



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

DICTAMEN DE LA SUBCOMISION DE EXTRANJERIA DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA ACERCA DE LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE DETERMINADOS ARTICULOS DE LA LEY ORGANICA 14/2003 DE 20 DE NOVIEMBRE QUE REFORMA LA LEY ORGANICA 4/2000 DE 11 DE ENERO.

SEÑORAS y SEÑORES:

D. Pascual Aguelo, Presidente Subcomisión.
D^a Sonia Martínez Albiñana
D. José Luis Rodríguez Candela.
D. Roberto Sánchez
D. Paco Solans Puyuelo
D^a . Margarita Palos Nadal
D. Santiago Yerga Cobos
D. José Luis Santamarta Rodríguez
D^a Cristina Ranz
D^a Elena Eguiguren Ezquerro

El pasado día 28 de noviembre de 2003, en la Sede del Consejo, se reunió la SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA del Consejo General de la Abogacía Española, compuesta por los señores D. Pascual Aguelo Navarro, D^a Sonia Martínez Albiñana, D. José Luis Rodríguez Candela, D. Roberto Sánchez, D. Paco Solans Puyuelo, D^a . Margarita Palos Nadal, D. Santiago Yerga Cobos, D. José Luis Santamarta Rodríguez, D^a Cristina Ranz, D^a Elena Eguiguren Ezquerro y D^a Patricia Bárcena, con el encargo de analizar el contenido de la Ley 14/2003 e informar acerca de la posible inconstitucionalidad de determinados artículos de la mencionada Ley Orgánica.

Después de haber examinado y debatido el contenido de la copiosa documentación remitida por los Colegios de Abogados (especialmente, Bilbao, Málaga, Valencia y Zaragoza), oída la opinión de diversos Profesores de Derecho Civil, Constitucional, Filosofía del Derecho e Internacional Privado y Público de diferentes Universidades españolas, D. Eliseo Aja, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona; D. Gonzalo Maestro, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad del País Vasco; D^a. Mar Pérez, Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona; D. Viçens Aguado, Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona; D. Estanislao Arana, Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada, , D^a María Luisa Trinidad García, Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Almería, D^a Aurelia Alvarez Rodríguez, Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de León, D. Ángel G. Chueca



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

Sancho, Profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad de Zaragoza; D. Javier de Lucas Martín, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia y ONGs, en especial "Andalucía Acoge", llegaron a la conclusión de que los preceptos de la referida Ley Orgánica que más adelante se dirán son de dudosa constitucionalidad.

Por ello, y con la finalidad de que el Consejo adopte los acuerdos que más convengan en orden a salvaguardar los derechos fundamentales de los extranjeros y fundamentalmente su derecho de defensa, que el mencionado texto legislativo vulnera, esta SUBCOMISION DE EXTRANJERIA traslada a la Comisión Permanente del Consejo General el Dictamen elaborado por la SUBCOMISION DE EXTRANJERIA.

DICTAMEN DE LA SUBCOMISION DE EXTRANJERIA DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA

Artículos que se consideran de dudosa constitucionalidad:

I.- Preceptos referidos a la cesión y acceso vía telemática de datos de carácter personal

Artículo Primero. Apartado 35, que modifica el artículo 66.1, 66.2, párrafo 2º, de 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.

Apartado 40, que introduce una nueva disposición adicional quinta en 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.

Artículo Tercero. Apartado 3, que modifica el artículo 16.3 de la Ley 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Apartado 5, que introduce una nueva disposición adicional séptima en la Ley 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Todos estos preceptos, van referidos a la cesión y acceso vía telemática, sin consentimiento previo del interesado, de datos de carácter personal, bien por parte de las compañías aéreas, bien por las administraciones públicas, y en especial el padrón municipal, con la finalidad todas ellas, según viene reflejado, de control y permanencia de los extranjeros en España, y para el



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA**

ejercicio de las competencias propias de las administraciones públicas y en especial las derivadas de la aplicación de la normativa de extranjería.

A juicio de esta Subcomisión algunas de las previsiones legales contenidas en los preceptos citados presentan serias dudas de constitucionalidad.

II.- Preceptos referidos a las Garantía jurídicas en los Procedimientos administrativos

Artículo Primero Apartado 39, que introduce una nueva disposición adicional cuarta en 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.

El precepto se refiere a la Inadmisión a trámite de las solicitudes. Bajo el pretexto de una mejora de la tramitación administrativa, se produce un serio recorte de los derechos de los extranjeros que no queda suficientemente justificado desde el plano de las exigencias constitucionales previstas en el art. 24 de la CE.

En concreto, el supuesto 4, que contempla como causa de inadmisibilidad el caso en que se está tramitando el procedimiento administrativo sancionador como a aquel otro en que ya se ha dictado la correspondiente orden de expulsión. En el caso que no se haya todavía una resolución sancionadora se produciría, además de la vulneración del derecho de acceso a la jurisdicción la vulneración del derecho a la presunción de inocencia que como garantía procesal recoge el art. 24.2 de la CE.

El supuesto 7, en el que la consideración de la mera situación subjetiva de irregularidad es causa de inadmisibilidad del procedimiento administrativo de extranjería, a juicio de esta Subcomisión comporta una vulneración clara del derecho a la tutela judicial efectiva que no distingue entre ciudadanos españoles y ciudadanos extranjeros.

Por último, la causa de inadmisibilidad prevista en el supuesto 8 (el no presentar personalmente la solicitud) dada la desproporcionalidad de sus consecuencias jurídicas no puede considerarse constitucionalmente legítima como causa de inadmisibilidad sino que, de acuerdo con el principio pro actione, debería en estos casos llevarse a cabo la tramitación del procedimiento a fin de obtener un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

III.- Preceptos que se refieren a la devolución y expulsión de extranjeros



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

Artículo Primero Apartado 31, que modifica el apartado 5 del artículo 59 e incorpora un nuevo apartado 6 de 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.

Apartado 34, que introduce un nuevo apartado 3 en el artículo 64 de 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.

La ausencia de procedimiento prevista por la LOEXIS puede vulnerar el artículo 105 c de la CE que, interpretado por el Tribunal Constitucional, exige el trámite de audiencia para el caso de actos administrativos sancionadores, ya que no cabe duda de que nos encontramos ante actos administrativos de gravamen o restrictivos de derechos, que representan una consecuencia negativa para el extranjero.

Por ello proceder a la devolución con prohibición de entrada y medida cautelar de internamiento, sí como ejecutar una resolución de expulsión de otro estado miembro de la Unión Europea sin posibilitar ni, tan siquiera, la audiencia del interesado, es manifiestamente inconstitucional.

Igualmente la falta de procedimiento y de audiencia podría constituir una vulneración de los arts. 24 y 14 de la C.E. El primero porque consagra el derecho a la defensa efectiva y el derecho a la presunción de inocencia; el segundo porque estaría discriminando a los extranjeros por razón de la forma de entrada en nuestro país y del momento es que es sorprendido en nuestro territorio.

IV.- Precepto que se refiere a Centros de Internamiento de extranjeros

Artículo Primero Apartado 32, que introduce el artículo 62 quinquies, referido a Medidas de seguridad en Centros de internamiento de extranjeros.

El nuevo artículo introduce sanciones que afectan a derechos fundamentales más allá de la restricción del derecho a la libertad deambulatoria que precisa de minuciosa regulación a través de una ley orgánica, dando así debido cumplimiento al mandato constitucional contenido en el art. 25.1 CE.

V.- Precepto que se refiere a la obligación de presentación "personal" de las solicitudes



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA

Artículo Primero Apartado 38, que introduce una nueva disposición adicional tercera, que introduce la obligación de presentación personal de las solicitudes y restringe los lugares de presentación de las mismas.

La redacción final del precepto y en particular el adverbio "personalmente" es introducido de forma irregular en el trámite parlamentario como si se tratara de una mera corrección técnica.

Sin embargo, es evidente que la necesidad de presentar personalmente la solicitud supone una carga desproporcionada que no obedece a finalidades razonables de protección de bienes o intereses constitucionalmente protegidos y no guarda la proporcionalidad adecuada a la diligencia exigible a los justiciables.



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA**

ANTECEDENTES

1°. Las Cortes Generales aprobaron con fecha 20 de noviembre de 2003 la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de 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; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que fue publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 21 de noviembre de 2003.

2°.- El pasado día 28 de noviembre de 2003, en la Sede del Consejo, se reunió la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española, compuesta por los señores D. Pascual Aguelo Navarro, D^a Sonia Martínez Albiñana, D. José Luis Rodríguez Candela, D. Roberto Sánchez, D. Paco Solans Puyuelo, D^a . Margarita Palos Nadal, D. Santiago Yerga Cobos, D. José Luis Santamarta Rodríguez, D^a Cristina Ranz, D^a Elena Eguiguren Ezquerro y D^a Patricia Bárcena, con el encargo de analizar el contenido de la Ley 14/2003 e informar acerca de la posible inconstitucionalidad de determinados artículos de la mencionada Ley Orgánica.

3°.- Después de haber examinado y debatido el contenido de la copiosa documentación remitida por los Colegios de Abogados (especialmente, Bilbao, Málaga, Valencia y Zaragoza), oída la opinión de diversos Profesores de Derecho Civil, Constitucional, Filosofía del Derecho e Internacional Privado y Público de diferentes Universidades españolas, y ONGs, en especial "Andalucía Acoge", llegaron a la conclusión de que los preceptos de la referida Ley Orgánica que más adelante se dirán son de dudosa constitucionalidad.

UNO.- NORMAS QUE PUEDEN RESULTAR INCONSTITUCIONALES EN EL TEXTO DE LA LEY TRAS LA MODIFICACIÓN OPERADA POR LA LEY 14/2003 DE 20 DE NOVIEMBRE.

I.- Preceptos referidos a la cesión y acceso vía telemática de datos de carácter personal

Artículo Primero. Apartado 35, que modifica el artículo 66.1, 66.2, párrafo 2º, de 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.

Apartado 40, que introduce una nueva disposición adicional quinta en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

Artículo Tercero. Apartado 3, que modifica el artículo 16.3 de la Ley 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Apartado 5, que introduce una nueva disposición adicional séptima en la Ley 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

II.- Preceptos referidos a las Garantía jurídicas en los Procedimientos administrativos

Artículo Primero Apartado 39, que introduce una nueva disposición adicional cuarta en 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.

III.- Preceptos que se refieren a la devolución y expulsión de extranjeros

Artículo Primero Apartado 31, que modifica el apartado 5 del artículo 59 e incorpora un nuevo apartado 6 de 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.

Apartado 34, que introduce un nuevo apartado 3 en el artículo 64 de 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.

IV.- Precepto que se refiere a Centros de Internamiento de extranjeros

Artículo Primero Apartado 32, que introduce el artículo 62 quinquies, referido a Medidas de seguridad en Centros de internamiento de extranjeros.

V.- Precepto que se refiere a la obligación de presentación "personal" de las solicitudes

Artículo Primero Apartado 38, que introduce una nueva disposición adicional tercera, que introduce la obligación de presentación personal de las solicitudes y restringe los lugares de presentación de las mismas.



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

DOS.- PRECEPTOS REFERIDOS A LA CESIÓN Y ACCESO VÍA TELEMÁTICA DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.

Artículo Primero. Apartado 35, que modifica el artículo 66.1, 66.2, párrafo 2º, de 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.

Apartado 40, que introduce una nueva disposición adicional quinta en 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.

Artículo Tercero. Apartado 3, que modifica el artículo 16.3 de la Ley 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Apartado 5, que introduce una nueva disposición adicional séptima en la Ley 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

[La fundamentación de este apartado se ha elaborado con las aportaciones de los miembros de la Subcomisión de Extranjería del CGAE, el Equipo Jurídico de Málaga Acoge y el trabajo de la profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona, D^a. Mar Pérez, que se publicará íntegramente en el nº 5 de la Revista de Derecho Migratorio y Extranjería (REDMEX, LexNova).]

I.- El artículo 18.4 de la C.E. según tiene declarado la STC 254/1993 es un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor. La garantía de la vida privada de la persona y de su reputación poseen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada "libertad informática" es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático ("habeas data") y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención (SSTC 11/1998, FJ 5, 94/1998, FJ 4).

El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos e impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información, no reduciéndose esta protección solo a los datos íntimos de la persona, sino



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

a cualquier dato de carácter personal, sea o no íntimo, alcanzando incluso a los que sean públicos.

El derecho fundamental a la protección de datos posee una peculiaridad al conferir a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (SSTC 73/1982, de 2 de diciembre, FJ 5; 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3; 89/1987, de 3 de junio, FJ 3; 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3; 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3, y en general las SSTC 134/1999, de 15 de julio, 144/1999, de 22 de julio, y 115/2000, de 10 de mayo), el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: **garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos;** en definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales (STC 254/1993, FJ 7). Estas prescripciones son aplicables tanto a la protección frente al Estado o frente a los particulares.

Evidentemente este derecho no es absoluto, y como otros está sometido a unos límites, y aquí es donde debemos analizar si la normativa introducida por la LO 14/2003 respecta o no esos límites, ya que de no respetarlos, sería tanto como negar el contenido esencial del derecho, pudiendo ser los incisos que señalaremos inconstitucionales.

La propia Constitución menciona en el art. 105 b) que la ley regulará el acceso a los archivos y registros administrativos "salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas" (en relación con el art. 8.1 y 18.1 y 4 CE), y en numerosas ocasiones este Tribunal ha dicho que **la persecución y castigo del delito constituye, asimismo, un bien digno de protección constitucional**, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana. Bienes igualmente reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 CE (por citar las más recientes, SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 2, y 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3.a; ATC 155/1999, de 14 de junio). El convenio Europeo de 1981 para la Protección de personas respecto al Tratamiento Automatizado de datos de carácter personal, hecho en Strasburgo el 28 de Enero, en su artículo 9 tiene en cuenta esas exigencias, así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien refiriéndose a la garantía de la intimidad individual y familiar del art. 8 CEDH, aplicable también al tráfico de datos de carácter personal, reconociendo que pudiera tener límites como la seguridad del Estado (STEDH caso Leander, de 26 de marzo de 1987, ññ 47 y sigs.), o la persecución de infracciones penales ("mutatis mutandis", SSTEDH, casos Z, de 25 de febrero de 1997, y Funke, de 25 de febrero de 1993), ha exigido que tales limitaciones estén previstas legalmente y sean



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA**

las indispensables en una sociedad democrática, así como esos límites respondan a una necesidad social imperiosa y adecuados y proporcionados para el logro de su propósito, (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso X e Y, de 26 de marzo de 1985; caso Leander, de 26 de marzo de 1987; caso Gaskin, de 7 de julio de 1989; "mutatis mutandis", caso Funke, de 25 de febrero de 1993; caso Z, de 25 de febrero de 1997).

Si esos límites son tan amplios, como lo son en los preceptos cuya impugnación postulamos, "se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección" STC 11/1981, de 8 de abril (FJ 8).

Por ello lo importante será analizar si cuando el art. 66 en su apartado 1º dice "**... a efectos de combatir la inmigración ilegal...**", o en el párrafo 2º del apartado 2º, dice "**...a los efectos indicados en el apartado anterior...**" en lo referido a combatir la inmigración ilegal, o en la Disposición adicional 5ª apartado 2º cuando dice "**para la exclusiva finalidad de cumplimentar las actuaciones que los órganos de la Administración General del estado competentes en los procedimientos regulados en esta ley orgánica y sus normas de desarrollo tienen encomendadas...**" o lo regulado en la modificación al art. 16.3 de la ley 7/85 de bases de régimen local, cuando dice "**los datos del padrón municipal se cederán a otras Administraciones públicas que lo soliciten sin consentimiento previo al afectado solamente cuando sean necesarios para el ejercicio de sus respectivas competencias, y exclusivamente para asuntos en los que la residencia o el domicilio sean datos relevantes...**" o por último en la disposición Adicional 7ª cuando dice "**Para la exclusiva finalidad del ejercicio de las competencias establecidas en la Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, sobre control y permanencia de extranjeros en España, la dirección General de la policía accederá a los datos de inscripción padronal de los extranjeros existentes en los padrones municipales, preferentemente por vía telemática...**" si se ha superado el límite constitucionalmente admisible, o si por el contrario lo habremos vaciado de su contenido esencial, siendo por tanto inconstitucional esta regulación.

Esas limitaciones para que superen el tamiz constitucional han de estar justificadas en la protección de otros derechos o bienes constitucionales (SSTC 104/2000, de 13 de abril, FJ 8 y las allí citadas) y, además, han de ser proporcionadas al fin perseguido con ellas (SSTC 11/1981, FJ 5, y 196/1987, FJ 6). Pues en otro caso incurrirían en la arbitrariedad proscrita por el art. 9.3 CE. La restricción de este derecho no puede estar basada, por sí sola, en la actividad de la Administración Pública. Ni es suficiente que la Ley apodere a ésta para que precise en cada caso sus límites, limitándose a indicar que deberá hacer tal precisión cuando concorra algún derecho o bien constitucionalmente protegido. Es el legislador quien debe determinar cuándo concurre ese bien o derecho que justifica la restricción del derecho a la protección de datos personales y en qué circunstancias puede



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA

limitarse y, además, es él quien debe hacerlo mediante reglas precisas que hagan previsible al interesado la imposición de tal limitación y sus consecuencias. Pues en otro caso el legislador habría trasladado a la Administración el desempeño de una función que sólo a él compete en materia de derechos fundamentales en virtud de la reserva de Ley del art. 53.1 CE, esto es, establecer claramente el límite y su regulación. Por ello entendemos que la posibilidad de acceso o cesión de datos, basadas en el ejercicio de las competencias de una ley administrativa, que no penal, así como a los efectos de combatir la inmigración ilegal, que es una mera infracción administrativa, por lo que al extranjero se refiere, no puede suponer la restricción del derecho del art. 18.4 de la C.E., debiendo quedar este límite exclusivamente para la persecución de las infracciones penales relacionadas con la inmigración clandestina, arts. 318 bis y 313 del Código Penal, donde precisamente el extranjero es el sujeto pasivo o víctima, y no responsable de las mismas. En este sentido se pronunció el informe a estos preceptos de la Agencia de protección de Datos, donde la posibilidad de acceso y cesión sin autorización del interesado se circunscribía a la prevención y persecución de infracciones penales y garantía de seguridad pública. Los incisos antes señalados van mucho más allá, permitiendo la infracción del art. 18.4 por la simple persecución de una infracción administrativa o para resolver un expediente administrativo que no afecta ni a la seguridad ni al orden público ni a otros derechos constitucionales protegibles.

En este sentido la STC que nos sirve de pie a este informe de 30/11/2000, ya declaró inconstitucional el inciso "administrativas" del art. 24.1 de la LPDP, ya que vulnerar el art. 18.4 de la CE para la persecución de una infracción administrativa era no respetar el contenido esencial del derecho, lo mismo que pretenden ahora los preceptos comentados.

En otro orden de cosas y para poder permitir a otras administraciones el poder para transmitir, ceder y acceder a los datos sin autorización del interesado, es que las limitaciones a esos derechos constitucionales establecidas por una Ley (STC 178/1985), no adolezcan de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación. Conclusión que se corrobora en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha sido citada. Ha de señalarse, asimismo, que no sólo lesionaría el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), concebida como certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el Derecho (STC 104/2000, FJ 7, por todas), sino que al mismo tiempo dicha Ley estaría lesionando el contenido esencial del derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio (SSTC 11/1981, FJ 15; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4, y 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 7). De suerte que la falta de precisión de la Ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción. Y al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la Ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe. Por eso, no puede



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

estar basado ese límite al derecho constitucional, por sí solo, en la actividad de la Administración Pública, como pretende los preceptos impugnados. Ni es suficiente que la Ley apodere a ésta para que precise en cada caso sus límites, limitándose a indicar que deberá hacer tal precisión cuando concorra algún derecho o bien constitucionalmente protegido. Es el legislador quien debe determinar cuándo concurre ese bien o derecho que justifica la restricción del derecho a la protección de datos personales y en qué circunstancias puede limitarse y, además, es él quien debe hacerlo mediante reglas precisas que hagan previsible al interesado la imposición de tal limitación y sus consecuencias. Pues en otro caso el legislador habría trasladado a la Administración el desempeño de una función que sólo a él compete en materia de derechos fundamentales en virtud de la reserva de Ley del art. 53.1 CE, esto es, establecer claramente el límite y su regulación.

Los preceptos cuya impugnación pretendemos son claramente inciertos, abiertos y genéricos, que en el fondo permitirían cualquier limitación al derecho contenido en el art. 18.1 y 4 de la C.E. , vaciándoles de su contenido esencial. Basta leer detenidamente estos incisos antes referidos "cuando así lo determinen las autoridades..." a efectos de combatir la inmigración ilegal..." "en el cumplimiento de los fines que tienen encomendadas..." "...cuando sean necesarios para el ejercicio de sus respectivas competencias..." o "Para la exclusiva finalidad del ejercicio de las competencias establecidas en la LO..." Es decir, y en conclusión, en cualquier caso, lo que supone infringir el contenido esencial del derecho.



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

II.- La nueva regulación de la protección de datos de los extranjeros inscritos en el padrón

(Comentario a la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de 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; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.)

[La fundamentación de este apartado se ha elaborado esencialmente el trabajo de la profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona, D^a. Mar Pérez, que se publicará íntegramente en el nº 5 de la Revista de Derecho Migratorio y Extranjería (REDMEX, LexNova).]

Modificaciones introducidas por la Ley orgánica 14/2003 sobre protección de datos de los extranjeros

El 21 de diciembre entró en vigor la Ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, cuyo extenso título da cuenta de las diversas disposiciones que se modifican¹.

Según se indica en la exposición de motivos, la ley tiene por objeto mejorar la regulación de los flujos migratorios y reforzar los mecanismos para incidir en la lucha contra la inmigración ilegal.

La ley introduce diversos cambios normativos en la anterior "Ley de extranjería", así como una modificación, de alcance menor, en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, pero lo que suscita este comentario es la modificación de la Ley de Bases de Régimen Local (LBRL) en lo relativo al acceso de la policía a los datos de los extranjeros inscritos en los Padrones Municipales.

Concretamente la ley introduce modificaciones en relación a la protección de datos que, en síntesis, se refieren a la obligación de los transportistas de remitir determinada información sobre pasajeros procedentes fuera del espacio Schengen²; el acceso de los datos de extranjeros

¹ El título completo del texto es "Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de 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; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las bases de Régimen Local; y de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común" BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2003.

En el mes de junio de 2003 el Gobierno remitió al Congreso de los Diputados el Proyecto de ley de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOG, Serie A, núm. 160-1, de 20 de junio de 2003).

² Debe comunicarse el nombre, apellidos, fecha de nacimiento, nacionalidad, número de pasaporte o documento que acredite su identidad. También se establece la obligación de remitir el número de billetes de vuelta no utilizados. La finalidad de estas previsiones consiste en la prevención de la inmigración ilegal y la seguridad pública (artículo primero, apartado treinta y cinco de la ley orgánica 14/2003, por el que se modifica el artículo 66 de la Ley orgánica 4/2000).



