medidas. Por otra parte, se sitúan también en el escenario del Consejo Interterritorial, órgano permanente de comunicación e información de los distintos Servicios de salud, entre ellos y con la Administración del Estado.

Esta doble elección se justifica, en el criterio de esta Institución, en la necesidad de establecer un marco común en el sistema público sanitario en un aspecto esencial, como es el relativo a suprimir tiempos de espera clínica y socialmente inaceptables en el conjunto del Estado y a lograr una atención de calidad en un plano de igualdad efectiva de todos los ciudadanos.

En este contexto, el Defensor del Pueblo dirige a las administraciones implicadas en la gestión de la asistencia sanitaria las recomendaciones que seguidamente se detallan:

## I. Sistemas de información

Única. Que, a fin de establecer conceptos y criterios de medida que permitan disponer de información para el análisis de la situación de las listas de espera en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, se adop-

ten, en el ámbito de cada Servicio de Salud, los criterios objetivos diseñados, y reflejados en el correspondiente informe técnico, por el grupo de expertos del Consejo Interterritorial, respecto a los registros de pacientes y al cómputo, clasificación, medida de la espera y datos e indicadores básicos en consultas externas, pruebas diagnósticas e intervenciones quirúrgicas programadas.

A tal efecto, los Servicios de salud deberán culminar los procesos de informatización de todas las agendas de consultas externas y técnicas y pruebas diagnósticas.

## II. Gestión de las listas de espera

Primera. En relación con la gestión de consultas externas y técnicas y pruebas diagnósticas, y en el marco de las competencias de las comunidades autónomas, que se adopten las medidas necesarias para hacer efectivas las propuestas del grupo de expertos en relación con:

- La cooperación entre atención primaria y atención especializada.
- Las instancias implicadas en la gestión.
- La planificación y gestión de las agendas de consultas externas y de pruebas diagnósticas.
- Los criterios de inclusión en el registro de consultas externas y pruebas diagnósticas.
- Las bases para una adecuada gestión de citas.
- La comunicación entre profesionales.
- La atención de pacientes en centros alternativos.
- Los criterios de salida y movimientos en el registro.

Segunda. Respecto a la gestión de la lista de espera quirúrgica, y en el marco de las competencias de las comunidades autónomas, que se implanten las acciones necesarias para hacer efectivas las propuestas del grupo de expertos sobre:

- Las instancias implicadas en la gestión.
- Los criterios de inclusión en el registro de pacientes de intervención quirúrgica programada.
- Las bases para una adecuada programación quirúrgica.

- La atención de pacientes en centros alternativos.
- Los criterios de salida y movimientos en el registro.
- La información al paciente.

### III. Criterios de indicación y prioridad clínica

Única. De conformidad con la propuesta básica del grupo de expertos, y en orden a promover la equidad y la mayor eficiencia del sistema, que se definan criterios explícitos de indicación clínica y se establezcan pautas de actuación acerca de la prioridad de los pacientes en lista de espera.

En esta definición de indicaciones quirúrgicas y priorización de los procesos según sus repercusiones y la situación clínica de los pacientes, deberán armonizarse los criterios de necesidad, mayor beneficio y orden de inclusión en lista de espera.

En el marco de esta protocolización, se considera también necesario garantizar un adecuado seguimiento de los pacientes incluidos en lista de espera, a fin de verificar posibles variaciones de carácter imprevisible en su evolución clínica, así como la periódica depuración de la lista de espera.

En el logro de los objetivos antes señalados, se considera ineludible la colaboración y participación de las sociedades científicas.

### IV. Tiempos máximos de espera

Única. Según las especialidades y procesos atendidos, que, en colaboración con las sociedades científicas, se establezcan plazos máximos de espera en consultas externas, técnicas y pruebas diagnósticas e intervenciones quirúrgicas programadas, superados los cuales las administraciones sanitarias, con competencia en la gestión de la asistencia sanitaria, garantizarán a los ciudadanos la atención inmediata en un centro sanitario.

### V. Información a la población

Única. En orden a otorgar a los ciudadanos un mayor protagonismo y capacidad de decisión y a promover una información adecuada y

transparente, que se definan y se establezcan criterios uniformes en relación con la información periódica que se debe facilitar a un paciente o usuario concreto del sistema sanitario y a los ciudadanos en general, sobre patologías y tiempos de espera en cada uno de los centros sanitarios del Sistema Nacional de Salud.

Madrid, 2002.



