
SESIÓN IV

PONENCIAS

Los derechos de los extranjeros en España y su protección jurisdiccional

Enrique Cáncer

PAG. 439

La vecindad administrativa como sinónimo de ciudadanía o vecindad autonómica

Pascual Aguelo

PAG. 459

Padrón Municipal de habitantes

Ricardo Mongay

PAG. 465

Coloquio (IV Sesión)

PAG. 481

LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU PROTECCION JURISDICCIONAL

ENRIQUE CÁNCER LALANNE

Magistrado Emérito del Tribunal Supremo

SUMARIO I.- CONSIDERACIONES GENERALES: NORMATIVA 1.- CARACTERÍSTICAS DE LA NORMATIVA REGULADORA DE LA EXTRANJERÍA: a) Formación del concepto de extranjero; b) aspectos sociales y políticos de la extranjería; c) los derechos humanos y la extranjería; d) aspectos comunitarios. 2.- LAS FUENTES FORMALES Y SUS PROBLEMAS: enumeración de las fuentes: a) Leyes internas: 1) El Código Civil; 2) normativa específica sobre extranjería; b) los Tratados Internacionales d) Derecho Comunitario. 3.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y OTROS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LOS EXTRANJEROS, SECUN LA NORMATIVA VIGENTE: CONCRECIONES MINIMAS: a) Principio general; b) el derecho a la no discriminación; c) derecho a la asistencia sanitaria; d) derecho a la educación; e) otros derechos fundamentales o constitucionales de los extranjeros supeditados a la autorización de residencia; e.1) el derecho a la libre circulación; e.2) el derecho al sufragio para las instituciones políticas españolas; e.3) el sufragio para el Parlamento Europeo; e.4) el derecho de petición al Parlamento Europeo; e.5) el derecho a dirigirse al Defensor del Pueblo de la Unión Europea; f) el derecho a la tutela judicial efectiva. II.- LOS JUECES COMO DEFENSORES DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS. 1.- IDEAS GENERALES: EL JUEZ DEFENSOR DE LAS MINORIAS Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 2.- LOS DIFERENTES ORDENES JURISDICCIONALES QUE PUEDEN INTERVENIR EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA: a) orden jurisdiccional penal; b) orden jurisdiccional civil; c) orden laboral; d) orden contencioso-administrativo; e) orden jurisdiccional constitucional; f) los Tribunales de la Unión Europea. 3.- EL DERECHO JUDICIAL Y LA EXTRANJERÍA: a) generalidades; b) algunos pronunciamientos judiciales relevantes; b.1) sobre control de la discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados - potestad reglamentaria, contingente anual de trabajadores extranjeros, reagrupamiento familiar; c) Expulsiones; d) Asilo. BIBLIOGRAFIA. 1. Rafael Fernández Valverde

(Magistrado TS). Revista D. Judicial, nº 67, pag. 277 2. Ricardo Enríquez (Magistrado TS). Control Judicial en materia de extranjería. Jornadas internacionales con los Consejeros de Estado Italianos. 3. Jesús Caldera. Inmigración, extranjería y asilo - Colex pag. 7 y 8. 4. Ricardo Enríquez. Obra citada. 5. Rafael Fernández Valverde. Obra citada, pag. 279. 6. José Luis Ibarra Robles. Ciudadanía y derechos fundamentales: extranjería. CGPJ (Fundación Wellington), pag. 76 7. Jesús Peces Morate (Magistrado TS). Cuaderno D. Judicial -2001-Reflexiones sobre los extranjeros, pag. 216 sgs. 8. Segana. Reflexión sobre extranjería. COPS. 9. Rafael Fernández Valverde. Obra citada, pag. 289. 10. Los Derechos Fundamentales de los extranjeros en España. J.A. Moreno Diaz, del libro inmigración extranjeros y asilo -Colex-. 11. Rafael Fernández Valverde. Obra citada, pag. 301. 12. Jesús Peces Morate. La tutela judicial de los inmigrantes, inmigración extranjeros y asilo. -Colex- pag. 202. 13. Ricardo Enríquez Sancho. Obra citada en la nota 2-, aquí pag. 6 14. Ricardo Enríquez Sancho. Obra citada, pag. 14 sgs. 15. Ricardo Enríquez Sancho. Obra citada pag. 21 sgs. 16. Ricardo Enríquez Sancho. Obra citada, pag. 27 Jesús Peces Morate -Colex-. Obra citada, pag. 228

I.- CONSIDERACIONES GENERALES

1.- Características de la normativa reguladora de la extranjería en España.

Los términos que se han utilizado para describir este concreto enunciado, han sido de propósito buscados para hacer ver que el sentido, la propia estructura organizatoria e incluso el marco procedimental de la intervención de las diferentes ordenes jurisdiccionales en los conflictos a que da lugar la aplicación de la normativa, o mejor del Derecho de Extranjería en España, están inmediatamente relacionados con la esencia que puede inducirse de la misma en el ordenamiento jurídico español.

a) Formación del concepto de extranjero (1): Puede decirse que en las múltiples ocasiones en que el legislador se ha ocupado de la regulación de la extranjería, ha partido de la configuración del concepto de extranjero haciéndolo de manera negativa, al tener por tal a quien carezca de la nacionalidad española. Debe, pues, partirse para adentrarse en el tema que nos ocupa -los Derechos de los Extranjeros en España- de la regulación de la nacionalidad, materia que, en nuestro país permanece, al menos sistemáticamente en lo fundamental, en el ámbito del Derecho Privado -arts. 15 y 17 a 28 del Código Civil-. Sin olvidar claro está las solemnes declaraciones del art. 11 de la Constitución (sobre nacionalidad).

Pero en la labor de búsqueda de cuales sean las características de la normativa que ahora nos ocupa, en una consideración de conjunto de los preceptos citados del Código Civil, lo que se aprecia es que se afronta la regulación de los derechos de los extranjeros desde un punto de vista puramente privado, o mejor individual, lo que no podía ser menos, vista la finalidad que cumple el cuerpo normativo a que se alude, de regular relaciones entre particulares. En materia de derechos de los extranjeros, el art. 22 del Cc, se limita a decir *«los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las leyes españolas y en los Tratados»*.

Se trata, por tanto, de una consideración del extranjero, según se ha anticipado desde un punto de vista individual (2) que desconoce, o, no contempla otras conside-

raciones públicas y sociales, derivadas de la presencia de los extranjeros en España, bajo el aspecto de inmigrantes.

Estas otras consideraciones públicas de la regulación, se reflejan en las sucesivas leyes que últimamente se han venido publicando sobre la materia. Me refiero a la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España; Ley Orgánica 4/2000 de 11 de Enero; Ley Orgánica 8/2000 de 22 de Diciembre y Ley Orgánica 14/2003, de 20 de Noviembre, citando las esenciales que, como luego se dirá, inciden sobre la extranjería.

Conjunto normativo que configura un auténtico estatuto o estado jurídico del extranjero, tomada esta expresión en el sentido propio y técnico del término de *situación frente a la ley, que los cualifica o determina jurídicamente entre las demás personas*.

b) Aspectos sociales y políticos de la extranjería: La repercusión política, pero sobre todo ciudadana, de las leyes citadas, nos demuestra la capital importancia, que hoy, en los albores del siglo XXI, tiene en la vida diaria de nuestra sociedad el tema de la extranjería (3). Se dice que puede comprobarse que entre 1998 y 2004, se ha quintuplicado la población de extranjeros residentes en España, y, es que diferencias económicas, sociales y demográficas de grueso calibre, llevan a las gentes de las zonas menos favorecidas del planeta a renunciar al derecho de vivir donde nacieron, y a tratar de instalarse en lugares mas favorables a la vida y dignidad. Pero frente a ello se advierte que no cabe olvidar que en este tema, contemplado el problema desde el panorama de la historia reciente, se aprecia que España ha pasado de ser un país de emigración a un país de acogida. Así se observa que, entre la última década del siglo XIX y finales de los años 70 del XX, más de seis millones de españoles emigraron a América o cruzaron las fronteras europeas en busca de trabajo.

Las circunstancias descritas permiten afirmar (4) que en la normativa española se ha pasado de considerar a la inmigración como un hecho aislado, a ser un fenómeno de masas que exige el control e intervención de los poderes públicos. Ello determina que la regulación haya cambiado de enfoque y que, del ámbito del Dº Privado, venga a derivar al del Dº Público, a través de unas normas que vienen a ser la demostración de la utilización de las técnicas de policía o intervención, tan propias del Dº Administrativo.

Esta consideración social, y, consiguientemente política del fenómeno de la inmigración, y por tanto de la extranjería, explica la multiplicidad de normas que inciden sobre el tema, máxime cuando esta materia trascienda de los ámbitos territoriales de España para incidir en los de la Comunidad Europea e incluso, aunque en principio pueda parecer exagerado, en los del mundo en general, por efecto de la llamada globalización.

c) Los derechos humanos y la extranjería: Conviene anticipar algunas consideraciones sobre el reconocimiento, que en la normativa española e internacional se advierte, de la titularidad de derechos fundamentales a los extranjeros y de su consiguiente efecto sobre su protección jurisdiccional en los diferentes ámbitos nacionales, comunitarios e internacionales. El conjunto normativo de aplicación demuestra que en el llamado estatuto jurídico de los extranjeros, pueden distinguirse dos aspectos claramente diferenciados (5): un aspecto administrativo, que comprende toda la regulación relativa a la entrada, permanencia y salida de los extranjeros, y, junto a lo anterior, con

un significado mucho más profundo, el reconocimiento de la titularidad, goce y disfrute de una serie de derechos y libertades a los mismos, así como de las garantías jurídicas para su efectividad.

Y ciñiéndonos por ahora a la normativa española, lo que la doctrina ha apreciado con unanimidad, es la actitud garantista sobre esos derechos, por lo que parece que el legislador actual ha buscado marcar la distancia con el régimen autoritario precedente. De modo que a la vista de la normativa vigente cabe afirmar que, con las garantías jurisdiccionales de que se dota a esas titularidades jurídicas de los extranjeros, se viene a configurarlas como auténticos derechos públicos subjetivos.

d) En la panorámica general desde que se realiza este trabajo resulta ineludible hacer alguna referencia aunque lo sea mínima, a los **aspectos Comunitarios del derecho de Extranjería**, pues incluso bajo ese punto de vista, se abre la posibilidad de que los extranjeros en España, puedan solicitar amparo de los Tribunales de la Comunidad Europea. Señala un autor (6) que ya en la fase inicial del periodo de integración en Europa, se contienen regulaciones comunitarias cuyos destinatarios son los nacionales de alguno de los Estados miembros de la Comunidad (extranjeros entre sí), que por causa del funcionamiento del mercado interior, se desplazan al territorio de otro Estado distinto del de su origen, pues, es obvio, que la libre circulación personal y la libertad de establecimiento, componen uno de los elementos básicos de los derechos cívicos de los ciudadanos de la Unión.

Por otro lado, la proclamación de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, sustancialmente en el Tratado de Niza del año 2000, ha dotado de trascendencia jurídica, a los efectos que ahora nos ocupan, a los derechos fundamentales de los extranjeros en el ámbito de la Comunidad Europea.

2.- Las fuentes formales y sus problemas

Desde la perspectiva bajo la que se realiza este estudio, y limitando la referencia, de modo muy somero a las normas que, en España atribuyen y regulan los derechos de los extranjeros, deberán citarse como tales.

a Leyes internas: 1) El Código Civil, en el sentido antes aludido -arts. 15 a 28- en cuanto por vía negativa, y como regulación privada, delimita el concepto de extranjero.

2) En lo esencial, la normativa española específica en materia de extranjeros, viene integrada por 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, profundamente alterada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de Noviembre, y sus respectivos Reglamentos.

b) Tratados internacionales: En las Leyes citadas, respetando lo dispuesto en el art. 13.1 de la Constitución que expresa «*Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantizan el presente título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley*», se añade -art. 3º -, que las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros, deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, con los Tratados y Acuerdos Internacionales en España. Entre ellos la doctrina recoge, entre otros y con referencia solo a los suscritos con países europeos (8):

- Acuerdo con Holanda de 23 de Febrero de 1989.
- Acuerdo con Dinamarca de 13 de Julio de 1990.
- Acuerdo con Noruega de 6 de Febrero de 1990.
- Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra de 1951.
- Convenio de Shegen de 14 de Junio de 1988.

A los que habrá que añadir una larga serie de Convenios internacionales suscritos entre España y los países Hispano-Americanos.

d) Derecho comunitario: Ya se ha hablado de la incidencia del D° de las Comunidades Europeas en la regulación de la materia, por lo que me he de limitar a remitirme al punto I,I,d), antes expuesto.

3.- Los Derechos fundamentales de los extranjeros y otros derechos según la legislación española vigente. Concreciones mínimas. (6).

a) Principio general. En lo sustancial hay que reproducir el contenido de preceptos vigentes en la materia que considero esenciales. Y así: «el art. 3º, bajo el epígrafe derechos de los extranjeros e interpretaciones de las normas, dispone»:

1 Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles.

2 Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas.

b) Aún sin nombrar al art. 14 de la CE, al art. 23 de la Ley O. de referencia, viene a reproducir su contenido, regulando lo que llama actos discriminatorios, diciendo al efecto, que son tales:

«1 A los efectos de esta Ley, representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y practicas religiosas y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural».

Añadiendo en el párrafo siguiente, para evitar equívocos, qué específicas actividades, de autoridades y funcionarios, prestadores de bienes y servicios públicos, servicios sociales o socioeconómicos, de vivienda o trabajo, encajan en ese concepto.

Luego en la regulación legal y reglamentaria, se encuentran previstos una serie de mecanismos a efectos de dispensar un trato favorable a aquellos extranjeros que hayan sido víctimas de ese trato discriminatorio. Y ello al margen de la protección prevista por el Código Penal (-Título XV delitos contra los derechos de los trabajadores, entre otros, art. 312, tráfico ilegal de trabajadores -art. 313, inmigración clandestina, art. 314, discriminación laboral, art. 315 etc. - Título XXI- Delito contra la Constitución -cap. IV-

art. 510 sgs- practicas discriminatorias...), pues reitero, al margen de esa protección penal, la legislación de extranjería establece la posibilidad de que los extranjeros víctimas de trato discriminatorio, penalmente sancionado, aún estando ilegales, pueden verse exonerados de la sanción administrativa correspondiente a su situación ilegal en cuanto a la carencia de permiso de residencia, e incluso, a su elección, optar entre el retorno a su país, u obtener autorización de residencia-. Ello en el art. 59, de la LO y art. 45 del Reglamento.

Dada la amplitud de la regulación legal, me limitaré al mero recordatorio de cual es la regulación de extranjería vigente de los derechos fundamentales constitucionales, o de otra naturaleza de los extranjeros que considero más relevantes.

c) Derecho a la asistencia sanitaria. Las Leyes de extranjería a que se viene haciendo referencia, han corregido una falta de coordinación que se apreciaba entre el contenido de la Ley General de Sanidad y la normativa de extranjería. Y es que mientras aquella establecía la universalidad en la prestación del servicio, lo cierto era que hasta las nuevas leyes de extranjería hoy vigentes, no podía darse efectividad real a ese derecho a la asistencia sanitaria pública, por parte de los extranjeros. Dado que para entrar en el Servicio Público de la Salud, era requisito previo estar dado de alta en la Seguridad Social. Lo que determinaba que los extranjeros que carecían de las oportunas autorizaciones administrativas de trabajo o residencia-, no podían acceder a esos servicios públicos de la salud, salvo casos de urgencia, o bien acudiendo a otros canales al margen de la Seguridad Social. Dice la actual normativa, art. 12:

«1 Los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

2 Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica.

3 Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

4 Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y post-parto

Enlaza este tema con los efectos del empadronamiento, del que con mayor precisión y amplitud, van a ocuparse otros intervinientes en estas jornadas.

d) Derecho a la educación. Aparece regulado en el art. 9º de la Ley de Extranjería, de cuya lectura pido se me dispense. En un resumen mismo, me limitaré a exponer que la nueva normativa, consagra el Derecho a la Educación de los extranjeros en los mismos términos que el de los españoles,, en el sentido de gratuidad de la básica y obligatoria, a la obtención de titulación académica y acceso a becas y ayudas. Respecto de los no residentes, se reducen esos derechos, en lo concerniente a la enseñanza no obligatoria, para la que se exige residencia legal.

En este punto es de hacer notar que la Disposición Adicional Decimocuarta del RD 2393/2004 Regto. de Extranjería), establece que sin perjuicio de lo dispuesto en el citado precepto legal, las administraciones educativas, en el marco de su competencia, podrán facilitar el **acceso de menores empadronados** en un Municipio, a los niveles de educación post-obligatoria, en igualdad de condiciones que a los españoles.

Es indudable que los problemas prácticos que origina una materia tan decisiva como la educación, en un momento como el actual, de llegada masiva de inmigrantes, muchos de ellos acompañados de familiares de edad escolar, ha de determinar una amplia y profunda regulación normativa, en el sector de la educación, cuya reforma está ya en marcha, lo que hace prácticamente inútil que se quiera profundizar partiendo de la regulación ahora en vigor, con toda probabilidad supeditada a esa posterior e inevitable nueva regulación.

e) Derechos reconocidos a los extranjeros, condicionados a una autorización de residencia. Me limitaré a decir que en la actual normativa son tales, el de reunión y manifestación -art. 7º, el de asociación -art. 8º, el de huelga y sindicación, art. 11, derecho a la vivienda -art. 13-

Todos estos derechos presentan problemas singulares, que dejo al margen de mi exposición, visto el enfoque judicialista y procesal que trato de darle, pero que, sin duda merecen amplísimos estudios, para la conflictividad que puede dar lugar.

Lo mismo ha de decirse en materia del derecho a la vivienda, que reconoce el art. 13, que habla del derecho de los extranjeros a acceso al sistema público de ayuda en materia de viviendas, en las mismas condiciones que los españoles.

e.1.) Derecho a la libre circulación y a la libre fijación de residencia- viene condicionado a lo establecido en la propia Ley, -art. 5º- lo que parece aludir a que tengan título válido para estar en España. Recientemente el TC, ha hecho importantes declaraciones al respecto en la sentencia 72/2005, de 4 de Abril.