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

inscritos en el padrón a otras instancias públicas y se modifica la regulación del padrón en algunos aspectos relevantes.

Es la modificación relativa al acceso a los datos del padrón y su modificación lo que va a ser objeto de comentario. En este ámbito la ley prevé la colaboración en la cesión de datos entre las Administraciones Públicas relativas personas interesadas en los procedimientos regulados en la ley de extranjería, con una especial mención a la cesión entre la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de Estadística (artículo primero, apartado cuarenta de la Ley Orgánica 14/2003, por el que se introduce una nueva disposición adicional quinta a la Ley 4/2002).

Y, como se ha dicho, se modifica la regulación del padrón municipal estableciéndose su renovación periódica cada dos años cuando se trate de la inscripción de extranjeros no comunitarios sin autorización de residencia permanente. Si no se realiza dicha renovación caducan las inscripciones (artículo tercero, apartado uno de la Ley orgánica 14/2003, de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local).

También se establece el acceso de la Dirección General de la Policía a los datos de inscripción del padrón de los extranjeros para la exclusiva finalidad del ejercicio de las competencias establecidas en la Ley orgánica (artículo tercero, apartado cinco de la Ley orgánica 14/2003, que introduce una nueva disposición adicional séptima en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local).

Como se ha indicado, efectivamente, se habilita a la Dirección General de la Policía a acceder a los datos de inscripción de los extranjeros existentes en los Padrones Municipales, preferentemente por vía telemática. Dicho de manera simple, lo que la reforma pretende es dar cobertura legal al acceso, por parte de la policía, a los datos de los extranjeros inscritos en el padrón municipal.

El acceso de la policía a los datos del padrón se justifica en el ejercicio de las competencias legalmente establecidas sobre el control y la permanencia de los extranjeros.

La disposición referida fue objeto de varias enmiendas durante el proceso de su tramitación parlamentaria, instadas por diversos diputados del Grupo Mixto (EA, IC-V, BNG), del PNV y de IU, así como del PSOE, si bien este último aceptó una enmienda transaccional que autoriza el acceso de la policía al padrón municipal pero con garantías no previstas en el proyecto original. En realidad las garantías introducidas se limitan a indicar que los accesos se realizarán con las máximas medidas de seguridad, y deberá quedar constancia de los accesos realizados, la identificación de usuario, fecha y hora en que se realizó, así como de los datos consultados.



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA

Los diputados y grupos que han expresado su oposición al acceso de la policía al padrón municipal de habitantes, han argumentado, que dicho acceso supone desincentivar la inscripción de los extranjeros en el padrón, privándoles así de la posibilidad de beneficiarse de los servicios básicos de sanidad, educación y servicios sociales. Incluso algún diputado (IC-V) se ha hecho eco del rechazo que la previsión del proyecto suscitaba en diversos Ayuntamientos de Cataluña³.

Pero lo que interesa comentar sobre esta ley es la quiebra que supone en el ámbito del derecho fundamental a la protección de los datos personales de los extranjeros. En relación a este conjunto de personas se prevé una regulación especial sobre acceso a la información y colaboración entre Administraciones Públicas y un nuevo acceso a los datos del padrón municipal, que modifican el régimen general de cesión de datos previsto en la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD).

Efectivamente, el padrón municipal no es sino una base de datos⁴, específicamente regulada en los artículos 15 y siguientes de la LBRL (en la regulación dada por la Ley 4/1996, de 10 de enero) en la que están obligadas a inscribirse todas las personas residentes en un municipio. La finalidad del padrón municipal es triple: determinar la población del municipio; es el requisito para adquirir la condición de vecino y sirve para acreditar la residencia y el domicilio habitual (artículos 15 y 16.1 LBRL). Además de esa función propia del padrón municipal, la Ley de Régimen Electoral General (LOREG) prevé la elaboración del censo electoral a partir de los datos incluidos en el padrón (artículo 35), que sirven además para elaborar estadísticas oficiales, naturalmente sometidas al secreto estadístico, en los precisos términos de la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública.

La buena gestión del padrón municipal lo ha convertido, sin duda, en la base de datos más actualizada en la que se registra el domicilio de las personas residentes. Por ello y por la necesidad de acreditar el domicilio, para el ejercicio de derechos, solicitud de bienes y prestaciones y el cumplimiento de obligaciones, el padrón municipal se ha convertido en el fichero básico en todo tipo de relaciones administrativas.

El padrón municipal incluye además datos relativos a la edad, el género, la nacionalidad y el nivel académico, así como otra información necesaria para la elaboración del censo electoral. Debe subrayarse, no obstante, que la ley únicamente autoriza la cesión de datos del padrón a otras Administraciones Públicas sin el previo consentimiento del interesado, para asuntos en los que la residencia o el domicilio sean relevantes (artículo 16.3 LBRL).

³ ver, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 2003, VII Legislatura, núm. 284, en especial, página, 14905. Además, la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, se incluye una previsión sobre la inscripción de los extranjeros en el padrón municipal, estableciéndose que dicha inscripción no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros (artículo primero, de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, artículo 18.2).

⁴ Como indica Villaverde “el padrón es, al tiempo que un registro administrativo de vecinos, un fichero informatizado (“automatizado” en terminología de la LOPD) de sus datos personales”. En “Protección de datos personales y padrón municipal” Cuadernos Derecho Local, 1 febrero 2003.



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA

La propia LOPD prevé registros de población de las Administraciones Públicas, permitiéndoles solicitar al Instituto Nacional de Estadística los datos que consten en los padrones para la única finalidad de permitir las comunicaciones y notificaciones que deban realizar en el ejercicio de sus competencias. Fuera de estos concretos supuestos y de acuerdo con lo establecido en la LOPD, debe entenderse que está prohibida la cesión de otros datos a cualesquiera Administración Pública⁵. Pero además, esta posibilidad de solicitar información que consta en los padrones municipales solo abarca al nombre, domicilio, sexo, y fecha de nacimiento, pero no más datos, como por ejemplo la nacionalidad⁶.

1. El principio de finalidad: Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000 de 30 de noviembre.

A pesar de la redacción literal del artículo 18.4 de la CE, el Tribunal Constitucional ha deducido de dicho precepto la existencia de un derecho a la "autodeterminación informativa" o poder del sujeto a determinar qué información sobre su persona y circunstancias puede comunicarse a terceros, de alcance distinto al derecho fundamental a la intimidad del artículo 18.1 CE (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ6)⁷. Este nuevo derecho se define, como la facultad de disponer de los datos propios, tal y como se consideró en la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 15 de diciembre de 1983, en relación a la Ley del censo alemana⁸.

Esta diferencia que el Tribunal Constitucional establece entre dichos derechos fundamentales a la protección de datos y a la intimidad se basa en su función y contenido. El objeto de la protección de los datos de carácter personal es más amplio que el derecho a la intimidad ya que el derecho fundamental a la protección de datos "persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado" (FJ 6 STC 292/2000, de 30 de noviembre).

Ello comporta que la garantía de este derecho se extiende a ámbitos que no necesariamente pertenecen a la vida íntima o privada, sino que pueden ir más allá, con lo cual "se amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado" (FJ 6 STC 292/2000, de 30 de noviembre).

⁵ El artículo 21 de la LOPD establece una prohibición general de cesión de datos entre Administraciones, a no ser que medie el consentimiento informado del interesado o la cesión sea autorizada por una ley.

⁶ Ver VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. Op. cit. Pág. 90.

⁷ GARRIGA DOMINGUEZ, A.: *La protección de los datos personales en el Derecho español*. Dykinson, 1999.

⁸ Sentencia Tribunal Constitucional Federal Alemán 15 dic 1983 sobre la Ley del Censo. Boletín de Jurisprudencia Constitucional nº 33, enero 1984.



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

Entiende el Tribunal Constitucional que sería objeto de protección de este derecho cualquier dato personal, sin reducirse en este concepto solo los datos íntimos, sino cualquier dato personal cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, fundamentales o no, y que identifiquen o permitan identificar una persona. Así, esta protección también alcanza a los datos personales públicos, que por el mero hecho de serlos no escapan del poder de disposición del afectado.

La segunda distinción que considera el Tribunal Constitucional que diferencia el derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE) del derecho a la protección de datos (artículo 18.4 CE) es la relativa a su contenido. El derecho a la intimidad “impone a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido”. En cambio, el derecho a la protección de datos atribuye a su titular “un haz de facultades, consistentes en diversos poderes jurídicos que garantizan a la persona un poder de control sobre sus datos personales” (FJ 6, STC 292/2000). El primero protege la confidencialidad de la información, el segundo garantiza el buen uso de la información relativa a una persona.⁹

2. Contenido del derecho a la protección de datos: STC 292/2000.

El Tribunal Constitucional define el contenido del derecho a la protección de datos como “un poder de disposición y control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso” (FJ 7 STC 292/2000, de 30 de noviembre).

Y a continuación concreta en que consisten esos poderes de disposición y control sobre los datos personales, y los enumera como “la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles por un tercero, sea el Estado o un particular”. (FJ 7 STC 292/2000). Es decir, la pieza central del poder de disposición es efectivamente el consentimiento de su titular sobre todos los aspectos del tratamiento de sus datos personales.

Pero para el pleno ejercicio de ese poder de disposición, el Tribunal añade dos piezas clave más: “Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos” (FJ7 STC 292/2000, de 30 de noviembre).

⁹ Villaverde Menéndez, I. Op. Cit. pág. 94.



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA

Es decir, para el ejercicio efectivo del poder de disposición hace falta conocer, tener información adecuada sobre quien posee los datos y para que. Solo así se puede disponer, entre otras cuestiones, la oposición al tratamiento o bien otras determinaciones como la cancelación o la rectificación de los datos personales.

Como ha señalado Villaverde¹⁰, es la propia Sentencia la que aclara cuál es el contenido indisponible, incluso para el legislador orgánico, de este derecho fundamental, y así el Tribunal concluye el ya citado apartado 7 como sigue: “En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con que fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele” (FJ 7, STC 292/2000).

El contenido de este derecho a la protección de datos de carácter personal, se desglosa en una serie de derechos y obligaciones, como un acervo irrenunciable, para cualquier regulación de este derecho. Conformando el contenido mínimo de este derecho a la protección de datos una serie de principios que, en síntesis, consisten en: el principio de consentimiento (tanto para recabar como para ceder datos), el principio de información (derecho a conocer que datos del sujeto obran en que lugar, a cargo de quien, para que finalidad), el principio de control (derechos de rectificación, borrado y recursos para hacerlos efectivos), el principio de calidad y lealtad (correlativos a los anteriores, ya que los datos deben recabarse y tratarse lealmente y de forma proporcionada a la finalidad para la que se recogieron) y el principio de seguridad y confidencialidad (medidas de seguridad contra la destrucción accidental, pérdida, acceso o modificación no autorizados)¹¹.

Este conglomerado de principios, inspirado en el Convenio 108 del Consejo de Europa de 1981, desarrollado por el Derecho Comunitario (Directiva 95/46/CE) y por la propia LOPD en nuestro caso, tal como indica el Tribunal Constitucional, consiste en el mínimo irreducible para identificar el derecho a la protección de datos.

3. El principio de finalidad.

El Tribunal Constitucional ha considerado que el derecho a ser informado de quien posee los datos personales y con qué fin, son elementos característicos de la definición constitucional

¹⁰ Ver Villaverde Menéndez, I.; op. Cit..

¹¹ Ver RUIZ MIGUEL, C.: “El derecho a la protección de los datos personales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Un análisis crítico”. Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 14, enero-abril 2003.



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA

del derecho fundamental a la protección de datos. Es decir, ha destacado dentro del denominado principio de calidad y lealtad, el principio de finalidad que justifica y legitima la recogida de los datos de carácter personal¹².

Este pronunciamiento se realiza al igual que la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre la Ley del censo consideró a la finalidad del tratamiento como un elemento decisivo de este derecho a la protección de datos. Así, se indicaba que "Solo cuando reine la claridad sobre la finalidad con la cual se reclamen los datos y qué posibilidades de interconexión y de utilización existen se podrá contestar la interrogante sobre la licitud de las restricciones del derecho a la autodeterminación informativa". (II.2 de la Sentencia de 15 de diciembre de 1983).

Este principio comporta que los datos deben obtenerse y tratarse lealmente y de forma proporcionada a la finalidad para la cual se recogieron (artículo 5 Convenio 108 de 1981, artículo 6.1 de la Directiva 95/46/CE y artículo 4.1 y 2 de la LOPD).

Según este principio, los datos de carácter personal sólo se podrán recoger y someterlos a tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos, en relación con el ámbito y las finalidades, determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido.

De acuerdo con este principio debe existir una relación de proporcionalidad entre el dato personal obtenido o requerido para ser tratado y la finalidad que justifica o legitima su utilización¹³.

La LOPD establece criterios de adecuación, pertinencia y proporcionalidad de los datos y su íntima conexión con el ámbito y finalidades para las que se hayan recogido. Si esta conexión se rompe, los datos deberían cancelarse, por ello es esencial que la finalidad prevista cumpla las exigencias de ser determinada, explícita y legítima. Para ello, el momento de determinación de las finalidades, debe ser anterior al de la recogida¹⁴.

La finalidad legítima se constituye así en la pieza clave para determinar en cada caso los intereses en presencia. El nivel e intensidad de la captura de datos vendrá definida y determinada por esa finalidad¹⁵.

El principio de finalidad en la recogida, tratamiento y cesión de los datos, forma parte del contenido nuclear del derecho a la protección de datos establecido en la LOPD. Se incluye dentro del conjunto de preceptos sobre principios de la protección de datos (artículos 4 a 12 LOPD)

¹² Los principios generales de la calidad de datos tienen un alcance sobre muchos aspectos que se concretan en mandatos preceptivos como el artículo 6 de la Directiva 95/46/CE y el artículo 4 de la LOPD.

¹³ Ver Vizcaíno Calderón, M.: *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*. Civitas, 2001.

¹⁴ Vizcaíno Calderón, op. cit. Lo deduce del considerando 28 de la Directiva 95/46/CE.

¹⁵ Álvarez Cienfuegos, JM.: *La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática*. Aranzadi, 1999.



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA

entre los que se distingue el principio de “calidad de los datos” o más concretamente el “principio de finalidad”.

Tanto el Convenio 108 del Consejo de Europa de 1981, como la Directiva Comunitaria 95/46/CE, así como la Carta Europea de Derechos Fundamentales, contienen estos principios como forma de expresión del sistema protector y acogen este principio de finalidad como aspecto básico del derecho a la protección de datos personales (artículos 5 a 7 Convenio 108 del Consejo de Europa y artículo 6 y 7 de la Directiva 95/46/CE)¹⁶.

De acuerdo con este principio los datos solo pueden ser utilizados para la finalidad para la que fueron recogidos, siendo ilícito usarlos para una finalidad distinta. Así con este principio se puede averiguar y ponderar la pertinencia, veracidad y la duración máxima de los datos recabados. Los datos son pertinentes, exactos o completos con relación a una finalidad determinada.¹⁷

Relacionado con este principio aparece el relativo a la legitimación del tratamiento, de acuerdo con el cual solo es lícito el tratamiento de los datos si se da alguno de los supuestos establecidos en la norma. Básicamente estos supuestos son: existencia de consentimiento inequívoco del interesado; cuando se sea parte de una relación comercial; para la protección de un interés vital del interesado; o para el cumplimiento de una misión de interés público (artículo 7 de la Directiva 95/46/CE y artículo 6 de la LOPD).

De esta forma, un tratamiento de datos personales precisa de un doble test para saber de su adecuación a los principios citados. Los datos recabados deben ajustarse al principio de calidad y solo podrán ser tratados si además se cumple con algún supuesto que legitime su captura.

Para determinar la legitimidad del tratamiento de datos por parte del sector público se requiere que ello sea necesario para la ejecución de los cometidos de la autoridad pública responsable del fichero (artículo 7 e) Directiva 95/46/CE) y artículo 6.2 LOPD).

4. Tratamiento de los datos para finalidades distintas

Los requisitos legales sobre las finalidades, relativos a que sean determinadas, explícitas y legítimas (artículo 4.1 LOPD) se complementan además con una prohibición a utilizar los datos para finalidades “incompatibles” con aquellas para las que fueron recogidos los datos (artículo 4.2 LOPD). Efectivamente, la aplicación de los datos a la finalidad para la que fueron recabados constituye un principio esencial en la LOPD (artículo 4.1 y 2) pero que aún cobra más

¹⁶ Las Directrices OCDE de 1980 también denominan a este principio como “Principio de restricción del uso” que prohíbe que los datos recogidos sean divulgados, transferidos o utilizados para fines distintos de los especificados con motivo de la recogida, a menos que el interesado diera su consentimiento o existiera habilitación legal al respecto.

¹⁷ HEREDERO HIGUERAS, M.: *La Directiva Comunitaria de Protección de los Datos de Carácter Personal*. Aranzadi, 1997.



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

importancia si, los datos que se obtienen y luego se van a tratar, lo son sin el consentimiento de su titular.

La imposibilidad de utilizar los datos personales para finalidades incompatibles, a pesar de que plantea la duda de si se podrían utilizar para finalidades distintas pero no incompatibles, en definitiva se podría considerar como una consecuencia lógica de la exigencia de que exista una finalidad determinada previa. La recogida de datos para un tratamiento posterior que se base en una finalidad concreta y determinada, en principio, debería impedir el uso de estos mismos datos para otra finalidad distinta.

Así, el Tribunal Constitucional, al enjuiciar la propia LOPD consideró que de acuerdo con estos principios, “el apoderamiento legal que permita al Poder Público recoger, almacenar, tratar, usar y en su caso, ceder datos personales, solo está justificado si responde a la protección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos” (FJ 11 STC 292/2000).

Este razonamiento servía al Tribunal Constitucional para valorar la falta de adecuación constitucional de la previsión de la LOPD que incumplía la reserva de ley sobre cesión de datos. Aquel texto permitía que se pudiesen ceder datos personales entre Administraciones Públicas, para fines distintos de los que originaron su recogida, mediante simples normas reglamentarias y sin el consentimiento del interesado (redacción anterior del artículo 21.1 de la LOPD). En este caso el Tribunal Constitucional no solo reprocha el que se “haya frustrado la función de garantía propia de toda reserva de ley relativa a derechos fundamentales” por razones formales al faltar rango a la norma que permitía tal operación, sino que también cuestiona su constitucionalidad “al permitir que el derecho fundamental ceda ante intereses o bienes jurídicos de rango infraconstitucional en contra de lo dispuesto en la propia Constitución, que no lo prevé así” (FJ 11 de la STC 292/2000).

Es decir, que la LOPD al no fijar límites para la cesión de datos entre Administraciones Públicas para finalidades distintas, sin consentimiento del particular, estableciendo únicamente la identificación de la norma reglamentaria que lo podía hacer en su lugar, incurría en inconstitucionalidad. (FJ 14 STC 292/2000). Las limitaciones sobre la regulación del derecho fundamental no se restringen al aspecto formal relativo al rango de la norma, sino que se pronuncia también sobre otras exigencias de carácter material. Este razonamiento podría extenderse a cualquier legislador y no únicamente al poder reglamentario.

Así el Tribunal Constitucional recuerda que “la reserva de Ley prevista en el artículo 53.1 CE respecto a la regulación de los límites de un derecho fundamental no sólo excluye apoderamientos a favor de las normas reglamentarias como el que antes hemos enjuiciado, sino que también implica otras exigencias respecto al contenido de la Ley que establece tales límites” (FJ 15, de la STC 292/2000). Citando jurisprudencia al respecto, el Tribunal reitera que “la Constitución no impide al Estado proteger derechos o bienes jurídicos a costa del sacrificio de



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA

otros igualmente reconocidos y, por tanto, que el legislador pueda imponer limitaciones al contenido de los derechos fundamentales o a su ejercicio, también hemos precisado que, en tales supuestos, esas limitaciones han de estar justificadas en la protección de otros derechos o bienes constitucionales... y además, han de ser proporcionadas al fin perseguido con ellas." (FJ 15 STC 292/2000).

Este razonamiento, que utilizó el tribunal Constitucional para declarar no ajustado a la constitución la habilitación reglamentaria, también se podría aplicar al legislador que limite el contenido del derecho fundamental a la protección de datos. También en este caso, además de atender al requisito formal del rango de la disposición, se deberá justificar la limitación en otros derechos o bienes constitucionales y además de acuerdo con el principio de proporcionalidad. En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en la sentencia sobre la ley del censo, también consideró que las limitaciones al derecho fundamental a la protección de los datos debían reunir los siguientes presupuestos: tener un fundamento constitucional, cumplir el principio de proporcionalidad y adoptar precauciones organizativas y jurídico-procesales (apartado II.1.b de la Sentencia de 15 de diciembre de 1983).

Conclusiones

1. Distinta aplicación al padrón del principio de calidad de los datos

El padrón es un censo de población especial establecido por la LRBRL, que se elabora y mantiene por los Ayuntamientos y que además sirve para elaborar los censos del INE (Instituto Nacional de Estadística) y el censo electoral¹⁸, pero que se sujeta a lo establecido en la LOPD.

En cuanto a la calidad de los datos pesaba sobre el Ayuntamiento el deber de dar cumplimiento a la LOPD, mientras que la obligación del vecino era de carácter reglamentario¹⁹.

Con la modificación introducida por la Ley 14/2003, de 20 de noviembre, en este aspecto se dan dos grupos de datos en el padrón con regímenes de calidad diferentes según se refieran a extranjeros no comunitarios sin autorización de residencia permanente de una parte, o al resto de población. En el primer caso se establece la renovación periódica cada dos años de las inscripciones, y en caso de no realizarse, caducan las inscripciones. En cambio, para el resto de datos personales no se prevé ninguna modificación que altere el régimen general de calidad de los datos.

2. Acceso de la Dirección General de la Policía a las inscripciones de extranjeros en el padrón.

¹⁸ Ver Villaverde Menéndez, I.: op. cit. Pág. 91

¹⁹ Villaverde Menéndez, I. Op. cit. pág 95.



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA

La ley que se comenta, en la medida en que autoriza a la policía el acceso a los datos del padrón municipal, modifica, alterándola radicalmente, la finalidad para la que se recogieron los datos del padrón. Es justamente aquí donde se produce la vulneración, la quiebra de la regla general de exclusividad del tratamiento establecida en la LOPD. Este comentario también puede ser extensivo a la previsión genérica de acceso a la información y colaboración entre Administraciones Públicas para la cesión de datos de los extranjeros y concretamente para los supuestos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de Estadística.

En uno y otro caso se ha ampliado el alcance de la finalidad inicialmente establecida para legitimar la recogida, tratamiento y cesión de los datos, ya que se han previsto nuevas finalidades, sobre competencias distintas y sobre materias diferentes.