## ÍNDICE ANALÍTICO

- Agencia de Protección de Datos
  - Expedientes, **64**
- Ambulancias
  - Traslado de pacientes, **108**
- Aparcamiento de residentes
  - Requisitos, **52, 127**
- Armas
  - Armas blancas e imitaciones, **60**
- Asistencia letrada, **2, 53, 88, 104**
- Código Civil
  - Artículo 107, **43**
  - Artículo 172, **113**
  - Artículo 1524, **125**
- Deportes
  - Futbolistas en edad escolar, **39**
- Derecho de manifestación
  - Limitaciones municipales, **76**
- Derecho de retracto legal, **125**
- Derecho de reunión
  - Limitaciones municipales, **76**
- Documento Nacional de Identidad
  - Graffa de los apellidos, **57**
  - Renovación, **136**
- Documentos públicos
  - Acceso, **42**
- Drogas, **22, 122**
- Educación no universitaria
  - Conciertos educativos, **131**
  - Convalidación, **65**
- Crterios de admisión, **80, 130**
- Formación profesional específica, **128**
- Educación universitaria
  - Acceso, **3, 4, 12, 28, 63**
  - Becas, **18**
  - Tasas, **19**
  - Universidad Nacional de Educación a Distancia, **8, 66**
- V. además en Procedimiento administrativo, Plazos*
- Elecciones
  - Listas electorales, **111**
- Energía eléctrica
  - V. Suministro eléctrico*
- Extranjeros
  - Centros de internamiento, **17, 29**
  - Devolución, **30, 86, 88**
  - Disolución matrimonial, **43**
  - Expulsión, **70**
  - Extradición, **47**
  - Menores, **24, 25, 74**
  - Permiso de conducir, **50**
  - Permisos de trabajo, **69**
  - Presos, **27, 47, 49**
  - Reagrupación familiar, **134**
- Fallecidos sin identificar
  - Banco de datos genético, **9**
- Fuerzas Armadas



- Guardia Civil, **16, 21, 34, 35, 44, 68, 83, 114, 121, 122**  
 Personal militar, **112**  
*V. además, Insumisión*
- Funcionarios  
*V. Personal al servicio de las administraciones públicas*
- Guerra Civil española  
 Masonería, **31, 85**
- Impuestos  
 IRPF, **67, 81**  
 Sobre incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana, **119**  
 Sobre sucesiones, **119**
- Insumisión  
 Despenalización, **7**
- Internet  
 Información sobre drogas, **22**
- Inversiones financieras  
 Reclamaciones, **41**
- Libertad de expresión  
 Limitaciones municipales, **77**
- Listas electorales  
*V. Elecciones*
- Masonería  
 Bienes incautados, **31, 85**
- Matrimonio  
 Disolución, **43**  
 Inscripción, **72**  
*V. además en Extranjeros, Reagrupación familiar*
- Medidas cautelares  
 Proporcionalidad, **58**
- Menores  
 Centros de internamiento, **92, 94, 98, 100, 102, 103**  
 Custodia, **140**  
 Fiscalías, **95, 99, 106**  
 Juzgados de menores, **105**  
 Ley Orgánica 5/2000, **90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 106, 141**  
 Régimen de protección, **113**  
 Turnos de oficio, **104**
- Normalización lingüística, **55**
- Padrón municipal, **118**
- Paraísos fiscales, **67**
- Pensiones  
 Externalización de planes, **20**  
 Jubilación no contributiva, **14**
- Personal al servicio de las administraciones públicas  
 Comisión de servicios, **129**  
 Concursos de traslados, **37, 54, 109**  
 Contratación temporal, **115**  
 Cuerpo de Maestros, **1**  
 Formación, **137**  
 Guardia Civil  
*V. Fuerzas Armadas*  
 Incapacidad temporal, **36, 45**  
 Infracciones disciplinarias, **2**  
 Personal militar  
*V. Fuerzas Armadas*  
 Personal sanitario no facultativo, **45**  
 Plazas en el extranjero, **87**  
 Policía Local, **5, 6, 11, 75, 78**  
 Policía Nacional, **123**  
 Procesos selectivos, **84, 133**  
 Promoción interna, **59**  
 Régimen local, **79**
- Presos  
 Centros penitenciarios, **139**  
 Enfermos mentales, **117**  
 Principio de no discriminación, **1, 5, 6**  
 Suicidios, **138**  
*V. además en Extranjeros, Presos*
- Procedimiento administrativo  
 Plazos, **38, 51**  
 Resoluciones, **71**  
 Sanciones, **15, 124**
- Procedimiento de apremio, **135**
- Protección de datos  
 Adecuación de ficheros, **40, 64**
- Publicidad institucional, **132**
- Responsabilidad patrimonial, **126**
- Salud mental, **32, 117**
- Seguridad Social  
 Régimen general, **110**

- Servicio doméstico, **120**
- Sistema Nacional de Salud
  - Listas de espera, **142**
- Suministro eléctrico
  - Compañía eléctrica, **33**
- Tasas
  - Tasa de recogida de vehículos, **13**
  - Tasa de recogida de residuos sólidos urbanos, **46, 61**
- Tráfico
  - Infracciones, **62**
  - Permiso de conducir, **50, 116**
- Sanciones, **10, 23, 26, 48, 82, 124, 135**
- Traslado de pacientes, **108**
- Universidades
  - V. Educación universitaria*
- Víctimas, **35, 41, 56**
- Videocámaras
  - Garantías de uso, **73**
- Violencia de género
  - Casas de acogida, **107**
- Vivienda
  - Protegida, **89**