Sentencia de gran profundidad (de la que fue ponente Delgado Barrios, aragonés, por nacimiento en Barbastro), que contiene múltiples y variadas declaraciones, que son mas que suficientes para un estudio separado.

De modo sintético hay que recordar que el art. 19 de la Constitución, que literalmente expone *«Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional.*

Así mismo tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la Ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos e ideológicos».

Según esta sentencia, en ese enunciado constitucional se diferencian dos derechos distintos: el derecho a entrar en España y el de libertad de residencia. El primero para quien está fuera de España, y es el derecho a pasar de estar fuera a encontrarse en el territorio nacional. El segundo implica el elegir libremente el lugar en que se quiere permanecer transitoria o permanentemente.

Sigue diciendo el TC, en esta resolución que esos derechos pertenecen a los españoles, únicos citados literalmente. Pero esa literalidad no excluye a los extranjeros, pues el art. 19, ha de coordinarse con el art. 13.1 de esa Suprema Norma, que declara *«los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley».*

De tales preceptos deduce la sentencia, partiendo de que el últimamente citado, enuncia un derecho de los extranjeros «en España», que la Constitución Española, no tiene como finalidad reconocer derechos a los millones de extranjeros que se encuentran en otros países, ni convertir en derecho fundamental la eventual expectativa de entrar en España de todos los extranjeros que están fuera de nuestro país y se presen-

tan en nuestras fronteras, sino precisamente regular la posición jurídica de los extranjeros que ya se encuentren en España, que ya han entrado legalmente en nuestro país.

Es decir respecto de los extranjeros, la regulación del art. 13.1 CE, no se proyecta sobre uno de los derechos fundamentales -el de entrar en España- del que sí son titulares los españoles, según el art. 19 de la CE.

En otro lugar de la sentencia se dice -fundamento legal 8 párrafo 3- que el hecho de que de los preceptos citados no se derive un derecho fundamental a entrar en España, no significa que el derecho del extranjero a entrar en España conforme a lo regulado en la Ley, carezca de protección. Sí tiene la protección que el ordenamiento dispensa a los derechos que concede la Ley. Y así aunque no haya entrado en sentido jurídico estricto, en España (se entiende por haberlo hecho sin cumplir los requisitos legales), esa situación de hecho, constituida por la estancia, les otorga el derecho a impetrar la tutela judicial efectiva, del art. 24 de la CE, que se reconoce a toda persona por el hecho de ser tal. Claro está en reclamación no ya del derecho fundamental del art. 19 CE, sino de los derechos derivados de la legislación ordinaria.

e.2) Derecho al sufragio para las instituciones políticas españolas. Aparece regulado en el art. 6º, con un epígrafe más amplio, pues alude «Participación pública». Es del siguiente tenor literal:

Participación pública.

1 Los extranjeros residentes en España podrán ser titulares del derecho de sufragio en las elecciones municipales, atendiendo a criterios de reciprocidad, en los términos que por Ley o Tratado sean establecidos para los españoles residentes en los países de origen de aquellos.

*2 Los extranjeros residentes, **empadronados en un municipio**, tienen todos los derechos establecidos por tal concepto en la legislación de bases de régimen local, pudiendo ser oídos en los asuntos que les afecten de acuerdo con lo que dispongan los reglamentos de aplicación.*

*3 los Ayuntamientos **incorporarán al padrón y mantendrán actualizadas la información relativa a los extranjeros que residan en el municipio.***

4 Los poderes públicos favorecerán el ejercicio del derecho de sufragio de los extranjeros en los procesos electorales democráticos del país de origen.

A destacar que el punto 2 de ese precepto concede lo que la doctrina ha llamado un «derecho expectante», a los extranjeros residentes empadronados, derecho que se limita a ser oído, (supongo a asistir a las sesiones que les afecten), y a presentar escritos, siempre con sujeción a lo que establezca el reglamento Orgánico de la Corporación.

Igualmente ha de hacerse notar, que, respecto de la obligación municipal de empadronar a los extranjeros residentes, si bien en principio cabría sostener que, salvo mejor opinión, vistos los efectos de la inclusión en el padrón, no parece que la inclusión en el mismo haya de suponer el reconocimiento automático de la autorización de residencia, sin embargo las sucesivas normas sobre regularización de extranjeros, han venido reconociendo al empadronamiento de los extranjeros, un efecto intenso, como indicio para facilitar el otorgamiento de la autorización administrativa de residencia, o para revisar la inicial denegación de esa autorización.

e.3.) Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo. Este derecho está restringido a un segmento de extranjeros residentes en España, pues solo afecta a quien tienen el status de ciudadanos de la Unión (según los Tratados de Amsterdam y Niza y Directiva del Consejo de Europa 93/109). Vienen a decir los preceptos que lo regulan que todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional, tiene derecho a elegir y ser elegido en las elecciones al Parlamento Europeo, que se celebre en el Estado en que resida.

La Ley Electoral General se refiere a ese derecho en el Título VI, del capítulo 1º, art. 210 sgs.

e.4) derecho de petición al Parlamento Europeo. En el art. 8.1) del Tratado de la Unión Europea redactado según los de Mastrich, Amsterdam y Niza, se establece que los ciudadanos de la Unión Europea, tendrán derecho de petición al Parlamento Europeo. Otro precepto de ese Tratado, dispone que tal derecho se reconoce a cualquier persona física o jurídica, que resida o tenga su domicilio social en el territorio de la Unión Europea. Es decir, no se reserva a los extranjeros ciudadanos de la Unión, sino que favorece o alcanza a cualquier persona, incluso extranjera que resida en el territorio de la Unión.

e.5) Con el mismo alcance se reconoce en la normativa de la UE, a los extranjeros residentes en la UE, el derecho a dirigirse al Defensor del Pueblo de la UE, en caso de mala administración de instituciones y órganos comunitarios.

f) El Derecho a la tutela judicial efectiva. Es una afirmación común en la doctrina, que tiene su apoyo en la regulación legal a que luego se aludirá, que entre los derechos de cualquier persona, sea o no español, se encuentra el de tutela judicial efectiva consagrada por el art. 24 de la Constitución -recuérdese que el precepto constitucional empieza « **todas las personas...**». Es así porque está directamente relacionado con la condición de persona, y la propia significación de la expresión derecho subjetivo, que, corresponde a los derechos fundamentales que la normativa española reconoce a los extranjeros, que a nada conduciría, si en los casos de desconocimiento, no estuviera rodeada de la garantía que significa el posible control judicial.

Es cierto que, por su propia esencia, y aunque el art. 24 no lo diga con carácter general y expreso, la doctrina jurisprudencial lo configura como un derecho de prestación, solo ejercitable por los cauces que el legislador establece.

Las Leyes vigentes de extranjería contienen una regulación directa de este derecho. El art. 20 dispone:

Derecho a la tutela judicial efectiva.

Las vigentes Leyes de extranjería contienen una regulación directa de esta materia en diversos preceptos. Así el artículo 20 establece:

1. *Los extranjeros tienen derecho a la tutela judicial efectiva.*
2. *Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, salvo lo dispuesto en el artículo 27 de esta Ley.*

3. *En los procedimientos administrativos estarán legitimadas para intervenir como interesadas las organizaciones constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes, expresamente designados por éstos.*

4. *En los procesos contencioso-administrativos en materia de extranjería estarán legitimadas para intervenir las entidades que resulten afectadas en los términos previstos en el artículo 19. 1.b) de la Ley reguladora de dicha jurisdicción.*

El artículo 21 dispone:

Derecho al recurso contra los actos administrativos.

1. *Los actos y resoluciones administrativas adoptados en relación con los extranjeros serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes.*

2. *El régimen de ejecutividad de los actos administrativos dictados en materia de extranjería será el previsto con carácter general en la legislación vigente salvo lo dispuesto en esta Ley para la tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente.*

En el artículo 22 se dice:

Derecho a la asistencia jurídica gratuita.

1. *Los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita, tienen derecho a ésta en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo. Además, tendrán derecho a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice.*

2. *Los extranjeros residentes que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles en los procesos en que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan.*

También es del caso el artículo 24 en que se dispone que:

Aplicabilidad del procedimiento sumario.

La tutela judicial contra cualquier práctica discriminatoria que comporte vulneración de derechos y libertades fundamentales podrá ser exigida por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución en los términos legalmente establecidos.

La simple lectura de esos preceptos, hace ver la amplitud de esta garantía, por cuanto que reconoce la efectividad de este derecho fundamental a los extranjeros, en las mismas condiciones que los españoles. Además sujeta a la Administración cuando actúe a las garantías previstas con carácter general en la legislación del sector, en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia y necesidad de motivación. Con la salvedad, de que las denegaciones de visado, solo serán motivadas, en los casos que sean para trabajo por cuenta ajena, o por razón de reagrupamiento familiar. La no necesidad de motivación en la denegación de visado, se explica, probablemente, en la soberanía nacional, que salvo en esas contraexcepciones (trabajo y reagrupamiento), presupone una reserva al Estado. Sin embargo esta regulación ha sido fuertemente criticada en la doctrina.

A observar que también queda limitado el régimen general de ejecutividad de los actos administrativos, al excluir la Ley, de su régimen general, la tramitación de expediente de expulsión con carácter preferente.

En relación a la asistencia judicial gratuita, se observa que las Leyes de Extranjería, otorgan a todos los extranjeros, no solo el Derecho a la asistencia jurídica, sino también la gratuidad de la misma. Con ello se amplían los derechos que al respecto se concedían en la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita que lo limitaba a los residentes legales. La Ley actual lo amplía reitero, a todos los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, pero introduce la matización, de que esté referido a procedimiento administrativo o judicial, que pueda conducir a denegación de entrada, a su expulsión o a su salida obligatoria. Claro está que deberán reunir los requisitos de carencia de medios en los términos de la Ley 1/1 996.

Los extranjeros que tengan residencia legal -párrafo 2 del art. 22- gozan de ese privilegio, en las mismas condiciones que los españoles, en los procesos en que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan.

II.- LOS JUECES COMO DEFENSORES DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS.

1.- Ideas generales: El Juez defensor de las minorías y de los derechos fundamentales.

Se ha dicho (7), que uno de los significados más genuinos del ejercicio de la función jurisdiccional del Juez es el de otorgar protección a las minorías. Y es que entre los diferentes poderes del estado, el Poder Judicial, que como es sabido se encarna y manifiesta en cada uno de los componentes de los diferentes ordenes jurisdiccionales cuando actúan como tales, es quien de modo directo tiene como función la de defensa de las minorías, entre las que naturalmente se hallan los extranjeros.

El Legislativo y el Ejecutivo son poderes concentrados y ejercidos por mayorías. La Ley es una síntesis del sentir general en la ordenación de la convivencia. Por otra parte, en cuanto a la actuación del Ejecutivo, la administración, la efectividad y materialización de los intereses públicos, en los sistemas democráticos parlamentarios, está en manos de quienes han obtenido el voto mayoritario, por lo que al gobernar mira directamente al interés general, de los que le avalan.

El judicial es un poder difuso, según lo dicho, y a los jueces está encomendado el amparo de la sociedad civil. Es decir de las personas, con independencia de su consideración política, y a los fines de preservar sus derechos y libertades frente a cualquier injerencia pública o privada

De ahí, en definitiva, la trascendencia de la función jurisdiccional respecto de la protección de esa minoría (los extranjeros) dentro de una sociedad regida por normas elaboradas por la mayoría y cuyos intereses aparecen gestionados también por administradores del interés general.

Esa diferencia de enfoque en la actuación de cada uno de esos poderes del Estado, según la finalidad última que persigue, explica la multiplicidad de conflictos que llegan a residenciarse ante los órganos jurisdiccionales, e incluye la necesidad de que se arbitre una cuidadosa distribución entre los ordenes jurisdiccionales que han de intervenir, y que se intente precisar, en lo posible, los modos pautas procesales a seguir. Y justifica la importancia y relevancia que en esta materia adquiere el llamado D^o Judicial, como luego se dirá.

2. Los diferentes ordenes jurisdiccionales y los derechos de los extranjeros.

En el ámbito territorial español y Comunitario Europeo, cabe hacer una sucinta referencia a cada uno de los órdenes jurisdiccionales en que está organizada objetivamente la Jurisdicción, y a las características de su intervención respecto de los conflictos que afecten a los extranjeros.

a) Orden jurisdiccional penal: Debe recordarse que según antes se ha dicho dentro de la legislación penal sustantiva, existen una serie de preceptos, cuyo destinatario, en cuanto sujeto de la protección que ofrecen, son los extranjeros. El enjuiciamiento ordinario, viene a corresponder a los Tribunales que según las reglas generales de distribución competencial, objetiva, funcional y territorial resulten adecuados.

b) Orden jurisdiccional civil. Me limitaré a decir que en principio los derechos y libertades de los extranjeros en España, acceden a ese orden jurisdiccional, según las reglas generales reguladoras del enjuiciamiento civil. Obviamente la intervención de estos jueces civiles se producirá cuando el conflicto que se judicializa, tenga su origen en actos de particulares, que afecten a derechos fundamentales o de otra naturaleza que la legislación de extranjería reconoce a los extranjeros. El encuadramiento procesal, cuando se trate de cuestiones afectantes a derechos fundamentales, y en función de la naturaleza de esos derechos, lo regula el art. 249.2º de la nueva Ley 1/2000, de 7 de Enero de Enjuiciamiento Civil, que determina que se decidieran en el juicio ordinario, regulado en los arts. 399 sgs, las demandas *«que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y los que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo que se refieran al derecho de rectificación»*. Se añade como especialidad que en esos procesos será siempre parte el Ministerio Fiscal, y su tramitación tendrá carácter preferente. Para el derecho de rectificación la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, ha preferido los trámites del juicio verbal.

c) **El orden jurisdiccional laboral:** Dejando, desde luego a salvo lo que al respecto puedan opinar los especialistas en la materia, me limitaré a decir, que, desde la perspectiva procesal que ahora se contempla, hacen al caso (11) los arts. 175 a 181 del Texto Refundido de la Ley del Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo, 2/1995, de 7 de Abril, que en el artículo 181, refiriéndose a la protección frente a los actos discriminatorios, viene a señalar que *«las demandas de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social, se tramitaran conforme a las disposiciones establecidas en este capítulo»*.

d) **El orden jurisdiccional contencioso-administrativo:** Es de resaltar que las conductas mas significativas incluíbles entre los actos de discriminación, aparecen atribuidas, en el art. 23 de la Ley de Extranjería, a *«autoridad, funcionario público o personal encargado de un servicio público...en el ejercicio de sus funciones»*. Es decir, las mas de las veces darán lugar a actos, actividades, situaciones de hecho o disposiciones atribuibles a la Administración Pública, actuando como tal, constituyendo por ello la materia, posible objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En estos casos, y en los demás que los derechos de los extranjeros queden afectados por actos de autoridades en el ejercicio de sus potestades, la tutela judicial específica, puede encauzarse, bien por el proceso ordinario, del Título IV, capítulo 1, arts. 43 a 77, o bien por el cauce del procedimiento Abreviado, del capítulo II, de ese Título IV -art. 78-, o bien en su caso, por las reglas del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona -arts. 114 a 122, todos ellos de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa- 29/1998, de 13 de Julio. Esto último obviamente para el supuesto de que la pretensión se dirija a impetrar la tutela de derechos fundamentales de los extranjeros.

Se aplicarán por lo demás las reglas generales sobre distribución de competencia objetiva, territorial y funcional. Siendo de destacar que el Tribunal Supremo ya no interviene por vía de casación ordinaria, a partir de la reforma introducida por la Ley Orgánica, salvo en algunos casos relativos al Asilo.

e) **La protección constitucional:** Ya se ha dicho en el punto c) de este trabajo, que el ordenamiento jurídico español, reconoce a los extranjeros una serie de derechos,

alguno de los cuales merecen la catalogación de derechos fundamentales. Un examen en profundidad permite advertir que, a veces, tales derechos tienen una regulación singular y expresa en la normativa de extranjería, así los del art. 14 de la Constitución, referente a la igualdad, se concreten en el derecho a la no discriminación en el art. 23 de la normativa específica de extranjería; el derecho a la educación del art. 27 de la Constitución, aparece en el art. 9º de las Leyes de extranjería; el de reunión del art. 21 de la Constitución, se refleja en el art. 7º de la norma de extranjería; el de asociación del art. 22 de la Constitución, en el 8º de la normativa de extranjería el de sindicación; el de huelga del art. 28 de la Constitución, aparece reconocido en el art. 11, de la legislación Extranjería; la libre circulación del art. 19 de la Constitución, en el 5º de la Lg. Extranjería y la participación pública del 23 CE, corresponde al 5º de la Lg. Extranjería

Otros, los inmediatamente derivados de la condición humana y dignidad de los extranjeros -derecho a la vida e integridad física, intimidad, libertad ideológica...etc, aunque no sean objeto de regulación expresa en la normativa singular de extranjería, es indudable que son reconocidos con toda su amplitud, a los extranjeros en España.

Es obvio que el desconocimiento de tales derechos, a los que deliberadamente se ha reservado la calificación de derechos fundamentales, para dejar a un lado aquellos derechos simplemente constitucionales, o los que únicamente merezcan la catalogación de derivados del desarrollo de la normativa relativa a los principios rectores de la política social y económica, también reconocidos en la Constitución española, tiene su traducción en las garantías judiciales que su desconocimiento pueda determinar. Quiero decir, que los que de propósito he llamado derechos fundamentales de los extranjeros, si corresponden a los que en la Constitución Española se regulan en la Sección i" del Capítulo U del Título 1 de esa Suprema Norma, en caso de desconocimiento por los poderes públicos o por los particulares, puedan dar lugar al amparo judicial, que en su caso, incluso puede suponer el acceso al Tribunal Constitucional. Primero habrá que acudir, a los Tribunales ordinarios, y luego, si éstos en esa intervención inicial, no otorgan la protección solicitada, se abre a los interesados la vía del amparo constitucional según se infiere del art. 53.2 de la Constitución y arts. 43 y sgs. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979, de 3 de Octubre.

Frente a vulneraciones de derechos fundamentales (singularmente encajables en el art. 24 de la Constitución), producidos por órganos judiciales, agotados los recursos y remedios procedentes ante la justicia ordinaria, cabe igualmente la solicitud del amparo constitucional.