La modificación efectivamente proviene del legislador orgánico, con lo cual el requisito formal queda salvaguardado. Sin embargo, esta reforma afecta a un aspecto esencial del derecho a la protección de datos de carácter personal, como es el principio de finalidad. Con lo cual deberían concurrir los elementos de juicio citados por el Tribunal Constitucional consistentes en la presencia de otros derechos o bienes constitucionales que justifiquen la limitación, que ésta sea proporcional y, cautelarmente, se podrían adoptar medidas organizativas y jurídico-procesales que eviten el riesgo de vulneración del derecho.

Los datos de los padrones solo pueden ser cedidos a otras administraciones para fines compatibles con los que fueron recabados inicialmente (determinar el domicilio, o residencia habitual, la atribución de la condición de vecino, la determinación de la población). Como señala Villaverde, únicamente se pueden ceder los datos del padrón para el ejercicio de competencias idénticas o sobre materias similares a las ejercidas por el ayuntamiento, y exclusivamente para asuntos en los que la residencia o el domicilio sean datos relevantes. Fuera de estos casos la LOPD prohíbe cualquier cesión de datos que no se refiera a fines estadísticos o de elaboración del censo electoral.

Por lo tanto, esta nueva finalidad que se ha añadido al padrón, solo para un conjunto de datos relativos a extranjeros, permitiendo un acceso nuevo, supone una modificación esencial a la finalidad primera de dicha base de datos. Esta alteración del régimen jurídico general de la protección de datos del padrón, supone una excepción que debería resistir el juicio de proporcionalidad correspondiente.

Por otra parte, el recabar datos personales, sin consentimiento de su titular y con carácter obligatorio, requiere que el legislador determine la finalidad de la utilización de dichos datos con toda precisión en cuanto al ámbito y adecuación y necesidad para esa finalidad.

En el caso que comentamos de acceso de la Dirección General de la Policía a los datos de inscripción de los extranjeros en el padrón, se prevé para "la exclusiva finalidad del ejercicio de las competencias establecidas en la Ley orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

España y su integración social, sobre control y permanencia de extranjeros en España” (artículo tercero, apartado cinco de la Ley orgánica 14/2003).

Debe plantearse si esta mención cumple con el requerimiento de establecer con claridad y precisión el nuevo alcance de la utilización de los datos del padrón.

Otra cuestión que suscita la modificación consistente en autorizar el acceso a otras instancias y concretamente para el caso de la Dirección General de la Policía es la relativa a si esta nueva tarea administrativa para la que se van a usar los datos es compatible con las funciones que desarrolla la autoridad a la que se autoriza el acceso.

Esta transmisión de datos, una vez cumpla con los requisitos de legitimidad y proporcionalidad, debe cumplir también el requisito de estar excluida de toda sospecha de comportar una autoacusación por razón de la instancia que recaba los datos²⁰.

Debe tenerse en cuenta que la propia LOPD ya establece un régimen singular de las bases de datos creadas para fines policiales. Así se establece que *“la recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales,…”* (Artículo 22.2).

Por todo ello, los únicos supuestos en que sería posible el acceso de la policía a los datos del padrón serían los específicamente relacionados con el ejercicio de competencias administrativas distintas de las estrictamente policiales, es decir aquellas que tienen que ver con las actuaciones previstas en la ley orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, sobre control y permanencia de extranjeros en España. Pero estas funciones sobre derechos y libertades de los extranjeros, más allá de las de carácter policial, al coincidir en la misma instancia, hace más opaca para el titular de los datos el conocer efectivamente cual será el destino y el uso, es decir la finalidad, del acceso a sus datos personales.

En nuestro ordenamiento no es posible, por tanto, una interconexión generalizada de bases de datos públicas sin una previa autorización legal. La prohibición de interconectar bases de datos públicas para el ejercicio de las competencias de las Administraciones Públicas deriva de la regla general contenida en la propia LOPD que establece que *“los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para los que los datos hubieran sido recogidos”*. Es lo que se denomina el principio de finalidad del tratamiento o de exclusividad del tratamiento, que se materializa en una doble prohibición: por un lado que los datos sean utilizados para una finalidad distinta de aquella para la que

²⁰ Ver el fundamento jurídico II.2. a de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, de 15 de diciembre de 1983, sobre la ley del censo.



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA

hubieran sido recogidos y que se altere, sin consentimiento del ciudadano, la finalidad del uso de los datos²¹.

La cuestión de fondo que se plantea, más allá del control de los extranjeros, es si el ejercicio de competencias policiales o de cualesquiera otra competencia administrativa de control y de vigilancia de las personas justifica constitucionalmente la interconexión entre las bases de datos públicas y el acceso y la cesión entre las Administraciones de cualquier dato no recogido originariamente ni de manera principal para finalidades de vigilancia y control. Hay aquí una nueva y peligrosa concepción del derecho a la protección de datos y una nueva dimensión de la vigilancia que privilegia el poder del Estado de disponer de cualquier tipo de información personal y con independencia de la finalidad originaria para la que fue recogida. Como ha subrayado Stefano Rodotà, es necesario definir las condiciones para evitar que la sociedad de la vigilancia se resuelva en el control autoritario y en la discriminación²².

²¹ ver Ana Sánchez, Héctor Silveira y Mónica Navarro: *Tecnología, intimidad y sociedad democrática*, Icaria, Barcelona, pág. 47 y ss.

²² Stefano Rodotà, Prólogo a David Lyon,: *La società sorvegliata. Tecnologie di controllo della vita quotidiana*, Feltrinelli, Milano, 2002, pág. VIII.,



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA**

TRES.- PRECEPTOS REFERIDOS A LAS GARANTÍA JURÍDICAS EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Artículo Primero Apartado 39, que introduce una nueva disposición adicional cuarta en 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.

[La fundamentación de este apartado se ha elaborado con las aportaciones de los miembros de la Subcomisión de Extranjería del CGAE, y los trabajos del profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona, D. Vicenç Aguado i Cudoli, que se publicará íntegramente en el nº 5 de la Revista de Derecho Migratorio y Extranjería (REDMEX, LexNova) y del profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada, D. Estanislao Arana García].

I.- LAS CAUSAS DE INADMISIBILIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE EXTRANJERÍA: LOS PROBLEMAS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA DE LA LEY ORGÁNICA 14/2003, DE 20 DE NOVIEMBRE

Entre las novedades que introduce esta Ley una de las más relevantes por su importante trascendencia práctica es la que afecta a los procedimientos administrativos y, en concreto, al tema de la ampliación de las causas en base a las cuales la Administración puede declarar la inadmisión de las solicitudes presentadas en los procedimientos administrativos de extranjería. Ello se lleva a cabo bajo la justificación de proceder a una mejora de los procedimientos administrativos a través de la adopción de medidas de simplificación, tal y como pone de relieve el mismo Preámbulo de la Ley Orgánica 14/2003:

“Finalmente, las nuevas disposiciones adicionales que se incorporan a la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, van dirigidas, por un lado, a introducir instrumentos para mejorar la gestión de los procedimientos de extranjería con el objeto de ordenar adecuadamente, los flujos migratorios y evitar el uso fraudulento de aquéllos.”

Cabe señalar, sin embargo, que difícilmente pueden justificarse estas especialidades en meras razones de mejora de la gestión y de simplificación de procedimientos cuando, en realidad, lo que se procede es a evitar la aplicación de las garantías que con carácter general regula la legislación de procedimiento administrativo común.

La simplificación no debe suponer necesariamente la mera reducción de las propias funciones administrativas, sino la eliminación de aquellas actuaciones innecesarias que ralentizan el funcionar cotidiano de las Administraciones públicas. Así, se ha señalado que “la simplificación desemboca inevitablemente en la reducción o la supresión de la reglamentación gubernamental, cuando dicha



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

reglamentación deja de ser necesaria o sus objetivos pueden alcanzarse con mayor efectividad por medio de mecanismos alternativos”²³. Se trata, en definitiva de racionalizar la actuación administrativa para prestar el adecuado servicio a los intereses generales y al mismo tiempo garantizar la posición jurídica de los ciudadanos que resultan afectados. En esta línea se ha advertido que “el objetivo de la simplificación administrativa no debe menoscabar las libertades, poner en peligro la existencia de organismos consultivos creados para contribuir a la democracia dentro de la vida económica o conducir a una disminución de la seguridad jurídica de los administrados”²⁴. En este sentido, la Disposición Adicional Primera de la Ley 4/1999, de modificación de la LRJPAC, señala al regular la simplificación de procedimientos dispone que: “En ningún caso, las especialidades de los distintos procedimientos podrán suponer una disminución o limitación de las garantías consagradas en esta Ley”. En este contexto, P. AGUELO NAVARRO²⁵ ha advertido claramente que:

“En realidad, no parece que los trámites administrativos vayan a agilizarse como sería deseable. Por el contrario mucho nos tememos que la obsesiva preocupación que sobresale en todo el texto del Anteproyecto por el que se denomina «inmigración ilegal» provoque unas prácticas administrativas poco acordes con la deseada finalidad. El control policial, la regulación de la extranjería como régimen expreso de sujeción especial administrativa no anuncia una pacífica y aligerada gestión administrativa”.

Por tanto, si bien siempre es aconsejable que el legislador tienda a conseguir la simplificación procedimental y la eliminación de trámites, cuestión bien distinta es que se proceda a realizar a costa de los derechos y garantías, ello más todavía cuando ello se realiza en base al criterio de la mera situación administrativa de la persona que en este caso tiene nacionalidad extranjera. En el caso que aquí tratamos la inadmisibilidad supone que la Administración ni tan siquiera se digna a valorar la solicitud excluyendo cualquier tramitación del procedimiento administrativo. Tal situación puede comportar una posible vulneración del derecho a la tutela judicial que proclama el art. 24.1 de la CE., así como supone eliminar el tratamiento común ante las Administraciones públicas que han de garantizarse al administrado de acuerdo con los arts. 105.c) y 149.1.18 de la CE.

Para comprobar si ello es realmente así, en este trabajo se procederá en primer lugar a examinar la jurisprudencia constitucional sobre las causas de inadmisibilidad, en segundo lugar se procederá a ver cuales son las garantías comunes que se garantizan al ciudadano, en tercer lugar se analizarán las causas de inadmisibilidad que introduce la Ley Orgánica 14/2002, de 20 de noviembre, en cuarto lugar se comparará con las especialidades que sobre admisión de

²³ Vid. el Informe del Grupo de expertos independientes sobre la simplificación legislativa y administrativa. Resumen y propuestas en DOCE COM(95) 288 final, pp. 2-3.

²⁴ Vid. la Recomendación del Consejo de 28 de mayo de 1990, relativa a la aplicación de una política de simplificación administrativa en los Estados miembros (DOCE serie L 141, 1990, de 2 de junio de 1990).

²⁵ Vid. de este autor: “Comentarios de urgencia acerca del Anteproyecto modificación 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” publicado en la página web del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, en la siguiente dirección electrónica: http://www.extranjeria.info/publico/temas/Reforma-anual-loex/opinion/comentarios_web.pdf



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA

solicitudes regulan los procedimientos para la concesión de asilo y, finalmente, se formularán unas conclusiones generales sobre si pueden o no considerarse constitucionales las nuevas causas de inadmisibilidad que introduce esta nueva reforma.

LAS CAUSAS DE INADMISIBILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

1.- Breve panorámica general sobre la incidencia del derecho a la tutela judicial efectiva en las causas de inadmisibilidad

El Tribunal Constitucional ha tenido la ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre las causas de inadmisibilidad en relación al proceso contencioso-administrativo a través fundamentalmente de recursos de amparo en que se invocaba la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva²⁶. La jurisprudencia del Alto Intérprete de la Constitución ha venido distinguiendo entre los dos primeros apartados del art. 24 señalando que el primero no es un derecho de libertad ejercitable sin más y directamente a partir de la CE sino que se trata de un derecho de configuración legal, si bien el legislador debe respetar su contenido esencial (STC 68/1983, de 26 de julio). Respecto a este primer apartado del art. 24 el Tribunal Constitucional ha venido señalando que comprende, entre otros, el derecho de acceso a la justicia, el derecho a la doble instancia en materia penal, la exigencia de motivación de las sentencias, el derecho a su ejecución, el principio *pro actione* o de interpretación más favorable para la efectividad del derecho, la necesidad que el Juez examine *ex officio* los requisitos procesales de orden público, la interpretación de la legitimación para recurrir en vía contenciosa. De entre todos ellos el que nos más nos interesa en este trabajo es el del acceso a la jurisdicción.

En efecto, el derecho del acceso a la jurisdicción como parte del derecho a la tutela judicial efectiva comprende no sólo el derecho a ejercitar una acción sino sobre todo el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho. Si bien este derecho se satisface, por regla general, con una sentencia que se pronuncie sobre el fondo del asunto, ello no excluye que sean constitucionalmente admisibles las resoluciones meramente procesales como las de inadmisión (STC 11/1982, de 29 de marzo). Ahora bien, para que éstas últimas resoluciones sean compatibles con la Norma Fundamental resulta necesario que sea adoptada de acuerdo con el principio *pro actione*, teniendo en cualquier caso presente la *ratio* de la norma y un criterio de proporcionalidad entre el defecto advertido y la sanción que se aplica. Ello de tal forma, que el no pronunciamiento sobre el fondo del asunto no puede basarse en meros formalismos o en entendimientos no razonables de las normas procesales.

²⁶ Sobre este tema deben destacarse, entre otras, las siguientes obras: M. R. ALONSO IBÁÑEZ: *Las causas de inadmisibilidad en el proceso contencioso-administrativo*, Ed. Civitas y Alsa, Madrid, 1996; R. FERNÁNDEZ MONTALVO: "Causas de inadmisibilidad en el proceso contencioso-administrativo" en J. J. RAPOSO ARCEO; J. M. GÓMEZ Y DÍAZ DE CASTROVERDE (Eds.): *Jornadas sobre el proceso contencioso-administrativo*, A Coruña, 2 y 3 de diciembre de 1993, Santiago de Compostela, 1994.



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA

También debe tenerse en cuenta que el derecho de acceso a la jurisdicción no se satisface solamente con una resolución que se limite a declarar la existencia de una causa de inadmisibilidad, sino que dicha resolución debe ser debidamente motivada. Por tanto, cuando se señala que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a las resoluciones motivadas, no solamente se está refiriendo a aquellas que se pronuncian sobre el fondo del asunto, sino a todo tipo de resoluciones incluidas, por tanto, las que se limitan a declarar la inadmisibilidad. En caso que la resolución no se razone o justifique jurídicamente la causa de inadmisibilidad se estaría en un supuesto de incongruencia omisiva que resultaría contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

El derecho de acceso a la jurisdicción con relación a las causas de inadmisibilidad vincula tanto al legislador en su establecimiento como al juzgador en el momento de su aplicación. Por lo que se refiere al establecimiento por el legislador de nuevas causas de inadmisibilidad el derecho fundamental exige: a) que no resulte desproporcionada a la finalidad de garantizar la integridad objetiva del proceso y de los derechos procesales de las partes que intervienen; b) que deberá obedecer a finalidades razonables de protección de bienes o intereses constitucionalmente protegidos; c) que deberá guardar la proporcionalidad con la carga de diligencia exigible a los justiciables.

Por tanto, de acuerdo con lo que dispone reiteradamente la jurisprudencia constitucional, el legislador no posee una facultad omnímoda de configurar a su libre elección las posibles causas de inadmisibilidad sino debe realizarlo dentro de unos límites bien concretos como los que hemos señalado anteriormente.

2.- La aplicación en determinados casos del derecho a la tutela judicial efectiva a los procedimientos administrativos

El derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24 de la Constitución tiene, como su propio nombre indica, su ámbito normal de aplicación en los procesos judiciales. En este sentido una constante jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo ha venido excluyendo una extensión sin más al ámbito del procedimiento administrativo, a excepción del caso singular de las sanciones administrativas debido a su consideración como una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado.

No obstante, existe también una constante jurisprudencia que viene reconociendo que puede aceptarse que ha habido una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva desde el plano del procedimiento administrativo “en el caso de que la índole de la actuación administrativa sea tal que llegue a producir un resultado que cierre el paso a la ulterior intervención revisora de la jurisdicción o no permita la revisión del acto” [STS de 1 de febrero de 1993 (RJ 1993, 1329) y STS de 17 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 308)]. En estos casos, se produce no solamente una vulneración de la tutela judicial efectiva sino que se ocasiona una situación de indefensión proscrita por el propio art. 24.1 de la CE, según han



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA**

manifestado las STS de 2 de abril de 1993 (RJ 1993, 2756), 15 de junio de 1993 (RJ 1993, 4597), 14 de abril de 1997 (RJ 1997, 3309) y 21 de abril de 1997 (RJ 1997, 3008).

Nótese bien que se está refiriendo no sólo a las actuaciones administrativas que impiden el acceso al proceso, sino también a aquellas que impiden una intervención revisora de la Administración o no permitan la revisión del acto. En este sentido, una actuación administrativa en el que concurren importantes elementos de discrecionalidad como sucede en el ámbito de la extranjería que no se pronuncia sobre el fondo del asunto impide al juez o tribunal pronunciarse sobre esta actuación y le impide un efectivo control de la discrecionalidad administrativa. Este tipo de actuación en cuanto impide un pleno control de la legalidad de la actuación administrativa supone también una vulneración del art. 106.1 de la CE. En este sentido se ha pronunciado la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 21 julio 2000 (RJ 2000\7096) en relación con la no admisión a trámite de un recurso administrativo dirigido contra liquidación de cuotas de la Seguridad Social cuando no concurre garantía de aval bancario suficiente. Por su interés parece conveniente reproducir los términos en que esta se pronuncia:

“Si bien el ámbito de la tutela judicial efectiva como derecho fundamental no se extiende al procedimiento administrativo, sin que le afecten las deficiencias o irregularidades achacables a las Administraciones públicas y siendo indiferente la valoración que pueda merecer dicha actuación administrativa al respecto, como han reconocido los Autos del Tribunal Constitucional 577/1988 y 310/1995, así como la doctrina contenida en la sentencia 65/1994, no es menos cierto que el pleno sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho y la función jurisdiccional de control de dicha actuación (artículos 103.1 y 106.1 de la CE), así como la efectividad de los postulados básicos que se predicán del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1) impiden la subsistencia de comportamientos de la Administración que puedan quedar inmunes al control judicial, como reconoció el fundamento jurídico cuarto de la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 294/1994, por lo que se impone la necesidad de proceder a una interpretación del artículo 24.1 de la Constitución en el sentido más claramente favorable al ejercicio de la acción. El examen jurisprudencial precedente permite constatar que si se reconociera la legalidad del precepto cuestionado, se vulneraría el derecho de acceso a la jurisdicción y se realizaría una interpretación que sería no acorde con el principio general favorable al examen del fondo de la pretensión y con el que informa toda aplicación de los postulados constitucionales del artículo 24.1 de la Constitución”.

Por tanto, si bien el derecho a la tutela judicial efectiva no se extiende sin más al procedimiento administrativo, si que podemos encontrar algunas actuaciones que se suceden en este procedimiento que puede comportar una vulneración de este derecho fundamental en cuanto condicionan gravemente o excluyen el control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa (arts. 24 y 106.1 de la CE).



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

3.- Los extranjeros como titulares del derecho a la tutela judicial efectiva

De acuerdo con el art. 24 de la CE, "todas las personas" son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva. Por tanto, de una interpretación literal del precepto puede inferirse que los ciudadanos extranjeros son titulares de este derecho fundamental en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles. Ahora bien, esta afirmación no sólo se justifica en la mera dicción literal del precepto, sino también de una interpretación sistemática de acuerdo con el art. 10.2 de la CE. En este sentido cabe citar el art. 10 de la Declaración universal de derechos humanos, el art. 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 y el art. 14.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966. En todos estos textos jurídicos internacionales se advierte que el derecho equivalente al que nuestra Constitución denomina tutela judicial efectiva es reconocido a "toda persona" o a "todas las personas", sin atención a su nacionalidad.

La jurisprudencia constitucional ha venido considerando que la condición de extranjero es un elemento irrelevante con relación con la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva. Así lo puso de relieve la STC 99/1985, de 30 de septiembre, tesis que fue confirmada por la STC 115/1987, de 7 de julio, y que recientemente ha sido recordada por la STC 95/2003, de 22 mayo (inconstitucionalidad Ley 1/1996, de 10 enero, de Asistencia Jurídica Gratuita).

La tutela judicial efectiva estaría, según el Alto Interprete Constitucional, dentro de aquella categoría de derechos fundamentales "que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano" o, dicho de otro modo, con "aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español". Por tanto, no sería posible en este caso ni la atemperación o modulación de estos derechos por el legislador, tal y como puede suceder en relación con otras categorías de derechos fundamentales de acuerdo con el art. 13 de la CE.

Por todo ello, cabe concluir que el derecho a la tutela judicial efectiva es de plena aplicación a los extranjeros, tal y como nos recuerda el propio art. 20.1 de la LODYLE, dentro del capítulo que lleva por rúbrica "Garantías jurídicas"²⁷. Ello comporta que las anteriores

²⁷ Pese a la existencia de una clara y consolidada jurisprudencia constitucional, durante el debate parlamentario de la LO 4/2000 se quiso restringir la titularidad de este derecho fundamental. En efecto, entre las enmiendas que formuló en aquel entonces el Grupo Parlamentario Popular presentó en el Senado encontramos la núm. 29 de adición para añadir las palabras "que se hallen en España" tras "Los extranjeros". La justificación de tal enmienda era "Reconocer el derecho a la tutela judicial efectiva para los extranjeros que se encuentren en España". Dicha enmienda al limitar tal derecho a los extranjeros que se encontraran en territorio español fue objeto de fuerte crítica por otros grupos parlamentarios. La aprobación del texto inicial del Congreso como LO 4/2000 y por tanto el rechazo de dicha enmienda pospuso el debate hasta que éste se volvió a reintroducir con el borrador de LO 8/2000. Las fuertes críticas que formularon tanto diversas organizaciones como altos órganos consultivos (el Consejo de Estado y el Consejo General del Poder Judicial) por la clara y manifiesta inconstitucionalidad de esta propuesta hizo que finalmente no se aprobara. En esta línea crítica cabe destacar la intervención parlamentaria del Sr. CASTELLANO CARDALLIAGUET: "Y sobre todo, por favor, porque la Constitución también lo proclama, no pueden ustedes decir que la tutela judicial de cualquier persona, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, puede depender de estar o no estar aquí. La tutela judicial es un derecho conquistado por los países civilizados y es uno de los requisitos fundamentales para medir un Estado democrático". Vid. *BOCG-Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, VI Legislatura, 22 de diciembre de 1999.