Si la infracción o vulneración del derecho fundamental se relaciona directamente con la actuación del poder legislativo, es claro que, vista la dimensión también objetiva de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español, al ser sustento y garantía del sistema constitucional, se dará la posibilidad de acceso al Tribunal Constitucional. Pero en tal caso, ya no será por la vía del amparo, sino que cuando la vulneración derive de actos o disposiciones con valor de Ley, la protección exigirá que, se siga el cauce de las impugnaciones dirigida a obtener la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes. En caso de que se trate de actos del legislativo, sin rango o valor de Ley, se seguirá el procedimiento de amparo.

He de dejar a un lado este tipo de elucubraciones, que forzosamente han de llevarnos por su importancia y dificultad a ámbitos alejados del tema que nos ocupa, para

concluir, que es evidente que los extranjeros, en España se les conceden garantías ante el Tribunal Constitucional.

Añadiré, si acaso, en este punto, que si se examina con total profundidad, lo que se ha dicho en el punto 2, sobre los derechos que la legislación española de extranjería reconoce directamente a los extranjeros, cabrá notar que también aparecen aludidos en forma expresa algunos como el derecho a la asistencia sanitaria -art. 12 de la Ley de Extranjería-, y a las subvenciones en materia de vivienda -art. 13-, que aunque no sea con el alcance y significación de derechos fundamentales, **también tienen una dimensión constitucional**, si se tiene en cuenta lo que al respecto se establece sobre la protección a la salud en el art. 43 de la Constitución, y sobre el acceso a la vivienda del art. 47 de esa Suprema Norma. Lo que determina que visto que sistemáticamente estos preceptos constitucionales están encuadrados y calificados como principios rectores de la política social y económica, capítulo III, del Título I de la Constitución-, habrá de ser a través de la normativa ordinaria de desarrollo y de la actuación de los Tribunales de la Justicia Ordinaria, donde deberá impetrarse la protección. Ello sin perjuicio de que podrá invocarse, desde luego, como principios generales del Derecho, expresamente tipificados en el ordenamiento por la propia Constitución, el juego, que les corresponda, como tales, es decir interpretativo, o en, último caso para llenar lagunas del ordenamiento.

Para concluir, en este punto de la exposición, simplemente ha de recordar, que en la actualidad, y a los efectos que proceda, en la fundamentación de las reclamaciones de amparo judicial, o, en su caso, de amparo constitucional, puede invocarse la directa y expresa regulación que de los derechos de los extranjeros en España se establece en la Ley de Extranjería, dado que viene a integrar la normativa sectorial primaria de la materia a que se refiere.

f) Protección ante los Tribunales de la Comunidad Europea. Como final del control judicial o mejor jurisdiccional de los derechos de los extranjeros en España, forzoso es aludir a la posibilidad que, en algunos casos, se ofrece por el ordenamiento jurídico, a los extranjeros que se encuentren en España, de acceder a los órganos jurisdiccionales de la Comunidad Europea.

Esa posibilidad es ciertamente intensa, en materia de derechos fundamentales, si se recuerda como ya se dijo, al exponer el inciso d, de este trabajo, como en el vigente Tratado de Niza del año 2000, se ha incluido un amplio elenco de derechos fundamentales, entre los que expresamente se cita a los extranjeros, como posibles titulares de alguno de ellos. Lo que obviamente conduce a que en caso de desconocimiento por las autoridades o Poderes Públicos españoles, se abra el acceso para los perjudicados, ante el órgano jurisdiccional existente en el plano de la organización judicial de la Unión Europea, para ese tipo de protección. Concretamente, está regulada entre la institución de la Comunidad Europea, el llamado **Tribunal Europeo de los Derechos Humanos**, radicado en Estrasburgo, uno de cuyos componentes es español, ante el que pueden comparecer directamente incluso los individuos que aleguen haber sido víctimas de violación de los derechos fundamentales incluidos en el Convenio de Roma de 1950 y posteriores ampliaciones. Tribunal que dicta sentencia vinculante para los Estados implicados.

En último lugar la normativa comunitaria, también admite la posibilidad de acceso ante el llamado **Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**, con sede en

Luxemburgo, que, como es sabido, tiene como misión la de garantizar que la Legislación de la Unión Europea -Derecho Comunitario- se interprete y aplique del mismo modo en todos los Estados de la Unión. Pues bien, puede observarse que, entre los diferentes tipos de recursos o procedimientos a residenciar ante este Tribunal, se encuentra el recurso de anulación, a cuyo través se pide al Tribunal que invalide una ley o norma comunitaria de ese rango, por considerarla contraria a normas superiores de la Unión Europea. Recurso que está abierto a los particulares, si estiman que esa Ley es contraria a sus intereses individuales.

Pienso, salvo mejor opinión de los especialistas en Derecho Comunitario, que los extranjeros, radicados en España, pueden utilizar este cauce legal, frente a regulación de la Unión Europea que directamente les afecte.

3) El Derecho Judicial y la Extranjería: a) generalidades.

Una reflexión realizada a partir del examen conjunto de la normativa española sobre extranjería, lleva a la conclusión primaria de que la vida social del extranjero en España se contempla por las normas desde un planteamiento intervencionista, que habilita a las autoridades gubernativas y laborales de unas amplias competencias dotadas de un fuerte contenido discrecional. A la vez se aprecia que esa atribución de potestades discrecionales de intervención, ha de conjugarse con la configuración del régimen de extranjería como un derecho estatutario de base constitucional. Pues como reiteradamente se ha expuesto, la Constitución Española de 1978, a veces de modo directo, y otras la propia legislación sectorial de extranjería, ha otorgado a los extranjeros en España una amplia gama de derechos, algunos de ellos merecedores de la catalogación como derechos fundamentales, y de entre ellos el de tutela judicial efectiva que permite dotar de plenitud a la protección que se les confiere, mediante el oportuno acceso a los Tribunales. Y es que frente a las normas o actuaciones administrativas o de particulares vulneradoras de los derechos que Constitucional o legalmente se les reconocen, o ante actuaciones administrativas ilegales o discriminatorias, los extranjeros, como minoría que son, carecen de otro amparo que no sea el judicial (12), dado que las normas son elaboradas por la mayoría y en razón a sus intereses, que, a su vez, son gestionados por la Administración en aras, se dice, del interés general, que a veces está reñido con el de esa minoría.

Viene a cuento la reiteración de esas ideas para resaltar la frecuencia de la intervención judicial, y la transcendencia que la misma forzosamente tiene en España, hasta el punto de que, en algún sector doctrinal se habla de Derecho Judicial de extranjería como una rama más del ordenamiento jurídico.

Siempre desde una panorámica general, cabe sostener que la jurisprudencia del Tribunal Supremo a veces ha mitigado exigencias impuestas por la Administración, al no considerarlas acordes con los principios constitucionales que inspiran la normativa de extranjería, reduciendo la discrecionalidad administrativa en la concesión o denegación de permisos de residencia o trabajo, o al ordenar expulsiones. Ha aquilatado los conceptos jurídicos indeterminados, tan frecuentes en esta materia, así respecto del arraigo familiar, las razones humanitarias o el reagrupamiento familiar.

a) Pronunciamientos judiciales relevantes.

Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados.

Como manifestación mas clara del control de la discrecionalidad, que, como es sabido tiene su máxima expresión cuando se utilizan las potestades reglamentarias, cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 20 de Marzo de 2003, que invalidó una larga serie de artículos del Reglamento de la Ley de Extranjería 4/2000, contenidos en el Real Decreto 864/2001, de 20 de Julio, bien por conculcar los principios generales del procedimiento administrativo, en cuanto a la elaboración de disposiciones, de la Ley 30/1992, o bien por infringir el de jerarquía normativa.

Si cita en primer lugar esta sentencia, ello obedece a que la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 14/2003, reformadora de la Ley 4/2000, confiesa que uno de sus objetivos era el de incorporar al texto de la Ley, es decir de una norma de rango suficiente, los preceptos reglamentarios invalidados por la aludida sentencia del Tribunal Supremo. Demostración palpable de la tensión intensa, entre la mayoría, representados por las normas y el control judicial, como manifestación de la protección de los extranjeros, en cuanto minoría.

Conceptos jurídicos indeterminados: Respecto de la fijación de conceptos jurídicos indeterminados, y del control de la discrecionalidad, mencionaré una sentencia en que se hace una amplia aplicación de esas figuras. Se trataba de la **determinación del contingente anual de trabajadores extranjeros en España**. Materia obviamente ligada a la política económica general de empleo del país, en que impera un alto grado de discrecionalidad, o a la autorización de entrada en España de extranjeros por razones de interés público; expresión ésta que a veces ha sido utilizado como concepto jurídico, sin duda con un grado muy alto de indeterminación.

El caso surgió (13) a propósito de un acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, que determinaba el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario para el año 2002. La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2004 declara, en contra de lo sostenido por el Abogado del Estado, que la obtención de un contrato de trabajo acudiendo a las ofertas gestionadas a través de ese sistema, que es donde con carácter general se evalúan las necesidades de empleo del país, no excluye la posibilidad de presentar ofertas de empleo a favor de trabajadores individualizados, ofertas no computables en los contingentes, en cuya gestión puedan tenerse en cuenta otros procedimientos de evaluación distintos del de la situación nacional de empleo.

En esta sentencia se trata aunque de forma incidental una cuestión, como es la política general de empleo en el país, en principio ajena al control judicial.

Reagrupamiento familia: La aplicación de este concepto jurídico ha dado lugar a frecuentes pronunciamientos judiciales, a veces seguidos de modificaciones legales claramente dirigidas a corregir tendencias jurisprudenciales que el legislador, al parecer, consideraba contrarios a los intereses públicos preponderantes en la materia.

En términos generales las sucesivas regulaciones legales vienen a reconocer a los extranjeros el derecho a introducir legalmente a sus familiares, en determinadas condiciones, pues tal derecho al reagrupamiento familiar se otorgaba solo a los extranjeros residentes, y únicamente en relación a los siguientes familiares: cónyuge, hijos menores o incapaces, menores o incapaces que, aún sin ser hijos, estén bajo la repre-

sentación legal del extranjero solicitante, ascendientes del reagrupante o su cónyuge. (14).

Nada decían las primeras regulaciones en el plano legal, sobre si a los familiares que hubieran obtenido por reagrupación familiar permiso de residencia en España, se les reconocía también el derecho a reclamar el reagrupamiento familiar, respecto de sus parientes. Pero ese vacío normativo vino a ser llenado por las primitivas regulaciones reglamentarias, imponiendo la exigencia, de que se tratara de extranjeros residentes que hubieran obtenido su permiso de residencia, independientemente o fuera de los casos de reagrupamiento familiar. El Tribunal Supremo, en la sentencia de 20 de Marzo de 2003, anuló ese precepto reglamentario al entender que no tenía respaldo legal. Hoy la vigente regulación a nivel legal, en el actual art. 17.2, ha dado rango suficiente a la anterior exigencia reglamentaria, corrigiendo, pues, la doctrina jurisprudencial.

Algo parecido ocurrió en relación al reagrupamiento familiar por razón de matrimonio.

La Ley Orgánica 7/85, no regulaba las condiciones que debía reunir el matrimonio, para servir de base a la reclamación por reagrupamiento familiar. Fue el Reglamento de Ejecución de esa Ley, quien exigió, respecto del cónyuge del reagrupante, que tal vínculo debía proceder de una unión matrimonial concertada legalmente.

El Tribunal Supremo extendió la regulación legal al convivente de hecho con el reagrupante, prescindiendo de la regulación reglamentaria. Así se viene a decir de la sentencia de 6 de Junio de 2000. Claro es que la jurisprudencia que seguía esa línea doctrinal, para obviar los problemas que podía ocasionar, imponía la exigencia de que la relación de hecho tenía que probarse, y debería ser estable y no pasajera o intermitente, externa o pública.. .etc, y que no entrañara riesgo de fraude legal.

Una vez mas la vigente legislación -véase al efecto el art. 17.1 a- ha corregido esta línea jurisprudencial, ya que expresa y claramente exige el matrimonio, pues limita la reagrupación al cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, o que el matrimonio se haya celebrado en fraude de Ley.

Añadamos que no veo inconveniente a la aplicación de la línea jurisprudencial que aplica la regulación legal del reagrupamiento por matrimonio, a los extranjeros que, estando en España, contraigan matrimonio con una española. Por consiguiente no es necesario que el matrimonio se haya celebrado en el extranjero, antes de solicitarse la reagrupación familiar.

b) Expulsión (15): Son varias las causas que pueden dar lugar a la expulsión de extranjeros de España. De ellas, las que con más frecuencia han exigido pronunciamientos de los tribunales son las derivadas de la existencia de procesos penales en que hayan resultado imputados o condenados.

El Código Penal establece, en el art. 89, que las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional. Igualmente los Jueces o Tribunales podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido tres cuartas partes de la condena. En ambos casos la decisión de expulsión corresponde exclusivamente al Tribunal sentenciador.

Independientemente de lo anterior, la Ley de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España establece como causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.

A diferencia del supuesto anterior en éste no se trata de sustituir la pena privativa de libertad por la expulsión, sino de que independientemente de las vicisitudes de la condena penal, esto es, después de cumplida la sentencia o, en su caso, obtenido el beneficio de la suspensión condicional de su ejecución, el condenado sea expulsado del territorio nacional, lo que ha planteado la cuestión de si ello podía suponer una infracción del principio *non bis in ídem*, al sancionarse dos veces la misma conducta.

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han declarado que el principio "*non bis in ídem* no impide esa dualidad de consecuencias de la condena penal, porque la pena y la medida de expulsión responde a finalidades diferentes, a los fines de la política criminal la pena y a la política de extranjería la expulsión.

La incidencia que la existencia de un proceso penal tiene en la posibilidad de expulsión de extranjeros se manifiesta también en que una de las causas de expulsión consiste en que el extranjero esté implicado en actividades contrarias al orden público, previstas en la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

La Administración en ocasiones ha considerado que la simple condena de un extranjero en un proceso penal, era tanto como realizar una actividad contraria al orden público, susceptible de motivar la expulsión del condenado.

El Tribunal Supremo ha corregido esta interpretación siguiendo una doctrina declarada en varias sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencias de 19 de marzo de 1999, Donatella Calfa y 27 de octubre de 1977, Bouchereau).

Según esta doctrina el concepto de orden público puede invocarse con el fin de justificar la expulsión de un extranjero en el caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, sin que la mera existencia de condenas penales constituya por sí sola motivo para la adopción de dicha medida, porque sólo cuando esas condenas evidencien la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público cabe acordar la medida de expulsión.

En resumen, la valoración de los actos que han motivado una condena penal como constitutivos también de una actividad contraria al orden público ha de realizarse en el expediente de expulsión atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso. Así, se ha considerado que la simple condena por un delito de robo en una nave industrial no habitada no puede calificarse como actividad contraria al orden público (sentencia de 23 de septiembre de 2003), pero sí la falsificación de pasaportes y documentos de identidad (sentencia de 25 de marzo de 2003).

Si el extranjero no ha sido condenado en un proceso penal, pero se encuentra procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, la Ley de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España autoriza a instruir expediente de expulsión.

La Administración interpretó este precepto en un primer momento como atributivo de una facultad de expulsión en sustitución del proceso pendiente.

El Tribunal Supremo ha desautorizado esta interpretación, declarando que si los hechos que dan lugar a la expulsión son los mismos por los que se sigue un procedimiento penal, y el extranjero discute esos hechos, la Administración no puede pronunciarse sobre ellos hasta que lo haya hecho la jurisdicción penal.

Según dice la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2004, si el principio “non bis in idem no impide que una condena penal por delito doloso pueda ser considerada también como causa de expulsión de un extranjero del territorio nacional, la cuestión debe abordarse desde una perspectiva diferente si la expulsión se funda en la comisión de unos hechos por los que existe pendiente un proceso penal. Como viene declarando el Tribunal Constitucional desde su sentencia de 30 de enero de 1981, el principio non bis idem conduce a que cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, sea posible que ese enjuiciamiento y calificación se hagan con independencia si resultan de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para unos mismos órganos del Estado. De aquí deriva una regla de subordinación de la Administración a la actuación jurisdiccional que determina que no puede pronunciarse aquélla hasta que lo haya hecho la Jurisdicción y que los hechos declarados por ésta no pueden ser contradichos por la Administración.

c) Asilo (16): Junto a este mecanismo de expulsión de las leyes generales de extranjería existe una regulación, de carácter especial que, referida a la extranjería, es la que produce una mayor litigiosidad. Es la derivada de la aplicación de la legislación sobre derecho de asilo.

La concesión de asilo otorga al extranjero el derecho a no ser devuelto al país donde pueda temer fundadamente persecución o castigo, e implica la autorización de residencia en España, la autorización para desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles. Asimismo podrá otorgársele asistencia social y económica.

Existe una numerosa jurisprudencia que, en interpretación del artículo 1 .A de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, ha rechazado la posibilidad del reconocimiento de asilo a quienes huyen de su país de origen por razones simplemente económicas.

Sin embargo, la Ley reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado (Ley 5/1984, de 26 de marzo) permite que se autorice la mera permanencia en España, por razones humanitarias y en el marco de la legislación general de extranjería, de aquellos extranjeros cuya solicitud de asilo haya sido inadmitida a trámite o denegada, si se acredita que, en cualquier caso, concurren circunstancias de aquel tipo.

Aunque la existencia de conflictos o disturbios graves en el país de origen, no es una causa para la concesión de asilo, si no va acompañada del temor por el solicitante de sufrir una persecución individualizada por razones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas como resulta del artículo 1 .A de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, sin embargo la existencia de ese conflicto civil en el país de origen, sí es apreciada repeti-

damente por la jurisprudencia como razón para autorizar la permanencia en España por razones humanitarias de aquellos que, como consecuencia de esos conflictos civiles o disturbios internos se hayan visto obligados a abandonar su país.

Como final para esta específica materia, forzosamente se ha de hacer referencia a otras cuestiones que, en lo relativo al Asilo, han dado lugar a abundantes pronunciamientos judiciales. Derivan todos de que, (17) la reforma introducida en la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado de 1984 por una Ley de 1994, no sólo no ha atajado los factores determinantes de la crisis de la institución del asilo, sino que los ha acentuado, al crear la figura de la inadmisión a tramite de la solicitud de asilo.

La complejidad de la inadmisión a tramite de las peticiones de asilo quedó patente en las sentencias de la Sala Tercera (Sección Sexta) del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2001, 19 de septiembre de 2002, 28 de septiembre de 2002, y 21 de noviembre de 2002 y recientemente en las de fechas 1 de junio de 2004, 22 de junio de 2004, 20 de julio de 2004, 27 de julio de 2004, 27 de julio de 2004, 22 de septiembre de 2004, 28 de septiembre de 2004, 13 de octubre de 2004 y 14 de octubre de 2004, que han declarado corrigiendo lo que se decía por las instancias inferiores sobre exigencia en esa fase inicial, de la aportación de prueba indiciada sobre la existencia de la causa legal de asilo alegada por el actor, que se debe admitir a tramite la petición de asilo cuando las causas alegadas en la solicitud o en la petición de reexamen sean de aquellas que dan lugar al reconocimiento de la condición de refugiado, salvo que resulten manifiestamente falsas, inverosímiles o carentes de vigencia, sin que en ese trámite sea preciso aportar pruebas o indicios de su existencia o realidad, lo que sólo se deberá exigir para resolver el expediente ya instruido sobre la concesión o no del asilo.

Las limitaciones derivadas del tiempo que debe corresponder a cada exposición, me aconsejan no seguir con la referencia a otros casos, sin duda muy numerosos, en que la jurisprudencia ha hecho interesantes precisiones sobre el alcance de la normativa estudiada.

LA VECINDAD ADMINISTRATIVA COMO SINÓNIMO DE CIUDADANÍA O VECINDAD AUTONÓMICA

PASCUAL AGUELO NAVARRO,
Abogado del Área de Extranjería del ReICAZ,
Presidente de la Subcomisión de Extranjería del CGAE

1. VECINDAD ADMINISTRATIVA, VECINDAD CIVIL, CONDICIÓN POLÍTICA AUTONÓMICA, RESIDENCIA LEGAL.

Del estudio de la evolución legislativa del Derecho español se desprende un evidente giro producido en nuestro ordenamiento en relación con el “estatuto jurídico de vecino” concepto esencialmente de contenido privado, pues está relacionado con el de domicilio, de raigambre civilista, y del que deriva el de vecindad administrativa, que no hay que confundir con vecindad civil, ni con el de condición política autonómica, ciudadanía o vecindad autonómica, ni menos aún con residencia legal, en el sentido de la normativa de extranjería.

1.1 La **vecindad civil**, determina la adscripción de un ciudadano español a una de las siete distintas legislaciones o derechos privados de los existentes en España, entre los que se encuentra el Derecho Foral Civil Aragonés. Su adquisición y pérdida se rige por norma propias y distintas a las que regulan la vecindad administrativa.

La vecindad civil se halla regulada en los artículos 14 y 15 del Código Civil. En principio, y en este sentido son aragoneses los hijos de aragonés, los españoles que llevan dos años residiendo legalmente en Aragón, por estar empadronados, si además manifiestan su voluntad de adquirir la vecindad en ese plazo ante el encargado del Registro civil y todos los nacionales españoles que llevan diez años empadronados en Aragón. Los ciudadanos extranjeros que adquieran la nacionalidad española podrán optar en ese momento por la vecindad civil aragonesa.

1.2 La categoría de “**vecino administrativo**” actualmente se adquiere por el mero hecho registral de la inscripción patronal, a la que está obligada toda persona que viva

habitualmente en España. Así se desprende del contenido de los arts. 15 y 16 Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. (reformada por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. BOE 21-11-2003).

La vecindad administrativa, a diferencia de la vecindad civil, si puede ser ostentada por la persona extranjera, pues aunque ambas encuentran el elemento común del territorio, solo la primera resulta de titularidad universal por el mero hecho de decidir asentarse en un lugar y con la carga formal de la inscripción registral padronal.

Art. 15.

“Toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el Padrón del municipio en el que resida habitualmente. Quien viva en varios municipios deberá inscribirse únicamente en el que habite durante más tiempo al año.

El conjunto de personas inscritas en el Padrón municipal constituye la población del municipio.

Los inscritos en el Padrón municipal son los vecinos del municipio.

La condición de vecino se adquiere en el mismo momento de su inscripción en el Padrón.”

Art. 16.

“1. El Padrón municipal es el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio. Sus datos constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo. Las certificaciones que de dichos datos se expidan tendrán carácter de documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos.

La inscripción en el Padrón Municipal sólo surtirá efecto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de esta Ley por el tiempo que subsista el hecho que la motivó y, en todo caso, deberá ser objeto de renovación periódica cada dos años cuando se trate de la inscripción de extranjeros no comunitarios sin autorización de residencia permanente.

El transcurso del plazo señalado en el párrafo anterior será causa para acordar la caducidad de las inscripciones que deban ser objeto de renovación periódica, siempre que el interesado no hubiese procedido a tal renovación. En este caso, la caducidad podrá declararse sin necesidad de audiencia previa del interesado.”

Anteriormente en el derecho español la vecindad se ganaba precisamente por la residencia en territorio español durante un determinado número de años que el Decreto de 29 de abril de 1931, antecedente más próximo, señala de diez años como norma general. La residencia podría acreditarse por cualquier medio establecido en derecho.

Como vemos el concepto de “vecino” en ese momento se construye como un concepto jurídicamente más fuerte que el de “residente”, que no precisaba sino la acreditación por cualquier medio del mero hecho de la domiciliación en un municipio concreto durante un número determinado de años.

Esta vecindad administrativa conlleva determinados efectos políticos, como son, en el caso de los ciudadanos españoles permitir, de acuerdo con la legislación electoral, ejercer el derecho de voto en las elecciones generales y locales; en el caso de los ciudadanos de la Unión Europea en las locales y en el de los ciudadanos extranjeros su posible participación en las elecciones locales dependiendo del criterio de reciprocidad.

1.3 Un tercer concepto que ha venido a surgir como consecuencia de la aprobación de los Estatutos de Autonomía es el de **“condición política, ciudadanía o vecindad**

autonómica", es este un concepto jurídico nuevo cuyo contenido por su evidente innovación debe precisarse políticamente y que puede abarcar, sin dudas de constitucionalidad, desde a "todas las personas avecindadas en el territorio autonómico de que se trate", caso del Estatuto vasco, a simplemente "los españoles avecindados" caso de los Estatutos andaluz, aragonés y catalán.

En el primer caso, "condición política autonómica" se hace equivalente al concepto de ciudadanía o vecindad autonómica con un contenido evidentemente inclusivo al abarcar "a todas las personas". En el segundo, el concepto aparece excesivamente pegado a la condición nacional de español y por consiguiente con un contenido excluyente, por cuanto quedarían fuera de él no solo los ciudadanos extranjeros con voluntad de permanencia en el territorio de Aragón, sino también los ciudadanos de la Unión Europea, que por otra parte por mandato constitucional gozan, aún de forma limitada, de derechos políticos.

1.4 Por último, el concepto de **residencia legal** en el sentido del ordenamiento de extranjería aparece concretado en el art. 30 bis de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España en su redacción dada por la Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre.

"Art. 30 bis. Situación de residencia.-1. Son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir (...)"

La utilización inadecuada de todos estos conceptos ha dado lugar a contradictorias e incoherentes regulaciones normativas. Debe ser pues una tarea urgente del legislador clarificar los diferentes conceptos y promover su regulación teniendo en cuenta el sentido integrador y participativo más amplio de la norma.

2. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE VECINDAD ADMINISTRATIVA

Deteniéndonos ahora en la vecindad administrativa, como señala García de Enterría, ésta tiene una gran importancia a efectos del régimen local, pues convierte a la persona empadronada en "vecino" del municipio pudiendo tener capacidad electoral activa y pasiva (art. 18 LRL¹), disfrutar de los bienes comunes (Art. 79.2 LRL) y recibir las prestaciones de sus servicios (art. 25.1 LRL)

Como indicábamos al principio del estudio de la evolución legislativa del Derecho español se desprende un evidente giro producido en nuestro ordenamiento en relación con el "estatuto jurídico de vecino".

Concretando el análisis al examen en nuestro derecho interno, constitucional y legal de la "nacionalidad" observamos como el concepto de vecindad estuvo durante más de dos siglos íntimamente ligado al concepto de nacional de tal forma que es la vecindad administrativa ganada en cualquier pueblo del territorio español que da lugar a la consideración de la persona extranjera como "español".

Así se recoge en el art. 2.4º de la **Constitución de 1856**; en el art. 1 de las **Constituciones de 1869 y 1876** y art. 23.4º de la **Constitución Republicana de 1931**.

La Comunidad vecinal, compuesta por todas las personas avecindadas en un territorio, cobraba la importancia que hoy parece querer recuperarse en el texto de reforma estatutario (art. 75.1ª)

1. Respecto de ello deberá estarse a la legislación electoral de Estado, por cuanto las Comunidades Autónomas y Locales no tienen potestad para determinar la capacidad electoral. El ejercicio de los derechos políticos lo fija el Estado Central, a través de las leyes, su participación en la UE y otros tratados internacionales.

“Los municipios son las entidades territoriales básicas de Aragón, dotadas de personalidad jurídica y autonomía para la gestión de sus intereses peculiares y medio esencial de participación de la comunidad vecinal en los asuntos públicos”.

3. VECINDAD VERSUS RESIDENCIA

Sin embargo, frente a este concepto de evidente raigambre jurídica y que hacía depender de la cualidad de vecino, de su vecindad, de su domicilio, en definitiva de la decisión de asentarse en un territorio español, la posible obtención de la nacionalidad española se abre paso en el derecho más reciente y con fuerza expansiva el de “ciudadano residente” de evidente connotación política estatal y que en un determinado momento de la evolución del Derecho español va a sustituir al concepto de “vecino”.

De una modesta labor investigadora acerca de la evolución del derecho español de nacionalidad, se comprueba que el momento legislativo en el que se produce esta sustitución conceptual se concreta en la Ley modificadora del Código Civil en materia de nacionalidad de 15 de julio de 1954.

En el texto aparece por primera vez la expresión “residencia” y no “vecindad” como requisito para la obtención de la condición de español.

Si la redacción original de 24 de julio de 1889, señalaba en su art. 17, que “Son españoles: 4º Los que (...) hayan ganado vecindad en cualquier pueblo de la Monarquía”, el texto del ahora art. 20 del Código Civil indica: “El tiempo de residencia en España que confiere derecho a solicitar la nacionalidad española es ...”, dependiendo su duración de determinadas y concretas situaciones.

La sustitución se produce a partir de ese momento y la legislación en materia de nacionalidad conservará y desarrollará el concepto hasta llegar a la Reforma post constitucional de 1982 en la que se introduce el requisito de la “residencia legal” consumando el camino de sustitución iniciado de la “vecindad” a la “residencia”.

Es verdad que en el Derecho anterior la ganancia de la vecindad se hacía depender de un lapso de tiempo más o menos coincidente con el que hoy se puede acceder a la solicitud de la nacionalidad española, pero también es verdad que la nueva Ley de Régimen Local justifica esa evolución fortaleciendo el mero hecho decisivo de fijar domicilio en un territorio como cauce adecuado y suficiente, junto con el hecho registral, para acceder a la condición de “vecino”.

4. VECINDAD Y CONDICIÓN POLÍTICA AUTONÓMICA.

Los Estatutos de Autonomía conservaron el concepto de vecindad administrativa como requisito para el acceso a la “condición política autonómica”, pero en algunos casos entre los que se encuentra el Estatuto Aragonés tan solo hace acreedores de la condición política de “aragonés”, a los ciudadanos españoles avecindados en el territorio², olvidando que los ciudadanos extranjeros también pueden tener vecindad administrativa (Estatuto vasco-Comunitarios, etc...) y por consiguiente y en determinadas condiciones ser titulares de derechos políticos.

2. En el mismo sentido los Estatutos Andaluz y Catalán. Por el contrario el Estatuto Vasco no lo limita a los ciudadanos españoles, sino a toda persona avecindada en un municipio vasco.

En mi modesta opinión esta cuestión merecerá un serio intento de reflexión que lleve a reelaborar el contenido del art. 5 del Estatuto de Autonomía que recupere el verdadero contenido de “vecindad” como cualidad de la persona vecina de cualquier municipio aragonés, y haga depender de esta decisión la consideración de “aragonés” a toda persona, no solo de nacionalidad española, que con voluntad de permanencia se avecine en el territorio de Aragón,³ de forma que las políticas públicas de la Comunidad Autónoma vayan destinadas a TODAS las personas que viven y deciden asentarse en el territorio con independencia de origen nacional o estatuto jurídico estatal. Cuestión distinta será la participación en los diversos procesos electorales, generales, locales y autonómicos, que sometidos a normativas estatales y límites constitucionales, imponen restricciones a la participación en las elecciones municipales y autonómicas a las personas que no ostentan la nacionalidad española.

La realización de cualquier política municipal y/o autonómica consecuente parece evidente que deba partir del conocimiento exacto de la “población” sobre la que ha de actuarse y en este momento el instrumento más eficaz y quizás único sea el Padrón Municipal de Habitantes: Registro de los vecinos del municipio y por consiguiente de las personas domiciliadas en el mismo.

Sobre esta cuestión traemos a reflexión el contenido del Preámbulo de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985

“(…) La experiencia histórica demuestra de modo irrefutable que el florecimiento de la vida local presupone el disfrute de amplia autonomía nutrida por la participación auténtica de los vecinos. (...) Cuando, como ocurrió de manera particularmente aleccionadora a partir de mediados del ochocientos, se coarta la participación vecinal, se adultera la representación, se usa y abusa de la centralización, las instituciones locales languidecen hasta agotarse.(..)”

La evolución a la que antes me he referido ha ido pareja a una concepción muy restrictiva a la entrada y permanencia de personas extranjeras en territorio español, y a un régimen de autorizaciones administrativas de amplio contenido discrecional hasta alcanzar con la última reforma legislativa, LO 14/2003, de 30 de diciembre, un verdadero régimen administrativo especial por razón del sujeto extranjero administrado. Y un evidente ataque a la autonomía local a través de la reforma operada en la normativa reguladora del padrón Municipal de habitantes

Paradójicamente, el papel de la CCAA y municipios en el soporte de las políticas migratorias y en parangón con el gran peso que recae en las mismas, ha ido creciendo y motivando que las sucesivas leyes de extranjería hayan ido reconociendo este creciente papel: arraigo social, concreción de los catálogos de ocupaciones; políticas de empleo, reagrupación familiar.

Un desarrollo consecuente de las políticas migratorias y de integración parece ir necesariamente unido a una mayor asunción de competencias por parte de las CCAA en relación con el régimen de autorizaciones administrativas debiéndose promover una mayor descentralización al nivel autonómico, dejando al Estado central las competencias en materia de control de entradas y visados.

Parece poco coherente que las administraciones autonómicas y locales dediquen un importante esfuerzo presupuestario a políticas de empleo, educativas, sanitarias o de

3. Puede recordarse que la vecindad civil se gana con la residencia de dos años, pudiendo ser un límite temporal razonable para cualquier persona no española o ciudadano de la Unión Europea avecinada en el territorio aragonés adquiera la condición política autonómica.

vivienda sobre personas cuyas autorizaciones para permanecer dependen de criterios ajenos. Deben marcarse las directrices generales de las políticas migratorias pero deben ser las CCA quienes las concreten en el marco de sus competencias.

En este sentido resulta ejemplar el Preámbulo de la Ley de Bases del Régimen Local de 1985

“La experiencia histórica demuestra de modo irrefutable que el florecimiento de la vida local presupone el disfrute de amplia autonomía nutrida por la participación auténtica de los vecinos. (...) Cuando, como ocurrió de manera particularmente aleccionadora a partir de mediados del ochocientos, se coarta la participación vecinal, se adultera la representación, se usa y abusa de la centralización, las instituciones locales languidecen hasta agotarse.

De otra forma quizás podamos evitar el crecimiento de las raíces de un conflicto actualmente inexistente, pero que le espejo francés puede servirnos de llamada de atención para promover desde hoy mismo las vías de solución que en mi criterio se basan en una convivencia de las personas vecinas de nuestros municipios que deben ser tratadas sin discriminación y un régimen jurídico administrativo que favorezca la igualdad de oportunidades.

PADRON MUNICIPAL DE HABITANTES: DELIMITACION COMPETENCIAL ENTRE LAS DIFERENTES ADMINISTRACIONES PUBLICAS INTERVINIENTES, RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS Y EJECUCION SUSTITUTORIA A CARGO DEL ESTADO, EN CASO DE INACTIVIDAD MUNICIPAL.

RICARDO MONGAY LANCINA
Secretario de Admon. Local

SUMARIO.

1.- Introducción.

2.- Distribución competencial entre las diferentes Administraciones Públicas intervinientes.

A).- Generalidades.

B).- Competencias de los Ayuntamientos.

C).- Competencias de la Administración General del Estado.

1.- Examen de diversos preceptos que atribuyen la competencia normativa al Estado.

2.- Resolución de 14 de abril de 2005, de la Presidenta del Instituto Nacional de Estadística y del Director General de Cooperación Local.

3.- Resolución de 28 de abril de 2005, de la Presidenta del Instituto Nacional de Estadística y del Director General de Cooperación Local.

4.- Examen de otro tipo de competencias de titularidad estatal.

D).- Competencias de las Comunidades Autónomas.

E).- Competencias de las Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos Insulares.

3.- Relaciones interadministrativas en la gestión del Padrón Municipal de Habitantes.

A).- Generalidades.

B).- Principio de coordinación.

C).- Principios de de colaboración, cooperación y asistencia activa.

D).- Principio de facilitar a otras Administraciones la información precisa.

E).- Principios de respeto a los ámbitos competenciales de otras Administraciones y de ponderación en la actuación de las competencias propias de la totalidad de los intereses públicos implicados.

4.- Ejecución sustitutoria a cargo del Estado, por inactividad municipal.

1.- INTRODUCCIÓN.

El objeto de mi intervención, en relación con el referido Padrón, va a abarcar dos grandes aspectos, de un lado, las competencias que en esta materia están atribuidas a las diferentes Administraciones Públicas y, de otro, muy relacionado con el anterior, las relaciones que deben darse entre las mismas. Para finalizar, nos referiremos al mecanismo establecido por el ordenamiento jurídico para regular la situación creada por un Ayuntamiento que incumple sus obligaciones en esta materia, cuando no ejercita las competencias de las que es titular.