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA

consideraciones que la jurisprudencia constitucional ha venido derivando del derecho al acceso a la jurisdicción en torno a las causas de inadmisibilidad, que hemos examinado anteriormente, son de plena aplicación a los procedimientos administrativos de extranjería, tal y como veremos a continuación

LAS CAUSAS DE INADMISIBILIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

1.- La regulación general de las causas de inadmisibilidad en los procedimientos administrativos

La regulación general de las causas de inadmisibilidad del procedimiento administrativo podremos encontrarla en el art. 89 de la LRJPAC cuando establece que:

“En ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso, aunque podrá resolver la inadmisión de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el Ordenamiento Jurídico o manifiestamente carentes de fundamento, sin perjuicio del derecho de petición previsto en el art. 29 de la Constitución”.

Esta regulación se establece como una excepción a la regla del *non liquet* que viene a predicarse de los procedimientos administrativos. Cabe señalar, sin embargo, que esta regulación es parcial por cuanto no alude a causas importantes como la extemporaneidad, la falta de competencia, la falta de legitimación del solicitante, el tratarse de actividad no susceptible de impugnación, sino que únicamente contempla esencialmente las solicitudes manifiestamente carentes de fundamento o relativas a derechos no previstos por el Ordenamiento Jurídico.

No obstante, es pacíficamente admitida la posibilidad que la Administración declare la inadmisibilidad en base a las mismas. A falta de una previsión legal expresa de estas causas, puede pensarse en una aplicación analógica al procedimiento administrativo de las causas de inadmisibilidad previstas en el art. 51 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Cabe señalar que, en cualquier caso, destacados autores así como una constante jurisprudencia señala que en el procedimiento administrativo rige el principio denominado *in dubio pro actione*. En este sentido, debe entenderse por ejemplo la necesidad de dar un plazo de quince días para la subsanación de las solicitudes que no cumplan los requisitos establecidos en el art. 70 de la LRJPAC.

Por su parte, en vía de recurso administrativo el art. 113.1 de la LRJPAC establece que la resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas en



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

el mismo o declarará su inadmisión. Pese a este reconocimiento de la posibilidad de declarar la inadmisión tampoco se tipifican claramente unas causas de inadmisibilidad respecto a la interposición de recursos administrativos, por ello serán de aplicación las mismas consideraciones que realizábamos anteriormente.

2.- Las garantías comunes de los administrados ante las Administraciones públicas y los procedimientos especiales

Al regular el derecho a la tutela judicial efectiva, el art. 20 de la LODYLE hace en el segundo apartado de este precepto unas referencias a las garantías generales del procedimiento administrativo:

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.

Esta salvedad del art. 27 se refiere concretamente al régimen de visados que vino a recogerse específicamente en la Disposición adicional undécima de la LRJPAC que introdujo la Ley 4/1999, según la cual los procedimientos instados ante las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares por ciudadanos extranjeros no comunitarios se regirán por su normativa específica, que se adecuará a los compromisos internacionales asumidos por España y, en materia de visados, a los Convenios de Schengen y disposiciones que las desarrollen, aplicándose supletoriamente la presente ley

Cabe advertir que la reforma realizada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, ha añadido una nueva Disposición adicional decimonovena a la LRJPAC, bajo la rúbrica "Procedimientos administrativos regulados en 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" en los siguientes términos:

"Los procedimientos regulados en 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, se regirán por su normativa específica, aplicándose supletoriamente la presente ley."

Ante esta regulación legal, cabe advertir que el procedimiento administrativo es una institución constitucionalmente relevante, tal y como se desprende de los arts. 105.c) y 149.1.18 de la CE. De acuerdo con el primero de estos preceptos se establece una reserva de ley para la regulación del procedimiento administrativo advirtiendo de la importancia del trámite de audiencia que deberá garantizarse cuando proceda. Por lo que se refiere al segundo de estos



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

preceptos se trata fundamentalmente de un título competencial: las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. El art. 149.1.18 al establecer este título competencial señala “que en todo caso garantizarán a los administrados un tratamiento común ante las Administraciones públicas”. Este inciso comporta que no se trate exclusivamente de un título competencial sino también de un mandato al legislador de asegurar un tratamiento común o unas garantías comunes que no pueden eludirse.

Nótese bien que el constituyente utiliza en el art. 149.1.18 la noción de “administrado” y no la de “ciudadano” o la de “español”. Como es sabido la noción de “administrado” ha venido utilizándose tradicionalmente como alternativa a la de ciudadano para evitar la exclusión de los extranjeros y proclamar el carácter territorial de las potestades administrativas sobre las personas que se encuentran en su territorio²⁸.

La jurisprudencia constitucional ha venido señalando que no cabe identificar procedimiento administrativo general con procedimiento administrativo común y que, por tanto, es posible la existencia de procedimientos administrativos especiales que tengan por tanto el carácter de común.

Por tanto, si bien resulta perfectamente claro la existencia de especialidades en los procedimientos administrativos basados bien en la propia materia o ámbito de que se trata o bien en aspectos relativos a la organización administrativa, mucho más discutible es que tales especialidades justifiquen una quiebra del tratamiento común de los administrados ante las Administraciones públicas, finalidad con la que el Constituyente ha vinculado al Legislador al regular el procedimiento administrativo, tal y como se infiere de una lectura conjunta de los arts. 105.c) y 149.1.18 de la CE.

Así, por ejemplo, la existencia de una organización específica como la Administración General del Estado en el Exterior (Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares) puede obviamente comportar la existencia de especialidades en el procedimiento. También es perfectamente falible la existencia de especialidades en razón del ámbito material de que se trate, como puede ser el de la extranjería y la inmigración. De esta forma pueden producirse especialidades como la realización de trámites específicos, la duración de los plazos de tramitación, los órganos competentes para resolver o el régimen de recursos, entre otros.

Ahora bien, una cosa es la especialidad y la otra bien distinta es la ablación, eliminación o reducción de garantías comunes de los administrados en base a la mera situación administrativa de la persona, llegando incluso como veremos más adelante a privar a jueces y tribunales de un efectivo control sobre la legalidad de la actuación administrativa.

²⁸ En este sentido, R. ENTRENA CUESTA para evitar la exclusión de los extranjeros considera “dada su vieja raigambre” cabe seguir hablando de “administrado”, si bien “con plena consciencia del papel que le corresponde en el ámbito del Estado social de Derecho” ²⁸ Vid. R. ENTRENA CUESTA: *Curso de Derecho administrativo I/1*, 13ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1999.



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

3.- Un precedente significativo: las causas de inadmisibilidad en los procedimientos administrativos de asilo

Un precedente importante que debe tenerse en cuenta en relación a los ciudadanos extranjeros es el relativo a los procedimientos administrativos en materia de asilo donde, mediante la Ley 9/1994, de 19 de mayo, se establecieron unas causas específicas de inadmisión a efectos de evitar que se produjera una utilización fraudulenta de estos procedimientos.

Como es sabido, los supuestos de asilo hacen referencia a aquellos ciudadanos extranjeros que debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

El legislador español al regular el asilo ha establecido una lista cerrada y tasada de causas de inadmisión en las que la Administración no está investida de potestades discrecionales, sino que utiliza conceptos jurídicos indeterminados que pueden ser objeto de control por los tribunales de justicia. A ello se añade que la Administración está obligada a motivar la inadmisión a trámite en una resolución individualizada. Así, "el entrecruzamiento de estas técnicas de garantía asegura al extranjero que pide asilo una protección ajustada a Derecho (el contenido del acto es *previsible* para el solicitante) y la objetivación del correspondiente control judicial (el acto administrativo es *mensurable* para los Tribunales)²⁹. Además, se prevé que la falta de notificación de la inadmisión a trámite en el plazo de cuatro días provoca efectos favorables para la tramitación del procedimiento administrativo.

La utilización fraudulenta de estas solicitudes se realiza a fin de conseguir las ventajas que supone el régimen de asilado. Piénsese que la LODYLE excepciona de los requisitos de entrada en territorio español (art. 25.3) a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España. De esta forma, la resolución favorable sobre la petición de asilo en España supondrá el reconocimiento de la condición de refugiado del solicitante, el cual tendrá derecho a residir en España y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles de conformidad con lo dispuesto en la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, y su normativa de desarrollo. Dicha condición supondrá su no devolución ni expulsión en los términos del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951.

²⁹ Sobre el tema vid. el estudio de D.V. BLANQUER CRIADO: *Asilo político en España: garantías del extranjero*, Ed. Civitas y Ministerio del Interior, Madrid, 1997, p. 187.



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

4.- Las causas de inadmisibilidad en los procedimientos administrativos en materia de extranjería según la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre

La reforma de la LODYLE mediante la LO 14/2003, de 20 de noviembre, añade una Disposición adicional cuarta, bajo la rúbrica "Inadmisión a trámite de solicitudes", con el siguiente contenido:

"La autoridad competente para resolver inadmitirá a trámite las solicitudes relativas a los procedimientos regulados en esta Ley, en los siguientes supuestos:

1. Falta de legitimación del solicitante, o insuficiente acreditación de la representación.
2. Presentación de la solicitud fuera del plazo legalmente establecido.
3. Cuando se trate de reiteración de una solicitud ya denegada, siempre que las circunstancias que motivaron la denegación no hayan variado.
4. Cuando conste un procedimiento administrativo sancionador contra el solicitante en el que pueda proponerse la expulsión o cuando se haya decretado en contra del mismo una orden de expulsión, judicial o administrativa.
5. Cuando el solicitante tenga prohibida su entrada en España.
6. Cuando se trate de solicitudes manifiestamente carentes de fundamento.
7. Cuando se refieran a extranjeros que se encontrasen en España en situación irregular, salvo que pueda encontrarse en uno de los supuestos del artículo 31, apartado 3.
8. Cuando dicha solicitud no sea realizada personalmente y dicha circunstancia sea exigida por Ley."

Los supuestos previstos en los apartados 1, 2, 3 y 6 pueden considerarse como un recordatorio de las causas que habitualmente se utilizan con carácter general en los procedimientos administrativos, según se ha expuesto anteriormente. Las novedades realmente significativas vienen dadas por los supuestos 4, 5, 7 y 8 referidos a la existencia de una orden de expulsión o que ésta se esté tramitando, la mera situación de irregularidad y en el caso en que no se haya comparecido personalmente cuando ello sea exigido por la Ley.

Los supuestos 4, 5 y 7 tienen en común el hecho que toman como referencia fundamental la situación administrativa del extranjero. Podría pensarse que todos estos casos se podrían haber reconducido al supuesto de la irregularidad. La razón fundamental para que ello no se haga reside, precisamente, a que en el apartado 7 se realiza una excepción, la de los procedimientos del art. 31.3 de la LODYLE. En efecto, la Administración no podrá declarar la inadmisibilidad aunque se trate de un extranjero en situación de irregularidad en el procedimiento administrativo de una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. Esta excepción no es aplicable, en cambio, cuando haya una expulsión en coherencia con lo dispuesto en el art. 57.4 de la LODYLE, según el cual:



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

“La expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado.”

La consideración de la mera situación subjetiva de irregularidad como causa de inadmisibilidad del procedimiento administrativo de extranjería comporta una vulneración clara del derecho a la tutela judicial efectiva que, como se ha visto anteriormente, no distingue entre ciudadanos españoles y ciudadanos extranjeros. Por tanto, constitucionalmente no bastaría la mera situación de irregularidad para inadmitir la solicitud sino que deberían concurrir además una serie de circunstancias previstas legalmente que fueran proporcionadas y se basaran en finalidades razonables de protección de bienes o intereses constitucionalmente protegidos.

Por lo que se refiere al supuesto relativo a la orden de expulsión, la causa de inadmisibilidad afecta tanto a aquel caso en que se está tramitando el procedimiento administrativo sancionador como a aquel otro en que ya se ha dictado la correspondiente orden de expulsión. En el caso que no se haya todavía una resolución sancionadora además de la vulneración del derecho de acceso a la jurisdicción se estaría infringiendo el derecho a la presunción de inocencia que como garantía procesal recoge el art. 24.2 de la CE.

Tratándose del ámbito sancionador de la Administración pública, no puede dudarse de ninguna forma de la aplicación al mismo de los derechos y garantías procesales del art. 24 de la Constitución, según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia del Alto Intérprete de la Constitución desde la STC 18/1981, de 8 de junio. Especialmente, cabe traer a colación el derecho a la presunción de inocencia que “no puede suscitar ninguna duda que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el procedimiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas”, tal y como se ha pronunciado entre otras la STC 76/1990, de 26 de abril. Este derecho a la presunción de inocencia comporta que el inculpado debe considerarse como inocente mientras no haya un pronunciamiento firme en el que se declare su culpabilidad. Ello cuestionaría muy seriamente la inadmisibilidad de solicitudes cuando hay todavía no hay una decisión que resuelva el procedimiento sancionador. Por tanto, la mera concurrencia de un procedimiento sancionador no puede servir de base para considerar culpable en otro procedimiento administrativo al inculpado ya que de otra forma estaríamos ante una clara infracción del derecho a la presunción de inocencia. Se podría alegar en contra de esta argumentación que el procedimiento administrativo sobre el que se produce la inadmisión de la solicitud no es estrictamente sancionador aunque tome en consideración la existencia de un procedimiento administrativo sancionador existente. Cabe señalar, sin embargo, que la jurisprudencia viene reconociendo la aplicación de las garantías previstas en el art. 24.2 de la CE a procedimientos que si bien no son estrictamente sancionadores tienen una estrecha vinculación con los mismos³⁰. En el caso que

³⁰ Sobre este extremo puede consultarse el excelente trabajo de D. MOYA MALAPEIRA: “El régimen de extranjería en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo” en *Justicia administrativa* 8, julio 2000, en especial pp. 279-280.



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

tratamos la inadmisión de la solicitud depende directamente de su consideración como inculpado en un procedimiento sancionador.

La existencia de una orden de expulsión, que en principio puede considerarse ejecutiva al agotar la vía administrativa, no obsta a que la misma sea objeto de recurso administrativo. En este punto, una posible solución sería la admisión de la solicitud como presentada en plazo y la suspensión del procedimiento mientras se resuelve el recurso.

La causa de inadmisibilidad prevista en el supuesto 8 (el no presentar personalmente la solicitud) no se refiere, en cambio, a la situación administrativa del extranjero, sino al incumplimiento de una carga que le impone la nueva Disposición adicional tercera que también ha introducido la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. Se trata de examinar en el presente caso si la causa prevista legalmente puede ser proporcionada a la consecuencia jurídica que se impone que es la inadmisibilidad y si se base en valores o bienes constitucionalmente relevantes.

La exigencia de que la solicitud se realice personalmente se fundamenta, de acuerdo con el Preámbulo de la Ley Orgánica 14/2003, en las siguientes razones:

Finalmente, las nuevas disposiciones adicionales que se incorporan a la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, van dirigidas, por un lado, a introducir instrumentos para mejorar la gestión de los procedimientos de extranjería con el objeto de ordenar adecuadamente, los flujos migratorios y evitar el uso fraudulento de aquéllos.

Para ello, se incorpora, con carácter general, la personación del interesado en la presentación de solicitudes relativas a las autorizaciones de residencia y de trabajo, que deberán realizarse en los registros de los órganos competentes para su conocimiento.

Por tanto, la razón esgrimida por el Legislador es por un lado mejorar la gestión de los procedimientos y por otro evitar posibles usos fraudulentos. A tenor de lo que dispone la jurisprudencia constitucional no parece suficiente y proporcionado la mera invocación de la mejora del procedimiento administrativo para prever la inadmisibilidad. Se trata de garantizar fines constitucionalmente legítimos y protegibles como la seguridad jurídica, la celeridad procesal o los propios intereses de la parte contraria, pero entre los que no se incluyen las situaciones de privilegio de la Administración. Con relación a los posibles usos fraudulentos cabe señalar que la exigencia de comparecencia personal en la mera presentación de la solicitud no parece que altere o excluya de forma esencial tal la posibilidad.

La Disposición adicional tercera de la LODYLE (que ha introducido la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre) prevé la obligación de comparecencia personal del sujeto legitimado (que puede ser tanto del extranjero como del empleador) distinguiendo si se encuentra en territorio español o bien en el extranjero. En el primer caso habrá de efectuarse



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

en los registros de los órganos competentes para su tramitación y en el segundo ante la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación aquél resida posibilitándose excepcionalmente en este último caso la presentación por representante cuando se acrediten razones que obstaculicen el desplazamiento. También se exceptúan de la obligación de presentación personal: a) los supuestos de reagrupación familiar que también podrán realizarse por representante debidamente acreditados; y b) en los procedimientos de contratación colectiva de trabajadores, en los supuestos contemplados en un convenio o acuerdo internacional.

Esta distinción entre si el sujeto legitimado se encuentra o no en territorio español puede resultar relevante. En efecto, la razón de evitar el posible uso fraudulento tendría más sentido en aquellos supuestos en que el solicitante se encuentre en territorio extranjero y solicite el correspondiente visado. La presencia del ciudadano extranjero en su país de origen deviene un requisito esencial para la obtención del visado. Así, podría pensarse en aquellos casos que el extranjero se encuentra irregularmente en territorio español y que a través de un representante incumple el deber de salir del país para solicitar el correspondiente visado. Cabe señalar que aún en este caso la exigencia de que la solicitud se presente personalmente, so pena de incurrir en inadmisibilidad, no parece suficientemente proporcionada. En efecto, ya con la reforma de la LO 8/2000 que se mantiene en la actualidad, se prevé en el art. 25.3 de la LODYLE que: "

"Reglamentariamente se establecerá la normativa específica del procedimiento de concesión y expedición de visados, conforme a lo previsto en la disposición adicional undécima de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En dicho procedimiento podrá requerirse la comparecencia personal del solicitante."

Es más la propia Disposición adicional tercera de la LODYLE viene a recordar, una vez más, que además de la presentación personal:

"En cualquier caso, la misión diplomática u oficina consular podrá requerir la comparecencia del solicitante y, cuando lo estime necesario, mantener una entrevista personal."

Dicho trámite de comparecencia previa que puede constituir una entrevista con el solicitante que no necesariamente debe producirse en el procedimiento puede solicitarlo el instructor en los casos en que existan indicios de que se está produciendo una situación fraudulenta. La no comparecencia supondrá un motivo por el que la Administración podrá considerar que el extranjero desiste de su solicitud, archivando el procedimiento. Contrariamente, la previsión como causa de inadmisibilidad de la no presentación personal de la solicitud parece claramente desproporcionada pues no tiene como objetivo que el instructor pueda apreciar si son o no justificadas los motivos alegados. En cualquier caso, sería necesario que la Administración diera al extranjero la posibilidad de subsanar esta deficiencia



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA

permitiéndole en un plazo de quince días subsanar la correspondiente falta de comparencia personal.

Cuando el sujeto legitimado se encuentra en territorio español la presentación personal de la solicitud aún se revela menos justificada. En efecto, la cuestión relevante en estos procedimientos administrativos como puede ser la acreditación de la permanencia en territorio español durante un determinado período de tiempo no queda acreditada en este caso con la mera presentación personal sino a través de otro tipo de documentación, como podría ser por ejemplo la certificación del padrón municipal o cualquier otro medio de prueba admisible en derecho. La necesidad de presentar personalmente la solicitud supone en estos casos una carga que no resulta proporcionada a la finalidad que pretende conseguir.

Cabe advertir que la carga de la presentación personal de las solicitudes bajo pena de inadmisión lejos de agilizar la tramitación de los procedimientos administrativos puede llegar a comportar un colapso de los registros de los órganos competentes. Elimina también la posibilidad de presentación conjunta de dichas solicitudes a través de ONG's o profesionales como abogados o gestores administrativos.

Un examen específico también merece la situación que se genera cuando el sujeto legitimado es el empleador. En estos casos, la Disposición adicional tercera establece que las solicitudes podrán ser presentadas por éste, o por quien válidamente ostente la representación legal empresarial. En base a ello, la Administración interpreta que en el caso de las personas jurídicas debe comparecer personalmente el administrador o apoderado mediante poder notarial inscrito en el Registro Mercantil que debe acreditar personalmente. Tal interpretación podría comprometer gravemente el principio de antiformalismo que inspira el procedimiento administrativo.

En este ámbito quizás sea oportuno recordar que establece la normativa de la Seguridad Social cuando en general un empresario en general quiere instar el alta de uno de sus trabajadores ya sea español o extranjero. A tal efecto, cabe traer a colación el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social. De acuerdo con este Reglamento se procede una sola vez a la inscripción del empleador al cual se asigna un número de identificación a los efectos de presentación de las solicitudes de alta de sus trabajadores. Para proceder a dicha inscripción del empresario se señala que cuando sea persona jurídica "se acreditará la condición de empresario mediante escritura de constitución o certificación del registro correspondiente"³¹. En los casos en que no se presente esta documentación, la Administración concederá al empresario un plazo para su subsanación ³².

³¹ Artículo 11 del Reglamento: "Cuando el empresario sea una persona jurídica, además de la identificación de la persona natural que formula la solicitud de inscripción y el título jurídico en virtud del cual la efectúa, se acreditará la condición de empresario mediante escritura de constitución o certificación del registro correspondiente, si se tratare de sociedades que, con arreglo a la Ley, requieran inscripción; libro de actas, en el caso de comunidades de propietarios; certificado del Ministerio de Justicia e Interior o del organismo competente de la respectiva Comunidad Autónoma, en el supuesto de asociaciones o cualquier otro documento análogo, según la naturaleza y actividad de la persona jurídica de que se trate o, en su



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA**

Por tanto, parece más razonable que para acreditar quien “válidamente ostente la representación legal empresarial” se busquen otras vías alternativas a la acreditación mediante poder notarial inscrito en el registro mercantil como la compulsión de las actas de la sociedad previa su exhibición ante el registro administrativo del órgano competente o bien éste cree un registro de empleadores de forma similar a como acontece a efectos de la Seguridad Social.

Todas estas cuestiones llevan a requerir que tales supuestos no se puedan considerarse constitucionalmente legítimos como causas de inadmisibilidad sino que, de acuerdo con el principio *pro actione*, debería en estos casos llevarse a cabo la tramitación del procedimiento a fin de obtener un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

CONCLUSIÓN Y VALORACIÓN GENERAL: LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS CAUSAS DE INADMISIBILIDAD BASADAS EN LA MERA SITUACIÓN ADMINISTRATIVA DEL EXTRANJERO

El establecimiento de nuevas causas de inadmisibilidad por la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 14/1003, de 20 de noviembre, plantea según hemos visto anteriormente serios problemas de inconstitucionalidad. Debe advertirse que, bajo el pretexto de una mejora de la tramitación administrativa, se produce un serio recorte de los derechos de los extranjeros que no queda suficientemente justificado desde el plano de las exigencias constitucionales previstas en el art. 24 de la CE.

En efecto, la plena aplicación del derecho a la jurisdicción como derecho a la tutela judicial efectiva a los extranjeros comporta que no puedan considerarse como constitucionalmente admisibles aquellas causas legales de inadmisibilidad que resulten desproporcionadas a la finalidad exigida, que no obedezcan a finalidades razonables de protección de bienes o intereses constitucionalmente protegidos o que no guarden la proporcionalidad adecuada a la diligencia exigible a los justiciables.

Las razones invocadas por el legislador para establecer nuevas causas de inadmisibilidad, mediante la nueva Disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, no cumplen en determinadas ocasiones las exigencias derivadas de la jurisprudencia constitucional. La mera invocación de razones de eficacia administrativa ni de evitación de situaciones fraudulentas no resultan suficientes por sí solas para crear

defecto, relación de los comuneros o de las personas integrantes del ente sin personalidad, expresando su nombre y apellidos, domicilio y documento nacional de identidad de cada uno de ellos. Asimismo, deberá presentarse la tarjeta de identificación establecida por el Decreto 2423/1975, de 25 de septiembre.”

³² De acuerdo con el art. 13.1 del Reglamento que lleva por rúbrica “Práctica de la inscripción”: “La inscripción del empresario se practicará en el propio acto de presentación de la solicitud. Si esta no reuniera los requisitos exigidos o no se hubiesen presentado los documentos a que se refiere el artículo 11, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos de acuerdo con el artículo 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sin necesidad de petición de nuevos informes ni de trámite de audiencia cuando no figuraren ni hubieren de tenerse en cuenta para la inscripción otros hechos, alegaciones o pruebas que los aducidos por el empresario.”



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

A todo ello no es óbice que se trate de un procedimiento administrativo, pues el Tribunal Constitucional ha venido considerando que el derecho a la jurisdicción es de aplicación a este ámbito cuando ello suponga la práctica imposibilidad que los tribunales puedan controlar la legalidad de las actuaciones administrativas, creando zonas inmunes al control judicial.

En cualquier caso, en la aplicación de estas medidas de inadmisibilidad del procedimiento debe seguirse el principio *pro actione*, así como permitir al máximo la subsanación de los defectos que puedan observarse. Por ejemplo, si la solicitud no se realizó personalmente debe darse un período de diez días para la subsanación y mejora de la solicitud de acuerdo con el art. 71 de la LRJPAC.



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA**

II. LA HUIDA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN EN MATERIA DE EXTRANJERÍA.

1. Introducción.

A pesar de que son muchas las novedades que se introducen a lo largo de la Ley Orgánica 14/2003 en lo que a los procedimientos administrativos en materia de extranjería se refiere, probablemente, lo más destacable de la misma se encuentre al final. El último de los cuatro artículos que componen la Ley, introduce una modificación a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común consistente en la introducción de una nueva Disposición Adicional Decimonovena.

La nueva Disposición Adicional abre una vía de “huida” del procedimiento administrativo común que con tan buenas intenciones pero con tan poco acierto trató de conseguir la Ley 30/1992, heredando la tradición de la Ley de Procedimiento administrativo de 1958. Con la nueva Disposición Adicional introducida, los procedimientos administrativos regulados en 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, se regirán por su normativa específica, aplicándose supletoriamente la Ley 30/1992.

A través de una simple Disposición Adicional, las garantías comunes de los ciudadanos ante cualquier procedimiento administrativo quedan a disposición del legislador sectorial que desde su particular “razón material”, distorsiona la, en sí misma, garantía de existencia de un procedimiento administrativo común.

La única forma de amortiguar tan peligrosa tendencia del legislador sectorial, será la de acudir a la Constitución de 1978 que establece barreras infranqueables para cualquier legislador, manteniendo lejos de su alcance muchas de las tradicionales garantías procedimentales que quedarían, de esta forma, salvadas de la tendencia a la continua particularización.

2. Las tradicionales exclusiones materiales de la Ley 30/1992 y la incorporación de la materia de extranjería.

La llamada Ley Azcárate de 1889 fue la primera Ley del mundo sobre el procedimiento administrativo. En esta original norma tienen su acta de nacimiento muchas de las reglas que ahora nos parecen obvias en cualquier procedimiento administrativo (registros para anotar entradas y salidas de documentos de las oficinas públicas, trámite de audiencia de los interesados, notificaciones...) ³³. Sin embargo, como ha señalado GARCÍA DE ENTERRÍA, la Ley falló en algo importante como es la remisión de su desarrollo a Reglamentos dictados por cada

³³ Sobre los orígenes nacional e internacional de la regulación del procedimiento administrativo puede verse GARRIDO FALLA, F., “El procedimiento administrativo de 1950 a hoy”, *Revista de Administración Pública* 150 (1999), 115 y ss.



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

Ministerio y la entrega a esos Reglamentos del régimen de los recursos gubernativos o en vía administrativa, que pasaron a ser singulares en cada dependencia administrativa³⁴.

El objetivo de la siguiente Ley de Procedimiento administrativo de 1958 fue, precisamente, corregir esta deficiencia estableciendo unos principios generales y comunes aplicables a todo procedimiento administrativo. Se construyó así, con mucho esfuerzo, una institución jurídica homogénea de importancia fundamental para los derechos y garantías de cualquier ciudadano ante cualquier instancia administrativa.

La Exposición de Motivos de la vigente Ley de Procedimiento administrativo, Ley de 30/1992, manifiesta su intención de intentar mantener este logro histórico: *“La Ley recoge esta concepción constitucional de distribución de competencias y regula el procedimiento administrativo común, de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y fija las garantías mínimas de los ciudadanos respecto de la actividad administrativa. Esta regulación no agota las competencias estatales o autonómicas de establecer procedimientos específicos «ratione materiae» que deberán respetar, en todo caso, estas garantías”*³⁵.

Es decir, a pesar de que, como a continuación veremos son varias las excepciones a su aplicación general, la LPC en la exposición de motivos trata de vincular al mismo legislador estatal o a los legisladores autonómicos para que sea cuál sea la regulación específica o sectorial que realicen del procedimiento administrativo, se respeten las garantías establecidas en la misma. Jugaría así la LPC respecto a las garantías de los ciudadanos como una especie de norma de mínimos que puede desarrollarse pero sólo para ser mejorada y ampliada por posteriores y futuras normas sectoriales. Esta es, precisamente, la clave de bóveda del Art. 149.1.18 de la CE de 1978, garantizar que todos los administrados tengan un tratamiento común ante todas las Administraciones públicas³⁶.

La Ley Orgánica 14/2003 no es la primera ni única vía de escape de la Ley común del Régimen Jurídico de las Administraciones y del procedimiento administrativo. La Ley 30/1992 y su reforma en 1999, ya preveían varias exclusiones a su pretendido régimen general.

En primer lugar, la Disposición Adicional primera excluye al Pleno y a la Comisión de Gobierno de las Entidades Locales, a los órganos colegiados del Gobierno de la Nación, así como a los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas de la aplicación de las normas del Capítulo II del Título II de la aplicación de la Ley. La exclusión se explica porque algunas de las reglas que rigen estos órganos no son de aplicación o, más bien, están en contradicción con las

³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento administrativo común de 1992”, en *Revista de Administración Pública*, 130 (1993), 205.

³⁵ Criterio mantenido, igualmente, por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre. Por su parte, la STC 50/1999, afirma que el *iter* procedimental incluido en el concepto de procedimiento administrativo común, no sólo abarca la iniciación, ordenación, instrucción, terminación y ejecución del procedimiento, sino también todo lo relativo a los términos y plazos y a la recepción y registro de documentos.

³⁶ En este sentido y en extenso, véase MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “Reflexiones sobre “El procedimiento administrativo común””, en *Revista de Administración Pública*, 131 (1993), 7 y ss.



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA

aplicables a los órganos colegiados. Así ocurre, por ejemplo, con la regla del riguroso secreto a que están obligados los miembros del Gobierno o con la posibilidad de impugnar los acuerdos en cuya discusión y votación participan los concejales³⁷.

En segundo lugar y como un mayor alcance, la Disposición Adicional quinta remite a su normativa específica los procedimientos de gestión tributaria, aplicándose subsidiariamente la Ley 30/1992. Se trata, por tanto, de una exclusión realizada en términos muy parecidos a la que hace la nueva LO 14/2003. La Disposición Adicional quinta ha sido objeto de duras críticas por parte de la doctrina por cuanto que la exclusión de la Ley común suponía una grave disminución de las garantías jurídicas de los ciudadano contribuyentes, sobre todo, en materia sancionadora. La reforma de la Ley 4/1999 ha paliado en cierta forma esta falta de garantías, remitiendo su regulación a la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías del Contribuyente.

La Disposición Adicional Sexta excluye del régimen común procedimental, la impugnación de los actos de la Seguridad Social que se remite a lo establecido en el Art. 2 del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril. El número dos de esta misma Disposición Adicional, remite a su regulación específica la gestión recaudatoria de la Seguridad Social. En esta misma materia, la Disposición Adicional Séptima también remite al legislador sectorial los procedimientos administrativos para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para la extensión de las actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social. En este caso, también se remite a la Ley 30/1992 con carácter subsidiario.

La reforma de la Ley 30/1992 llevada a cabo por la Ley 4/1999 introdujo un nuevo supuesto de excepción a la regulación unitaria del procedimiento administrativo. La Disposición adicional undécima de esta Ley estableció que los procedimientos instados ante las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares por ciudadanos extranjeros no comunitarios se regirán por su normativa específica, que se adecuará a los compromisos internacionales asumidos por España y, en materia de visados, a los Convenios de Schengen y disposiciones que los desarrollen, aplicándose supletoriamente la presente Ley.

La Disposición Transitoria Octava excluye de la aplicación de la Ley de Procedimiento administrativo común, el ejercicio de la potestad disciplinaria de las Administraciones Públicas sobre los funcionarios, así como de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual.

Éstas son, en definitiva, las más importantes exclusiones de la aplicación del procedimiento administrativo común a otros procedimientos administrativos que se regirán por

³⁷ Para el profesor PARADA VÁZQUEZ, R., *Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Edit. Marcial Pons, Madrid 1999, 60, la exclusión total parece fuera de lugar y más razonable hubiera sido, sin duda, declarar la aplicación supletoria de las normas de la Ley respecto de las singulares por las que aquellos órganos se rigen.



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

su normativa sectorial³⁸. Se trata de una “huida” que, de extenderse, resultaría muy peligrosa poniendo en peligro los históricos esfuerzos por conseguir la tan ansiada unidad procedimental³⁹. Pero, además, la justificación *ratione materiae* que técnicamente puede amparar alguna exclusión, no debería suponer la eliminación de las garantías jurídicas contenidas en la LPC. La necesidad de adecuar los procedimientos administrativos a las especialidades de cada sector regulado, debería hacerse a partir del régimen común y general, respetando los mínimos establecidos por la norma de cabecera del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento. Este mínimo de garantías jurídicas aplicables a todos los administrados en España, es un valor que no se puede perder.

El Artículo 4 de la nueva Ley Orgánica 14/2003, cumple con el objetivo de amparar, en primera instancia, la regulación que en sus tres artículos precedentes realiza de los procedimientos administrativos en materia de extranjería y que suponen la introducción de variantes en la regulación “común” del procedimiento administrativo. Pero no sólo se altera la regulación contenida en la LPC, sino que también pasa a un segundo plano la regulación contenida en el Art. 20 de la LO 4/2000 tras su modificación en la LO 8/2000. Conforme a esta norma, *“Los procedimientos administrativos que se estableciesen 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 Art. 27 de esta Ley”*

La nueva regulación que del procedimiento administrativo en materia de extranjería se realiza, tiene lugar mediante una norma con rango de Ley, además, orgánica. Por tanto, la única fórmula para tratar de mantener la vigencia de las garantías procedimentales eliminadas, es la de buscar su conexión directa con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de 1978⁴⁰. Conozcamos, en primer lugar, cuáles son las principales novedades introducidas en la regulación de los procedimientos administrativos en materia de extranjería respecto a la regulación común del procedimiento administrativo contenida en la Ley 30/1992.

³⁸ Es muy difícil de encontrar una razón o fundamento “común” a las mencionadas exclusiones de la LPC. Me atrevería a señalar a la complejidad técnica como justificación de la mayor parte de las excepciones. Por su parte, la de la Disposición Transitoria Octava parece obedecer a la existencia de una relación de sujeción especial que ampara una interpretación más flexible de algunas de las garantías procedimentales comunes. Como a continuación veremos, el caso de la extranjería, no responde a ninguno de estos fundamentos, siendo más bien razones políticas o fenómenos sociológicos, los verdaderos soportes teóricos de la nueva exclusión de la regulación común.

³⁹ Con esta forma de actuar se da cumplimiento al peligro que vaticinaba el profesor PARADA VÁZQUEZ, R., *Régimen...*, cit. Anteriormente, 61: “Con relación a los ámbitos de exclusión material es ineludible plantear al menos su ajuste al Art. 149.1.18 de la CE que impone un régimen básico de procedimiento común. La respuesta afirmativa tiene el riesgo de permitir que por leyes estatales ordinarias se pueda ir reduciendo más y más ese ámbito de aplicación del procedimiento común, y, en consecuencia, que se deje sin trabajo a la Ley que comentamos, dejando de tener sentido la referencia a la expresión procedimiento administrativo común a la vista de que no rige sobre sectores de la actividad administrativa tan importantes cualitativa y cuantitativamente”.

En la misma línea, GARRIDO FALLA, F. y FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M^o., *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas*, Edit. Cívitas, Tercera Edición, Madrid 2000, 45 señala que la LPC contiene cláusulas abiertas que constituyen una auténtica “invitación a la dispersión”. Desde su peculiar teoría de los Grupos normativos, el profesor GONZÁLEZ NAVARRO, F., en “El “Big-Bang” del procedimiento administrativo sancionador común”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 78 (1993), 228, critica duramente a la LPC por el efecto disgregador de los procedimientos administrativos, en este caso sancionadores, que puede provocar. Para este autor, se viene abajo todo lo que supuso en este campo del procedimiento administrativo sancionador la codificación llevada a cabo por la LPA de 1958.

⁴⁰ En este sentido puede verse mi comentario a los Arts. 20 y 21 en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración social*, Edit. Comares, Granada 2001, 314 y ss.



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

III. LUGARES DE PRESENTACIÓN DE SOLICITUDES A LA ADMINISTRACIÓN.

El Art. 38.4 de la LPC establece que las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones públicas podrán presentarse: *"En los registros de los órganos administrativos a que se dirijan. En los registros de cualquier órgano administrativo, que pertenezca a la Administración General del Estado, a la de cualquier Administración de las Comunidades Autónomas, o a la de alguna de las entidades que integran la Administración Local si, en este último caso, se hubiese suscrito el oportuno convenio. En las oficinas de correos en la forma que reglamentariamente se establezca⁴¹. En las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero. En cualquier otro que establezcan las disposiciones vigentes. Mediante convenios de colaboración suscritos entre las Administraciones públicas se establecerán sistemas de intercomunicación y coordinación de registros que garanticen su compatibilidad informática, así como la transmisión telemática de los asientos registrales y de las solicitudes, escritos, comunicaciones y documentos que se presenten en cualquiera de los registros"*.

Para La Administración del Estado, este precepto ha sido desarrollado, fundamentalmente, por el Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo, que regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y devolución de originales y el régimen de las oficinas de registro. El Artículo 2 de esta norma regula específicamente lo referente a los lugares de presentación de los documentos ante la Administración pública sin añadir mucho más a lo establecido en el Art. 38.4 LPC⁴².

Además de estos "clásicos" lugares de presentación de documentos ante la Administración pública, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, introdujo un nuevo apartado 9 al Art. 38 de la LPC que admite la posibilidad de creación de registros telemáticos. Con fundamento en el Art. 38.9 y el 45 de la LPC, los Reales Decretos 263/1996, de 16 de febrero y el 209/2003, de 21 de febrero, desarrollan esta materia. El RD 209/2003, añade un nuevo capítulo al RD 772/1999, de

⁴¹ Véase RD 1829/1999 de 3 de diciembre.

⁴² 1. Los ciudadanos tienen derecho a presentar las solicitudes, escritos y comunicaciones que dirijan a los órganos de cualquier Administración pública o de las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ellas, así como la documentación complementaria que acompañen a aquéllas, en cualquiera de los siguientes lugares del ámbito de la Administración General del Estado:

- a) En las oficinas de registro del órgano administrativo al que se dirijan.
- b) En las oficinas de registro de cualquier órgano administrativo perteneciente a la Administración General del Estado, o de los Organismos públicos vinculados o dependientes de aquélla.
- c) En las oficinas de correos, en la forma establecida reglamentariamente.
- d) En las representaciones diplomáticas y oficinas consulares de España en el extranjero.
- e) En cualquier otro que establezcan las disposiciones vigentes.

2. Asimismo, los ciudadanos pueden presentar solicitudes, escritos y comunicaciones dirigidos a la Administración General del Estado y a sus Organismos públicos en los siguientes lugares:

- a) En los registros de las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- b) En los registros de las entidades que integran la Administración local; siempre que previamente se haya suscrito el correspondiente convenio.



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

7 de mayo, con el objetivo de crear los llamados registros telemáticos.⁴³ En esta norma se establecen los requisitos más importantes de constitución y funcionamiento de los registros telemáticos, no obstante, será necesaria una norma posterior –orden ministerial- que concrete y precise para cada Ministerio los procedimientos en los que se podrán utilizar los registros telemáticos. En este sentido, la Orden del Ministerio del Interior de 13 de noviembre de 2003 en su Anexo I relaciona los procedimientos y actuaciones competencia de este Ministerio que podrán utilizar el Registro telemático creado expresamente en el mismo. Entre los mismos, como era de esperar, no se encuentran los procedimientos en materia de extranjería.

El Art. 1 de la nueva Ley introduce una nueva Disposición adicional tercera a la LO 4/2000, modificada por la LO 8/2000. En esta disposición se contienen dos importantes alteraciones al régimen común. Por una lado se modifica el régimen de representación en el Derecho administrativo y, por otro, cambia la tradicional regulación de los lugares de presentación de solicitudes a la Administración. Me referiré ahora, a la segunda de las cuestiones, sobre la misma la nueva Disposición adicional tercera establece que cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español habrá de presentar personalmente las solicitudes relativas a las autorizaciones de residencia y trabajo **en los registros de los órganos competentes para su tramitación.**

Es decir, en la nueva regulación sectorial desaparece la posibilidad de presentación de solicitudes que tradicionalmente se utilizan por la generalidad de ciudadanos o administrados cuando se encuentran en territorio español. Así, no sería posible la presentación de solicitudes relativas a autorizaciones de residencia y de trabajo en los registros administrativos de cualquier órgano administrativo ya sea de la Administración del Estado, de la Comunidad Autónoma o de la Administración Local (en este último caso con el correspondiente convenio); tampoco sería factible la presentación en las oficinas de correos conforme al procedimiento reglamentariamente establecido. Finalmente, tampoco será posible, como dijimos, la presentación telemática de este tipo de solicitudes.

Antes de conocer el alcance que la jurisprudencia ha dado a este precepto, interesa recordar la referencia que la propia Exposición de motivos de la LPC hace al respecto: *"En esta materia cobran especial relevancia los principios de cooperación, coordinación y colaboración, posibilitando el que los ciudadanos puedan presentar las solicitudes, escritos y comunicaciones que dirijan a las Administraciones Públicas en los registros de cualquier órgano administrativo que pertenezca a la Administración General del Estado o a la de cualquier Administración de las Comunidades Autónomas, al margen de las restantes posibilidades ya establecidas o que se establezcan. A tal efecto se prevé que, mediante convenio de colaboración entre las Administraciones Públicas, se implanten sistemas de intercomunicación y coordinación de*

⁴³ A pesar de lo reciente de este Real Decreto, son ya varias las normas dictadas en su desarrollo y aplicación. Valga como ejemplo la cita de la Orden de 28 de noviembre de 2003 del Ministerio del Interior, por la que se crea un registro telemático en el Ministerio del Interior; la Orden de 15 de septiembre de 2003 del Ministerio de Ciencia y Tecnología, por la que se crea, igualmente, un registro telemático en este Ministerio.

Por su parte, La Orden del Ministerio de la Presidencia de 10 de junio de 2003, desarrolla la disposición final primera del RD 209/2003.



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA

registros que garanticen la compatibilidad informática y la transmisión telemática de los asientos”.

La jurisprudencia, en línea con la Exposición de motivos, ha interpretado de manera amplia y generosa este precepto. Así, por citar resoluciones jurisprudenciales recientes, la Sentencia del Tribunal Superior de Galicia (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 16 de octubre de 2003 (Ar 120292), señala que la regulación del Art. 38.4 LPC reconoce el derecho del ciudadano a la presentación de solicitudes mediante un sistema de adscripción indistinta. En este caso, para el Tribunal no se vulnera el principio de seguridad jurídica con la presentación de una solicitud en el registro de un órgano administrativo dependiente de una Consejería autonómica. En caso contrario se estarían vulnerando los principios de cooperación, coordinación y colaboración entre las Administraciones Públicas que han sido potenciados con la reforma de la LPC por la Ley 4/99, precisamente, en beneficio de los administrados.

Por tanto, para el TSJ de Galicia, el Art. 38.4 podría tener un entronque con los principios de coordinación, colaboración y coordinación administrativa que, como se sabe, tienen reconocimiento constitucional (en especial en el Art. 103.1)⁴⁴.

La limitación establecida en la nueva LO 14/2003 para la presentación de solicitudes ante la Administración, puede vulnerar el “derecho del extranjero al procedimiento administrativo”, derecho que, a su vez, forma parte según la jurisprudencia del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva garantizado por el Art. 24 de la CE⁴⁵.

Con la limitación en cuanto a los lugares de entrega de las solicitudes se puede estar dificultando el derecho a que se tramite un procedimiento administrativo que termine con una resolución que, en caso de ser negativa o denegatoria, podría terminar con un recurso ante los Tribunales⁴⁶.

También cabría considerar que las restricciones sobre el lugar de presentación de las solicitudes están vulnerando el principio constitucional *pro actione* o *favor actionis* que exige

⁴⁴ Por su parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Social) de Castilla y León de 19 de octubre de 1993 (Ar. 4493), se especifica que la presentación ante la Administración General del Estado o las Comunidades Autónomas es válida aunque el escrito se dirija a la Administración Local, en todo caso, y la limitación de que exista el oportuno convenio es sólo aplicable al supuesto en que el escrito se presenta ante la Administración Local.

La Sentencia de este mismo órgano pero de 24 de mayo de 1995, señala que otra posibilidad que ofrece el Art. 38.4 LPC es la de presentación de un escrito ante una Administración del Estado indicando que también produce efecto frente a otras del mismo Estado y considerándose válidamente presentado frente a todas ellas (se reconoció la validez frente a todas las Entidades de un escrito dirigido al INSALUD, INSS y Tesorería General de la Seguridad Social, presentado solamente ante el primero).

⁴⁵ Véanse, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1991 (Ar 5286) y de 1 de octubre de 1992 (Ar 7742).

Por su parte, la STC 68/1985, en una doctrina minoritaria, entiende que las garantías del Art. 24CE no son trasladables sin más al actuar administrativo.