Antes de ello, muy brevemente, vamos a recordar tres ideas fundamentales en esta materia:

Son vecinos del Municipio las personas que se encuentran inscritas en el Padrón Municipal de Habitantes.

Formar parte de la población de un determinado Municipio, significa gozar de un estatus, es decir, de una serie de derechos y deberes del ciudadano, en relación con su Ayuntamiento, cuyo concreto detalle figura en el artículo 18.1 de la ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, en adelante, Ley 7/1985.

El documento que acredita o determina esta especial relación, carácter o cualidad es el mencionado Padrón Municipal de Habitantes, que es un registro administrativo, sometido a una actualización permanente, cuyos datos constituyen prueba de la residencia en el Municipio y del domicilio habitual en el mismo.

2.- DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL ENTRE LAS DIFERENTES ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

A).- Generalidades.

De la conducta de un ciudadano que acude a un Ayuntamiento para causar alta en el Padrón Municipal de Habitantes o, por ejemplo, para comunicar determinada variación en sus circunstancias personales, en la medida en que estas implican una modifica-

ción de sus datos padronales, podríamos concluir que la competencia respecto al Padrón Municipal de Habitantes corresponde exclusivamente a los Ayuntamientos.

Esta afirmación, por simplista, no es correcta. Es fácil razonar, desde un punto de vista lógico, luego nos referiremos al legal, que en España hay más de 8.000 municipios, si cada uno de ellos tuviera competencia exclusiva y excluyente en la materia indicada, sería prácticamente imposible o, cuando menos, muy difícil, por ejemplo, disponer de un Censo Electoral a nivel nacional, aprobar las cifras oficiales de población a nivel de todo el Estado o, simplemente, elaborar estadísticas de población a nivel nacional. Además, si continuáramos con el referido enfoque, resultaría que la única instancia que resolvería los conflictos que se pudieran dar entre los diferentes Ayuntamientos, cuando uno de ellos practicara un alta y el otro municipio no estuviera de acuerdo en practicar la baja pertinente, serían los Tribunales de Justicia, lo cual con la sobrecarga de trabajo y asuntos pendientes que tienen, demoraría excesivamente el pronunciamiento final.

B).- Competencias de los Ayuntamientos.

En primer lugar, llevando a cabo una delimitación competencial genérica entre las diferentes Administraciones Públicas, nos encontramos que la gestión del Padrón Municipal de Habitantes, esto es, su formación, mantenimiento, actualización, revisión y custodia, como tal viene señalada entre las competencias municipales en el artículo 17.1 de la Ley 7/1985.

Los Ayuntamientos son quienes practican las altas o bajas en el Padrón, o a quienes corresponde realizar las actuaciones y operaciones necesarias para mantener actualizado el mismo, de modo que los datos que contiene concuerden con la realidad.

Con tal finalidad, decíamos al principio de la intervención que los datos del Padrón Municipal de Habitantes constituyen prueba de la residencia en el Municipio y del domicilio habitual en el mismo.

Es muy interesante la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, publicada el día 16 de junio de 2004, porque delimita como competencias municipales en esta materia las correspondientes a la adopción del pertinente acto administrativo para aprobar o denegar las altas en el Padrón Municipal de Habitantes. Examina la problemática que se puede derivar de la denegación de la inscripción en el referido registro administrativo de determinados vecinos, reproduciendo los siguientes fundamentos de derecho:

“Puede haber una vulneración del derecho fundamental de libertad de residencia, artículo 19 de la Constitución, y del de participación en condiciones de igualdad en los asuntos públicos, artículo 23.1 de la Constitución, dado que la inscripción en el padrón tiene por base la residencia efectiva en un domicilio habitual y permite obtener la condición de vecino del municipio, que es presupuesto inexcusable para los derechos de sufragio activo y pasivo, en los términos establecidos tanto en la legislación electoral como en el artículo 18 de la ley 7/1985.

El artículo 15 de la ley 7/1985, nos indica que toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el padrón del municipio en el que resida habitualmente, y quien viva en varios municipios deberá inscribirse, únicamente, en el que habite durante más tiempo al año.

El artículo 59 del Real Decreto 1.690/1986, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, en adelan-

te RPDT, posibilita la comprobación por parte del Ayuntamiento de la veracidad de los datos consignados por los vecinos en la hoja padronal, pudiendo exigirse la presentación al efecto de determinados documentos, como por ejemplo el DNI, tarjeta de residencia, libro de familia, título que legitime la ocupación de la vivienda u otros documentos análogos.

No es admisible como señalan otros Tribunales Superiores de Justicia, dice el TSJA, que se inscriban como vecinos en el padrón quienes durante la mayor parte del año residen en localidad distinta, sin que pueda justificarse la inscripción por el mero hecho de tener casa abierta, disfrutar allí de sus vacaciones o acudir a la localidad los fines de semana.

En los supuestos de residencia, la norma general es la solicitud de empadronamiento efectuada con el ánimo de residir de modo habitual, o la mayor parte del año, bastando, pues, la declaración de voluntad del administrado en tal sentido, para adquirir la condición de residente, pues lo normal al presentar dicha solicitud es que no haya transcurrido el tiempo suficiente para evidenciar y demostrar objetivamente la residencia efectiva, pero ello no impide que, si ya en el momento de formular la solicitud de empadronamiento en un municipio, resulta que realmente no hay un deseo de establecer su residencia habitual en él, pueda ser denegada dicha solicitud.

En el caso enjuiciado, se presentaron 38 solicitudes de alta en el Padrón del Municipio, mediante correo certificado, en concreto, en 3 Oficinas de Correos de 3 municipios diferentes de la Provincia de Castellón. Ante la sospecha de que tal empadronamiento masivo tuviera por objeto influir decisivamente en el resultado de las elecciones municipales próximas, entre otras actuaciones, el Ayuntamiento implicado requirió a los interesados para que acreditasen su personalidad y el título con el que ocupaban el domicilio en que solicitaban el empadronamiento. Giradas visitas de inspección durante cuatro días a los referidos domicilios, se comprobó que los mismos no se hallaban ocupados, a excepción de una vivienda, en la que su ocupante manifestó que estaba pasando el fin de semana.

En vista de los antecedentes anteriores se dictó Resolución denegatoria respecto a la solicitud de empadronamiento formulada. Intentada su notificación personal, al encontrarse ausentes en los domicilios designados, hubo de procederse a su publicación en el Boletín oficial de la Provincia.

El TSJA concluye que la resolución impugnada es conforme al ordenamiento jurídico y no lesiona los derechos fundamentales invocados, al contrario, la sentencia afirma que el empadronamiento pretendido era un fraude de ley, con fines electoralistas”.

Hay otros pronunciamientos jurisprudenciales, en los que también se asume como competencias municipales las correspondientes a la práctica de altas o bajas en el Padrón Municipal, como por ejemplo las siguientes:

Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha, 7 de mayo de 1998, que considera correcta la denegación de la inscripción en el Padrón de Habitantes, dado que al tiempo de dictarse esta, el interesado no residía en el Municipio, sino en otro, no bastando con la mera intención de residir en el futuro, máxime cuando, como ocurría en el presente caso, ni siquiera año y medio más tarde de la petición se residía en el mismo.

Sentencia del TS, de fecha 21 de marzo de 2001, que reconoce como competencia municipal la correspondiente a la formulación de baja en el Padrón, cuando se reside en otro Municipio, en el que se habita la mayor parte del año, conforme dispone el artícu-

lo 63.2 del RPDT, hoy artículo 72. Es muy interesante esta sentencia, porque tras afirmar lo expuesto, seguidamente, anula el acto municipal que da de baja al interesado, porque se había dictado sin expediente administrativo previo y sin practicar el preceptivo trámite de audiencia al interesado.

Asimismo, sin perjuicio de lo que a continuación se señalará, también corresponde a los Ayuntamientos, la competencia para elaborar normas reglamentarias para la regulación de aspectos “secundarios” del Padrón Municipal de Habitantes. Así son muchos los Ayuntamientos que disponen de ordenanzas municipales reguladoras de la expedición de certificados sobre datos contenidos en el Padrón Municipal de Habitantes.

C).- Competencias de la Administración General del Estado.

1.- Examen de diversos preceptos que atribuyen la competencia normativa al Estado.

Por lo que respecta a las competencias del Estado, corresponde a este la capacidad normativa.

Así en el artículo a que acabamos de hacer referencia, 17.1, tras señalar que la gestión del Padrón Municipal de Habitantes corresponde a los Ayuntamientos añade: “... de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado”.

Con esta misma finalidad, en el artículo 17.4 de la Ley 7/1985, entre otras funciones, se asigna al Consejo de Empadronamiento, órgano adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda, la de “... proponer la aprobación de las instrucciones técnicas precisas para la gestión de los Padrones Municipales”.

En el artículo 60.1 del RPDT se indica: “La formación, actualización, revisión y custodia del Padrón Municipal corresponde al Ayuntamiento, de acuerdo con las normas aprobadas por el Ministerio de Economía y Hacienda y el Ministerio para las Administraciones Públicas, a propuesta del Consejo de Empadronamiento.”

2.- Resolución de 14 de abril de 2005 de la Presidenta del Instituto Nacional de Estadística y del Director General de Cooperación Local.

Haciendo uso de las referidas competencias normativas, con fecha 16 de abril de 2005, se publicó en el BOE nº 91, la Resolución de 15 de abril de 2005 de la Subsecretaría, por la que se disponía la publicación de la Resolución de 14 de abril de 2005 de la Presidenta del Instituto Nacional de Estadística y del Director General de Cooperación Local, por la que se dictaban instrucciones técnicas a los Ayuntamientos para la expedición de certificaciones acreditativas de la residencia anterior al 8 de agosto de 2004, respecto a los extranjeros afectados por procedimientos de normalización, al amparo de la disposición transitoria tercera del Real Decreto 2.392/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.

Es obvio que en estos Decimoquintos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés y, en concreto, esta sesión sobre “El Empadronamiento”, pretende un singular posicionamiento de los ponentes en la materia del empadronamiento de las personas extranjeras, por ello, voy a examinar, con cierto detenimiento, esta normativa.

Todos pensamos que una de las notas que caracteriza la legislación administrativa, es su “breve vigencia”, dado que casi con total seguridad pronto se aprobará y publica-

rá una normativa que derogue la anterior, bien sea total o parcialmente. Es lo que se definió como “legislación motorizada”. Los juristas, a finales de año, escrutamos con cierto temor el BOE, dado que sabemos que, indefectiblemente, se promulgará la pertinente ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que conllevará la modificación de numerosísima legislación.

Eso ya lo sabemos, pero en esta materia se han dado los siguientes hechos, que suponen una superación hasta extremos que nadie podía imaginarse de lo señalado en el párrafo anterior:

El día 12 de abril de 2005, se expide una Carta Circular de la Presidenta del Consejo de Empadronamiento, sobre la inscripción de los extranjeros en el Padrón para el proceso de normalización.

El día 14 de abril de 2005 se dicta Resolución de la Presidenta del Instituto Nacional de Estadística y del Director General de Cooperación Local, por la que se establecen instrucciones técnicas a los Ayuntamientos, para la expedición de certificaciones acreditativas de la residencia anterior al 8 de agosto de 2004. Esta Resolución anuló la Carta Circular dictada dos días antes.

El día 19 de abril de 2005, las Delegaciones Provinciales del INE remiten a los Ayuntamientos unas primeras aclaraciones a la Resolución de 14 de abril de 2005.

El día 20 de abril de 2005, por la Presidencia del INE, se dictan otras aclaraciones a la precitada Resolución, en cuyo párrafo segundo se establece, expresamente, que estas observaciones sustituyen a las aclaraciones comunicadas el día anterior.

En nueve días, incluyendo en el cómputo un sábado y un domingo, se expide una Circular, una Resolución, que anula la Circular dictada dos días antes, unas aclaraciones y, al día siguiente, unas “contraaclaraciones”, perdón por vocablo elegido, me ha parecido el más ilustrativo, que sustituyen las anteriores. Cuando menos, podemos decir que esto no parece muy serio.

El Estado le dice a los Ayuntamientos, ahí tienen ustedes toda esta normativa, ahora, expídanme certificaciones de la residencia en su Municipio de personas extranjeras no comunitarias, para acreditar su estancia en España antes del día 8 de agosto de 2004, aunque, también hay que significarlo, esa misma Resolución permite, en los supuestos en que los Ayuntamientos no puedan expedir las certificaciones padronales instadas, que se facilite al interesado una copia de su solicitud, debidamente registrada, con la finalidad de que pueda continuar los trámites administrativos para su regularización.

La finalidad de la Resolución de 14 de abril de 2005, es que el interesado pueda aportar la certificación expedida, ante los órganos competentes del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, para que surta los efectos pertinentes en el proceso de normalización, tal y como hemos señalado con anterioridad.

Dicha normativa contempla una serie de documentos que permiten acreditar la estancia en España de extranjeros no comunitarios mayores de 16 años, con anterioridad al día 8 de agosto de 2004, para su normalización. Son los siguientes:

Copia de la solicitud de empadronamiento, no resuelta o denegada, debidamente registrada en el Municipio.

Tarjeta de asistencia sanitaria de un servicio público de salud, en la que conste la fecha de alta.

Copia de la solicitud de escolarización de menores, debidamente registrada.

Copia de la solicitud de certificación del informe de servicios sociales, debidamente registrada, o notificación de la percepción de ayudas sociales.

Documento de alta laboral, o certificación de la misma, expedida por la Seguridad Social.

Copia de la solicitud de asilo, debidamente registrada.

Notificación de Resoluciones, derivadas de la normativa de extranjería, emitidas por el Ministerio de Interior.

Seguidamente, la Resolución establece los requisitos que deben cumplir todos los documentos, con la finalidad de que quede garantizada su autenticidad, son los siguientes:

Haber sido emitidos o registrados por una administración pública española.

Ser documentos originales, o copias debidamente compulsadas.

Contener los datos de identificación del extranjero.

Estar expedidos, registrados o referidos a actos o documentos de fecha anterior al 8 de agosto de 2004.

¿Estamos ante una serie cerrada de documentos?, ¿pueden los Ayuntamientos aceptar otros que presenten los extranjeros no comunitarios?, ¿puede el Estado llegar a imponer semejante medida a los Ayuntamientos?

En mi opinión, entiendo que el Estado tiene potestad para imponer a los Municipios la exigencia de esa serie de siete documentos, en exclusiva, y no otros adicionales. Para ello me apoyo en la redacción de los artículos 17.1, primer párrafo; 17.2, segundo párrafo; 17.3, párrafos primero, segundo y tercero y 17.4 letra C), todos ellos de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local, que en esta ponencia han sido o van a ser objeto de comentario. Además, no hay que olvidar que según el artículo 149.1.2^a de la Constitución, corresponde al Estado la competencia exclusiva sobre inmigración y extranjería.

Reconozco que la interpretación anterior, es eso, simplemente, una interpretación, y que el tema, como mucho de lo que acontece en el mundo del derecho, puede estar sometido a otros criterios que también fundados en el ordenamiento jurídico, pueden hacernos concluir lo contrario.

En procedimiento abreviado 241/05-AM, se dicta sentencia por parte de uno de los Juzgados de lo Contencioso de Zaragoza, fechada el día 29 de septiembre de 2005, en relación con recurso contencioso administrativo formulado contra Resolución del Ayuntamiento de La Almunia de Doña Godina, que no reconoció el empadronamiento por omisión con fecha anterior a una persona extranjera no comunitaria.

Fundamentalmente, el actor impugna la Resolución del Ayuntamiento, en base a los siguientes argumentos:

Que se prescindió del procedimiento debido, dado que no se practicó el pertinente trámite de audiencia al interesado.

Que la resolución no estaba suficientemente motivada, pues se había empleado un modelo normalizado que no respondía a las concretas situaciones que se planteaban en el supuesto concreto.

Que se había procedido a una vulneración de lo dispuesto en el artículo 80.1 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en adelante Ley 30/1992, que dispone:

“Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho”.

Que además se había infringido el principio de jerarquía normativa. Se fundamentaba dicha alegación en que el artículo 17.4 de la Ley 7/1.985, atribuye tan solo al Consejo de Empadronamiento competencia para proponer la aprobación de las instrucciones técnicas precisas para la gestión de los padrones municipales. Se razonaba que la Resolución de 14 de abril de 2005 de la Presidenta del Instituto Nacional de Estadística y del Director General de Cooperación Local, había ido más allá de la función expuesta, dado que la competencia para proponer instrucciones técnicas respecto a la gestión del padrón, no alcanzaría a la facultad concreta de indicar qué tipos de documentos justifican la residencia y cuáles no lo hacen.

En consecuencia, se solicitaba, en sede judicial, que se procediese a efectuar el empadronamiento de la persona afectada, retrotrayendo sus efectos al día 10 de febrero de 2004.

La sentencia del juzgado de lo contencioso de Zaragoza formula las siguientes consideraciones:

Que el Consejo de Empadronamiento tan solo señala una serie de documentos que sirven para acreditar la presencia en España, no tratándose la referida Resolución de una disposición de carácter normativo que estuviera alterando de alguna manera lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 7/1985. Otorga unas pautas de interpretación para aplicar la figura del empadronamiento por omisión, mencionando una serie de documentos que por su procedencia de una administración pública tienen plenas garantías de autenticidad, permitiendo tener por cierta la fecha que en los mismos consta, así como la identificación de la persona a que se refieren, aunque, a continuación, el juzgador se plantea como evidente que no puede tratarse de un número cerrado de supuestos, sino de una simple enumeración de documentos susceptible de ampliación, debiéndose admitir otros, como por ejemplo el atestado policial, en el que aparezca correctamente identificado el interesado, o la notificación de resoluciones judiciales, en las que esté correctamente identificada la persona concreta de que se trate. Además, añade que entender lo contrario, esto es, dar validez a la enumeración tasada y cerrada de los documentos que se prevén en la Resolución, sería tanto como infringir el artículo 80 de la ley 30/1992, antes transcrito, que permite acreditar un hecho relevante para la decisión del procedimiento, por cualquier medio de prueba admisible en derecho.