⁴⁶ Se trata de una extensión del principio o garantía a la tutela judicial al proceso que se concreta en el derecho a ser parte en el proceso y poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (entre otras, véase la STC 115/1984, de 3 de diciembre).



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA

siempre una interpretación de las normas que rigen el acceso a los Tribunales y a la Administración del modo más favorable para la acción y no de tal manera que la obtención de una resolución sobre el fondo sea dificultada u obstaculizada con interpretaciones rigoristas o indebidamente restrictivas de aquellas normas procesales (SSTC 78/1991, de 15 de abril; 120/1993, de 19 de abril; 132/1997, de 15 de julio y 207/1998, de 2 de diciembre).

Pero no sólo se produce una derogación del régimen procedimental común, además, la nueva redacción de la Ley supone la derogación tácita del propio artículo 81 del Reglamento de la Ley de Extranjería que ampliaba la posibilidad de presentación de solicitudes no sólo en los lugares mencionados en el Art. 38.4 de la LPC sino también:

- En las oficinas de registro de las correspondientes Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno.
- En las oficinas de extranjeros.
- En la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, en los casos en que se trate de permisos de trabajo cuya resolución esté atribuida a dicho centro directivo.

La restricción, por tanto, es más que sustancial y de dudosa justificación.

IV. LA EXIGENCIA DE COMPARECENCIA PERSONAL: UNA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL DERECHO A ACTUAR MEDIANTE REPRESENTANTE EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS.

En el procedimiento administrativo, frente a lo que es regla general en los procesos judiciales, no es necesaria pero se admite la representación, en cuyo caso se entenderán con el representante de las actuaciones administrativas, salvo manifestación en contra del interesado. Cualquier persona con capacidad de obrar en el ámbito jurídico administrativo puede actuar por sí mismos en el procedimiento o conferir su representación a un tercero sin ninguna limitación tal y como se deduce del art. 32 de la LPC⁴⁷.

En cuanto a la forma de la representación, la LPC es muy amplia admitiéndose, por ejemplo, sin ningún problema cuando se trate de actos o gestiones de mero trámite. En los demás casos y en particular *"para formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado"* (art. 32.3 LPC). En esta línea de interpretación amplia, el art. 32.4 establece una serie de consideraciones para el caso de ausencia o insuficiencia de la acreditación, conforme a la que no impedirá que se tenga por realizado el acto de que se trate, siempre que se

⁴⁷ En términos civiles, se entiende por representación la institución en virtud de la cual un tercero ajeno a la relación o relaciones jurídicas de las que es titular cierto sujeto de derecho, interviene en las mismas en nombre y por cuenta de aquél, siempre con exclusión de los actos de carácter personalísimo.



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

aporte aquélla o se subsane el defecto dentro del plazo de diez días que deberá conceder al efecto el órgano administrativo o de un plazo superior cuando las circunstancias del caso así lo requieran.

Lógicamente, el efecto general de la actuación por medio de representante es el propio del instituto de la representación: lo hecho por el representante tiene los mismos efectos que si hubiese sido realizado por el representado, traspasándose a la esfera jurídica de éste los resultados de la actuación del apoderado, con quien, salvo manifestación expresa en contra del interesado, se entenderán las actuaciones administrativas. Sin embargo, la existencia de una relación de representación no impide que, subsistiendo ésta y sin extinguirla, el interesado pueda comparecer, actuar o realizar por sí mismo trámites ante la Administración Pública de que se trate⁴⁸.

La misma Disposición adicional tercera estudiada con anterioridad, modifica los tradicionales y comunes criterios de la representación en los procedimientos administrativos. A efectos de la nueva regulación de la representación administrativa, esta norma diferencia entre solicitadas presentadas en territorio español y fuera del territorio español:

“1. Cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español habrá de presentar personalmente las solicitudes relativas a las autorizaciones de residencia y de trabajo en los registros de los órganos competentes para su tramitación. Igualmente, en los procedimientos en los que el sujeto legitimado fuese un empleador, las solicitudes podrán ser presentadas por éste, o por quien válidamente ostente la representación legal empresarial.

2. Cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio extranjero, la presentación de solicitudes de visado y su recogida se realizarán personalmente ante la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación aquél resida. Excepcionalmente, cuando el interesado no resida en la población en que tenga su sede la misión diplomática u oficina consular y se acrediten razones que obstaculicen el desplazamiento, como la lejanía de la misión u oficina o dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso, podrá acordarse de que la solicitud de visado pueda presentarse por representante debidamente acreditado.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, en los supuestos de presentación de solicitudes y recogida de visado de estancia, tránsito y de residencia por reagrupación familiar de menores, ambos trámites podrán realizarse mediante representante debidamente acreditado.

En cualquier caso, la misión diplomática u oficina consular podrá requerir la comparecencia del solicitante y, cuando lo estime necesario, mantener una entrevista personal.

⁴⁸ Aunque con muy pequeñas matizaciones respecto al régimen general, incluso en aquellos ámbitos donde tradicionalmente rigen reglas de procedimiento administrativo diferentes a las de la LPC, la cuestión del representante está aceptada. Así, por ejemplo, en el ámbito tributario, los Arts. 42 y 43 de la Ley General Tributaria modificados por la Ley 14/2000 reconocen sin más problemas la posibilidad de actuación mediante representante ante la Administración Tributaria. Igual ocurre en el caso de las reclamaciones económico-administrativas (Art. 12 del Real Decreto Legislativo 2795/1980 y los Arts. 33, 34, 113 y 114 del Real Decreto 391/1996 que aprueba el Reglamento del procedimiento en las reclamaciones económico administrativas). En el mismo sentido, la legislación sobre aduanas, concretamente en el Real Decreto 1889/1999.



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

3. Asimismo, no se requerirá la comparecencia personal en los procedimientos de contratación colectiva de trabajadores, en los supuestos contemplados en un convenio o acuerdo internacional, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el mismo."

Conforme a esta nueva redacción, tanto en los órganos administrativos situados en nuestro país como en el extranjero, la actuación administrativa mediante representante se convierte en regla excepcional, exigiéndose como principio general la comparecencia personal en la presentación de solicitudes de autorizaciones de residencia o trabajo. Tan sólo se admite la actuación por representante en los siguientes casos:

Dentro de nuestro país, en los procedimientos en los que el sujeto legitimado fuese un empleador que podrá actuar quien ostente la representación legal empresarial. En los procedimientos ante órganos administrativo españoles pero situados en el extranjero, sólo cuando el interesado no resida en la población en que tenga oficinas consulares o diplomáticas o cuando se acrediten razones que obstaculicen el desplazamiento hasta las localidades donde se encuentren éstas.

En estos casos tan sólo se permite la representación, pero ni siquiera en ellos la representación tiene el mismo valor que el que le otorga la LPC. Así, la nueva Disposición Adicional Tercera habilita con un nuevo poder discrecional a la misión diplomática u oficina consular para que, en cualquier caso, pueda "no fiarse" de la representación solicitando la comparecencia personal para mantener una entrevista personal. No se establece en este precepto ningún criterio que permita entender cuándo se puede hacer ejercicio de esta potestad, es decir, qué razones pueden llevar al órgano administrativo español en el extranjero para vulnerar las reglas generales y comunes de la representación y exigir la comparecencia personal.

Estos criterios pueden buscarse, al menos, en el Art. 13.2 del Reglamento de la Ley de extranjería que establece que el fin de esta entrevista personal será comprobar: La identidad del solicitante, la validez de la documentación personal o de la documentación aportada, la regularidad de la residencia en el país de la solicitud, y otras circunstancias del solicitante, en especial las económicas, académicas o profesionales. La citación expresará el plazo fijado para la comparecencia, la suspensión del plazo máximo para la resolución expresa durante el tiempo que medie entre la notificación de la citación y su efectivo cumplimiento por el destinatario, así como que la incomparecencia en el plazo fijado, que no podrá exceder de treinta días, producirá el efecto de considerar al interesado desistido en el procedimiento.

Pero no sólo se reduce o limita el Derecho común sino que, además, la nueva regla establecida en la Ley de reforma, supone una clara modificación del criterio mantenido en el Art. 20.3 de la LO 4/2000 modificada por la LO 8/2000 en el que se establece una especie de presunción de representación a favor de las organizaciones constituidas legalmente en España



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

para la defensa de los inmigrantes, expresamente designadas por éstos. Aunque se les pudiera seguir considerando interesados en el procedimiento, una de las principales labores que este tipo de asociaciones pueden llevar a cabo como es la de actuar de representantes de los extranjeros, se hace imposible a partir de la nueva regulación.

Al igual que ocurría en el caso del lugar de la presentación de las solicitudes, entiendo que la limitación al derecho de representación administrativa puede llegar a vulnerar el principio de tutela judicial efectiva ya que se impide o dificulta enormemente el ejercicio del "derecho al procedimiento administrativo".

V. INADMISIÓN A TRÁMITE DE SOLICITUDES.

El Art. 70 de la LPC establece los requisitos de las solicitudes de iniciación de procedimientos administrativos a instancia de los particulares⁴⁹. Por su parte, el Art. 71 de la misma norma establece que si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo anterior y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42⁵⁰.

El Art. 1 de la Ley 14/2003 introduce una nueva disposición adicional cuarta en la LO 4/2000 modificada por la LO 8/2000, que tiene como finalidad habilitar al órgano encargado de resolver las solicitudes en el ámbito del procedimiento administrativo de extranjería para inadmitir a trámite dichas solicitudes cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

1. Falta de legitimación del solicitante, o insuficiente acreditación de la representación.
2. Presentación de la solicitud fuera del plazo legalmente establecido.
3. Cuando se trate de reiteración de una solicitud ya denegada, siempre que las circunstancias que motivaron la denegación no hayan variado.
4. Cuando conste un procedimiento administrativo sancionador contra el solicitante en el que pueda proponerse la expulsión o cuando se haya decretado en contra del mismo una orden de expulsión, judicial o administrativa.
5. Cuando el solicitante tenga prohibida su entrada en España.
6. Cuando se trate de solicitudes manifiestamente carentes de fundamento.
7. Cuando se refieran a extranjeros que se encontrasen en España en situación irregular, salvo que pueda encontrarse en uno de los supuestos del artículo 31, apartado 3.
8. Cuando dicha solicitud no sea realizada personalmente y dicha circunstancia sea exigida por ley.

⁴⁹ Precepto desarrollado por el RD 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y devolución de originales y el régimen de las oficinas de registro.

⁵⁰ La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 14 de enero de 2000 (Ar 15) señala que la subsanación de las instancias dirigidas a la Administración de conformidad con este precepto es también aplicable a los procedimientos especiales.



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

Para conocer parte del alcance de estas limitaciones, resulta de gran interés, en primer lugar, referirse al Reglamento de la Ley de Extranjería que establece en su Art. 84 un supuesto de inadmisión a trámite de las solicitudes de permiso de trabajo siempre que concurran algunos de los supuestos en él contemplados⁵¹. La STS de 20 de marzo de 2003 ha declarado ilegales algunos de los supuestos que este precepto preveía. Concretamente se han declarado ilegales el número 2 que se refería a la falta de competencia del órgano a quien se dirige la solicitud y el número 6 que aludía a que la solicitud fuese presentada utilizando procedimientos inadecuados, de acuerdo con lo establecido en el propio Reglamento.

Para la STS de 20 de marzo de 2003, el supuesto del número 2 supone una vulneración del Art. 20 de la LPC que obliga al órgano que se estime incompetente para la resolución de un asunto que remita las actuaciones al órgano competente. En el caso del número 6, el precepto fundamentalmente vulnerado es el 71 de la LPC que obliga a la Administración a requerir al solicitante para que en el plazo de 10 días subsane la solicitud o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que si no lo hace se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el Art. 42.

El mismo razonamiento de esta Sentencia podría ser extensible, por ejemplo, al primer supuesto de la nueva Disposición Adicional. Así ante la insuficiente acreditación de la representación debería darse un plazo de diez días para que el particular la solucionase. No obstante, si tenemos en cuenta los perversos efectos del Art. 4 de la LO 14/2003 que, como hemos visto, deja a la LPC exclusivamente con carácter supletorio, esta posible contradicción queda salvada.

También resulta muy discutible el supuesto del número 6 que se refiere al supuesto de "solicitudes manifiestamente carentes de fundamento". La apreciación de esta circunstancia no es una cuestión automática ni fácilmente objetivable como podría ser la entrega fuera de plazo o existencia de prohibición de entrada. Por el contrario, su concurrencia en la concreta solicitud presentada por el extranjero requerirá siempre un juicio, juicio que, en definitiva, determina la imposibilidad de iniciar un procedimiento administrativo.

En este sentido y aclarando y precisando el alcance de la inadmisión a trámite en los procedimientos de solicitud de asilo a los que seguidamente me referiré, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2003 señala que la inadmisión a trámite no habilita al órgano competente para inadmitir la solicitud para que decida sobre el fondo de la cuestión:

⁵¹ La autoridad competente podrá resolverla inadmisión a trámite de la solicitud de permiso de trabajo en los siguientes supuestos:

1. Falta de legitimación del solicitante.
2. Falta de competencia del órgano a quien se dirige la solicitud.
3. Presentación de la solicitud fuera del plazo legalmente establecido.
4. Cuando se trate de reiteración de una solicitud ya denegada, siempre que las circunstancias no hayan variado.
5. Cuando el empresario o empleador no acredite en su caso, que, con carácter previo, ha cumplido con la obligación de gestionar la oferta ante los servicios públicos de empleo.
6. La solicitud presentada utilizando procedimientos inadecuados, de acuerdo con lo establecido en el presente Reglamento.
7. Cuando se trate de solicitudes manifiestamente carentes de fundamento.



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

“Decimos que la Sala de instancia confunde ambos aspectos de la regulación del derecho de asilo incurriendo en incongruencia interna porque, después de reconocer la especialidad del régimen de la admisión o inadmisión a trámite, niega la existencia de una prueba, siquiera sea indiciaria, de la existencia de la persecución por parte de quién formula la solicitud, lo que constituye un examen de la cuestión de fondo ajeno a lo que ha de ser objeto de consideración en el trámite previo de la inadmisión a trámite”.

En nuestro Derecho positivo son muy pocos los procedimientos administrativos en los que se introduce el filtro previo de la inadmisión a trámite. El perjuicio que en definitiva supone una inadmisión a trámite es considerado razón suficiente como para tratar con suma cautela este supuesto. El propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de noviembre de 1988 (Ar 9264) ha señalado que la inadmisión a trámite de las solicitudes administrativas causa indefensión, en cuanto que cierra el paso a una resolución administrativa expresa sobre lo que una cuestión de fondo, o íntimamente ligada con ella, **violando así el derecho a una tutela judicial efectiva**⁵².

Por tanto, en primer lugar, hay que afirmar el carácter absolutamente restrictivo y residual con que se debe contemplar el establecimiento de un supuesto de inadmisión a trámite. Pero, incluso, en los casos en que el derecho positivo introduce la posibilidad de inadmisión a trámite de solicitudes, ésta contiene muchas más garantías que las que se deducen de la nueva regulación de extranjería. En otro típico y tradicional procedimiento administrativo relacionado con extranjeros como el de Asilo, se establece otro supuesto de inadmisión a trámite de las solicitudes en el Art. 5 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo⁵³. Sin embargo, varias e interesantes son las garantías para el administrado contenidas

⁵² Por su parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 10 de noviembre de 1998 (Ar 4255), establece que la obligación de la Administración de resolver, de dictar resolución expresa sobre cuantas solicitudes se formulen por los interesados, que el Art. 42 de la LPC proclama tienen como lógico correlato la obligación administrativa de tramitar el procedimiento legalmente establecido para arribar a aquella resolución expresa (Art. 53.1 LPC). Es claro que el administrado goza del derecho a la tramitación pro la Administración de aquel procedimiento que la norma oportuna ha previsto para arribar a la resolución que ha de dar respuesta administrativa a su pretensión. Esto es lo que podría llamarse derecho al trámite.

Más recientemente, la Sentencia del Tribunal Superior del País Vasco de 18 de enero de 2002 señala que *“la admisión a trámite de la reclamación formulada era, en todo caso, un acto administrativo debido siempre que la solicitud de los ahora recurrentes se dirigiera al órgano competente, se ajustara a los requisitos formales previstos en el artículo 70 de la Ley 30/1992.... Y, en caso contrario, si la Administración Municipal estimara que solicitud de iniciación del procedimiento formulada por los particulares no reunía los requisitos señalados, sin otra salvedad que la referida a la competencia administrativa municipal para resolver sobre la cuestión planteada, debía de requerirse a los interesados para la subsanación y eventual mejora de la reclamación en los términos procedimentales establecidos en el artículo 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”.*

⁵³ «6. El Ministro del Interior, a propuesta del órgano encargado de la instrucción de las solicitudes de asilo, previa audiencia del representante en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, podrá, por resolución motivada, inadmitirlas a trámite, cuando concurra en el interesado alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Las previstas en los artículos 1.F y 33.2 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.
- b) Que en la solicitud no se alegue ninguna de las causas que dan lugar al reconocimiento de la condición de refugiado.
- c) Que se trate de la mera reiteración de una solicitud ya denegada en España, siempre y cuando no se hayan producido nuevas circunstancias en el país de origen que puedan suponer un cambio sustancial en el fondo de la solicitud.
- d) Que la solicitud se base en hechos, datos o alegaciones manifiestamente falsos, inverosímiles o que, por carecer de vigencia actual, no fundamenten una necesidad de protección.



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

en este procedimiento, tan similar "*ratione materia*" con los de regulados en la legislación de extranjería y que, sin embargo, no son tenidos en cuenta por la LO 14/2003.

En primer lugar, la resolución que acuerde la inadmisión a trámite deberá de ser suficientemente motivada como no podría ser de otra forma según el Art. 54 de la LPC al tratarse de un acto limitador de derechos subjetivos. Además, deberá notificarse al interesado para que pueda solicitar un reexamen de su solicitud, reexamen que suspenderá lo efectos de la inadmisión a trámite. Finalmente, se establece un supuesto de silencio positivo en caso de no resolución en plazo del reexamen. Silencio que tendrá como efecto la admisión a trámite de la solicitud y, de conformidad con lo dispuesto en el número 2 del artículo cuarto, la autorización de la entrada del solicitante en el territorio español.

Por tanto, además de que la inadmisión a trámite de solicitudes puede, por sí misma, suponer una vulneración de la tutela judicial efectiva tal y como ha declarado el Tribunal Supremo, la deficiente regulación que de este trámite realiza la LO 14/2003 resulta de dudosa constitucionalidad⁵⁴.

VI. LA CONVERSIÓN DE LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN PROPUESTA DE RESOLUCIÓN.

El Artículo uno, apartado treinta y tres, de la nueva LO 14/2003 modifica los apartados 2 y 3 del artículo 63 de la Ley de extranjería. El párrafo tercero del apartado 2 que es el que ahora nos interesa, queda redactado de la siguiente forma:

e) Cuando no corresponda a España su examen de conformidad con los Convenios Internacionales en que sea Parte. En la resolución de inadmisión a trámite se indicará al solicitante el Estado responsable de examinar su solicitud. En este caso, dicho Estado habrá aceptado explícitamente dicha responsabilidad y se obtendrán, en todo caso, garantías suficientes de protección para su vida, libertad y demás principios indicados en la Convención de Ginebra, en el territorio de dicho Estado.

f) Cuando el solicitante se halle reconocido como refugiado y tenga derecho a residir o a obtener asilo en un tercer Estado, o cuando proceda de un tercer Estado cuya protección hubiera podido solicitar. En ambos casos, en dicho tercer Estado no debe existir peligro para su vida o su libertad ni estar expuesto a torturas o a un trato inhumano o degradante y debe tener protección efectiva contra la devolución al país perseguidor, con arreglo a la Convención de Ginebra.

7. Cuando la solicitud sea presentada en la frontera española, la resolución sobre su inadmisión a trámite deberá ser notificada en el plazo máximo de cuatro días desde la presentación de la misma. El representante en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados será informado inmediatamente de la presentación de la solicitud y podrá entrevistarse, si lo desea, con el solicitante.

El solicitante de asilo podrá presentar en el plazo de veinticuatro horas desde la notificación de la resolución de inadmisión a trámite una petición de reexamen, que suspenderá los efectos de aquella previstos en el artículo 17. Dicha petición será resuelta por el Ministro del Interior, debiendo notificarse la resolución al interesado en el plazo de dos días desde la presentación de la misma. En este caso, también se presentará audiencia al representante en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados con carácter previo a la resolución de la petición de reexamen.

Durante la tramitación de la admisión a trámite de la solicitud y, en su caso, de la petición de reexamen, el solicitante permanecerá en el puesto fronterizo, habilitándose al efecto unas dependencias adecuadas para ello.

El transcurso del plazo fijado para la inadmisión a trámite de una solicitud presentada en frontera o, en su caso, del previsto para resolver una petición de reexamen sin que se notifique dicha resolución al interesado, determinará la admisión a trámite de su solicitud y, de conformidad con lo dispuesto en el número 2 del artículo cuarto, la autorización de la entrada del solicitante en el territorio español.

8. La constatación, con posterioridad a la admisión a trámite de la solicitud, de alguna de las circunstancias que hubieran justificado su inadmisión será en todo caso causa de denegación de la misma».

⁵⁴ La STS de 3 julio 2003(Ar 5431) precisa sobre la inadmisión a trámite que: "... un pronunciamiento administrativo de inadmisión a trámite, como el aquí producido, no podía impedir la entrada por la Sala de instancia a resolver el fondo del litigio planteado, y menos aun cuando, conforme se ha resaltado antes, las pretensiones del Ayuntamiento en su recurso de alzada eran bien claras al respecto. Naturalmente, otra cosa es que tales pretensiones hubieran podido prosperar, es ésta una cuestión que la Sala hubiera debido resolver porque tenía elementos para hacerlo, como también antes los había tenido la Administración conforme lo prueban las alegaciones por una y otra parte hechas en la instancia".



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

“ Si el interesado, o su representante, no efectuase alegaciones sobre el contenido de la propuesta o si no se admitiesen, por improcedentes o innecesarias, de forma motivada, por el instructor las pruebas propuestas, sin cambiar la calificación de los hechos, el acuerdo de iniciación del expediente será considerado como propuesta de resolución con remisión a la autoridad competente para resolver”.

En este nuevo párrafo se introduce como novedad la posibilidad de que la iniciación de un procedimiento administrativo sancionador en materia de extranjería pueda convertirse, directamente, en propuesta de resolución. En realidad, este precepto da rango legal a la previsión ya contenida en el Art. 102.2 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el reglamento de Extranjería⁵⁵.

La posibilidad de que el acuerdo de iniciación de los procedimientos sancionadores administrativos se conviertan en propuestas de resolución, se contiene, con carácter general, en el Art. 13.2 del RD 1398/1993 por el que se regula el procedimiento común de ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración pública⁵⁶. Este precepto señala respecto al acuerdo de iniciación que se comunicará al instructor y *“En la notificación se advertirá a los interesados que, de no efectuar alegaciones sobre el contenido de la iniciación del procedimiento en el plazo previsto en el artículo 16.1, la iniciación podrá ser considerada propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada, con los efectos previstos en los artículos 18 y 19 del Reglamento”*.

Se trata de un precepto muy criticable y que suscita, además, muchas dudas en cuanto a su real alcance. Sin embargo, la nueva regulación establecida en la Ley de Extranjería parece ser, incluso, más restrictiva. Así, en primer lugar, el nuevo apartado 2 del Art. 63 habilita este procedimiento no sólo cuando el interesado o su representante no haga alegaciones sobre el

⁵⁵ Art. 102. *“1.Excepto en los supuestos calificados como infracción grave del artículo 53.b), cuando se trate de trabajadores por cuenta propia, o muy grave del artículo 54.1A) de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, en los que se estará a lo dispuesto en el artículo 55.2 de la misma, el acuerdo de iniciación del procedimiento se formalizará con el contenido mínimo siguiente:*

- a) Identificación de la persona o personas presuntamente responsables.*
- b) Los hechos sucintamente expuestos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción.*
- c) Instructor y, en su caso, Secretario del procedimiento, con expresa indicación del régimen de recusación de los mismos.*
- d) órgano competente para la resolución del expediente y norma que le atribuya tal competencia, indicando la posibilidad de que el presunto responsable pueda reconocer voluntariamente su responsabilidad.*
- e) Medidas de carácter provisional que se hayan acordado por el órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, sin perjuicio de las que se puedan adoptar durante el mismo de conformidad con los artículos 55 y 61 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000.*
- f) Indicación del derecho a formular alegaciones y a la audiencia en el procedimiento y de los plazos para su ejercicio.*

2. El acuerdo de iniciación se comunicará al Instructor, con traslado de cuantas actuaciones existan al respecto, y se notificará a los interesados, entendiendo en todo caso por tal al expedientado.

En la notificación se advertirá a los interesados que, de no efectuar alegaciones sobre el contenido de la iniciación del procedimiento en el plazo previsto en el artículo siguiente, la iniciación podrá ser considerada propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada, con los efectos previstos en los artículos 106 y 107 del presente Reglamento”.

⁵⁶ Esta técnica ha sido frecuentemente utilizada en los procedimientos sancionadores en materia de tráfico. Véase al respecto el trabajo de AMOEDO SOUTO, C. A., “Los “atajos” de los procedimientos sancionadores en materia de tráfico ante el Tribunal Supremo. La Sentencia de 19 de diciembre de 2000 y su doctrina legal sobre el Art. 13.2 del Real Decreto 320/1994, de procedimiento sancionador en materia de tráfico”, en *Revista de Administración Pública*, 156 (2001), 307 y ss. Más o menos con el mismo contenido puede verse este trabajo publicado en la *Revista Española de Derecho administrativo*, 113 (2002), 93 y ss.



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA**

contenido de la propuesta sino también cuando éstas no sean admitidas por improcedentes o innecesarias, de forma motivada, por el instructor las pruebas propuestas, sin cambiar la calificación de los hechos. Se convierte así la admisibilidad de las pruebas, propia de la fase de instrucción, en la clave de bóveda para decidir sobre la procedencia de este procedimiento sancionador "abreviadísimo". En el caso del Derecho de procedimiento administrativo común, incluso el más que discutible Art. 13.2 parece ser mucho más garantista por cuanto que lo que habilita la conversión del acuerdo de iniciación en propuesta de resolución es el hecho de que la iniciación contenga "un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada".

En cuanto a la admisión y rechazo de pruebas en el procedimiento administrativo sancionador común, el Art. 137.4 de la LPC y 17 del RD 1398/1993, como no podría ser de otra forma, parten de una posición muy amplia y favorable a la prueba. Conforme al Art. 137.4 LPC *"Se practicarán de oficio o se admitirán a propuesta del presunto responsable cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades. Sólo podrán declararse improcedentes aquellas pruebas que por su relación con los hechos no puedan alterar la resolución final a favor del presunto responsable"*.

El Tribunal Supremo contempla la utilidad que la prueba tenga para el esclarecimiento de los hechos como criterio decisorio para su admisión o rechazo (STS de 4 de marzo de 1997 –Ar 1860-) ⁵⁷. Ello no obstante, debe efectuarse una interpretación favorable a la utilización de los medios de prueba necesarios para la defensa, interpretación que debe seguirse para acordar su admisión (STC 1/1992).

Pero lo más importante es que con esta forma de proceder en los casos de procedimientos sancionadores de extranjería, se vulnera otro tradicional derecho de todo procedimiento sancionador como es el deber de notificación de la resolución por la que se rechacen las pruebas propuestas por los administrados, resolución que deberá de ser motivada (STC 116/1997 y STS de 26 de octubre de 1997 –Ar 6902-).

Notificación de la resolución denegatoria de la prueba propuesta que tiene la virtualidad de permitir la impugnación de este acto de trámite cuando reúna los requisitos del Art. 107.1 LPC. En este caso en el que lo que se ventila es la expulsión de un extranjero, evidentemente, estaríamos ante un acto de trámite especialmente cualificado por cuanto puede producir indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos.

Destaca, además, en este procedimiento el escaso tiempo – 48 horas- que se otorga para la realización de alegaciones. Se reduce considerablemente el plazo de 15 días para alegaciones establecido en el Art. 16.1 del RD 1398/1993 que regula el procedimiento sancionador común.

⁵⁷ Haciendo una interpretación más estricta y, por tanto, más cercana a la nueva redacción de la Ley de Extranjería, la STS de 8 de octubre de 1999 (Ar 7943) considera conforme a Derecho que no se practique prueba en el procedimiento si los hechos se encuentran debidamente acreditados. También se considera innecesaria y prescindible la prueba propuesta cuando el conjunto de pruebas acumuladas por la Administración durante la instrucción del expediente hace posible afirmar que la resolución se ha dictado en virtud de pruebas concluyentes, sin que nada permita pensar que las pruebas omitidas pudieran haber conducido a un resultado diferente (STS de 9 de octubre de 1996 –Ar 7633-).



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

Con las dificultades que, además, suelen presentar los extranjeros, un plazo tan perentorio resulta realmente ridículo.

Pero lo más grave de la nueva redacción del Art. 63.2 es que, si no lo interpreto mal, la propuesta de resolución no se notifica al inculpado sino que, directamente, se remite a la autoridad competente para resolver. Desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 29/1989 quedó suficientemente claro que la no notificación de la propuesta de resolución al inculpado supone una vulneración del derecho de defensa y a conocer la acusación del Art. 24.2 CE, vulneración no susceptible de sanación en el contencioso posterior (STC 160/1994)⁵⁸.

Puede que la nueva redacción del precepto se ampare en la doctrina de la más que discutible STS de 19 de diciembre de 2000 (RA de 2001/2617)⁵⁹. En esta sentencia se declara que no es preceptiva la notificación de la propuesta de resolución:

- a) Cuando el interesado no haya formulado alegaciones sobre el contenido del boletín de denuncia que inicia el procedimiento; y
- b) Cuando, habiéndolas formulado, no se tengan en cuenta otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas en su caso, por el interesado.

Se trata de una sentencia muy importante por cuanto que se dicta en virtud de un recurso de casación en interés de la Ley con el objetivo de aclarar el alcance del Art. 13.2 del Reglamento sancionador de tráfico que, con matices, recoge la misma doctrina que el 13.2 que el RD1398/1993.

La Sentencia es más que criticable como ha destacado certeramente AMOEDO SOUTO⁶⁰ porque vulnera las garantías y derechos constitucionales amparándose, en definitiva, en un entendimiento erróneo o exagerado del principio de eficacia de la Administración que pone en peligro el principio de legalidad y las garantías procedimentales del Derecho público.

No obstante, además de la ya citada, existe otra corriente jurisprudencial más garantista que considera una exigencia ineludible y esencial la notificación siempre de la propuesta de resolución, dada su conexión con el derecho fundamental a la defensa, considerando nulo en todo caso el acto sancionador si no ha venido precedido de este trámite ineludible (STS de 22 de abril de 1999 –Ar 3433-).

VII. LA NO NECESIDAD DE AUDIENCIA EN LA DECLARACIÓN DE CADUCIDAD DE LAS INSCRIPCIONES EN EL PADRÓN MUNICIPAL.

⁵⁸ Así lo establece el Art. 19 del RD 1398/1993.

⁵⁹ Ponente GONZÁLEZ NAVARRO.

⁶⁰ En “Los atajos...”, cit. Anteriormente, 335.



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

El Art. tercero de la LO 14/2003 modifica la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de Régimen Local. Concretamente, se modifican los Arts. 16 y 17 de la Ley y se incorpora una nueva disposición adicional.

La modificación que más nos interesa destacar es la introducción de dos nuevos párrafos en el apartado 1 del artículo 16, a continuación del ya existente, que quedan redactados de la siguiente forma:

*"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.**"*

Se introduce, por tanto, en la Ley de extranjería una modificación del régimen común de la caducidad en los procedimientos administrativos iniciados a instancia de interesado. La caducidad del procedimiento es un supuesto de terminación anormal del procedimiento, exclusivamente aplicable en los instados por el particular y para penalizar aquellas paralizaciones exclusivamente a él imputables. La LPC en su Art. 92 apartados 1 y 2 impone ciertas garantías para el particular⁶¹:

- a) la previa intimación de la Administración para que realice los actos sin los cuales el procedimiento queda paralizado.
- b) Que tales actos sean efectivamente imprescindibles para proseguirlo,
- c) La advertencia, al intimarle, de que transcurridos tres meses se producirá la caducidad.

Por tanto, en el régimen común del procedimiento administrativo, el mero transcurso del tiempo no es suficiente para presumir que el interesado debido a su inactividad provoque el abandono del procedimiento, sino que para que opere la caducidad ha de mediar también indispensablemente el requerimiento administrativo de que proceda a reanudar su actuación en el expediente con la advertencia de decretarse de no hacerse, la caducidad (STS, entre otras, de 17 de julio de 1982 –Ar 5452-). Además, como cabe deducir del Art. 92.2, no toda inactividad del administrado permite una declaración de caducidad del expediente, es preciso que se trate de una inactividad imputable al mismo y que impida entrar en el fondo del asunto. No es procedente, por ello, declarar la caducidad del expediente cuando el administrado ha sido requerido para hacer algo superfluo o cuando, existe una discrepancia entre aquél y la Administración respecto a la necesidad de presentar determinada documentación (STS de 14 de octubre de 2002 –Ar 9122-).

⁶¹ GARRIDO FALLA, F., y FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M^a., *Régimen jurídico...*, cit. Anteriormente, 325.



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

Sin embargo, a partir de la reforma introducida por la LO 14/2003, en los procedimientos administrativos de inscripción en el Padrón Municipal de extranjeros, la “inactividad” del particular para la renovación de la inscripción cada dos años, podrá dar lugar a una declaración de caducidad del expediente sin audiencia previa del interesado.

No es este el lugar más adecuado para realizar un estudio exhaustivo de lo que el trámite de audiencia significa en el procedimiento administrativo. Recordar tan sólo que la importancia del mismo justifica su reconocimiento constitucional en el Art. 105 c), precepto que entronca directamente con el Art. 24.1 CE que impide la indefensión en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos. No obstante, el propio tenor literal de este precepto constitucional establece un límite al reconocimiento de este trámite en todo procedimiento administrativo, así la audiencia al interesado será imprescindible “cuando proceda”.

Hay, por tanto, una remisión a la legislación ordinaria para determinar la exigencia o no del trámite de audiencia. En el procedimiento administrativo común, el Art. 84 de la LPC es el encargado de establecer el régimen general del trámite de audiencia. En el apartado 4 de este precepto se establece que se podrá 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.

Precisamente, la caducidad es una forma anormal de terminación del procedimiento en la que lo que se produce es una inactividad, un no hacer por alguna de las partes de la relación jurídico administrativa, en este caso del administrado. Resulta, por tanto, bastante conveniente la exigencia de este trámite de audiencia para este tipo de procedimientos ya que la falta de solicitud de renovación de la inscripción en el padrón puede deberse a muchas y variadas razones y no sólo a la negligencia del extranjero.

La jurisprudencia del TS ha tenido ocasión en reiteradas ocasiones de pronunciarse sobre los efectos que produce la supresión del trámite de audiencia, equilibrándola con la aplicación de otros principios procedimentales como el espiritualista y el de economía procesal. La STS de 27 de marzo de 1989 –Ar 2534- señala que la clave para la armonización de estos principios, aparentemente contrapuestos nos la da la finalidad del primero de ellos, el de audiencia, que no es otra que la de salvaguardar la garantía del administrado, frente a la actuación de la Administración, razón por la cual, cuando esta garantía, y la expectativa que la misma ofrece, se consigue efectivamente no es necesario decretar nulidades, si éstas sólo han de servir para dilatar la resolución de la cuestión de fondo, sin influencia alguna en su sentido”⁶².

Para que la omisión del trámite de audiencia sea una causa invalidante del acto que se dicte es preciso que se produzca una indefensión real (no formal) y efectiva en los interesados (STS de 18 de marzo de 2002 –Ar 1900-). Lo que el Art. 24.1 de la CE protege es supuestos de

⁶² En el mismo sentido la STS de 13 de marzo de 1997 (Ar 2053).



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

indefensión material en los que se haya podido razonablemente causar perjuicio al recurrente (STS de 29 de noviembre de 1995 –Ar 161-).

En una interpretación todavía más estricta por parte del TS, se afirma que la supresión de este trámite no es sino un vicio de legalidad ordinaria, no constitucional centrada en torno al derecho a la tutela judicial efectiva (STS de 6 de febrero de 2000 –Ar 1552-), pues no se causa indefensión (STS de 25 de febrero de 2000 –Ar 1224-).

En definitiva y como decíamos al principio, la nueva regulación de los procedimientos de extranjería llevada a cabo por la Ley Orgánica 14/2003 abre una importantísima brecha al procedimiento administrativo común, tratando de solucionar algunos de los problemas que plantea un fenómeno tan importante como la inmigración haciendo desaparecer, sin suficiente justificación, algunos de los más importantes derechos y garantías de todo administrado en nuestro país, sea nacional o extranjero.



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

CUATRO.- PRECEPTOS QUE SE REFIEREN A LA DEVOLUCIÓN Y EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

[La fundamentación de este apartado se ha elaborado con las aportaciones de los miembros de la Subcomisión de Extranjería del CGAE y Equipo Jurídico de Málaga Acoge.]

Artículo Primero Apartado 31, que modifica el apartado 5 del artículo 59 e incorpora un nuevo apartado 6 de 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.

Apartado 34, que introduce un nuevo apartado 3 en el artículo 64 de 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.

Artículo 58, apartado 5

Cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, se solicitará a la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión.

Artículo 58, apartado 6

La devolución acordada en el párrafo a) del apartado 2 de este artículo conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la resolución de expulsión quebrantada. Asimismo, toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años.

Artículo 64 apartado 3

Cuando el extranjero sea detenido en territorio español y se constate que contra él sea dictada una resolución de expulsión por un estado miembro de la Unión Europea, se procederá a ejecutar inmediatamente la resolución, sin necesidad de incoar un nuevo expediente de expulsión.

La actual reforma de la LOEXIS en cuanto a la medida objeto de estudio, la **DEVOLUCIÓN (tentativa de entrada)** de los que pretenden entrar ilegalmente en nuestro país, ha modificado sustancialmente esta figura en cuanto a sus efectos jurídicos y materiales. Además de la salida obligatoria del extranjero del territorio español, se le impone la PROHIBICIÓN DE ENTRADA en España por un plazo máximo de tres años, pudiendo adoptarse como medida cautelar su internamiento. La primera consecuencia que se deriva de la nueva



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

redacción de este artículo, es la similitud de la devolución con la medida de expulsión en cuanto a sus efectos jurídicos y materiales. La única diferencia formal que subyace entre ambas actuaciones administrativas incide en el procedimiento a seguir, que en el supuesto de la devolución se adopta al margen de la instrucción del correspondiente expediente sancionador, desde luego más garantista, que en el supuesto de que el extranjero sea detenido dentro del territorio nacional en situación de ilegalidad (orden de expulsión).

Esta identidad en ambas figuras con excepción del procedimiento a seguir en cada caso (¿procedimiento? sumario en la devolución mientras que en la expulsión se respeta el derecho de defensa, dándose audiencia al interesado antes de acordar su expulsión), nos obliga a analizar la propia naturaleza de los efectos que despliega la orden de devolución del extranjero que pretende entrar ilegalmente en nuestro país, en cuanto a determinar si nos encontramos ante una verdadera sanción administrativa, como en el caso de las órdenes de expulsión.

Según la teoría general del derecho, son sanciones administrativas todas aquellas consecuencias que se derivan del incumplimiento de normas de derecho administrativo, y en donde hay un ejercicio o manifestación del *ius puniendi* del Estado (STC 76/1990 de 19 de diciembre de 1991). Desempeñan por tanto una función de castigo, como consecuencia asociada a la realización de una infracción administrativa, cualquiera que sea su clase. Requisito necesario es que su contenido sea perjudicial para el destinatario, que cumpla una función represiva o punitiva, pues ha de tener una incidencia negativa que ha de entrañar una privación o restricción de derechos, bienes, valores, o cualquier ventaja o el surgimiento de nuevos deberes, para restablecer el orden jurídico vulnerado.

Como ha señalado el TS en la sentencia de 27 de marzo de 1998, la sanción representa a su vez el reproche de haber incurrido en una conducta ilícita o incriminable, reproche que sólo es posible predicar del sujeto sancionado y únicamente respecto a él ha de producir efecto.

Aplicada esta argumentación teórica a la nueva regulación de la devolución del extranjero que pretende entrar ilegalmente en territorio nacional, la reforma de la LO 14/2003 con respecto a esta medida, encubre una verdadera sanción dada su finalidad y su función, que pretende ejecutarse sin garantías para el extranjero.

Debemos considerarla como así por varios motivos. Aunque esta medida no está incluida en el catálogo de sanciones del artículo 55 de la LOEXIS, si está comprendida dentro del Título III de la ley, denominado *De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador*, al igual que la expulsión (artículos 57 y 58 del mismo texto). En segundo lugar, la reforma de la ley dota a esta medida específicamente de una serie de efectos que en la anterior regulación no se contemplaban, pues únicamente se procedía a determinar la salida obligatoria del extranjero del territorio español. Sin embargo en el nuevo articulado, el legislador introduce expresamente el término jurídico prohibición, lo cual es muy significativo, pues el verdadero contenido de la sanción es la prohibición, que en este caso lleva aparejada un efecto punitivo,



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

como es la imposibilidad de entrar en territorio nacional durante un plazo predeterminado. No cabe duda que esta prohibición es restrictiva del derecho genérico a la libertad, pues limita la libertad ambulatoria del extranjero por un periodo máximo de tres años, impidiendo durante un cierto tiempo realizar una actividad que de no existir la sanción podría acometer el sujeto. Por ello la adopción de este acto administrativo debería ajustarse a los principios tanto sustantivos (exigencia de culpabilidad del sancionado), como procedimentales (instrucción de un verdadero procedimiento sancionador con trámite de audiencia del extranjero), en tanto que la prohibición de entrada en territorio nacional supone una medida restrictiva de derechos que se impone como consecuencia de una infracción de la Ley.

En definitiva, si como tiene ampliamente reconocida la jurisprudencia, la expulsión del extranjero irregular ha de considerarse una sanción (sentencias del Tribunal Constitucional, 116/1993 de 29 de marzo, 24/2000 de 31 de enero, STC 94/1993 de 22 de marzo), no es de recibo aplicar un tratamiento jurídico diferente a la devolución del extranjero que pretende entrar ilegalmente en nuestro país, pues en ambos casos las dos medidas despliegan los mismos efectos jurídicos sobre el imputado, discriminándose sin ningún tipo de justificación material entre el procedimiento a seguir en los supuestos de irregularidad sobrevenida (los que habiendo entrado legalmente en territorio nacional, incurren luego en situación o estancia irregular) y la tentativa de entrada de manera ilegal.

Por lo tanto la imposición de una sanción, como es la prohibición de entrada en España durante tres años, requerirá un acuerdo administrativo motivado, que sólo puede acordarse en el seno de un procedimiento administrativo (STC 18 de diciembre de 2000: *La imposición de toda sanción exige la declaración de culpabilidad en un procedimiento sancionador, en donde el afectado pueda alegar lo que a su defensa considere conveniente, sin que en ningún caso se produzca vulneración del art. 24.2 CE.*). De una parte como garantía de los derechos del extranjero incurso en una infracción administrativa, y de otra como instrumento de control de la actuación administrativa.

Este ejercicio de la potestad sancionadora está ligado a la exigencia constitucional del respeto a los principios contenidos en los artículos 24 (principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, proporcionalidad y presunción de inocencia) y 25 de la CE (reconoce la potestad administrativa de sancionar, manifestación del ius puniendi del estado tanto por vía penal como por vía administrativa) sin que en ningún caso se produzca indefensión. Así lo ha declarado la STC de 8 de junio de 1981, desde la que ya quedó afirmada y asentada la identidad de principios entre las sanciones administrativas y las sanciones penales. Por lo que es lícito la aplicación de las garantías materiales y procesales que se deducen de estos dos artículos (STC 23/05/2002).

Lo contrario, aceptar la imposición de una sanción administrativa por razones de orden público, sin observar procedimiento alguno, sin hacerse oír, y por tanto sin posibilidad de



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

defensa previa a la toma de decisión, a los extranjeros que pretenden entrar irregularmente en el país, supuestos en los que la ley no prevé la incoación del correspondiente procedimiento administrativo, sino que la devolución se lleva a efecto por procedimiento sumario, sería admitir las sanciones de plano, que han sido negadas expresamente por el TC en su sentencia 18/1981 de 8 de junio. Lo que conduce a la conclusión inequívoca de que la administración no puede imponer sanciones con ocasión de su ejercicio sin observar las garantías de procedimiento antes expuestas (respeto a los valores constitucionales recogidos en los artículos 24 y 25 de la CE). En este sentido el procedimiento de la devolución debe de realizarse con las mismas garantías jurídicas que la expulsión, al desplegar los mismos efectos jurídicos sobre el imputado.

De existir ese procedimiento, dado que estamos ante una sanción, deben regir los principios inspiradores de la potestad sancionadora de la administración:

-Proporcionalidad (art. 13.3 LRJAP y PAC) que se concreta en la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada; la reiteración o intencionalidad; los perjuicios causados; la reincidencia. En la Ley de Extranjería esta proporcionalidad supone: graduar las infracciones y sanciones, aplicar la multa como principal sanción y la expulsión solo para supuestos que exijan una respuesta contundente (evidentemente siempre con procedimiento aunque sea preferente, dando oportunidad de defenderse).