Respecto a que no se ha respetado el principio de audiencia, exigido por el artículo 73 del vigente RPDT, la sentencia precisa que es cierto que de conformidad con dicho precepto reglamentario debe darse audiencia al interesado, pero en realidad hay que interpretarlo para situaciones diferentes de las que se plantean en el supuesto enjuiciado. La correcta aplicación de dicho artículo se da en el supuesto de que un Ayuntamiento se percata de la existencia de una determinada persona, en que a pesar de estar residiendo en el municipio desde un tiempo atrás, no se ha empadronado, y procede, de oficio, a promover su alta en el Padrón Municipal de Habitantes. Pues bien, antes de llevar a cabo dicha actuación, el Ayuntamiento debe oír al afectado. En cambio, en el supuesto litigioso la situación es justo al contrario, dado que es el interesado quien pone de manifiesto al Ayuntamiento su presencia en el municipio desde un tiempo atrás, con la finalidad de que éste proceda a su inscripción en el Padrón, razón por la que no es preciso otorgar trámite de audiencia alguno, pues el artículo 84.4 de la Ley 30/1992 precisa que se puede prescindir del trámite de audiencia, cuando no figuren en

el procedimiento, ni sean tenidos en cuenta en la resolución, otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.

Respecto a la falta de motivación, la sentencia entiende que se puede llegar a verificar un proceso deductivo en función del cual el interesado conoce las razones por las que se desestima su solicitud, entendiéndose que, aun cuando su contenido es discutible, sí que figuran las razones por las que se deniega la inscripción en el Padrón Municipal de Habitantes, no existiendo, por lo tanto, una vulneración del deber de motivar la resolución administrativa.

Seguidamente la sentencia, siguiendo el principio antes expuesto de que mediante cualquier medio de prueba admitido en derecho y, por lo tanto, sin considerar correcto que, únicamente, a través de los documentos señalados en la Resolución de 14 de abril de 2005, pueda acreditarse que el ciudadano extranjero se encontraba en España a fecha 8 de agosto de 2004, examina los documentos presentados por el ciudadano afectado, que eran los siguientes:

Copia testimoniada de un expediente gubernativo seguido ante el Ayuntamiento, en el que se acompañaba copia de una comparecencia de dos ciudadanos ante el Juzgado de Paz el día 4 de mayo de 2005.

Un contrato de cuenta de depósito con una entidad bancaria de fecha 10 de febrero de 2004, y una certificación expedida por un empleado de la oficina bancaria, en la que se señalaba que se había suscrito dicho contrato el día 10 de febrero de 2004.

Esta fue la documentación que aportó el actor ante el Ayuntamiento y que fundamentó la resolución denegatoria de éste, con el argumento de que ninguno de dichos documentos venía contemplada en la Resolución de 14 de abril de 2005.

Valorando la aportación documental realizada, el Sr. Magistrado manifiesta que no tienen la suficiente fiabilidad para estimar la presencia en el municipio del demandante en fecha 8 de agosto de 2004, de conformidad con los siguientes razonamientos:

- En primer lugar, el documento expedido por el Juzgado se limita a recoger las manifestaciones de unos testigos, pero estas manifestaciones se hacen el día 4 de mayo de 2005, y además el documento sólo permite tener por cierto lo que en ese momento dijeron los comparecientes, pero no que lo que dijeran fuera verdad. Es decir, el hecho de efectuar la manifestación en el Juzgado no eleva lo dicho a la categoría de verdad incontrovertible. Se trata de manifestaciones hechas de favor, no de una comparecencia en el seno de un procedimiento judicial, sino que los comparecientes acuden de forma voluntaria un día al Juzgado y manifiestan algo que nadie les ha preguntado, por lo que no parece temerario presumir que si acudieron al mismo fue, precisamente, a ruego del demandante, con el que debía unirles algún tipo de relación. Esto puede servir para dudar de la verosimilitud de lo que manifiestan los testigos, y por tanto son manifestaciones efectuadas "ex professo", que no permitirán acreditar la presencia del interesado.

- Respecto del segundo de los documentos, efectivamente, sirve para acreditar que el día 10 de febrero de 2004 se abrió una cuenta bancaria a nombre del actor en una entidad bancaria, pero tampoco permite concluir algo más allá de este hecho, pues no consta ningún elemento de plena certeza que permita tener por debidamente acreditada la presencia del extranjero el día 10 de febrero de 2004.

En consecuencia, se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la Resolución del Ayuntamiento que denegó la solicitud de empadronamiento formulada por el interesado. La sentencia entra en el fondo del asunto y analizando la

documentación aportada a instancia de parte, entiende que no queda acreditada la estancia en España de la persona extranjera no comunitaria.

Hasta aquí la exposición de la sentencia. Como vemos, el Juez no considera correcto la limitación de los documentos contenida en la Resolución de 14 de abril de 2005. Esto puede ser discutible. En mi opinión, no nos hallamos tanto ante una competencia ejercitada por el Consejo de Empadronamiento al que, efectivamente, según el artículo 17.4 de la Ley 7/1985, solo le corresponde proponer instrucciones técnicas, como ante una Resolución de la Presidenta del Instituto Nacional de Estadística y del Director General de Cooperación Local, dictada en el ejercicio competencias atribuidas a la Administración del Estado, tal y como recogen los artículos 17.1, primer párrafo, último inciso de la Ley 7/1985, de 2 de abril, y 60.1. primer párrafo, último inciso del RPDT, entre otros.

Es defendible argumentar que dicha norma reglamentaria puede imponer válidamente a los Ayuntamientos, la observancia de una determinada documentación, no susceptible de ser ampliada extensivamente por cualquier Entidad Local, fundamentada tal aseveración, en los preceptos de la Ley 7/1985 que he expuesto con anterioridad. Pensemos, por ejemplo, que si a la Administración del Estado le corresponde coordinar, y esto ha sido confirmado por El Tribunal Supremo en sentencia que con posterioridad citaré, mal puede coordinar si cada Ayuntamiento de los 8.000 que hay en España, otorga validez a cualquier tipo de documento, de ahí que la Administración del Estado, a través de órgano competente, pueda disponer que tipo de documento es exigible. Además, si al INE le corresponde comunicar a los Ayuntamientos las actuaciones que deben acometer para subsanar errores en sus Padrones, artículo 17.3., segundo párrafo, de la Ley 7/1985, o si a su Presidencia le corresponde la resolución de discrepancias que surjan en la materia del empadronamiento entre diversas Instituciones, artículo 17.3., tercer párrafo, de la Ley 7/1985, también puede estarle atribuido el aspecto formal de exigir un determinado tipo de documentos, máxime, si se tiene en cuenta la competencia atribuida al Estado, en exclusiva, por el artículo 149.1.2ª de la Constitución sobre nacionalidad, inmigración y extranjería.

3.- Resolución de 28 de abril de 2005, de la Presidenta del Instituto Nacional de Estadística y del Director General de Cooperación Local.

Dando por concluido el examen de la problemática generada por la Resolución de 14 de abril de 2005, encontramos otro ejemplo de protagonismo absoluto normativo del Estado en esta materia, me estoy refiriendo a la Resolución de 28 de abril de 2005 de la Presidenta del Instituto Nacional de Estadística y del Director General de Cooperación Local, por la que se dictaban instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre el procedimiento para acordar la caducidad de las inscripciones padronales de los extranjeros no comunitarios, sin autorización de residencia permanente, que no sean renovadas cada dos años, BOE 128/2005, de 30 de mayo.

Esta Resolución es desarrollo del artículo 16.1, segundo párrafo, de la Ley 7/1985, que dice que la inscripción en el Padrón Municipal de Habitantes solo surte efecto en tanto en cuanto se mantenga el hecho que la motivó, aunque la misma deberá ser objeto de renovación periódica cada dos años, cuando se trata de la inscripción de extranjeros no comunitarios, que se hallen sin la autorización de residencia permanente.

Mientras que los españoles y los extranjeros comunitarios no necesitan renovar la inscripción patronal, a no ser que cambien de domicilio habitual, los extranjeros no

comunitarios que se encuentren en España sin autorización de residencia permanente, deben manifestar, por escrito y ante el Ayuntamiento correspondiente al de su residencia, que continúan residiendo, con la finalidad de que este no proceda a declarar la caducidad de la inscripción patronal por el simple transcurso del plazo de dos años.

Esta Resolución dispone que los Ayuntamientos pueden disponer dicha caducidad, sin necesidad de otorgar el trámite de audiencia previo al interesado, aunque pueden efectuar el denominado "preaviso de caducidad".

Podremos pensar que tal grado de intervencionismo estatal, viene fundamentado en que según el artículo 149.1.2ª de la Constitución corresponde al Estado la competencia exclusiva sobre inmigración y extranjería, pero la verdad es que dichas instrucciones técnicas que inciden en el empadronamiento, no solo se limitan a dicha materia, como lo demuestra la Resolución de 21 de julio de 1997 de las Subsecretaría de Presidencia, por la que se dispone la publicación de la resolución de 4 de julio de 1997 de la Presidenta del Instituto Nacional de Estadística y del Director General de Cooperación Local, por la que se dictaban instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre la actualización del Padrón Municipal. Pues bien, esta Resolución tiene un contenido general absoluto, referente a modelos de hojas padronales, representación, comprobación de datos, empadronamiento de marginados, expedición de certificados y volantes de empadronamiento, información a vecinos, comunicación de bajas por traslado de residencia... que exceden con mucho la materia de extranjería e inmigración.

A modo de recapitulación de lo expuesto hasta este momento, podemos concluir que aunque la gestión del Padrón Municipal de Habitantes corresponde a los Ayuntamientos, siempre lo es de conformidad con la normativa estatal, que llega, no ya a promulgar el RPDT, texto en el que a partir de su artículo 53 se recoge de una forma sustancial y principal la normativa en esta materia, sino que mediante Resoluciones, cuyo valor reglamentario es mínimo, dicta instrucciones técnicas a los Ayuntamientos.

4.- Examen de otro tipo de competencias de titularidad estatal.

También el Estado en esta materia tiene atribuidas competencias ejecutivas, así, los artículos 17.3, tercer párrafo, de la Ley 7/1985 y 74.2 RPDT, señalan que corresponderá al Presidente del Instituto Nacional de Estadística, la resolución de las discrepancias que puedan surgir entre las Administraciones intervinientes, esto es, Ayuntamientos, Consejos Insulares, Cabildos, Diputaciones Provinciales e incluso el propio Instituto Nacional de Estadística, previa propuesta del Consejo de Empadronamiento, respecto a la altas y bajas que cada Ayuntamiento produce de oficio como consecuencia de la gestión padronal.

La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de septiembre de 2000, resuelve el recurso contencioso administrativo formulado por el Ayuntamiento de Oviedo que no se mostraba conforme con el Real Decreto 480/1999, de 18 de marzo, por el que se declaró para el referido Municipio la cifra de 199.549 habitantes, cuando el Consistorio Ovetense entendía correcta la de 201.157 habitantes. En dicha sentencia, en primer lugar, se significa que ya anteriormente los Ayuntamientos de las ciudades de Málaga, Cádiz y León habían interpuesto recursos jurisdiccionales que habían sido desestimados, igual que ocurrió con el Oviedo, al entender el Tribunal Supremo correcta la actuación llevada a cabo por el Instituto Nacional de Estadística. En dicha sentencia se concluye lo siguiente:

Que al INE le corresponde una función de coordinación a nivel del Estado.

Que las discrepancias que subsistan entre el INE y los Ayuntamientos, surgidas de la remisión de las cifras que efectúan los Ayuntamientos, sometidas al Consejo de Empadronamiento, son resueltas por su Presidencia.

Que la Administración Central no está vinculada automáticamente a las cifras que remiten los Ayuntamientos.

Que no hay base en nuestro ordenamiento jurídico para sostener la existencia de una presunción de acierto en los datos del Padrón elaborados por los Ayuntamientos.

D).- Competencias de las Comunidades Autónomas.

Por lo que respecta a las competencias de las Comunidades Autónomas, en Aragón hay que tener en cuenta los artículos 20 a 22 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón que, prácticamente, reproducen, sin innovar preceptos de la legislación estatal, así como los artículos 50 a 60 del Decreto 346/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Territorio y Población de las Entidades Locales de Aragón, que tampoco innovan, de una forma sustancial, la normativa estatal, a excepción de las afirmaciones que en el mismo se contiene respecto al apoyo que el Gobierno de Aragón y las Comarcas deben prestar a los Municipios, con la finalidad de procurar una correcta gestión informatizada del Padrón Municipal.

En mi opinión, resulta sintomático que la competencia referente a la gestión del Padrón, no se mencione en el artículo 25 de la Ley 7/1985, que es el precepto donde vienen delimitadas las competencias municipales de una forma genérica, sino en el 17 de dicha norma legal, pues bien en el artículo 25 se dice que el Municipio ejercerá sus competencias en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, mientras que en el 17 se refiere a la competencia municipal respecto al Padrón de conformidad con la legislación del Estado, no se menciona para nada la legislación de las Comunidades Autónomas.

E).- Competencias de las Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos Insulares.

Para terminar este apartado, diremos que las Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos Insulares asumirán la gestión informatizada de los Padrones de los Municipios que, por su insuficiente capacidad económica y de gestión, no puedan mantener los datos de forma automatizada. (17.1 Ley 7/1985).

3.- RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS EN LA GESTIÓN DEL PADRÓN MUNICIPAL DE HABITANTES.

A).- Generalidades.

La complejidad competencial de las diferentes Administraciones Públicas, que interviene en alguna de las fases de la gestión del Padrón Municipal de Habitantes, justifica la detallada apelación legal y reglamentaria a las relaciones interadministrativas.

Dichas relaciones interadministrativas, esto es, entre las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, de un lado, y las Entidades Locales, de otro,

deben procurar en su actuar recíproco, lograr la mayor efectividad en su coordinación y una total eficacia administrativa.

Los principios a que se deben subordinar este tipo de relaciones interadministrativas son los incluidos 55 a 62 de la ley 7/1985, y 158 a 163 de la ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, que se podría resumir en los siguientes:

Coordinación.

Prestar, en el ámbito propio, cooperación, colaboración y asistencia activa que las otras Administraciones pudieran precisar para el eficaz cumplimiento de sus tareas.

Facilitar a las otras Administraciones la información sobre la propia gestión, que sea relevante para el adecuado desarrollo por éstas de sus cometidos.

Ponderar, en la actuación de las competencias propias, de la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones.

Respeto de los ámbitos competenciales de otras Administraciones y de las consecuencias que se derivan de su ejercicio para la propias competencias.

B).- Principio de coordinación.

El principio de coordinación entre las Administraciones Públicas interesadas late en los artículos 17.3, primer párrafo, de la ley 7/1985 y 65 del RPDT, al indicar que los Ayuntamientos remitirán al Instituto Nacional de Estadística los datos de sus respectivos Padrones, en la forma que reglamentariamente se determine por la Administración General del Estado, a fin de que pueda llevarse a cabo la coordinación entre los Padrones de todos los Municipios.

C).- Principios de de colaboración, cooperación y asistencia activa.

En desarrollo de los referidos principios nos encontramos los siguientes preceptos:

En el artículo 17.5 de Ley 7/1985, se precisa que la Administración General del Estado, en colaboración con los Ayuntamientos y las Comunidades Autónomas, confeccionarán un Padrón de españoles residentes en el extranjero.

En los artículos 16.3 de la Ley 7/1985, y 53.2 del RPDT, se señala que los datos del Padrón Municipal de Habitantes deberán cederse a otras Administraciones Públicas, cuando lo soliciten, y sin consentimiento previo del afectado, solamente, cuando sean necesarios para el ejercicio de competencia propias, y exclusivamente para asuntos en los que la residencia o el domicilio sean datos relevantes.

D).- Principio de facilitar a otras Administraciones la información precisa.

En cumplimiento del principio de facilitar a las otras Administraciones la información sobre la propia gestión, que sea relevante para el adecuado desarrollo por éstas de sus cometidos, podemos mencionar los siguientes preceptos y contenido:

Los distintos organismos de la Administración General del Estado, competentes por razón de la materia, remitirán periódicamente a cada Ayuntamiento, información sobre las variaciones de los datos de sus vecinos que con carácter obligatorio deben figurar en el Padrón Municipal, artículo 17.1, párrafo segundo, de la Ley 7/1985. Dicho precepto es desarrollado en el artículo 63 del RPDT, que añade que la aportación de la información del Estado hacia los Ayuntamientos lo es con la finalidad de que estos mantengan

los datos del padrón comprobados y actualizados. Por ejemplo, las Oficinas del Registro Civil remitirán información respecto a los nacimientos, defunciones, o cambios de nombres..., por el Ministerio del Interior las expediciones de DNI o Tarjetas de Residencia y por parte del Ministerio de Educación y Cultura titulaciones escolares y académicas que expida o reconozca.

Idéntica preocupación, esto es, de remisión de información, late en el artículo 66 del RPDT, imponiendo al Instituto Nacional de Estadística y a la Oficina del Censo Electoral las mismas obligaciones de colaboración con los Municipios, para la adecuada actualización de los datos padronales. De esta forma, con los datos que proporciona la Oficina del Censo Electoral el Ayuntamiento puede introducir en el Padrón Municipal de Habitantes las modificaciones pertinentes, para que ambos documentos tengan la debida concordancia.

El Instituto Nacional de Estadística remitirá a los diferentes Institutos de Estadística de las Comunidades Autónomas, los datos relativos a los Padrones de los Municipios de sus respectivos ámbitos territoriales, en los que se produzcan altas o bajas de extranjeros, artículo 17.3, último párrafo.

Conforme dispone el artículo 81 del RPDT, los Ayuntamientos remitirán al INE los resultados numéricos de la revisión que cada año deben realizar con referencia a 1 de enero.

El deber de información, no solo late entre las Administraciones públicas implicadas, sino que, como no podía ser de otra forma, es mutuo entre los vecinos y su Ayuntamiento y entre este y los vecinos, tal y como se deduce de los siguientes artículos de RPDT:

Artículo 68: "Todos los vecinos deben comunicar a su Ayuntamiento las variaciones que experimenten sus circunstancias personales, en la medida que impliquen una modificación de los datos que deben figurar en el Padrón Municipal con carácter obligatorio".

Artículo 69.2: "Siempre que se produzcan actualizaciones, el Ayuntamiento deberá poner en conocimiento de cada vecino afectado, los datos que figuran en su inscripción padronal, para su información".

E).- Principios de respeto a los ámbitos competenciales de otras Administraciones y de ponderación en la actuación de las competencias propias de la totalidad de los intereses públicos implicados.

En cumplimiento de dichos principios, proyectados en esta materia en el artículo 17.3, segundo párrafo, de la ley 7/1985, los Ayuntamientos deben aceptar que corresponde al Instituto Nacional de Estadística, con la finalidad de subsanar posibles errores y evitar duplicidades, la realización de comprobaciones oportunas, debiendo comunicar a las Entidades Locales las actuaciones y operaciones necesarias para que los datos padronales puedan servir de base para la elaboración de estadísticas de población a nivel nacional, para que las cifras resultantes de las revisiones anuales puedan ser declaradas oficiales, y para que los Ayuntamientos puedan remitir, debidamente actualizados, los datos del Censo Electoral.

Asimismo, en cumplimiento de dichos principios, el artículo 78 del RPDT impone a los Ayuntamientos la obligación de aceptar de que por parte del INE se lleven a cabo operaciones de control de la precisión de los Padrones Municipales, de las que puede

resultar la imposición de medidas a las Entidades locales, con la finalidad de lograr una mayor exactitud en aquellos.

4.- EJECUCIÓN SUSTITUTORIA A CARGO DEL ESTADO, POR INACTIVIDAD MUNICIPAL.

Hasta aquí hemos intentado explicar las diferentes competencias de las Administraciones Públicas intervinientes y las relaciones que deben darse entre las mismas, con la finalidad de procurar la mayor efectividad en su coordinación y una total eficacia administrativa, en beneficio del administrado, pero si fallan estos mecanismos, basados fundamentalmente en el correcto actuar de las Administraciones Públicas y en su voluntario ánimo de cumplimiento, también el ordenamiento jurídico prevé formulas o procedimientos administrativos para cuando se incumplen las obligaciones.

En este caso, la Administración del Estado actúa mediante la potestad de imperio, como una persona jurídica superior, en palabras del profesor García de Enterría. Es incuestionable que los Ayuntamientos deben realizar las actuaciones y operaciones necesarias para mantener actualizados sus Padrones, de modo que los datos contenidos en estos concuerden con la realidad. Pues bien, si un Ayuntamiento no llevara a cabo dichas actuaciones, el Instituto Nacional de Estadística, previo informe del Consejo de Empadronamiento, podrá requerirle previamente concretando la inactividad, y si fuere rechazado, sin perjuicio de los recursos jurisdiccionales que procedan, podrá acudir a la ejecución sustitutoria prevista en el artículo 60 de la presente ley (17.2 Ley 7/1985).

COLOQUIO IV SESIÓN

DEBATE

MODERADOR (ZUBIRI DE SALINAS): Muchas gracias a los dos ponentes por las yo creo que muy brillantes exposiciones y yo creo que es el momento de abrir el debate.

Y yo tenía que expresar que, en mi opinión, estos encuentros del Foro de Derecho Aragonés tienen tres pilares fundamentales sobre los que se asientan, y creo que ese asiento, ya se ha demostrado claramente, cuando llevamos quince años seguidos del ejercicio de estas reuniones.

Uno de los pilares, evidentemente, es el trabajo de los ponentes, en la preparación de las ponencias, y en la exposición.

Otro pilar, también entiendo que fundamental, es el debate. El hecho de que todos los asistentes, que conocemos cada uno de nuestra perspectiva en las cuestiones que se plantean, podemos exponer, podemos preguntar, o podemos intervenir en un sentido o en otro.

Y un tercer pilar, que me parece también fundamental, es la redacción de lo que son las actas, que luego se distribuyen, y que me consta que son objeto de lectura por muchos de nosotros, cuando surge un tema que tiene relación con alguno de las cuestiones que han sido abordadas en este foro.

Entonces yo creo que, para desarrollar parte de este cometido, abrimos el debate, y tiene cualquiera de ustedes la palabra.

El señor Justicia de Aragón (GARCÍA VICENTE): Bueno, pues voy a abrir yo el turno. En primer lugar, quiero felicitar a los dos ponentes, la verdad es que ha sido un lujo el tenerlos hoy aquí. Son dos personas de primera fila, a nivel nacional. Es el presidente de la Junta Electoral Central, y haber sido, y ser presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, es lo que diríamos una persona influyente, en el mundo jurídico administrativo, como hay muy pocas. Y a Pascual Aguelo, bueno, me consta su dedicación hace mucho tiempo, y me consta la influencia que tiene. Es pionero en muchas cosas, pero en este tema, en el Consejo General de Abogacía, a nivel nacional, él es el encargado de la

defensa de los derechos de los extranjeros. Estamos ante dos personas de primera fila, no sólo en Aragón, sino a nivel nacional.

Y dicho esto, y agradeciéndoles el esfuerzo hoy, la claridad con la que lo han hecho, yo quería hacer dos reflexiones sobre el empadronamiento, no sólo de extranjeros, sino el empadronamiento en general. Es mucho más conflictivo de lo que uno se puede imaginar. Nosotros tenemos la tira de quejas de empadronamiento, que van por motivos muy diferentes. Que van, en primer lugar, por motivos estrictamente políticos. No saben los enfrentamientos que hay, en determinados pueblos pequeñitos, sobre todo del Pirineo, para empadronar o no empadronar a determinadas personas. Porque la mayoría cambia absolutamente.

Y te encuentras desde casos, que me he encontrado yo en la vida real, paradójicos, en la Fiscalía de Huesca, de setenta hippies que se quieren empadronar en un municipio, y que se defienden con uñas y dientes del municipio, porque el alcalde es un señor que no tiene nada que ver con aquellos, y que viven en comunas, y tal, y que... Y, bueno, y que... Eso. Y hay otros casos mucho más a ras de tierra, casos en los que... Alcaldes que empadronan a sus amigos en un pueblo, para tener la mayoría. O para disponer de un coto de caza. Bueno.

Esos temas. Voy a suscitar tres temas conflictivos. Vamos, tres temas a discusión, que a nosotros se nos plantean.

Primer tema: el empadronamiento, en los procesos de acceso a centros concertados. El estar más cerca o menos cerca, es un punto. Es decisivo, en este momento, en Aragón. Entonces, nosotros propusimos una serie de medidas al Gobierno de Aragón, que aceptaron de quince - trece, pero una que no nos aceptaron fue dar distinto valor al empadronamiento hecho hace mucho tiempo que al hecho momentos antes. Porque un empadronamiento que era más fácilmente revisable el hecho un mes antes del proceso de selección.

Entonces, como hay padres que sospechan que hay empadronamientos de conveniencia, nos han planteado queja, diciéndonos que se revisara si el empadronamiento era real o no era real. Entonces, la cuestión que a nosotros se nos planteó, es: ¿Se puede entrar a revisar, sin que afecte a la intimidad personal, datos de un empadronamiento? Nosotros llegamos a la conclusión que eso que, de forma genérica sería discutible, cuando se incorpora esos datos a un procedimiento administrativo que genera derechos a favor de uno pero en contra de otro, nos parece que ya no existe esa privacidad. Y que, por tanto, deberían ser puestos en conocimiento de -excepto algún dato muy, muy protegido, por ejemplo, incapacidad o eso de alguien-, debería ser puesto en conocimiento, para que con la transparencia suficiente, hubiera el debido control. Primer dato.

Segunda cuestión. Nosotros la hemos resuelto, en un pueblo de Teruel, lo hemos resuelto de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Pero, a pesar de que es así, yo no... Hemos encontrado una sentencia. No sé si este sería un criterio mantenible o no. ¿Se puede primar a los empadronados en un pueblo, a la hora de que paguen más o menos derechos, por ejemplo, en las piscinas municipales? Por ejemplo, en las piscinas municipales. Hay una sentencia del Supremo que dice que sí. Hay una sentencia que dice que sí. Yo no sé si le han puesto una sentencia, en un momento determinado, o era una postura... Bueno, es algo que me plantea dudas.

Y tercera cuestión que nos plantea algunas dudas. El empadronamiento suscita discusiones, suscita problemas, y ¿cuándo se controla el empadronamiento? ¿En el momen-

to en el que se solicita, o transcurrido el período de tiempo, por lo menos de seis meses? Porque el empadronamiento va unido a vivir seis meses en el sitio donde uno dice que está empadronado. Pues ése es el requisito que se exige: vivir seis meses al año, más de la mitad del año, en el sitio. Ese control, ¿cómo se hace?, ¿a priori o a posteriori?

Éstas son tres cosas que yo dejo en la mesa a unas personas que saben mucho más que yo, de las que, en todo caso, me gustaría conocer su opinión.

CÁNCER LALANNE: Yo, en el primer aspecto, del empadronamiento en función del tiempo y los problemas políticos en materia electoral, por la experiencia que tengo, del tiempo que estuve en la junta, sí que se plantean con frecuencia. Además, aún es más frecuente que en Aragón, en Galicia y en las islas, porque hay instituciones importantes, como los cabildos, en que cinco votos cambian una composición. Y, luego, había cosas espectaculares: pueblos gallegos que son de cincuenta vecinos y en tiempo electoral son de tres mil. Entonces, claro, de golpe que se apuntan, gente que tiene lazos...

Entonces, planteaba problemas... Solía haber denuncias penales, que normalmente acababan en nada. Y había también la que llegaba a la junta por infracción de normas electorales -pues, investigaciones-, probablemente manejando con sentido común la Ley de protección de datos, y no llegando... Porque, cuando quiere... -siendo fiscal como es el Justicia, lo sabe mejor que yo-, cuando están los intereses criminales en marcha, esas garantías se dulcifican, ¿no? Pero es un problema, sí, que se plantea.

Entonces, de eso hay mucha jurisprudencia -como se dice-, pequeña, a nivel de Junta Electoral Central, que ha tratado de resolver problemas de éstos. Yo recuerdo, una vez, que fui llamado al Senado, para hablar con unos senadores que querían hacer frente a estos problemas, más que pensando en Aragón, y tal, ellos tenían el problema en Canarias y en Galicia, con los sudamericanos, ¿no? Buscando un sistema de que no hubiera esta corrupción que había, de "empadronamientos fantasmas". Y la verdad es que no, no llegamos a mucha finalidad... Pero es una cosa que, desde luego, está encima de la mesa y que es un problemón. Esto, por supuesto que sí.

Luego, esas otras cosas de que los que realmente están empadronados, que si tienen ventajas respecto de la utilización... Pues hombre, lo lógico es que pueda ser legal, ¡pero si eso es una cosa histórica de siempre! Yo, cuando estaba en Navarra ejerciendo, y era juez de pueblo, por ahí, pues siempre he visto que había aquello de los derechos a los montes y derechos a los aprovechamientos comunales, y los tenían los de allí, y no los de fuera. Pues, esto es una cosa que, así, a bote y pronto, ver que choque con la legalidad esa diferenciación, yo no la veo.

GARCÍA VICENTE: No, yo, a la propiedad como, solamente, un monte comunal navarro, tampoco veo ningún problema. Pero a la utilización de un servicio público, a la utilización de un servicio público... O sea, es como si dijéramos: los que...

CÁNCER LALANNE: A los del pueblo, se les cobra menos.

GARCÍA VICENTE: Sí, los de Madrid pagan menos en los taxis. O los de Teruel pagan menos...

Hay un pueblo de Teruel que dice, los de ese pueblo de Teruel dice: los de Teruel pagan menos en la piscina...

O sea, yo, propiedad, no la discuto, pero ante un servicio público... No sé, vamos... Entiendo lo que me dicen y, además, reflexiono sobre eso, y que en la medida en que me lo dice le doy un enorme valor, ¿no? Pero, a pesar de todo, hay algo por ahí que digo:

hombre, ¿es que el niño que tiene seis años tiene menos derecho que el que tiene otro?, y a lo mejor no lo llevan a la piscina por eso.

AGUELO NAVARRO: Yo, una cosa quería comentar, quizá. Cuando has comentado lo de los seis meses, pienso que tal como está reflejado en la normativa del padrón no habla de seis meses sino de donde viva más tiempo, ¿no? Aún dificulta más todavía, ¿no? Aún dificulta más todavía, porque aún es más complicado saber.

GARCÍA VICENTE: Ese control, ¿se puede hacer a priori o a posteriori? Porque es un problema que a nosotros nos preocupa...

AGUELO NAVARRO: Lo que pasa es que hay un artículo, que por eso quería referirme a él, que es el artículo 17 de la Ley de Régimen Local, donde dice: "Los ayuntamientos realizarán las actuaciones y operaciones necesarias para mantener actualizados sus padrones". Ésa es una obligación que, incluso si no la hace así, el Instituto Nacional de Estadística puede entrar en ese tema.

Claro, es complicado. Es muy complicado, ¿no? Lo que ocurre es que... lo que me refería al final de mi exposición, de introducir, parece que, solamente esta preocupación con los vecinos extranjeros, pues no me parece adecuada, porque crea...

GARCÍA VICENTE: No, no, esto es en nacionales, ¿eh?

AGUELO NAVARRO: No, no, digo que crea una discriminación al respecto. Introducir otro tipo de elementos, que yo creo... Y por eso creo que en mi intervención he intentado que fuera así, ¿no?, de que sea una inscripción fuerte, en ese sentido, que el padrón, el acceso al padrón, no sea una operación mecánica que, cualquiera, voy allí y me inscriba aquí o dejo de estar, sino que dotémosle de contenido, que tiene. Porque si vemos la Ley de Régimen Local, cuando habla de los derechos del vecino, establece un estatuto jurídico importante, de cara a lo que es un vecino de un municipio, ¿no?, cara a las políticas municipales, esto que estábamos hablando antes, a estos beneficios también de las corporaciones.

Creo que hay que fortalecer la figura del vecino del municipio... Quizá, a veces, cuando hablamos de empadronamiento, estamos hablando del hecho de empadronarse o de registrarse, del hecho registral, y no de la cualidad en sí, que es la vecindad, el vecino. Y quizá a lo mejor sería dotarle de otro contenido, cuando hablamos del padrón municipal. Porque el padrón municipal, pues, bueno, es un registro.

Y aquí llega la segunda parte, quizá, de mi intervención, que quería comentar, con respecto a la utilización de los datos recogidos en ese registro. Es un registro y, por lo tanto, tenemos que ir a la Ley de Protección de Datos, y la Ley de Protección de Datos nos dice que solamente se podrán utilizar aquellos datos que existan en el registro para los fines del mismo, no para otros distintos.

GARCÍA VICENTE: ¿Y si se incorpora un procedimiento administrativo, que genera derechos en favor de una persona y no de otra?

AGUELO NAVARRO: Ésa es otra pregunta.

GARCÍA VICENTE: No, yo, la primera parte, lo veo, pero nosotros tenemos, en Aragón, ese problema, y que lo ha habido en Teruel, también. Tenemos alguien que alega que está empadronado en un sitio para tener más puntos, en el proceso de selección a un centro concertado. Y hay otro que dice: "es mentira, éste vive en tal sitio". Y, entonces, lo ha impugnado.

Nosotros, la verdad es que creo que la transparencia es fundamental en un estado de derecho, la seguridad jurídica. Es fundamental. Hemos dicho: hombre, si hay salvaguarda de cosas que, efectivamente, son ajenas al hecho en sí; pero el vivir o no vivir, eso parece que en principio es una cosa que tampoco deba estar especialmente protegido, sobre todo cuando eso genera derechos. Por eso yo he dicho: que se investigue.

MODERADOR: Si me permito intervenir un momento...

La propuesta que el Justicia hizo -ésta que no fue aceptada- de que ese empadronamiento antiguo tenga más valor que el reciente, bueno, es algo que se podía discutir, evidentemente. Pero, claro, hacer una especie de presunción de fraude cuando alguien se incorpora a un padrón en un domicilio determinado tres meses antes de que se inicie un determinado proceso, a efectos, por ejemplo, de escolarización, pues creo que tampoco, tampoco...

GARCÍA VICENTE: No, no, si no quiere decir que el empadronado en los últimos tres meses no tenga derechos. No, no, pero que se pueden revisar.

En todo caso, está establecido así en cuatro comunidades autónomas, ¿eh? Que para evitarse los líos de tener que revisar, dice: "Oiga, valoramos de distinta manera el empadronamiento hecho en el último año que el hecho (...)

[Unión entre los dos CD]

(...) (*ESTÁ HABLANDO EL MODERADOR*) *ZUBIRI DE SALINAS:* Del municipio de incorporar vecinos, porque, a partir de un número determinado de vecinos se consiguen algunas cosas. Según la Ley de Régimen Local, por ejemplo, puede aumentar el número de miembros que dotan la policía local, por ejemplo, y otras cuestiones, un determinado nivel de población.

Entonces, cuando se está uno acercando... no sé, a los diez mil, a los veinte mil habitantes, el ayuntamiento está deseando incorporar. Y eso, probablemente, no llegará queja al Justicia ni a ningún sitio, porque, naturalmente, el ayuntamiento incorpora a esos ciudadanos; después, no controla en absoluto si siguen ahí o no, pero ya los tiene incorporados al padrón y, por lo tanto, están.

De forma que, en definitiva -en esto coincido totalmente con lo que planteaba Pascual Aguelo-, que lo que sí que creo es que algo que tendría que controlarse de una manera mucho más eficaz, porque es la forma de dotar de ese estatus de vecino que creo que es algo muy importante.

GARCÍA VICENTE: Pero yo insisto: y ¿cuál es el momento del control? ¿En el momento que se pide la inscripción, o a posteriori?

Porque, claro, al alcalde le dice: "que me quiero empadronar", y le dice: "a ti no te empadrono". Dice: "oiga, es que usted no vive aquí", y dice: "pero voy a vivir". "Pues no te empadrono". Una postura.

Otra es decir: pasan seis meses, y al cabo de seis meses revisamos el acto. Pero, entonces, las consecuencias ya se han producido [un interviniente sin identificar exclama: "Sí, sí, ya se han producido"]. Entonces, sería muy importante... Nosotros creemos que la ley debería modificarse, para decirse... Bueno, porque, a veces, una solución es discutible y la otra también, pero la seguridad jurídica es un valor que habría que defender, y sería bueno que entre dos cosas que son..., pueden ser razonables las dos, hubiera una cosa que dijera: "bueno, por lo menos, un periodo más corto (tres meses...)". A nosotros se nos plantea ese caso, o sea.

Y, bueno, y me llaman los programas de radio. O sea, esto se plantea con una vehemencia tremenda, ¿eh? O sea, esto es de las cosas en las que la gente es más vehemente.

SOLANAS MARCELLÁN (Decana del Colegio de Abogados de Teruel): Lucía Solanas, decana del Colegio de Abogados de Teruel.

Hay otra cosa que tampoco se ha planteado, que sería el empadronamiento fiscal, y que tan importante es ahora, en nuestros días. La Ley del impuesto de la renta de las personas físicas fija un plazo de ciento ochenta días naturales, en el que se entiende considerar a alguien vecino o habitante de ese municipio, y en Aragón también se está provocando la situación de que aragoneses se han empadronado en Navarra; de que empresas se han domiciliado, el domicilio social, en el País Vasco o en Navarra, y máxime teniendo en cuenta las diferentes situaciones que pueden venir provocadas por las modificaciones que, en principio, podrían provocarse con la renovación de los estatutos en materia financiera.

Entonces, por eso mismo, alabo la petición, sobre todo, de Pascual Aguelo de pensar que el padrón debe ser modificado, debe tener una regulación más amplia para evitar, sobre todo, estas cosas que, al final, o son fantasmas o son fraudes, pero que no están siendo controladas por la Administración pública. Solamente esto.

CÁNCER LALANNE: Sí, mira, una cosa... Leyendo el trabajo que hubiera expuesto, por lo menos en las líneas generales, del que ha faltado, Ricardo Mongay, él tenía... Estaba muy bien pensado, porque es un hombre muy experto, por lo que se ve, y él hablaba de la coordinación entre administraciones de todos estos problemas. Entonces, ahí el Instituto Nacional de Estadística y la presidenta, que forma parte de la junta (yo la conocía), y hay toda una suma o concurrencia de intereses (a nivel local, comunitario, de comunidad autónoma) y, por encima, nacional. Y, eso, hay una regulación extensa en la ley de... -bueno, no me acuerdo- el reglamento de demarcación, población y tal. Y todos esos problemas se plantean.

A veces hay leyes sectoriales, como, por ejemplo, esas leyes fiscales que, sí, yo, me ha pasado por las manos, un caso de éstos: Arancha Sánchez-Vicario, que no quería pagar renta, porque dice que era andorrana. Y la cazaron: le dijeron que se podía demostrar que vivía en Barcelona, tenía domicilio (a nombre de su padre, pero, bueno, se llegó a eso), más de los ciento ochenta y tantos días, ¿no?, a efectos fiscales.

Algunas lo solucionan. Otras no, y plantea problemas, desde luego, de coordinación.

Y, luego, a mí me da un poco de miedo cuando os oigo hablar con tanto entusiasmo de que "la significación política de ser aragonés... entonces, en el estatuto... y la vecindad tiene un nuevo reflejo y hay una cosa más, un efecto más que produce..." Y, entonces, pues, en principio parece muy razonable decir que los problemas de contingencia de trabajadores, que pueden obtener, en definitiva, dentro de una comunidad, los permisos de trabajo... No sé, el sistema de ayudas..., todo esto, pues, el que mejor lo ve es el que lo tiene inmediato.

Sí, pero luego hay muchos problemas, porque, al mismo tiempo, tampoco se puede obligar a la gente a que quede fija en un sitio. Si no encuentran trabajo en determinada comunidad se pueden ir a otra... Ya pasó en tiempo de la República, que hubo, con muy buena voluntad, un sistema de que los trabajadores tienen que contratarse dentro del término municipal y, si se iban al de al lado, aquello originaba unos problemas que acababan casi a tiros.

Quiero decir que es un problema muy delicado y muy de coordinación. Y, no sé, ya es un problema que, al final, desemboca en la organización general del Estado. Si se va a un estado confederal, o a una cosa de éstas, pues, bueno, en un estado federal ya veremos, pero en el sistema de comunidad autónoma que hasta ahora hay... No sé, tiene que ser... El Estado, para mí, que, desde marque las líneas genéricas; deje luego, por supuesto, a través de leyes de bases y todo esto, deje que las concreciones, dentro de un marco de directivas, las hagan las comunidades.

Y, luego, lo que sí que puede ser es que haya, por ejemplo, una primera... Unas líneas generales serían: los contingentes de hasta "equis", bueno, simplemente con el visto bueno, los maneja la comunidad. Pero, por encima de determinados límites, tiene que actuar una comisión de control, de nivel más amplio, que diga: bueno, ¿eh?

Y, luego, los problemas que también plantea de que, a veces, con muy buena fe, con todo esto, pero la libertad deambulatoria, la gente se mueve, la gente va de aquí para allá. Entonces, tampoco se puede imponer...

Y, luego, es muy frecuente hoy que la gente trabaja, o trabajamos, lejos de donde somos nacidos, y, luego, cuando puedes ir (son vacaciones y todo esto) se desplaza uno a su lugar de origen. Y no deja de ser de allí: yo soy de Barbastro, y voy todo lo que puedo, y dos días, un día, tres días. Sumo al año noventa días noventa veces. Y, quiero decir, que es un poco drama.

Todo esto es... no sé. Es, leyes flexibles, buena voluntad y sentido común [a algunos de los demás participantes se les oye asentir]. Es lo que te digo. Y, lo demás... sólo así. Y no leyes rígidas y...

SOLANAS MARCELLÁN: Sobre tema de extranjería, pues, la verdad, que no estoy muy bien preparada, pero sí que en alguna ocasión, y se nos está dando más frecuentemente cada vez en la práctica, que tenemos ya extranjeros asentados en España, que son extranjeros residentes, no son nacionales todavía, pero sí que están ya empezando a comprar pisos, o se plantean una serie de problemas que son ya de extranjeros realmente que están radicados en la ciudad y que empiezan a hacer negocios, ¿no?

Entonces, frente a esto, quería preguntarte: los extranjeros residentes que no tienen todavía la vecindad civil, porque no tienen nacionalidad, y están pendiente de ello, ¿podemos pactar, por ejemplo, un matrimonio? ¿Se podría pactar un régimen económico en virtud de lo dispuesto en el artículo nuevo del Código civil, basado en el régimen consorcial aragonés? Teniendo solamente vecindad administrativa, ¿eh?

AGUELO NAVARRO: Nos hemos referido antes a un artículo 27 del Código civil, donde se dice que los extranjeros gozarán de los mismos derechos (es el 27, ¿no?, el antiguo 22, ¿no es 27?) [otro participante sin identificar exclama: "Puede, puede ser..."] Creo que es el 27, porque el 22 es nacionalidades; es el antiguo 22. [El mismo participante antedicho dice: "Sí, había uno que dice eso, sí".] El artículo 27, que habla de que los extranjeros gozarán de los mismos derechos que los españoles; sí que es verdad que se refiere también a las leyes generales y a los tratados, ¿no?

Entonces, en este caso, yo pienso que sí que se podría pactar... Vamos, no vería inconveniente, ¿no?, en cuanto a pactar ese consorcio. Otra cosa es la vecindad civil, que es otro aspecto distinto, ¿no?

GARCÍA VICENTE: Yo, el tema, vamos... El tema, yo creo que sí que se puede: yendo al notario, haciendo un pacto, se puede hacer.

El tema más complicado es el efecto que produce eso en otras instituciones -y, eso, Honorio nos puede dar una conferencia, tres horas, aquí, el inspector de Hacienda-, y lo pasamos regular.

El tema... se pacta el régimen aragonés, ¿y eso conlleva la viudedad aragonesa o no? ¡Ojo!, ¿eh? Ése es un tema... ¿Qué régimen de familia, eh? Pues parece que, fijaos, a pesar de que dices..., parece que no..., Honorio tiene una tesis de que, en Aragón, tener un régimen económico determinado, con una viudedad que juega de una forma, a la contra, produce tales desajustes que hay que hacer, en la medida de lo posible, todo lo posible para que los dos jueguen a la vez.

Eso se produce no sólo en extranjero y nacional, sino que se produce cuando dos españoles van cambiando de régimen jurídico, de vecindad, y empiezan siendo aragoneses, pasan a ser catalanes y... bueno, bueno, y ahí hay un lío que, como al final cada uno tenga un régimen de viudedad diferente, resulta que uno se queda con el usufructo de todo y otro se queda, al revés, con nada. Y eso, eso... Honorio tiene una cosa publicada sobre eso, Honorio Romero, porque le parece que llegar a esa solución es una solución que en algunos casos puede ser injusta.

Ahora, que se pacte el régimen económico con... Eso, no hay ningún problema. Más aún: en defecto de pacto, lo que dice el Código civil: en el lugar de celebración del matrimonio, en el lugar donde establezcan la primera residencia... Todo eso está... ¿eh?

MODERADOR: Lo que pasa -añado, añadido- que yo creo que eso, ese pacto, sería muy conveniente... -vamos, ése o algún otro-, porque hay que pensar que las normas de conflicto, las que están en el Código civil, están hablando de vecindades civiles, ¿no?, y de vecindades civiles de españoles. Entonces... -o aquellas personas que reciben la nacionalidad española-. Pero aquellos que no tienen la nacionalidad española, en principio se rigen por su ley personal. Que puede ser, bueno..., la de Ghana, o algo así, que, a veces, yo, la juez encargada del Registro civil me ha dicho que ha tenido serios problemas a veces en determinar cuál es la ley aplicable porque ni siquiera, a veces, las embajadas le informan razonablemente de estas materias.

Por lo tanto, cuando se empieza, digamos, a tener un patrimonio (un patrimonio consolidado, un patrimonio inmueble) yo creo que es muy útil, esto, conocerlo claramente y, si no, pactarlo, porque yo creo que la libertad de pacto está clara al respecto

CRUZ, DÁMASO: Soy Dámaso Cruz, notario de Teruel.

Yo me voy a permitir discrepar de los ponentes o de lo que ha dicho Lucía, porque, en mi opinión y, como decía ahora Fernando Zubiri, está claro que la ley reguladora del matrimonio será la que..., la del régimen económico será la ley..., la que regule los efectos del matrimonio será la ley que regule el matrimonio.

Entonces, la aplicación del artículo 9 en sede de Derecho internacional sólo resulta aplicable al derecho interregional por remisión. En consecuencia, sólo cabría pactar, en mi opinión, el régimen económico matrimonial aragonés en el caso de que el matrimonio se celebrase entre alguien con vecindad civil aragonesa y un extranjero fijando su primer lugar de residencia en territorio aragonés o, en el caso que lo permitiese la ley reguladora de los efectos del matrimonio.

Y, en ese caso, no nos queda otro remedio que escribir, como decía, Fernando Zubiri, al Consulado de Ghana y pedir un testimonio sobre la vigencia de leyes, de tal manera que, por lo menos, la ley reguladora de los efectos de su matrimonio no prohíba el pacto del Derecho aragonés. Pero, vamos...

GARCÍA VICENTE: Pero, yo, perdonadme una cosa: pactar, se puede pactar lo que se quiera, con tal de que no sea contrario al orden público, ¿no?

CRUZ, DÁMASO: Pero es que la regul...

GARCÍA VICENTE: Eso, el régimen económico...

Dos personas pueden pactar... Yo estoy casado con una extranjera, yo. Puedo pactar lo que quiera, con tal de que no sea contrario al orden público español o portugués. Eso no plantea ningún problema. Eso, vamos, yo creo que está clarísimo. Si no hay pacto, entonces entrarán en juego las normas supletorias...

CRUZ, DÁMASO: ¿Y si el orden público portugués prohíbe el pacto?

GARCÍA VICENTE: Pero, entre países... O sea, si no establece la bigamia, y tal... ¿Eh? Mientras no establezca la bigamia, eso, y tal, el orden público no plantea mayores problemas, entre la mayoría de los países no plantea mayores problemas.

Es verdad lo que dice Fernando: que no sólo es que no haya derecho, es que hay unos treinta países en el mundo que no hay estado.

PASCUAL AGUELO: Sí, sí. Se nos plantea un tema, por ejemplo, en este nivel, por entrar en esta discusión, que es el de las parejas estables, ¿no? La Ley de parejas estables aragonesa, en principio, excluiría de la pareja estable cuando hubiera un elemento que no sea aragonés. Es decir, un catalán o un madrileño no podría realizar pareja estable según la norma que tenemos, porque, al no decir nada, se supone que afecta a los que tienen la condición de aragoneses. Y, sin embargo, lo estamos pactando y se está registrando. En fin, pero el pacto sí que es posible.

GARCÍA VICENTE: El pacto es posible siempre, hombre... Pactar... que un español y un extranjero, pacten, con tal de que no sea contrario a la moral y al orden público, se puede pactar, hombre. Ha desaparecido aquello de que no se podrá someter a un..., aquello de los regímenes forales, aquello que decíamos cuando estudiábamos los temas, que era una malquerencia encubierta contra las legislaciones forales. Eso ya ha desaparecido, y se puede pactar lo que uno quiera, siempre que no sea contrario a esto.

El problema es, si no pactan, ¿qué es lo que se aplica?

PASCUAL AGUELO: Desde luego, el artículo 27, yo creo que alcanza también a las legislaciones forales, en este sentido, ¿no?

GARCÍA VICENTE: Yo iba más lejos: el problema es que si pactas el régimen económico, ¿se encuentra en Aragón incluida...? -ésa es la cuestión, y cuestión muy complicada-, ¿se encuentra incluida la viudedad...? ¿Cómo juega la viudedad?

Hombre, yo creo que hay por ahí un artículo que dice que los aragoneses tienen derecho a la viudedad aragonesa. De forma recíproca, ¿eh? Hay un artículo, que no te puedo decir ahora cuál es, pero sí que lo sé, porque yo puedo estar en ese caso.

Que, o sea... cuando el régimen por el que se regulan las relaciones de los dos es el régimen aragonés, los dos tienen derecho a la viudedad aragonesa. Porque lo que no puede ser es que uno tenga la legítima del Código civil y otro tenga la legítima aragonesa. Porque el uno se queda en la calle y el otro tiene el usufructo de todo. Y eso es la tesis que mantiene Honorio, ¿eh?

Hay un artículo publicado en la revista de Derecho notarial sobre eso, y ése es el tema, además, que les pusieron en las últimas oposiciones de notaría. [El señor García Vicente se ríe.] ¿Eh?, ¿cómo juega eso!, ¿eh?

Fernando, tú no tuviste..., tú estuviste en el último tribunal de notarías. Tú pusiste ese tema, ¿no?

MODERADOR: Ah, sí, sí, sí. Es que nos habíamos distraído un momento.

GARCÍA VICENTE: Tú pusiste ese tema, ¿eh?

MODERADOR: No, pero son cuestiones...

GARCÍA VICENTE: Son complicadas, ¿eh? A mí, o sea, que se puede pactar no me parece ningún problema. Ahora, cómo juega el régimen viudal, entonces sí que me parece muy complicado.

O sea, desde luego, lo que no puede ser es que uno vaya cambiando de vecindad y su régimen viudal vaya cambiando. Porque eso de que el matrimonio, como toda institución, requiere una cierta seguridad jurídica... No puede ser que cada uno acabe teniendo un régimen completamente distinto, y además cambiando cada dos por tres.

¿Eh? Porque, entonces, es que...

MODERADOR: El Código civil, en el título preliminar, eso lo ha regulado en este momento de una manera bastante razonable, ya.

GARCÍA VICENTE: Sí, sí, yo creo que los...

MODERADOR: A ver, no sé si había alguna palabra más pedida, o...

¿Ninguna más?...

Yo creo que, si no hay más intervenciones, yo devuelvo la palabra al excelentísimo señor Justicia para que clausure.

GARCÍA VICENTE: Pues, yo, solamente para dar gracias, en primer lugar, a los ponentes, estoy encantado de que hayan venido hoy aquí, les agradezco el esfuerzo que han hecho, y hemos aprendido mucho de ellos.

Y, luego, a todos ustedes por haber venido hoy aquí. La fecha es la que es, o sea, el foro se celebra hace quince años en noviembre, y podemos, lo único, ponerlo al principio o al final, pero tiene que ser en el mes de noviembre. Yo les agradezco a ustedes que hayan venido aquí, les animo a volver dentro de dos años...

Hombre, les pediría una cosa: que me gustaría ver a alguno de Teruel alguna vez en el Foro de Zaragoza. He visto una vez a uno, he visto una vez a uno. La distancia es la misma, [risas]. Y los de Huesca vienen, ¿eh?, y los de Huesca vienen. Y el Foro en Zaragoza, hay ciento veinte, ciento treinta personas, en el que, bueno, se producen unos debates riquísimos. Piensen que toda la reforma de la Ley de régimen económico y la Ley de instituciones de Aragón se ha hecho sobre la base de las discusiones del Foro. O sea, que ha tenido una importancia muy grande estos quince años esa discusión. Con esa finalidad se hizo.

Y, ahora, lo que hicimos hace dos años es llevarlo a Huesca y a Teruel, una vez a un sitio y otra a otro, y luego ampliar al mundo del Derecho público. Porque pensamos que el Derecho aragonés no sólo es el viejo Derecho, el antiguo Derecho foral, el venerable Derecho foral, sino que hay otras cosas que procuramos que tengan alguna relación con el Derecho civil (como, por ejemplo, el empadronamiento, que la tiene) para, bueno, abrir más este foro, que, sin duda, es un foro de debate y que con sus intervenciones seguro que, además, se ha enriquecido.

Muchas gracias a todos [aplausos]

Ah, querría decir una cosa: el tercer ponente, don Ricardo, no ha podido venir. La verdad es que lo siento por él. Le han convocado el Pleno del Ayuntamiento hoy, a pesar de que esto se lo encargamos hace seis meses, y el esfuerzo que ha hecho, pues, no lo ha podido desarrollar. Pero tiene la ponencia, ¿eh? La ponencia, que es muy interesante y que se refería a la mecánica, desde un ayuntamiento, de cómo juega esto.

En todo caso, no la hemos querido leer, ¿eh?, pero porque se va a publicar.

Muchas gracias [fin de la sesión].