-Legalidad (art. 127.1 LRJAP y PAC y art. 25 C.E.), es decir que la potestad sancionadora se ejercerá cuando lo prevea una norma con rango de ley con aplicación del procedimiento previsto.

-Non bis in idem (art. 25.1 C.E. y art. 133 LRJAP y PAC).

-Responsabilidad y presunción de inocencia (art. 130 LRJAP y PAC y art. 24 C.E.).

Todos ellos apuntan a la existencia de audiencia del interesado.

La ausencia de procedimiento prevista por la LOEXIS puede vulnerar el artículo 105 c de la CE que, interpretado por el Tribunal Constitucional, exige el trámite de audiencia para el caso de actos administrativos sancionadores, ya que no cabe duda de que nos encontramos ante actos administrativos de gravamen o restrictivos de derechos, que representan una consecuencia negativa para el extranjero.

Antes de dictar un acto, la administración debe de cumplir una serie de trámites impuestos por la propia constitución o por la legislación ordinaria, que se corresponden



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

estrictamente con derechos de los particulares, como el **derecho de audiencia** de los interesados (artículo 105 de la CE), en este sentido se pronuncia la **STC 31/01/2000**.

A mayor abundamiento, este trámite de audiencia está previsto en el artículo 25 del Reglamento de Ejecución de la Ley de Asilo aprobado por Real Decreto 203/95 de 10 de febrero y en la orden europea de detención y entrega, Ley 3/2003, de 14 de Marzo, BOE 65/2003 de 17 de Marzo, en su artículo 14.

Por ello proceder a la devolución con prohibición de entrada y medida cautelar de internamiento, sí como ejecutar una resolución de expulsión de otro estado miembro de la Unión Europea sin posibilitar ni, tan siquiera, la audiencia del interesado, es manifiestamente inconstitucional.

Igualmente la falta de procedimiento y de audiencia podría constituir una vulneración de los arts. 24 y 14 de la C.E. El primero porque consagra el derecho a la defensa efectiva y el derecho a la presunción de inocencia; el segundo porque estaría discriminando a los extranjeros por razón de la forma de entrada en nuestro país y del momento es que es sorprendido en nuestro territorio.

*La **STC 01/04/1982**, declara que la *presunción de inocencia es un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y es de aplicación inmediata, y debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos.**



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

CINCO.- PRECEPTO QUE SE REFIERE A CENTROS DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS

Artículo Primero Apartado 32, que introduce el artículo 62 quinquies, referido a Medidas de seguridad en Centros de internamiento de extranjeros.

[La fundamentación de este apartado se ha elaborado con las aportaciones de los miembros de la Subcomisión de Extranjería del CGAE, y Equipo Jurídico de Málaga Acoge]

Con relación a la regulación establecida en la nueva Ley Orgánica 14/2003 en materia de internamiento de los extranjeros, se trata de una regulación escasa y demasiado general que puede plantear numerosos problemas de interpretación o situaciones de vacío legal en la práctica. Todo esto generaría una gran inseguridad jurídica en torno al internamiento de extranjeros como consecuencia de un expediente de expulsión, medida esta que afecta a la libertad y la seguridad de las personas, este derecho fundamental se encuentra consagrado en el art. 17 de la C.E, primordial y máximo exponente como valor superior del ordenamiento jurídico.

Así, concretamente, el nuevo art. 62 quinquies, relativo a las medidas de seguridad, en su apartado 2º establece que se podrán utilizar medios de contención física personal o separación preventiva del agresor en habitación individual. Se trata de sanciones que afectan a derechos fundamentales más allá de la restricción del derecho a la libertad deambulatoria que conlleva la medida de internamiento, por lo que se hace necesario su minuciosa regulación a través de una ley orgánica, tal y como se contiene en la Ley Orgánica General Penitenciaria en sus arts. 41 y 42 1 y 2., dando así debido cumplimiento al mandato constitucional contenido en el art. 25.1 CE.

Efectivamente, el precitado art. 62 quinquies establece determinados supuestos en los que podría hacerse uso de medidas de seguridad, concretamente medios de contención física y separación preventiva, pero no establece qué gravedad deben tener las actuaciones de los extranjeros internados para la aplicación de tales medidas. Por el contrario, encontramos como en la LOGP se encuentra minuciosamente regulada la sanción de aislamiento, a la que se refieren los arts. 42.4 y 43, en los que expresamente se establece:

“Art. 42. 4. La sanción de aislamiento en celda sólo será de aplicación en los casos en que se manifieste una evidente agresividad o violencia por parte del interno, o cuando éste reiterada y gravemente altere la normal convivencia en el centro. En todo caso, la celda en que se cumple la sanción deberá ser de análogas características que las restantes del establecimiento.

Art. 43. 1. La sanción de aislamiento se cumplirá con informe del Médico del establecimiento, quien vigilará diariamente al interno mientras permanezca en



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

esa situación, informando al Director sobre su estado de salud física y mental y, en su caso, sobre la necesidad de suspender o modificar la sanción impuesta.

2. En los casos de enfermedad del sancionado, y siempre que las circunstancias lo aconsejen, se suspenderá la efectividad de la sanción que consista en internamiento en celda de aislamiento, hasta que el interno sea dado de alta o el correspondiente órgano colegiado lo estime oportuno, respectivamente.

3. No se aplicará esta sanción a las mujeres gestantes y a las mujeres hasta seis meses después de la terminación del embarazo, a las madres lactantes y a las que tuvieran hijos consigo.

4. El aislamiento se cumplirá en el compartimento que habitualmente ocupe el interno, y en los supuestos de que lo comparta con otros o por su propia seguridad o por el buen orden del establecimiento, pasará a uno individual de semejantes medidas y condiciones.

Igualmente, se establece un **plazo máximo de aislamiento de 14 días**, en la letra a) del número 2 del art. 42. Este plazo podrá incrementarse en la mitad de su máximo en los casos de repetición de la infracción (Art. 42.3 de la LOGP). En el supuesto de que el interno cometiese dos o más faltas el límite máximo, en caso de aislamiento en celda será de 42 días consecutivos, según establece el Art. 42.5. El art. 62 quinquies, sin embargo, no hace referencia al plazo máximo que se podría mantener la separación preventiva en habitación individual.

Del mismo modo, tampoco se regula en la Ley Orgánica 14/2003 el régimen de recursos o quejas posibles respecto a las sanciones impuestas a los internos. Esto se encuentra en la LOGP en su art. 44, relativo a órganos, información, defensa de los internos y recursos. En este artículo se establece como norma general el efecto suspensivo de los recursos contra resoluciones sancionadoras salvo que se trate de indisciplina grave y la corrección no pueda demorarse; así como el carácter preferente y sumario de los recursos interpuestos en caso de aislamiento. Lo expuesto supone una clara vulneración del art. 24 de la CE.

Este mismo artículo en su apartado 2º garantiza que ningún interno podrá ser sancionado sin ser informado previamente de la infracción que se le atribuye y sin permitírsele presentar su defensa verbalmente o por escrito. El artículo 62 quinquies no hace referencia alguna al derecho de audiencia ni a la existencia de un procedimiento administrativo sancionador. Esto atentaría contra el artículo 105.c) de la CE, en tanto en cuanto establece que la ley debe garantizar cuando proceda la audiencia del interesado, al hablar de los procedimientos administrativos. Según jurisprudencia reiterada del TC, la audiencia al interesado sería preceptiva cuando estemos ante un procedimiento administrativo sancionador del que se deriven sanciones restrictivas de derechos individuales. La LOGP en su Art. 42.4 al referirse al aislamiento en celda



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

lo denomina sanción y es obvio que limita el derecho a la libertad más allá de la medida de internamiento, que limita únicamente la libertad deambulatoria.

El TC en su sentencia 115/87 deja claro que el extranjero no puede tener limitado otro derecho que no sea de los ya limitados por su situación de detención (libertad deambulatoria), aislándolos de los demás internos sin que por ley orgánica se establezca de forma clara las situaciones en que el aislamiento es posible, los derechos de los aislados, las garantías, condiciones y plazos del aislamiento, los recursos, la autoridad competente para revisar los acuerdos, etc. Nos encontramos con una regulación menos garantista y más parca que la prevista en la LOGP.

Entendemos conforme a lo anterior, que la nueva redacción dada por la Ley, deja en situación de desamparo a los internos, ante la limitación de uno de los derechos primordiales y máximo exponente como valor superior del ordenamiento jurídico como lo es la libertad y la seguridad de las personas, consagrado en el art. 17 de la C.E., considerando conculcados los derechos fundamentales en el sentido que a continuación se exponen:

-Art. 9.3 C.E., en cuanto consagra, entre otros, la seguridad jurídica, así como la responsabilidad e interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos, en el sentido que la casi ausente regulación hace quebrar estos derechos por su imprecisión y falta de determinación de acciones concretas.

-Art. 15 C.E., en relación con el derecho a la integridad física y moral, de cara a las medidas de seguridad contenidas en la ley, en conexión con los amplios poderes de intervención dados a los funcionarios de la policía, y ello sin establecer los procedimientos adecuados en garantía de los derechos de los internos.

-Art. 17 en relación con el 25.3 de la C.E, en cuanto la parca regulación deja la puerta abierta a situaciones que pueden incurrir con amplitud en la vulneración de los derechos a la libertad y a la seguridad, con ausencia absoluta de los procedimientos adecuados para la adopción y regulación de las consecuencias que la limitación de la libertad conlleva consigo.

-Art. 106 C.E., en cuanto sometimiento al control por los Tribunales de la legalidad de la actuación administrativa.

-Art. 24 C.E, derecho a una tutela judicial efectiva, pues consideramos que según la regulación dada a los centros de internamiento en la nueva ley, los internos se encuentran claramente en una situación de indefensión permanente, pues están a cada momento en manos de las decisiones adoptadas por los funcionarios de la policía sin que en ningún momento se regule adecuadamente el derecho a un procedimiento con todas las garantías, de forma análoga al proceso penal, con las consecuencias y perjuicios que ello conlleva.



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

-Art. 105 C.E., en tanto en cuanto la Ley debe establecer cuando proceda la audiencia al interesado en los procedimientos administrativos.

**SEXTO.- PRECEPTO QUE SE REFIERE A LA OBLIGACIÓN DE PRESENTACIÓN
“PERSONAL” DE LAS SOLICITUDES**

Artículo Primero Apartado 38, que introduce una nueva disposición adicional tercera, que introduce la obligación de presentación personal de las solicitudes y restringe los lugares de presentación de las mismas.

[La fundamentación de este apartado se ha elaborado con las aportaciones de los miembros de la Subcomisión de Extranjería del CGAE, y Equipo Jurídico de Málaga Acoge]

LA INCOMPRESIBLE E IRREGULAR APARICIÓN DEL ADVERBIO “PERSONALMENTE” en la Disposición Adicional Tercera de 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; por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre y por la Ley Orgánica de Reforma.

Uno de los elementos fundamentales de la enésima reforma de la Ley de Extranjería es la obligatoriedad de comparecencia personal del extranjero ante las administraciones públicas para cuantos trámites sean precisos en relación a las autorizaciones de residencia y trabajo. Esta obligatoriedad aparece, como por arte de magia en el texto publicado en el BOE de 21 de Noviembre del 2003, sin que haya sido objeto de debate, ni decisión en el pleno del Congreso de los Diputados, sustrayendo a los representantes de la voluntad popular su debate.

1) PROYECYO DE LEY

El día 20 de junio de 2003, el BOC Congreso publica el PROYECTO DE LEY 121/000160 Orgánica de reforma de 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; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local; y de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Por el artículo Treinta. Se introduce una nueva disposición adicional tercera, que queda redactada de la siguiente forma:



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

"Disposición adicional tercera. Lugares de presentación de las solicitudes y exigencia de comparecencia personal.

*1. Cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español habrá de presentar **personalmente** las solicitudes relativas a las autorizaciones de residencia y de trabajo en los registros de los órganos competentes para su tramitación. Igualmente, en los procedimientos en los que el sujeto legitimado fuese un empleador, las solicitudes podrán ser presentadas por éste, o por quien válidamente ostente la representación legal empresarial.*

2) ENMIENDAS AL PROYECTO. LAS ENMIENDAS DEL GPS

El BOC Congreso Diputados del día 17/9/2003 publica las enmiendas al Proyecto, entre otras la ENMIENDA NÚM. 150 del Grupo Parlamentario Socialista Al artículo primero, apartado treinta, disposición adicional tercera 1 y 2

De modificación.

Se propone la modificación de los apartados 1 y 2 que quedan redactados de la forma siguiente:

«1. Cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español, las solicitudes relativas a las autorizaciones de residencia y de trabajo se presentarán en los registros de los órganos competentes para su tramitación.

MOTIVACIÓN

En aras a una mayor agilidad de los trámites en las autorizaciones, cabe admitir especialidades del procedimiento administrativo en cuanto a los **lugares de presentación** de las mismas, sin embargo, parece menos razonable exigir la comparecencia personal el recurso a un representante puede ser la única fórmula viable cuando por ejemplo, en el caso de residencia en el extranjero, la Misión diplomática u Oficina consular más próxima puede hallarse a miles de kilómetros de distancia de la residencia del solicitante.

Como se comprueba la enmienda presentada elimina la obligatoriedad de la presentación mediante comparecencia personal, lo que se motiva al parecer "*menos razonable*", calificativo jurídico en nuestro criterio tremendamente liviano al afectar a un derecho subjetivo fundamental del trabajador extranjero y quebrar el régimen administrativo general u ordinario.

3) EL INFORME DE LA PONENCIA



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

El BOC Congreso de 22 de septiembre de 2003, publica el Informe de la Ponencia para ser elevado a la Comisión Constitucional que en su página 120 señala

“La Ponencia, después de analizar las enmiendas presentadas, acuerda proponer a la Comisión la aprobación de todas las enmiendas del Grupo Popular y todas las del Grupo Socialista, si bien las números 138, 141, 145, 150 y 157 de este último con un texto transaccional con alguna de las enmiendas presentadas por otro Grupo o con alguna modificación que se plantea de acuerdo con el Grupo Popular”.

En concreto el texto de la Disposición Adicional Tercera queda como sigue:

Treinta. Se introduce una nueva disposición adicional tercera que queda redactada de la siguiente forma:

«Disposición adicional tercera. Lugares de presentación de las solicitudes y exigencia de comparecencia personal.

1. Cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español, las solicitudes relativas a las autorizaciones de residencia y de trabajos se presentarán en los registros de los órganos competentes para su tramitación.

Como se ve, tras la transacción, ya no aparece el adverbio *“personalmente”*

4) EL DEBATE EN LA COMISION CONSTITUCIONAL

En la Sesión de la Comisión Constitucional desarrollado el martes 23 de septiembre de 2003, recogido en el Diario de Sesiones del Congreso de Diputados N° 817, pp 25710 y ss, en primer lugar se procede a ratificar la Ponencia (p. 25710) y a continuación se procede al debate del texto del Proyecto de Reforma.

“El Sr. Presidente da cuenta a la Comisión de que la ponencia ha acordado aceptar las siguientes enmiendas: todas las del Grupo Popular; la número 133, sin embargo, se acepta pero, como pretende una reestructuración numérica, la ponencia remite su aplicación al final del debate parlamentario en el Congreso; todas las del Grupo Socialista, excepto las números 138, 141, 145, 150 y 157, que han sido transaccionadas; (...)”

El Diputado del grupo Socialista, señor **PEDRET I GRENZNER**, señala:

“El trámite no es habitual en cuanto que mi grupo parlamentario no mantiene en este momento ninguna enmienda viva, puesto que de las 24 presentadas 20 han



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

sido aceptadas en su literalidad en el trámite de ponencia y 4 han sido objeto de transacción, aceptada por nuestra parte, y constan así en el informe de la ponencia.”

Finalmente, se produce la votación del dictamen:

“Votamos el dictamen con las enmiendas incorporadas; hay una corrección técnica a la disposición adicional tercera que no hace falta votar, porque es simplemente una corrección técnica.

Efectuada la votación, dio el siguiente resultado: votos a favor, 35; en contra, uno; abstenciones, dos.

*El señor **PRESIDENTE**: Queda aprobado.”*

3) DICTAMEN DE LA COMISION CONSTITUCIONAL

El Texto aprobado se publica en el BOC del Congreso el 29 de septiembre de 2003 con el siguiente texto

«Disposición adicional tercera. Lugares de presentación de las solicitudes y exigencia de comparecencia personal.

1. Cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español, las solicitudes relativas a las autorizaciones de residencia y de trabajos se presentarán en los registros de los órganos competentes para su tramitación. Igualmente, en los procedimientos en los que el sujeto legitimado fuese un empleador, las solicitudes podrán ser presentadas por éste, o por quien válidamente ostente la representación legal empresarial.

La ponencia estaba integrada por las siguientes personas: doña María Ángeles Muñoz Uriol, doña Ana Torme Pardo y don José Antonio Bermúdez de Castro, por el Grupo Parlamentario Popular; doña Consuelo Rumí Ibáñez y don Jordi Pedret i Grenzner, por el Grupo Parlamentario Socialista; Carles Campuzano i Canadés, por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió); Luis Carlos Rejón Gieb, por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida; Josu Inaki Erkoreka Gervasio, por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV); Paulino Rivero Baute, por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria y por el Grupo Parlamentario Mixto, José Antonio Labordeta Subías. En el caso del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, el señor Rejón fue sustituido por el señor Alcaraz y, en el caso del Grupo Canario, el señor Rivero, por el señor Mardones.

4) PLENO DEL CONGRESO



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA

El Dictamen, en la redacción señalada, es el texto que se comete a votación del Congreso. Como se comprueba, el texto no recoge la obligatoriedad de presencia personal, sino solo la obligatoriedad de presentar las solicitudes ante los registros de los órganos competentes para su tramitación, especialidad ya más que sospechosa y radicalmente contraria a la Ley 30/92 que regula el Régimen Jurídico de las administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común.

El Pleno del Congreso de los Diputados, en fecha 2 de Octubre, según publica el BOCG de 6 de Octubre, Serie A nº 160-9, aprobó por el procedimiento de urgencia y según manifiesta textualmente “el Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la ley Orgánica 4/2000....., **sin modificaciones con respecto al texto del Dictamen de la comisión, publicado en el BOCG serie A nº 160-8 de 29 de Septiembre del 2003**”, Es decir, sin la obligatoriedad de la presencia personal en esa controvertida disposición Adicional Tercera, apartado 1º. Esa es la voluntad manifestada por nuestro legislador en el Congreso de los Diputados, que al emitir su voto tienen el dictamen de la comisión constitucional, que aprueban sin introducir ninguna modificación.

Y es el Texto que se remite al Senado para continuar la tramitación parlamentaria..

En ese sentido, con fecha 10 de Octubre del 2003 el BOCG Senado, nº 160 (a), publica el texto remitido por el Congreso de los Diputados, sin que tampoco conste en dicho texto la obligatoriedad de personación del extranjero ante las administraciones públicas

5) CORRECCION DE ERRORES

El 15 de Octubre del 2003, cuando el Senado publica el BOCG con el nº 160 c) una **corrección de errores** del texto remitido por el Congreso, donde se produce la “aparición” de la obligatoriedad de comparecencia persona, curiosamente, y según se dice, porque “se ha comunicado por el Congreso de los Diputados la existencia de un error en el mismo”, publicándose entonces la redacción última que ahora tiene la Disposición Adicional Tercera en su apartado primero.

Curiosamente esa presunta, por ser muy generosos, corrección de errores no se publica en el Congreso de los Diputados hasta un día después de hacerlo el senado, pese a haberse producido el error en su sede, ¡Que diligencia la del Senado!.

En efecto, es el 16 de octubre de 2003, cuando el BOC Congreso publica una corrección de errores en la que se vuelve al Texto del Proyecto modificado en el trámite parlamentario de la Comisión Constitucional y que por tanto no fue votado ni debatido por el Pleno.

1. Cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español habrá de presentar **personalmente** las solicitudes relativas a las autorizaciones de



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

residencia y de trabajo en los registros de los órganos competentes para su tramitación

En el que como se observa aparece de nuevo el adverbio “personalmente” , modificación sustancial de hondo calado pues supone la quiebra de la Ley de Procedimiento Administrativo en materia de presentación de solicitudes y que no fue debatida por el Pleno del Congreso, ya que en el texto remitido no aparecía.

6) EL TEXTO DEFINITIVO

De ahí en adelante ya se sabe, el senado aprueba el texto remitido por el Congreso, incluida esa ¿corrección de errores?, sin ningún tipo de modificación, lo que permite enviar del senado directamente el texto al BOE, eso sí, con la subsanación de ese pequeño lapsus, al parecer inocuo para nuestro legislador, y que supone un giro radical en la tramitación de los procedimientos administrativos, configurando para el extranjero, en este y otros preceptos, una relación especial de sujeción, apeándolo de la Ley 30/92 que regula el procedimiento administrativo común para aplicarle normas procedimentales específicas, como es la imposibilidad de actuación mediante representación, casi nada.

Cualquier pequeña comunidad de propietarios, asamblea de una humilde Ong, o de un Colegio profesional, no hubiera podido admitir tamaña barbaridad, es decir, que los comuneros, socios o colegiados, al votar tuviesen en cuenta un texto, donde la redacción de un precepto, en un elemento fundamental, fuese diferente a la que luego se dijese aprobado por vía de corrección de errores, no además del pleno de ese órgano, sino de la comisión que redactó el texto que se votó.

Sin embargo parece que los padres de la patria están por encima del bien y del mal, y de las más elementales reglas del juego. ¿Qué pensará un Diputado que al votar sobre un texto, viese que posteriormente ese texto por vía de corrección de errores ha sido modificado? ¿Dónde está ahí el respeto a la voluntad popular representada en nuestro Diputados?, ¿Dónde está el respeto alas reglas democráticas del juego?.

Claro que de haberlo hecho bien, el Senado debió corregir el texto del Congreso, introducir por vía de enmienda ese inciso “personalmente” que el Congreso obvió, si es que esa era la voluntad mayoritaria de esa cámara, y tras su aprobación regresar el texto al Congreso, para ratificar o no esa enmienda introducida en el Senado. Pero actuar correctamente hubiera supuesto un atraso en los planes del Gobierno, y claro esa voluntad está por encima de la de cualquier otro poder del Estado, incluso el del Legislativo.

El respeto que merecemos los ciudadanos, y también, como no, nuestros representantes, hacen que actuaciones como esas sean del todo punto rechazable, si quieren que les



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

respetemos, respétennos ustedes también, y con tamaña falta de rigor en cuento alas reglas democráticas del juego nos lo ponen difícil. Ya es la segunda vez que en dos leyes de extranjería omiten o aparecen preceptos o incisos fundamentales, recuerden los del artículo 1 que preveía la aplicación de las normas más beneficiosas de la Ley de extranjería a los sujetos a la normativa comunitaria.



**CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACIA ESPAÑOLA**

: