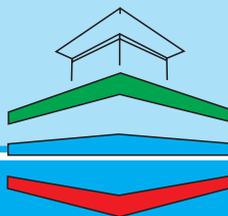




DEFENSOR DEL PUEBLO

**RECOMENDACIONES
y
SUGERENCIAS
2004**



**RECOMENDACIONES
Y SUGERENCIAS
2004**

DEFENSOR DEL PUEBLO

**RECOMENDACIONES
y
SUGERENCIAS
2004**

Madrid, 2005

© Defensor del Pueblo

Eduardo Dato, 31 - 28010 Madrid

Correo electrónico: publicaciones@defensordelpueblo.es

Internet: <http://www.defensordelpueblo.es>

ISBN: 84-87182-49-6

Depósito legal: M-28.730-2005

Fotocomposición e impresión: ELECE, Industria Gráfica

Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)

SUMARIO

Página

Recomendación 1/2004, de 2 de enero , sobre observancia del principio de secreto establecido en la legislación relativo a la protección de datos vigente	1
Recomendación 2/2004, de 13 de enero , sobre la actuación de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA)	5
Recomendación 3/2004, de 13 de enero , sobre provisión de vacantes en la Policía local por promoción interna	11
Recomendación 4/2004, de 14 de enero , sobre el envío por correo ordinario al domicilio del interesado de los permisos de conducción	15
Recomendación 5/2004, de 22 de enero , sobre la determinación precisa del lugar de comisión de una infracción de tráfico	17
Recomendación 6/2004, de 30 de enero , sobre reconocimientos médicos a los reclusos de centros penitenciarios que se hallen en tránsito en otro centro	19
Recomendación 7/2004, de 3 de febrero , sobre porcentaje de pago de los medicamentos que adquieren los pensionistas	21
Recomendación 8/2004, de 3 de febrero , sobre transparencia en el procedimiento de evaluación	27

Recomendación 9/2004, de 11 de febrero , para que se dé cumplimiento al mandato contenido en la Ley de Fundaciones, aprobando las normas de elaboración de los planes de actuación que deben presentar anualmente las fundaciones	31
Recomendación 10/2004, de 13 de febrero , sobre adopción de iniciativas que hagan posible la valoración de la nota media de los alumnos con estudios extranjeros homologados a efectos de acceso a la formación profesional específica de grado superior	35
Recomendación 11/2004, de 16 de febrero , sobre la impartición de las instrucciones oportunas a fin de que, cuando un agente esté incurso en actuaciones penales por hechos de los que pudieran derivarse responsabilidades en su contra, se proceda a la incoación de un expediente disciplinario, cuya tramitación quede suspendida en tanto concluya el procedimiento penal mediante sentencia firme, todo ello al objeto de evitar la prescripción de la posible infracción	39
Recomendación 12/2004, de 23 de febrero , sobre la necesidad de informar adecuadamente a los órganos de representación del personal	43
Recomendación 13/2004, de 25 de febrero , sobre mantenimiento de subsidiación en los préstamos bancarios constituidos por subrogación de préstamos cualificados al amparo del Real Decreto 1932/1991, de 20 de diciembre	47
Recomendación 14/2004, de 26 de febrero , sobre la inclusión en los textos de las resoluciones sobre visados de los recursos que quepa interponer frente a los mismos	51
Recomendación 15/2004, de 26 de febrero , sobre el acceso a atestados de tráfico por los interesados que no residan en el lugar donde se encuentre ubicado el atestado	53
Recomendación 16/2004, de 27 de febrero , sobre control de actividad clasificada y ruidosa, instando al Ayuntamiento y, en su caso, intervenir por sustitución	57
Recomendación 17/2004, de 1 de marzo , para que las convocatorias de becas del Ministerio de Educación y Ciencia especifiquen los	

	<i>Página</i>
componentes de beca adjudicables a los alumnos que cursen estudios a distancia	61
Recomendación 18/2004, de 2 de marzo , sobre la tramitación de proyectos y licencias urbanísticas teniendo en cuenta la futura ocupación de terrenos públicos	65
Recomendación 19/2004, de 2 de marzo , sobre comprobación de ruidos, decisión sobre necesidad de licencia y sobre necesidad de medidas correctoras	69
Recomendación 20/2004, de 2 de marzo , sobre clausura de actividad contaminante	73
Recomendación 21/2004, de 2 de marzo , sobre sanción y clausura, en su caso, cautelarmente, de un establecimiento molesto	77
Recomendación 22/2004, de 17 de marzo , sobre la expedición del documento nacional de identidad a menores, con independencia de la situación jurídica de sus padres	79
Recomendación 23/2004, de 17 de marzo , sobre naturaleza de la «evaluación adecuada» exigida por el artículo 6.3 de la Directiva Hábitats y conveniencia de transponer cuanto antes la Directiva 2001/42/CE, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, así como de proponer la modificación de la disposición adicional cuarta del Real Decreto Legislativo 1302/1986	81
Recomendación 24/2004, de 17 de marzo , para que los cacheos y las medidas de registro personal a los menores internados se comuniquen a los juzgados de menores y se practiquen cumpliendo los requisitos señalados por la jurisprudencia constitucional	93
Recomendación 25/2004, de 23 de marzo , sobre la concesión de las condecoraciones establecidas en la Ley de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo a las víctimas del incendio producido en el Hotel Corona de Aragón, de Zaragoza, en julio de 1979	97
Recomendación 26/2004, de 31 de marzo , sobre solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 61/2003,	

	<i>Página</i>
de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2004, por omisión del incremento en la Ley de los mínimos personales y familiares por descendientes	101
Recomendación 27/2004, de 6 de abril , sobre el sistema de acceso a la Función Pública local	105
Recomendación 28/2004, de 15 de abril , sobre la exigencia de partida de nacimiento a los ciudadanos extranjeros que deseen canjear el permiso de conducir cuando se aprecian errores en la expedición del documento nacional de identidad	111
Recomendación 29/2004, de 3 de mayo , para que se respeten los plazos previstos en la resolución de los expedientes de indultos	115
Recomendación 30/2004, de 4 de mayo , sobre el naufragio de una patera en las costas de Rota (Cádiz), para que se dote de mayores medios de rescate a los servicios competentes y se mejore la coordinación y el tiempo de respuesta ante una emergencia de naufragio ...	119
Recomendación 31/2004, de 4 de mayo , sobre providencia de apremio para el cobro de sanción de tráfico	125
Recomendación 32/2004, de 25 de mayo , para que se proceda a la revocación de oficio de las resoluciones de expulsión, cuando se aprecien circunstancias sobrevenidas que así lo aconsejen y sin que se exija previamente el desistimiento de una acción judicial	127
Recomendación 33/2004, de 25 de mayo , sobre reserva de destino durante la excedencia por cuidado de un hijo	131
Recomendación 34/2004, de 25 de mayo , sobre modificación de la tributación de las cantidades percibidas en casos de prejubilación	135
Recomendación 35/2004, de 25 de mayo , sobre elaboración de un estudio actualizado referido a contaminación acústica y de un plan de acción con información al público	137
Recomendación 36/2004, de 25 de mayo , sobre procesos de selección de personal	141

	<i>Página</i>
Recomendación 37/2004, de 25 de mayo , sobre indemnización por días de vacaciones no disfrutados	145
Recomendación 38/2004, de 25 de mayo , sobre incoación de procedimiento sancionador y clausura cautelar de actividades clasificadas	151
Recomendación 39/2004, de 7 de junio , sobre la forma en la que deben actuar los miembros del Cuerpo Nacional de Policía en los casos de violencia doméstica cuando la víctima no quiere denunciar	153
Recomendación 40/2004, de 7 de junio , sobre la forma en la que deben actuar los servicios sanitarios en los casos de asistir a mujeres víctimas de violencia doméstica	157
Recomendación 41/2004, de 9 de junio , sobre realización de pruebas de acceso	163
Recomendación 42/2004, de 9 de junio , sobre remodelación de las garitas de vigilancia del centro penitenciario de Foncalent (Alicante)	171
Recomendación 43/2004, de 10 de junio , sobre validez temporal de la compulsión de documentos que han de presentar los interesados en el marco del artículo 69 de la Ordenanza de Circulación para la Villa de Madrid	173
Recomendación 44/2004, de 10 de junio , sobre documentación exigida a los interesados, como requisito para obtener la tarjeta de aparcamiento de residentes, relativa a la empresa de <i>renting</i> con la que han contratado el uso de vehículos en esta modalidad	177
Recomendación 45/2004, de 11 de junio , sobre la solicitud de datos personales coincidiendo con la celebración de pruebas selectivas ...	181
Recomendación 46/2004, de 11 de junio , sobre acceso del personal	185
Recomendación 47/2004, de 20 de junio , sobre la forma en la que debe prestarse la asistencia consular a los españoles privados de libertad en prisiones extranjeras	191

	<i>Página</i>
Recomendación 48/2004, de 29 de junio , para que se adopten determinadas medidas prácticas que adecuen la actuación de los organismos competentes en materia de extranjería al principio constitucional de eficacia	195
Recomendación 49/2004, de 29 de junio , sobre la necesidad de resolver las solicitudes de permisos de trabajo y residencia en régimen general denegadas por aplicación del Acuerdo que fija el contingente para el año 2002, en consonancia con los criterios fijados por el Tribunal Supremo	207
Recomendación 50/2004, de 29 de junio , sobre la organización de los servicios de asistencia jurídica a inmigrantes	211
Recomendación 51/2004, de 23 de julio , para que se establezca una jurisdicción propia, independiente y autónoma encargada de resolver las crisis de convivencia	215
Recomendación 52/2004, de 23 de julio , sobre la admisión de escritos en materia de extranjería por los servicios de Correos y Telégrafos	225
Recomendación 53/2004, de 23 de julio , sobre la admisión de escritos en materia de extranjería por los servicios de Correos y Telégrafos	229
Recomendación 54/2004, de 26 de julio , sobre el procedimiento a seguir con los menores extranjeros no acompañados	233
Recomendación 55/2004, de 28 de julio , sobre la situación en la que se encuentra el Centro de Recepción de Menores de Alicante	241
Recomendación 56/2004, de 29 de julio , sobre adopción de iniciativas dirigidas a corregir la concentración de alumnado inmigrante, con necesidades de carácter compensatorio, existente en determinados colegios públicos de Madrid capital	247
Recomendación 57/2004, de 2 de agosto , sobre publicación de los anuncios de los procesos selectivos en el <i>Boletín Oficial del Estado</i>	251

	<i>Página</i>
Recomendación 58/2004, de 4 de agosto , sobre la necesidad de establecer de forma expresa, en las próximas convocatorias de ayudas públicas a personas con discapacidad, las cuantías máximas que se concedan como ayudas complementarias, fijando los límites no sólo con carácter mensual, sino incluso en su cuantía diaria, cuando sea necesario	255
Recomendación 59/2004, de 4 de agosto , referida a la conveniencia de elaborar impresos, de carácter informativo, sobre la posibilidad de solicitar las prestaciones previstas en la Ley General de la Seguridad Social que puedan corresponder al beneficiario, en función de su grado de minusvalía, sin necesidad de esperar a la resolución sobre valoración de esa minusvalía	257
Recomendación 60/2004, de 23 de agosto , sobre el desarrollo de vías reglamentarias que permitan la concesión de autorizaciones de residencia por colaboración con la Justicia en cualquier tipo de delitos ...	259
Recomendación 61/2004, de 24 de agosto , sobre la admisibilidad de la presentación de solicitudes de visado, a favor de menores, por medio de representante	265
Recomendación 62/2004, de 24 de agosto , sobre el control de los contenidos informativos de las páginas web de los consulados y su actualización periódica	269
Recomendación 63/2004, de 24 de agosto , sobre regulación de la nueva Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en lo referido a la aplicación del mínimo familiar por descendientes minusválidos	275
Recomendación 64/2004, de 25 de agosto , sobre la forma en la que deben realizarse los internamientos terapéuticos y el control de los mismos	277
Recomendación 65/2004, de 30 de agosto , sobre la conveniencia de incorporar al Reglamento de Extranjería la exigencia de que la notificación de la incoación de expedientes sancionadores, por el procedimiento preferente, se haga de forma directa y personal a los interesados	281

	<i>Página</i>
Recomendación 66/2004, de 8 de septiembre , sobre deber de residencia	287
Recomendación 67/2004, de 8 de septiembre , sobre deber de residencia	295
Recomendación 68/2004, de 14 de septiembre , sobre la habilitación en la notificación informática de las denuncias, de todos los campos que se refieran a los datos que, según lo dispuesto en el artículo 73.5 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, deben constar en las denuncias por hechos de circulación	303
Recomendación 69/2004, de 17 de septiembre , sobre el cierre del Centro de Internamiento de Menores sito en la ciudad de Melilla ...	305
Recomendación 70/2004, de 21 de septiembre , sobre el tratamiento a los extranjeros en situación irregular que acuden a la policía para denunciar haber sido víctimas de delito	307
Recomendación 71/2004, de 6 de octubre , sobre reserva de destino durante la excedencia por cuidado de un hijo	311
Recomendación 72/2004, de 6 de octubre , para que se habiliten dependencias policiales, en las que los abogados puedan entrevistarse reservadamente con los inmigrantes a los que asisten	317
Recomendación 73/2004, de 6 de octubre , para la equiparación de las parejas de hecho a los matrimonios, en lo referido a las autorizaciones de residencia	321
Recomendación 74/2004, de 6 de octubre , sobre la necesidad de revisar el contenido de los certificados genéricos que emite el Servicio Regional de Empleo	325
Recomendación 75/2004, de 8 de octubre , sobre acceso a los exámenes realizados	327
Recomendación 76/2004, de 14 de octubre , sobre tramitación de proyecto de Real Decreto	337

	<i>Página</i>
Recomendación 77/2004, de 14 de octubre , sobre comprobación de hechos denunciados y apertura de procedimiento sancionador, con adopción de medidas cautelares	341
Recomendación 78/2004, de 20 de octubre , para que se establezca en el Reglamento de Extranjería una previsión que contemple la posibilidad del traslado de toda la unidad familiar en el momento que se conceda a los padres una autorización inicial de residencia	343
Recomendación 79/2004, de 20 de octubre , para la adopción de criterios de gestión más racionales en relación con la exigencia de personación directa de los interesados para la presentación de solicitudes de extranjería	347
Recomendación 80/2004, de 26 de octubre , para la inmediata puesta en libertad de los extranjeros internados en centros cuando conste que la expulsión no podrá materializarse	355
Recomendación 81/2004, de 27 de octubre , sobre la situación de los militares profesionales que finalizan su compromiso con las Fuerzas Armadas estando de baja médica	363
Recomendación 82/2004, de 27 de octubre , sobre el trámite de subsanación de defectos	367
Recomendación 83/2004, de 28 de octubre , sobre asignación de destino	371
Recomendación 84/2004, de 18 de noviembre , sobre cómputo de cotizaciones efectuadas al Montepío Marítimo Nacional, a efectos de acreditar el periodo de 1.800 días de cotización exigido para el reconocimiento de las prestaciones del seguro obligatorio de vejez e invalidez	373
Recomendación 85/2004, de 18 de noviembre , sobre derecho de participación	375
Recomendación 86/2004, de 18 de noviembre , para que se evite la utilización del padrón municipal de habitantes para fines diferentes de los previstos en la legislación vigente en la materia	377

	<i>Página</i>
Recomendación 87/2004, de 22 de noviembre , sobre reinterpretación de resolución sobre a quién corresponde asumir los gastos de una medición de ruido	379
Recomendación 88/2004, de 2 de diciembre , sobre la impartición de instrucciones para que los acuerdos de sobreseimiento de expedientes sancionadores se notifiquen a los interesados	383
Recomendación 89/2004, de 2 de diciembre , sobre declaración de zona acústica especial y aplicación de las medidas correspondientes	385
Recomendación 90/2004, de 13 de diciembre , sobre acoso laboral	387
Recomendación 91/2004, de 21 de diciembre , sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro	395
Recomendación 92/2004, de 21 de diciembre , sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro	399
Recomendación 93/2004, de 21 de diciembre , sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro	405
Recomendación 94/2004, de 21 de diciembre , sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro	411
Recomendación 95/2004, de 21 de diciembre , sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro	417
Recomendación 96/2004, de 21 de diciembre , sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro	421
Recomendación 97/2004, de 21 de diciembre , sobre la situa-	

	<i>Página</i>
ción en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro	427
Recomendación 98/2004, de 21 de diciembre , sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro	433
Recomendación 99/2004, de 21 de diciembre , sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro	439
Recomendación 100/2004, de 21 de diciembre , sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro	443
Recomendación 101/2004, de 21 de diciembre , sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro	449
Recomendación 102/2004, de 21 de diciembre , sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro	453
Recomendación 103/2004, de 21 de diciembre , sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro	459
Recomendación 104/2004, de 21 de diciembre , sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro	465
Recomendación 105/2004, de 21 de diciembre , sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro	471
Recomendación 106/2004, de 21 de diciembre , sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro	477
Recomendación 107/2004, de 21 de diciembre , sobre la situa-	

	<i>Página</i>
ción en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro	483
Recomendación 108/2004, de 21 de diciembre , sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro	489
Recomendación 109/2004, de 21 de diciembre , sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro	495
Recomendación 110/2004, de 21 de diciembre , sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro	499
Recomendación 111/2004, de 29 de diciembre , sobre tributación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de las prestaciones que perciben los enfermos de Muface en concepto de ayuda para apoyo domiciliario y posibilidad de que dichas prestaciones se declaren exentas	503
Recomendación 112/2004, de 29 de diciembre , sobre la forma de presentación de las autorizaciones de regreso	505
Recomendación 113/2004, de 30 de diciembre , sobre documentación de menores extranjeros no acompañados y sobre la forma en que se debe actuar cuando éstos llegan a la mayoría de edad sin haber sido documentados	507
Recomendación 114/2004, de 30 de diciembre , sobre la solicitud y obtención de informes médicos de los internos, cuando éstos vayan a ser trasladados de centro penitenciario, con el fin de que las citas médicas concertadas con un interno puedan llevarse a cabo antes de que se produzca el traslado de centro penitenciario	513
Recomendación 115/2004, de 30 de diciembre , para evitar la ocupación excesiva de playa con instalaciones de temporada	515
Recomendación 116/2004, de 30 de diciembre , sobre tratamiento a polizones extranjeros	517

	<i>Página</i>
Recomendación 117/2004, de 30 de diciembre, para evitar la ocupación excesiva de playa con instalaciones de temporada	525
Recomendación 118/2004, de 30 de diciembre, sobre la práctica de notificaciones a sus empleados en los centros de trabajo	527
Índice analítico	531

Recomendación 1/2004, de 2 de enero, sobre observancia del principio de secreto establecido en la legislación relativo a la protección de datos vigente.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 434.)

A través de queja formulada por don (...), esta Institución ha tenido conocimiento de la resolución de 29 de julio de 2003 (E00412/2002), posteriormente remitida por la Agencia de Protección de Datos de acuerdo con lo establecido en el artículo 46, de la Ley Orgánica 15/1993, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que ha dictado el Director de la referida Agencia sobre denuncia interpuesta por el promovente de la queja mencionada en relación con la remisión a todos los puestos y unidades territoriales de la Guardia Civil, por esa Dirección General, de una resolución anterior de la propia Agencia de Protección de Datos en la que figuraban, además del nombre y apellidos del denunciante, ahora promovente de la queja mencionada, su domicilio particular, y de la que, de otra parte, se deducía su condición de miembro de la Guardia Civil.

Según se desprende de la resolución de la Agencia de Protección de Datos de 29 de julio de 2003, las investigaciones que ésta ha practicado ante esa Dirección General permitieron concluir que una anterior resolución de la Agencia, de referencia E358/2002, por la que ésta decidió el archivo de las actuaciones practicadas a raíz de denuncia previa que había interpuesto el promovente de la queja, «fue trasladada por la Dirección General de la Guardia Civil a sus distintas jefaturas y unidades de zona y se hizo llegar hasta los últimos escalones del despliegue del Cuerpo (3.080 destinos) excepto en las zonas de Baleares y Navarra».

El contenido de la resolución, que fue trasladado a las distintas jefaturas y unidades para que se procediese a su difusión en los términos mencionados, era el texto íntegro de la resolución dictada por la Agen-

cia en la que constaban, como ya se ha indicado más arriba, datos personales del denunciante como su nombre, apellidos y domicilio —calle, distrito postal y localidad de residencia—, deduciéndose además del contexto de la resolución su condición de guardia civil.

De las mismas actuaciones practicadas por la Agencia de Protección de Datos a raíz de la denuncia formulada contra la difusión de la anterior resolución, en cuyo curso esa Dirección General tuvo oportunidad de expresar las razones a que había respondido la forma de actuación cuestionada, se desprende que el traslado de dicha resolución a los órganos principales de la estructura periférica de esa Dirección General obedeció a la finalidad de «dejar claras las fronteras o limitaciones de los titulares de las potestades disciplinarias en la comprobación de las infracciones» que se definían en la repetida resolución.

Sin embargo, la obtención de dicha finalidad no parece, en ningún momento, exigir que junto con el contenido sustantivo de la resolución en el que se establecía, al parecer, la doctrina de la Agencia sobre los extremos mencionados, cuyo conocimiento se pretendía difundir entre los órganos de esa Dirección General a los titulares de facultades disciplinarias, se divulgasen también los datos del formulante de la denuncia que había dado ocasión a la Agencia de Protección de Datos de señalar su punto de vista jurídico sobre la cuestión mencionada, ni tampoco que dichos órganos de manera prácticamente unánime, que tan sólo parece razonable atribuir al cumplimiento de instrucciones previas recibidas de esa Dirección General, procediesen, a su vez, a difundir el texto de la repetida resolución, también en su versión íntegra, de la que no se habían eliminado los datos personales del denunciante, entre todos los escalones del Cuerpo de la Guardia Civil, hasta hacerle llegar a 3.080 destinos, según se desprende de las investigaciones practicadas por la Agencia.

En definitiva, la forma y extensión con que por esa Dirección General se ha procedido a la difusión de la resolución de la Agencia de Protección de Datos de 29 de julio de 2003 (E00412/2002) no resultaba, de una parte, imprescindible ni necesaria para la obtención del fin al parecer pretendido, mientras que, por otro lado, contraviene principios definidos en la vigente legislación sobre protección de datos personales, y muy específicamente el principio de secreto definido en el artículo 10 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos Personales que, en los términos de dicha Ley, incumbe a los responsables de los ficheros en relación con los datos personales que obren en los mismos.

Entiende la Agencia de Protección de Datos, que por esta razón se ha visto obligada a dictar una resolución de archivo de las actuaciones

practicadas sobre la denuncia formulada por el reclamante contra la actividad de difusión de datos personales ya varias veces referida, que al tratarse de datos incorporados a documentos en soporte papel que constan en un fichero de la misma naturaleza, preexistente a la entrada en vigor de la citada ley orgánica, las prescripciones de esta última, entre ellas la contenida en su artículo 10, no resultan, por el momento, de plena aplicación a los citados ficheros ni a los datos obrantes en los mismos, de acuerdo con lo establecido en su disposición adicional primera, en la que se concede un plazo de doce años, a contar desde el 24 de octubre de 1995, para la adecuación a la misma de los ficheros y tratamientos no automatizados preexistentes.

No obstante, de resultar plenamente aplicables las previsiones de la Ley Orgánica de Protección de Datos, sería exigible el principio de secreto contemplado en su artículo 10 a toda información personal incorporada a un fichero en soporte papel, según continúa señalando literalmente la Agencia de Protección de Datos en la misma resolución, así como que las comunicaciones que se juzgase oportuno realizar de la resolución del Director de la Agencia cuya divulgación cuestiona el promovente de la queja se hubiesen realizado «anonimizando los datos personales de los afectados».

Entiende, pues, la Agencia, y esta Institución coincide con las apreciaciones jurídicas correspondientes, que la actuación de difusión realizada u ordenada por esa Dirección General, aunque no susceptible de dar lugar a las actuaciones previstas para los supuestos de infracciones de las administraciones públicas por las razones formales expresadas, resulta materialmente desacorde con el principio de secreto definido en el artículo 10 de la vigente Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Llegados a este punto el Defensor del Pueblo considera preciso manifestar que, aun cuando la citada Ley Orgánica otorgue un determinado plazo para que los ficheros y tratamientos preexistentes no automatizados se adecuen al contenido de la ley, dicho plazo no debe entenderse como prescripción a cuyo amparo puedan realizarse actuaciones injustificadas, contrarias a los principios definidos en la repetida Ley Orgánica y a los derechos que, de acuerdo con la misma, corresponden a los titulares de los datos personales, y sin que además existan razones de índole técnica o de cualquier otra que hagan necesario agotar el plazo de adaptación establecido.

En este sentido, el Defensor del Pueblo considera que cuando cualquier norma jurídica que reconoce derechos a favor de sus destinatarios y establece plazos para adecuar situaciones preexistentes al contenido

de la misma, éstos (los plazos) no otorgan un margen de libertad a quien deba ajustar su conducta a la ley para incumplirla en tanto en cuanto dichos plazos no hayan vencido. Por el contrario, entiende esta Institución que los plazos de adecuación no son un período en blanco durante el cual pueda eludirse sistemáticamente el cumplimiento de la norma de que se trate, sino tan sólo el límite temporal en el que necesariamente deben adoptarse las medidas que pudieran resultar precisas para hacer posible la plena aplicación de la norma y el correlativo pleno ejercicio de los derechos de quienes sean beneficiarios de dicha norma tan pronto como haya concluido el período de adaptación, debiendo al propio tiempo adecuarse entre tanto la conducta de los destinatarios de la norma a aquellas prescripciones de la misma cuya aplicación no plantee problemas técnicos ni requiera la adopción de aquellas medidas previas de adaptación. Si esto es así con carácter general, más aún deberá serlo cuando la norma de referencia desarrolla un derecho fundamental como es el contenido en el artículo 18.4. de la Constitución, al que se refiere la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

En razón de lo expuesto, y teniendo en cuenta en particular que las alegaciones realizadas por esa Dirección General en el expediente iniciado, y posteriormente archivado por la Agencia de Protección de Datos mediante resolución de 29 de julio de 2003 (E00412/2002), no justifican en absoluto la forma en que se procedió a la difusión de la decisión anterior de la propia Agencia que en dicha resolución se menciona, esta Institución, al amparo de lo establecido en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, formula a esa Dirección General de la Guardia Civil la siguiente recomendación: «Que atendiendo al principio de secreto que se establece en el artículo 10 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en ocasiones sucesivas en las que esa Dirección General considere preciso dar difusión entre los centros o unidades bajo su dependencia a la doctrina que se establezca o pueda deducirse de resoluciones o acuerdos adoptados en procedimientos seguidos por las instancias administrativas competentes, dicha difusión se realice a través de instrucciones elaboradas al efecto o, en otro caso, suprimiendo de las resoluciones o acuerdos que se juzgue preciso trasladar cualquier dato personal de los interesados concretos a que eventualmente hagan referencia».

Madrid, 2 de enero de 2004.

Recomendación dirigida al Director General de la Guardia Civil.

Recomendación 2/2004, de 13 de enero, sobre la actuación de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA).

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm.124, pág. 453.)

Se ha recibido informe del Director General de Universidades de fecha 24 de noviembre pasado, referente a las quejas Q0309849 y Q0309850, formuladas ante esta Institución por don (...) y doña (...).

Una vez examinado el contenido del citado informe así como la pretensión que se deduce de las quejas planteadas por los interesados, son dos las cuestiones que se plantean en este procedimiento de queja.

De un lado, el posible retraso de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (en adelante ANECA) en emitir el informe o evaluación, a los efectos de contratación de personal docente e investigador universitario, y la pretensión de que la citada Agencia cumpla los plazos previstos con carácter general en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPC).

De otro lado, se cuestiona el contenido del informe de evaluación negativa que emite la ANECA, habida cuenta de que no se facilita una explicación detallada de las circunstancias específicas por las que interesado no ha obtenido un informe positivo, situación que puede ensombrecer la necesaria transparencia que requieren estos sistemas de acreditación.

En cuanto a la primera de las cuestiones citadas, contrariamente al modelo adoptado en otras comunidades autónomas en las que estas agencias de evaluación se han constituido con el carácter de entes de derecho público o como organismos autónomos y, en todo caso, siempre

que ejerzan potestades administrativas, deberán actuar con sujeción al régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo, se advierte que la Administración ha optado por asignar a la ANECA el carácter de Fundación del sector público, cuyo régimen jurídico se contempla en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, y tal como ha expresado el Director General de Universidades en su informe, no puede entenderse incluida en el ámbito de aplicación establecido en el artículo 2.2 de la citada Ley 30/1992.

Sin embargo, esta Institución considera necesario realizar algunas observaciones, con el fin de que esta aparente huida del derecho administrativo no pueda entenderse como una preterición del deber de la Administración pública de actuar conforme a lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución en relación con los ciudadanos.

Uno de los aspectos que inicialmente debemos destacar es el de que la obtención de la evaluación de la ANECA y de certificación, a los efectos de contratación de personal docente e investigador universitario, se realiza a través de un procedimiento mínimamente reglado, tal como se desprende de lo dispuesto en el Real Decreto 1052/2002, de 11 de octubre, del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, así como de las previsiones contenidas en la resolución de 17 de octubre de 2002, de la Dirección General de Universidades.

Por lo tanto, se trata de un procedimiento administrativo que se inicia a instancia de parte mediante la solicitud del interesado, que se dirige al titular de la Dirección General de Universidades y que concluye mediante la correspondiente resolución, en la que esa autoridad debe certificar el carácter positivo o negativo de la evaluación favorable o desfavorable del informe, el contenido del mismo, así como la figura o figuras contractuales para las que se realiza (artículos 2, 3 y 4 del Real Decreto 1052/2002).

La naturaleza procedimental de dicho sistema y el ejercicio de potestades públicas por la Dirección General de Universidades, permiten deducir que cualquier aspecto incidental o circunstancial de relevancia jurídica que pueda apreciarse durante este proceso, deberá evaluarse o dirimirse de acuerdo con las previsiones contenidas en las citadas disposiciones.

Con carácter general, deberá estarse a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de tal manera que, igual que se prevé en el artículo 4.3 del Real Decreto 1052/2002 citado, la posibilidad de recurso de alzada ante el Secretario de Estado de Educación y Universidades, debe admitirse que, desde una adecuada interpretación de la legalidad, el interesado pueda

ejercitar su acción ante la Dirección General de Universidades, cuando evidencie la existencia de un retraso injustificado por parte de la ANECA en la emisión del informe de evaluación, cuando considere que la evaluación se ha realizado de forma irregular o cuando aprecie la vulneración de un acto de trámite que pueda tener una influencia decisiva en la resolución final del procedimiento.

Llegados a este punto, se ha podido apreciar que la normativa anteriormente expresada se presenta incompleta y ciertamente confusa, dado que no se prevén los plazos máximos de duración de ese tipo de procedimiento, el plazo que tiene la ANECA para emitir el informe, como tampoco los efectos que pueda producir el silencio administrativo, tal como sería exigible de acuerdo con lo previsto en el artículo 42.4 de la LPC.

Tampoco se expresa si la remisión de la solicitud de evaluación que recibe la Administración y que ésta debe enviar a la ANECA es considerada como una suspensión del procedimiento en los términos que prevé el artículo 42.5.a) de la LPC, y que permitiría apreciar que el plazo de suspensión no podría exceder en ningún caso de tres meses.

Por último, se desconoce si, para este supuesto, resulta de aplicación el apartado 3 del artículo 42 de la LPC, al expresar que cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses.

En definitiva, el problema reside en que no se han establecido unos criterios que permitan conocer por el ciudadano cuál es el plazo máximo para resolver el procedimiento de que se trata, por lo que, aun cuando, como expresa la Administración indicada, la ANECA se ha comprometido públicamente a que los informes tarden un máximo de cinco semanas, consideramos que tal declaración de intenciones no resulta suficiente, habida cuenta de que, esta Institución considera como un deber legal, el de concretar en la norma unos plazos procedimentales con la finalidad de que cualquier oscuridad, vaguedad o indeterminación normativa en la fijación de los mismos, no favorezca a quien la ha causado en perjuicio de los interesados, dado que éstos se ven abocados a una incierta espera que puede reducir notablemente sus posibilidades de ser contratados de forma puntual, en alguna de las figuras a las que aspiran de las previstas en los artículos 50, 51, 52 y 72 de la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades.

Por lo que respecta a la segunda de las cuestiones que se abordan en esta queja, referida al modelo de informe negativo que emite la ANECA, debe expresarse que, aun cuando esta Institución advierte

que actualmente se ha incluido en el modelo de informe de evaluación, que se está utilizando un apartado donde se daría explicación sucinta de las causas que motivan el incumplimiento de los criterios en cada caso, esto no resuelve el problema planteado, y no sólo porque no se encuentra previsto en la norma como sería lo deseable, sino porque, pese a que los criterios materiales de evaluación de los candidatos se encuentran incluidos en el anexo IV de la resolución de 17 de octubre anteriormente citada, no se ha establecido cómo o con qué grado de concreción habrán de definirse aquellos.

Lo anterior puede generar confusión a los interesados y los futuros aspirantes, dado que, frente a la carencia de unas especificaciones numéricas o de valor más precisas, éstos no tienen posibilidad de conocer los datos objetivos que pongan de relieve la suficiencia o insuficiencia de los méritos exigibles para dicho proceso, situación que se recrudece aun más, cuando los evaluadores expertos de la ANECA, a quienes la Administración les ha asignado el ejercicio de potestades de discrecionalidad técnica, emiten —como se ha podido comprobar— sus informes negativos con fórmulas estereotipadas, vagas y sin que sea discernible una auténtica individualización de los méritos del solicitante que permita respaldar y garantizar la transparencia y la objetividad de la decisión adoptada.

En consecuencia, por los motivos anteriormente expuestos, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formular la siguiente recomendación:

«Que por ese Departamento se promueva y lleve a efecto la modificación del Real Decreto 1052/2371, de 11 de octubre del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, que regula el procedimiento de evaluación para la contratación de personal docente e investigador universitario, así como la resolución de 17 de octubre de 2002, de la Dirección General de Universidades, en los términos siguientes:

Primero. De conformidad con la necesaria eficacia con la que debe actuar la Administración (artículo 103.1 de la CE) y con la finalidad de que los interesados puedan conocer la duración del procedimiento para la obtención de la evaluación de la ANECA y de su certificación, a los efectos de contratación de personal docente e investigador universitario, evitando situaciones de inseguridad jurídica, se considera necesario que se prevea reglamentariamente el plazo en el que la Administración indicada está obligada a dictar resolución expresa, así como el plazo que la ANECA tiene asignado para resolver el trámite de evaluación de los candidatos, y, por último, que se determinen los efectos que pueda pro-

ducir el silencio administrativo, de conformidad con lo previsto en el artículo 42. 2 y 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Segundo. Para garantizar la transparencia en el citado procedimiento de evaluación y con la finalidad de preservar el principio de objetividad (artículo 103.1 CE) y el de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE), se considera necesario que se incluyan unos baremos numéricos de máximos y de mínimos para cada criterio de evaluación de los previstos en el anexo IV de la misma y que permitan ser aplicados por igual a todos los interesados en relación con cada figura contractual de las previstas en los artículos 50, 51, 52 y 72 de la Ley Orgánica 6/2001 de 21 de diciembre, de Universidades.

De igual manera, se considera necesario que, salvando la discrecionalidad técnica, se prevea en la normativa indicada la obligación de la ANECA de motivar el informe de la evaluación de los candidatos, utilizando referencias objetivas a través de una valoración razonada e individualizada de sus méritos.»

Madrid, 13 de enero de 2004.

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

Recomendación 3/2004, de 13 de enero, sobre provisión de vacantes en la Policía local por promoción interna.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm.124, pág. 442.)

Agradecemos su informe (s/ref.: n.º 34418), en relación con la queja que tiene planteada ante esta Institución don (...), registrada con el número arriba indicado.

Del informe remitido se desprende, por una parte, que actualmente, ese Ayuntamiento no tiene previsto abonar ningún tipo de dieta por la asistencia al curso obligatorio de formación que se celebraría en el Instituto Valenciano de Seguridad Pública de L'Elia, como parte del concurso-oposición restringido, una vez aprobadas las pruebas iniciales.

Por otra parte, se indica que en determinado juzgado de lo contencioso-administrativo se habría desestimado el recurso interpuesto por un funcionario contra una resolución denegatoria, por silencio administrativo, de esa corporación municipal, sobre el abono de dietas, durante la realización de un curso de capacitación.

A la vista de lo expresado, esta Institución considera necesario realizar una serie de observaciones, que a continuación se analizan.

Respecto al contencioso al que se hace referencia, es preciso señalar que en otros casos, se podría haber producido una sentencia estimatoria, pero, dado que se comunica que el recurso se presentó por una circunstancia específica que alude al incumplimiento por parte de esa Administración local de la obligación de resolver en tiempo y forma, puesto que se hace referencia a una resolución denegatoria por silencio administrativo, parece oportuno dejar, por el momento, esta cuestión, aunque conviene señalar que no resultaría significativa, por cuanto no estamos examinando una actuación que a ese Ayuntamiento le corres-

pondiera realizar por imperativo legal, sino que se trata de una actuación que se enmarcaría en el ámbito de la discrecionalidad que le ha sido adjudicada por la Constitución y las leyes.

Centrándonos en la cuestión que nos ocupa, motivo de esta queja, se debe precisar que los funcionarios públicos cuentan con la promoción interna para poder ascender dentro de los cuerpos, escalas y subescalas a los que pertenecen, o cambiar de destino en ellos. Por eso, la misma constituye una modalidad de ascenso desde dentro, como parte de la carrera administrativa, al poner en práctica la movilidad intraadministrativa, que se produce única y exclusivamente para los funcionarios de carrera propios de la Administración de que se trate y dentro de ella misma.

Tal y como está concebida la promoción interna, resulta ser un derecho de todos los funcionarios fijos o de carrera y además, por el contrario, una obligación de todas las administraciones públicas promoverla, pero, para que pueda tener lugar es necesario que exista previamente una plaza vacante. Así, aunque los funcionarios de carrera cumplan los requisitos para poder acceder a la promoción interna, si no hay una plaza vacante apropiada, no se producirá la misma.

Una vez que existe dicha vacante, la decisión de la Administración de destinarla a la provisión por promoción interna es esencial, pues se necesita la decisión administrativa para que el derecho funcional se materialice.

El derecho del funcionario de carrera, por tanto, no es un derecho absoluto, pues está condicionado, a que haya vacantes, a que se decida proveerlas por ese sistema y, además, a que se cumplan una serie de requisitos, pero nos encontramos ante una cuestión que afecta de manera muy sensible a los derechos de los funcionarios y, en concreto, al de promocionar en el trabajo.

En el caso que nos ocupa, preocupa a esta Defensoría que habiendo adoptado esa Administración Local tal decisión, es decir, cubrir dicha vacante por el sistema de promoción interna, lo que se debe valorar positivamente, el interesado, en caso de superar el concurso oposición, no podría acceder, por razones económicas, a la parte final de este proceso selectivo, que consiste en la realización del curso presencial, al encontrarse la academia donde éste tiene que realizarse fuera de su localidad de residencia, y tener que correr con los gastos de estancia.

Por tanto, ese periodo de práctica condiciona el derecho a promocionar hasta el punto de que el mismo no se podría hacer efectivo por ra-

zonas económicas, quebrando con ello la posibilidad del propio ejercicio del derecho y devaluándolo, lo que quebraría la igualdad entre funcionarios públicos en el acceso a la promoción interna, siendo así que el citado curso constituye asimismo una actividad de formación que beneficia no sólo al propio funcionario y a la organización, sino a los ciudadanos que reciben sus servicios.

Así pues, con el fin de que todos los policías locales puedan acceder en igualdad de oportunidades a los procesos selectivos que convoque esa corporación municipal, por promoción interna y no exclusivamente aquellos que dispongan de los medios económicos necesarios para costearse el desplazamiento al citado curso, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formularle la siguiente recomendación: «Que por ese Ayuntamiento se dicten las instrucciones oportunas, para que la decisión de que se destine una vacante a su provisión por promoción interna se acompañe de otras medidas complementarias, a los efectos de que no se produzcan entre los funcionarios situaciones discriminatorias o excluyentes basadas en la desigualdad económica, de forma que el ejercicio de tal derecho no se vea devaluado».

Quedamos a la espera de la remisión del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de esta recomendación o, en su caso, las razones que se estimen para no aceptarla, de conformidad con el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Por último parece oportuno recordar que la intervención del Defensor del Pueblo no suspenderá en ningún caso la actuación administrativa, ni los plazos previstos en nuestro ordenamiento para plantear los oportunos recursos administrativos o jurisdiccionales.

Madrid, 13 de enero de 2004.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Elda (Alicante).

Recomendación 4/2004, de 14 de enero, sobre el envío por correo ordinario al domicilio del interesado de los permisos de conducción.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 446.)

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

Una vez analizado el contenido de dicho informe, esta Institución ha valorado la conveniencia de poner en su conocimiento las siguientes consideraciones:

De acuerdo con lo previsto en la normativa reguladora del tráfico, los permisos de conducción acreditan la aptitud de los conductores para manejar los vehículos y, por tanto, constituyen un elemento de decisiva importancia para garantizar la seguridad vial.

El extravío de una autorización administrativa para conducir implica la posibilidad de que se realice un uso fraudulento de la misma y, por tanto, debe valorarse la incidencia que en la seguridad vial pudiera tener un cierto descontrol en el procedimiento de remisión a sus titulares de dichos documentos.

De lo manifestado en su escrito se desprende que en algunas ocasiones es necesario expedir duplicados de los permisos de conducción remitidos por correo, al manifestar los destinatarios que no los han recibido, por lo que, aunque no sean frecuentes los casos, debería adoptarse alguna medida para corregir las disfunciones advertidas.

No obstante, no parece que en el procedimiento de prórroga de la vigencia de los permisos de conducción por correo se haya adoptado nin-

guna medida adicional destinada a garantizar o a constatar la recepción del documento por el destinatario.

Por todo cuanto antecede, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, hemos considerado conveniente recomendar a V. I. que valore la oportunidad de adoptar las medidas oportunas para corregir las disfunciones advertidas en el procedimiento de remisión al domicilio de los ciudadanos de los permisos de conducción, evitando el extravío de los mismos y garantizando que sean recibidos por sus titulares.

Madrid, 14 de enero de 2004.

Recomendación dirigida al Director General de Tráfico.

Recomendación 5/2004, de 22 de enero, sobre la determinación precisa del lugar de comisión de una infracción de tráfico.
(*BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 443.*)

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

En dicho escrito, tras referirse a lo dispuesto en el artículo 5 del Reglamento de procedimiento sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, se señala: «Puede entenderse que consignar la realización de un giro prohibido en una calle determinada, indicando el lugar por su conexión con otra calle igualmente especificada no es, quizás, una descripción completamente pormenorizada y expresada con todo lujo de detalles, pero no puede negarse que sea suficiente para concretar el hecho en que consistió la infracción para luego subsumirlo en un tipo determinado por la Ley de Seguridad Vial. Otra cosa es que se pretenda apurar, hasta el punto de sobrepasarla, la obligación de describir el hecho. Pero es evidente que una interpretación ajustada del precepto transcrito debería hacer llegar a la conclusión de que la información suministrada por el boletín de denuncia, y posteriormente por la notificación de ésta, es suficiente para que pueda entenderse cumplida».

En relación con dichas manifestaciones, esta Institución considera que en el caso de que se hubiese identificado el lugar donde se había cometido la infracción señalando la conexión de dos calles que se cruzan hubiese sido suficiente para considerar correcta dicha identificación, pero le recordamos que en la denuncia notificada al interesado sólo se hacía referencia al paseo de San Francisco de Sales, sin mencionar su conexión con ninguna otra calle, por lo que, considerando la notable longitud de dicho vial, no puede aceptarse como válida una referencia tan imprecisa.

Por lo que se refiere al domicilio de las notificaciones, el informe que nos ha remitido indica que no se atendió la advertencia del interesado para que fueran practicadas en un determinado domicilio, pero se considera que «tal circunstancia, que sin duda constituye un defecto formal del procedimiento seguido en este caso, no constituyó motivo de indefensión del interesado, que conoció el contenido de aquellas al serle entregadas personalmente en la oficina de correos correspondiente, en todos los casos. De esta manera pudo formular alegaciones sin verse perjudicado o afectado por cualquier clase de indefensión».

En relación con esta cuestión, le recordamos que en nuestro escrito de 20 de junio de 2003 se manifestaba que en el escrito de alegaciones del interesado se señalaba expresamente un domicilio a efectos de notificaciones, por lo que al recibir la notificación de la propuesta de resolución al mismo domicilio y observar que no se hacía ninguna referencia a las alegaciones que había realizado, ni se identificaba correctamente el lugar donde se había producido la infracción, dedujo razonablemente que su escrito de alegaciones no había sido leído y, por ello, presentó un nuevo escrito en el que reiteraba sus alegaciones y señalaba nuevamente el domicilio donde debían practicarse las notificaciones, no obstante lo cual al notificar la resolución sancionadora se ignora nuevamente el domicilio señalado por el interesado.

Por todo cuanto antecede, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, hemos considerado conveniente recomendar a V. E. que valore la oportunidad de adoptar las medidas oportunas para que los agentes denunciadores determinen, con suficiente precisión, el lugar donde se ha producido la infracción que denuncian y para que los servicios municipales, encargados de la gestión de los expedientes sancionadores por infracciones de tráfico, no se limiten a tramitar mecánicamente dichos procedimientos sino que consideren las alegaciones de los presuntos infractores y se atengan al domicilio que, a efectos de notificaciones, señalan en sus escritos.

Madrid, 22 de enero de 2004.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Madrid.

Recomendación 6/2004, de 30 de enero, sobre reconocimientos médicos a los reclusos de centros penitenciarios que se hallen en tránsito en otro centro.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 445.)

Agradecemos sinceramente su atento escrito en relación con la queja planteada por don (...) y registrada con el número de referencia arriba indicado.

En el mismo se señala que esa Dirección General no tiene previsto introducir variación alguna en el sentido de obligar a los servicios médicos a realizar revisiones a los internos en tránsito, cambiando así el criterio inicial de esa administración que tenía previsto establecer dicha obligatoriedad en el manual de procedimientos médico-administrativos que estaba redactando la Subdirección General de Sanidad, pero cuya elaboración fue suspendida al encontrarse pendiente la transferencia efectiva de las competencias sanitarias a las comunidades autónomas.

A la vista de lo expuesto, esta Institución al amparo del artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora, y en la medida en que la cuestión expuesta afecta a derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, ha valorado la conveniencia de dar traslado a V. I. de la siguiente recomendación: «Que los internos que estén en tránsito en un centro penitenciario sean visitados por algún facultativo, con independencia de que lo soliciten o no y del tiempo que permanezcan en el centro, como, según se señalaba en anteriores informes remitidos, recogía el manual de procedimientos médico-administrativos cuya elaboración fue suspendida».

Madrid, 30 de enero de 2004.

Recomendación dirigida al Director General de Instituciones Penitenciarias.

Recomendación 7/2004, de 3 de febrero, sobre porcentaje de pago de los medicamentos que adquieren los pensionistas.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 444.)

Acusamos recibo de su escrito (s/ref.: 1.010), relacionado con la queja formulada por don (...), con domicilio en la calle (...), 33013 Oviedo (Asturias), la cual quedó registrada en esta Institución con el número arriba indicado, y que versa sobre la posible adopción de las medidas oportunas a fin de que la aportación de los mutualistas de clases pasivas en el precio de los medicamentos que necesitan pueda ser inferior a la del actual 30 por 100, con el fin de que, paulatinamente, se llegue a la equiparación con los pensionistas del Régimen General de la Seguridad Social.

Estudiado el contenido de la información facilitada así como el resto de la documentación que obra en esta Institución, estimamos procedente manifestar las siguientes consideraciones:

Primera. En el momento de admitirse a trámite la presente queja, ya se tuvo en cuenta que el Sistema Español de Seguridad Social se compone en la actualidad de un Régimen General y varios especiales, entre los que se encuentra el de los Funcionarios Civiles del Estado y que el problema planteado en esta queja se refiere concretamente a uno de los tres mecanismos de cobertura que integran este Régimen especial: el del Mutualismo Administrativo porque comprende, entre otros, los servicios farmacéuticos. Los otros dos mecanismos de cobertura son el de Derechos Pasivos y el de Ayuda Familiar.

Es cierto que al formar parte de un Régimen Especial de Seguridad Social, las diferencias que presenta MUFACE con el Régimen General de la Seguridad Social, en especial en la prestación farmacéutica, se encuentran reguladas por una normativa específica: artículo 16 del Real

Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado; artículos 79 a 84 del Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo y Real Decreto 2663/1982, de 15 de octubre, por el que se regula la aportación de los beneficiarios de MUFACE en la adquisición de determinadas especialidades farmacéuticas.

Dado que, actualmente, la prestación farmacéutica de los pensionistas de Clases Pasivas tiene una regulación jurídica diferenciada de la que tienen los pensionistas del Régimen General de la Seguridad Social, desde el punto de vista estrictamente de la legalidad, esta Institución debe considerar ajustada a la misma la actuación que viene desarrollando esa Administración, en virtud de la cual los pensionistas de este último Régimen no abonan nada por los medicamentos que precisan, mientras que los pensionistas de MUFACE tienen que abonar el 30 por 100 del importe de los mismos, salvo en medicamentos para determinadas patologías crónicas, las cuales suelen ser más habituales en edades avanzadas de la vida, en los que la aportación que se paga en ambos regímenes es del 10 por 100 del coste del medicamento con un tope máximo de 2,64 euros.

Por ello, la presente queja no se admitió a trámite porque se considerase que se estaba produciendo una actuación administrativa vulneradora de esa legalidad anteriormente citada.

Segunda. En nuestro anterior escrito también se indicó que en las diversas quejas que se han presentado a lo largo de los últimos años alegando la existencia de una desigualdad entre los funcionarios pertenecientes a MUFACE y los pensionistas pertenecientes al Régimen General de la Seguridad Social, esta Institución ha venido comunicando a los formulantes de las mismas que el Tribunal Constitucional ha establecido reiteradamente que si bien el principio de igualdad jurídica del artículo 14 de la Constitución Española hace referencia inicialmente a la universalidad de la ley, sin embargo, no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento jurídico diverso, que incluso puede venir exigido en un Estado social y democrático de Derecho, por la efectividad de los valores que la Constitución consagra.

Igualmente se ha venido informando a los interesados que han alegado la existencia de una situación discriminatoria de que el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica y que lo que sí prohíbe el principio de igualdad es que el tratamiento legal

diferenciado sea injustificado, por no ser razonable sobreviniendo la discriminación cuando una distinción de trato carece de justificación objetiva y razonable, debiendo ello considerarse y apreciarse en relación a la finalidad perseguida y la razonable proporcionalidad de los medios empleados.

Consecuentemente, esta Institución ha venido señalando a esos integrantes de Clases Pasivas que dado que el principio de igualdad permite una cierta diferencia jurídica en el trato, siempre que ésta tenga una justificación objetiva y razonable, no es contrario a dicho principio el hecho de que se articule la prestación farmacéutica de diferente modo en el Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado y en el Régimen General de la Seguridad Social siempre que ambos regímenes garanticen a sus beneficiarios la cobertura de dicha prestación para los mismos medicamentos.

Por tanto, la presente queja tampoco se admitió a trámite porque esta Institución observara la existencia de una posible discriminación hacia los pensionistas de Muface.

Tercera. Sin embargo, aun cuando esta Institución no observa que en este aspecto concreto se esté produciendo una infracción de la Ley o exista una quiebra del principio de igualdad, en el sentido estricto alegado por los formulantes de algunas quejas, resulta oportuno evaluar aquellas normas que, desde la perspectiva del Derecho puedan producir situaciones injustas o perjudiciales para los interesados, tal como ha previsto el artículo 28.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, que dice:

«Si como consecuencia de sus investigaciones llegase al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de la norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, podrá sugerir al órgano legislativo competente o a la Administración la modificación de la misma.»

En nuestro anterior escrito ya aludimos a que el Tribunal Constitucional había señalado que el artículo 14 de la Constitución Española no exige, en principio, la corrección de las desigualdades existentes entre los distintos regímenes que integran la Seguridad Social, y que también había admitido la posibilidad de que la legislación posterior tendiera a conseguir la máxima homogeneidad con el régimen general que permitieran las disponibilidades financieras de cada momento.

Igualmente hicimos referencia a que el alto tribunal había indicado que si bien el artículo 41 de la Constitución Española convierte a la Se-

guridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, sin embargo, también señaló que «tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales».

Cuarta. En principio, esta Institución admite las razones alegadas por ese departamento para justificar la permanencia de la situación actual objeto de las quejas presentadas por diversos ciudadanos.

No obstante, debemos insistir en que se deberían adoptar las medidas necesarias que contribuyan a la convergencia de la prestación sanitaria entre ambos regímenes y, más concretamente, en que, salvo por razones estrictamente económicas, parece que no existen otros tipos de argumentos (jurídicos, sociales, etc.) que justifiquen que los pensionistas de Clases Pasivas paguen el 30 por 100 del importe de los medicamentos que precisan, mientras que los pensionistas del Régimen General de la Seguridad Social no paguen nada.

Frente a esa razón economicista que se alega, debemos indicar que en los últimos tiempos han cambiado notablemente las circunstancias financieras de la Hacienda Pública y las de la Seguridad Social ya que ambas están teniendo superávit. Ello es sin merma del uso de las atribuciones que pueda hacer el Gobierno en la adopción de otras medidas, encaminadas a producir una redistribución de los gastos, con lo que se podrá atender esa paulatina equiparación en la aportación de los pensionistas al adquirir sus medicinas.

A ello hay que añadir la sensación de injusticia que tiene el colectivo al que pertenecen los formulantes de las quejas, ya que es en esta etapa tardía de sus vidas en la que ven muy mermados sus ingresos por las pensiones que les quedan en relación con lo que cobraban en activo, cuando tienen necesidad de comprar más medicamentos.

Quinta. Por último, no se debe olvidar la previsión contenida en la disposición final primera del Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 junio, que versa sobre la armonización con la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social y en la que textualmente «se autoriza al Gobierno para proceder a la armonización de la normativa especial del mutualismo administrativo, en lo referente a sus sistemas de recursos económicos, con las previsiones del artículo 86.2 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por el artículo 1 de la Ley 24/1997, de 17 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social, previa consulta con las orga-

nizaciones sindicales más representativas en el ámbito de la función pública. Y ello, sin perjuicio del mantenimiento de las peculiaridades que en cuanto a la forma de realizar la prestación de la asistencia sanitaria se contienen en aquella normativa especial».

Para ello, se podría hacer uso de la autorización contenida en el apartado 3 del artículo 82 del Real Decreto 375/2003, de 28 marzo, que aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo, que dispone: «Estos porcentajes y cuantías podrán ser revisados por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Administraciones Públicas y previo informe de los Ministerios de Hacienda, de Trabajo y Asuntos Sociales y de Sanidad y Consumo», así como de la previsión establecida en el artículo 2 del Real Decreto 2663/1982, de 15 octubre, que regula la participación de los beneficiarios en el precio de determinados productos farmacéuticos el cual tiene el siguiente tenor literal «Se autoriza a la Presidencia del Gobierno a dictar las pertinentes disposiciones de adaptación en el supuesto de modificación del sistema de aportación previsto en las normas citadas».

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, procedemos a formular la siguiente recomendación: «Que, aunque la actuación de esa Administración sea acorde con la normativa que actualmente establece el porcentaje del 30 por 100 del valor de los medicamentos que adquieren los pensionistas del Régimen de Clases Pasivas y aunque no se produzca una discriminación o desigualdad, porque hay razones jurídicas que justifican la existencia del Mutualismo Administrativo diferenciado del Régimen General de la Seguridad Social, sin embargo, esta Institución recomienda que se modifique esa legislación con el fin de que, paulatinamente, se aproxime tal aportación a la de los pensionistas del Régimen General de la Seguridad Social porque se considera que, hoy día, no son suficientes los motivos económicos alegados para justificar el mantenimiento de una situación que produce una sensación de injusticia en los interesados».

Madrid, 3 de febrero de 2004.

Recomendación dirigida a la Ministra de Administraciones Públicas.

Recomendación 8/2004, de 3 de febrero, sobre transparencia en el procedimiento de evaluación.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 448.)

Se ha recibido su informe (s/ref.: 44596/2666), en relación con la queja presentada ante esta Institución por don (...), registrada con el número arriba indicado.

Una vez examinado con todo detenimiento el contenido del citado informe, cabe recordar que son dos las cuestiones que el compareciente plantea en este procedimiento de queja, en su condición de aspirante a obtener el informe o la evaluación positiva de su actividad docente e investigadora.

De un lado, cuestiona la actuación de la Comisión Valenciana de Acreditación y Evaluación de Calidad en el Sistema Universitario Valenciano (en adelante CVAEC) toda vez que ha obtenido una evaluación negativa, sin que, al parecer, se le haya informado acerca de los criterios específicos en que se ha basado tal decisión.

Igualmente, muestra su disconformidad con los criterios específicos de Evaluación para cada figura contractual que recoge el anexo V de la resolución de 12 de noviembre de 2002, de la Dirección General de Enseñanzas Universitarias de la Generalidad Valenciana, dado que no se asigna una puntuación a cada uno de los apartados curriculares en relación con el mérito de los candidatos, lo que parece indicar una falta de transparencia en el proceso de evaluación.

En relación con la primera de las cuestiones planteadas, esta Institución ha apreciado que en el curso de la tramitación de esta queja ha sido estimado el recurso de reposición interpuesto por el interesado contra la resolución de la CVAEC, por lo que una vez satisfecha su preten-

sión, debemos finalizar el procedimiento iniciado en cuanto se refiere a la situación jurídica particular del reclamante.

Sin embargo, por lo que respecta a la segunda de las cuestiones que se abordan en esta queja, referida a que no se asigna una puntuación a cada uno de los apartados curriculares en relación con el mérito de los candidatos, esta Institución, aun cuando valora positivamente el hecho de que en futuras convocatorias la CVAEC haya propuesto una motivación más completa para exteriorizar el fundamento jurídico de la decisión de evaluación positiva o negativa, lo anterior no resuelve el problema planteado, y no sólo porque no se encuentra previsto en la norma como sería lo deseable, sino porque, pese a que los criterios materiales de evaluación de los candidatos y el procedimiento se encuentran incluidos respectivamente en los números IV y V del Acuerdo contenido en el anexo I de la citada resolución de 12 de noviembre de 2002, y con carácter más específico se prevén en el anexo V de la misma, no se ha establecido en ninguno de estos preceptos cómo o con qué grado de concreción habrán de definirse aquellos.

Lo anterior puede generar confusión a los interesados y los futuros aspirantes, dado que, frente a la carencia de unas especificaciones numéricas o de valor más precisas, éstos no tienen posibilidad de conocer los datos objetivos que pongan de relieve la suficiencia o insuficiencia de los méritos exigibles para dicho proceso, situación que se recrudece aún más, cuando los evaluadores expertos de la CVAEC, emiten sus informes negativos con fórmulas estereotipadas, vagas y sin que sea discernible una auténtica individualización de los méritos del solicitante que permita respaldar y garantizar la transparencia y la objetividad de la decisión adoptada.

En consecuencia, por los motivos anteriormente expuestos, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formular la siguiente recomendación:

«Que por esa Consejería se adopten las medidas necesarias que permitan modificar la resolución de 12 de noviembre de 2002, de la Dirección General de Enseñanzas Universitarias de forma que:

Con la finalidad de garantizar la transparencia en el procedimiento de evaluación y de preservar el principio de objetividad (artículo 103.1 CE) y el de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE), se incluyan unos baremos numéricos de máximos y de mínimos para cada criterio específico de evaluación de los previstos en el anexo V de la citada resolución, que permitan ser aplicados por igual a todos los interesados

en relación con cada figura contractual de las previstas en los artículos 50, 51, 52 y 72 de la Ley Orgánica 6/2001 de 21 de diciembre, de Universidades.

De igual manera, se considera necesario que se prevea en la normativa indicada la obligación de la CVAEC de motivar el informe de la evaluación de los candidatos, utilizando referencias objetivas y una valoración razonada e individualizada de los méritos.»

Madrid, 3 de febrero de 2004.

Recomendación dirigida al Consejero de Cultura, Educación y Deporte de la Generalidad Valenciana.

Recomendación 9/2004, de 11 de febrero, para que se dé cumplimiento al mandato contenido en la Ley de Fundaciones, aprobando las normas de elaboración de los planes de actuación que deben presentar anualmente las fundaciones.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 433.)

Se han dirigido a esta Institución los presidentes de la Fundación Sociedad Española (...), don (...), de la Fundación (...), don (...), y de la Fundación Sociedad Española de (...), don (...), manifestando su desacuerdo con la decisión de ese departamento, que les ha sido trasladada por la Subdirección General de Protectorado de Fundaciones, de considerar insuficientes los datos aportados en los respectivos planes de actuación presentados para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 25.8 de la vigente Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, y exigir una nueva aportación de documentación de acuerdo con las previsiones contenidas en la norma 6ª del anexo II del Real Decreto 776/1998, por el que se aprueban las normas de adaptación del plan general de contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y las normas de información presupuestaria de estas entidades.

Según acreditan los presidentes de las fundaciones mencionadas, tras haber presentado de acuerdo con la nueva regulación de la vigente Ley de Fundaciones el denominado plan de actuación para el próximo ejercicio, les fue requerida la aportación de documentación suplementaria, por parte de la Subdirección General de Protectorado de Fundaciones, alegándose al efecto que el plan de actuación presentado «no se ajusta a los modelos de información presupuestaria contenidos en la norma 6ª del anexo II del Real Decreto 776/1998». Formuladas alegaciones frente a la exigencia de aportación de nuevos datos, la Subdirección General antes mencionada reiteró, mediante escrito del pasado 2 de febrero, los reparos efectuados a los planes de actuación, presentados

por las fundaciones a que se ha hecho referencia, argumentando que ante la ausencia de desarrollo reglamentario sobre el plan de actuación que menciona la nueva ley deben considerarse vigentes las actuales normas de información presupuestaria, aprobadas por el Real Decreto 776/1998 y que a su contenido deben ceñirse las fundaciones al confeccionar y presentar sus planes de actuación en cumplimiento de lo exigido por la ley.

Examinada por esta Institución la documentación que le ha sido aportada, y puesta la misma en relación con las normas jurídicas reguladoras, se ha llegado a la conclusión de que la interpretación llevada a cabo por ese departamento ministerial, no resulta compatible con la voluntad manifestada por el legislador al aprobar un nuevo texto legal que incorpora modificaciones sustantivas en el régimen jurídico de las fundaciones respecto de la regulación anterior que afectan de manera directa a lo aquí tratado.

La exposición de motivos de la vigente Ley de Fundaciones (Ley 50/2002) menciona expresamente que, entre otras medidas tendentes a facilitar y a simplificar la gestión de las fundaciones, se ha considerado conveniente sustituir la obligación de aprobar un presupuesto anual «por la de presentar un plan de actuación», con lo que, manteniéndose la finalidad esencial de ofrecer información acerca de los proyectos fundacionales, se facilita en gran medida la gestión de estas entidades. De acuerdo con esta voluntad del legislador, desaparece del articulado de la ley el precepto que obligaba a la presentación anual de un presupuesto y, en su lugar, el nuevo artículo 25.8 dispone que «el Patronato elaborará y remitirá al Protectorado en los últimos tres meses de cada ejercicio, un plan de actuación, en el que queden reflejados los objetivos y las actividades que se prevea desarrollar durante el ejercicio siguiente».

Parece claro, pues, que la voluntad del legislador ha sido simplificar la gestión ordinaria y contable de las fundaciones eliminando algunas obligaciones, cuya utilidad práctica resultaba dudosa y que complicaban notoriamente la gestión de este tipo de organizaciones. Dada la peculiar naturaleza de las fundaciones y el origen vario y a veces imprevisto de sus fondos, resultaba de escasa utilidad exigir la presentación de previsiones presupuestarias que a menudo no reflejaban, o lo hacían muy deficientemente, la actividad a desarrollar por la fundación en el ejercicio económico correspondiente.

Tras la aprobación de la Ley 50/2002 las fundaciones ya no tienen la obligación de presentar el presupuesto y deben, únicamente, aportar un documento denominado «plan de actuación» del que la ley sólo concreta

que debe reflejar los objetivos y las actividades que la fundación prevea desarrollar durante el ejercicio siguiente. Como quiera que estas concreciones sobre contenido de este documento son demasiado genéricas, la propia Ley, en su disposición final tercera, ordena al Gobierno aprobar en el plazo de un año las normas de elaboración del plan de actuación que deben presentar las fundaciones en el último trimestre del año al Protectorado.

Ahora bien, el que la Ley prevea un desarrollo reglamentario en este punto no autoriza a dejar sin efecto el mandato contenido en su artículo 25.8 y la voluntad expresa del legislador de no exigir en lo sucesivo la presentación de un presupuesto, acudiendo a la vía indirecta de exigir para el documento ahora denominado «plan de actuación» forma y contenidos idénticos o similares a los que son propios del documento denominado «presupuesto». Es evidente que obrando así se vacía de contenido la Ley, se desoye la voluntad del legislador y se difiere la entrada en vigor de la Ley al momento en el que el Gobierno decida dar cumplimiento al mandato de desarrollo reglamentario que se contiene en su disposición final tercera.

Por todo ello considera esta Institución que los reparos formulados por la Subdirección General de Protectorado de Fundaciones a los planes de actuación presentados por las fundaciones que han solicitado la intervención del Defensor del Pueblo no respetan ni el espíritu ni la letra de la ley y debieran ser revisados por ese Departamento. Porque mientras no se desarrolle reglamentariamente la forma y el contenido del «plan de actuación» las autoridades competentes deben exigir de las fundaciones la presentación de planes en los que «queden reflejados los objetivos y las actividades que se prevea desarrollar durante el ejercicio siguiente» —que es el contenido que exige la ley para estos documentos— con las formalidades y datos que se juzguen oportunos para que el documento cumpla la finalidad informativa a la que debe servir. Pero a través de esta vía no se puede dejar sin efecto la previsión de la ley exigiendo, al amparo de la falta de desarrollo reglamentario, la presentación de un documento de contenido y formato idéntico o similar al del presupuesto que el legislador ha querido expresamente eliminar.

Por todo ello, y al amparo del artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se formula a V. I. la siguiente sugerencia:

«Que se modifique el criterio mantenido en los supuestos que han dado lugar a este expediente consistente en exigir que los planes de actuación previstos en la nueva Ley de Fundaciones se ajusten en su contenido a los modelos de información presupuestaria establecidos en el

Real Decreto 776/1998», sustituyéndolo por otro más acorde con la letra y el espíritu de la ley.»

Y la siguiente recomendación:

«Que en aras de la mayor seguridad jurídica, se inicien de inmediato los trabajos tendentes a dar cumplimiento al mandato contenido en la disposición final tercera de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, y se proceda a la aprobación de las normas de elaboración de los planes de actuación de las fundaciones.»

Madrid, 11 de febrero de 2004.

Recomendación dirigida a la Secretaria General Técnica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

Recomendación 10/2004, de 13 de febrero, sobre adopción de iniciativas que hagan posible la valoración de la nota media de los alumnos con estudios extranjeros homologados a efectos de acceso a la formación profesional específica de grado superior.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 433.)

Es de referencia queja formulada ante esta Institución por doña (...), que ha quedado inscrita en el registro del Defensor del Pueblo con el número arriba indicado.

La promovente de la queja, que ha intentado obtener una plaza para cursar determinadas enseñanzas de formación profesional de grado superior, se refería en el escrito de queja remitido a esta Institución al resultado negativo que se había derivado de la solicitud que formuló con dicho objeto, al haberse entendido por el centro docente ante el que formuló su solicitud que, puesto que en el acuerdo de homologación de sus estudios de bachillerato cursados en el extranjero no se reflejaba la equivalencia de las calificaciones obtenidas con las previstas en el sistema educativo español, debía atribuirse a su solicitud por el mencionado concepto la valoración correspondiente a una nota media de aprobado.

El Real Decreto 777/1998, de 30 de abril, por el que se regulan determinados aspectos básicos de la ordenación de la formación profesional en el ámbito del sistema educativo, en desarrollo de lo preceptuado en la disposición adicional tercera, apartado 2, de la Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, de la participación, la evaluación y el gobierno de los centros docentes, determina que en los procedimientos de admisión de alumnos en las citadas enseñanzas de grado superior de la formación profesional se aplicarán, cuando no existan plazas suficientes, criterios de prioridad de orden académico, entre los cuales se contempla la valoración de la nota media obtenida en los estudios alegados para ac-

ceder a dichas enseñanzas profesionales que, en el supuesto planteado por la reclamante, ha dado lugar al resultado antes indicado, según entendía la interesada a causa de los términos en que se adoptan los acuerdos de homologación de títulos extranjeros, sin mención a la equivalencia atribuible a las calificaciones obtenidas en los estudios extranjeros correspondientes dentro del sistema educativo de nuestro país.

Esta Institución inició la tramitación de la queja planteada ante la Secretaría General Técnica de ese departamento, que ha remitido un informe, del que se adjunta fotocopia con el presente escrito, en el que se hace referencia, de una parte, a las graves dificultades existentes para incorporar en las resoluciones de convalidación u homologaciones de estudios o títulos extranjeros mención a la equivalencia de las calificaciones mencionadas, y señala, de otro lado, que incluso en el supuesto de que resultase factible dicha mención con ello no se daría respuesta, en la mayoría de los casos, al problema planteado al incorporarse una buena parte de los solicitantes de convalidación/homologación al sistema educativo español antes de la resolución de los expedientes iniciados al efecto, sobre la base de los volantes de inscripción condicional que autorizan la matriculación de los alumnos entre tanto se resuelve sobre su solicitud.

El mismo informe pone de manifiesto que para el ámbito de los estudios universitarios, y a efectos de acceso a facultades, escuelas técnicas superiores y colegios universitarios, de alumnos con estudios extranjeros convalidables, la entonces Dirección General de Enseñanza Superior, en resolución de 7 de junio de 1989 (*BOE* del día 20 siguiente), resolvió que —con la finalidad de obtener la nota media del expediente académico de los alumnos, valorable para determinar la puntuación definitiva de los alumnos en las pruebas de aptitud— se aplicasen cuadros de equivalencias entre las calificaciones de los correspondientes sistemas extranjeros y las propias del sistema español.

Según se señala en el mismo informe, en cumplimiento de la previsión indicada se han elaborado y remitido a las universidades 204 cuadros de equivalencias correspondientes a estudios de 94 países, de cuya existencia en poder del rectorado de las universidades —a las que deben remitirse por la Secretaría General Técnica, del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, de acuerdo con la resolución ya mencionada— son informados, por la citada Secretaría General Técnica, los centros docentes que imparten ciclos formativos de formación profesional de grado superior, por si consideran oportuna su aplicación cuando solicitan información respecto de los términos en que procede establecer la equivalencia de las calificaciones de alumnos procedentes de sistemas educativos extranjeros a efectos de acceso a dichos estudios.

En definitiva, de todo lo anterior se desprende que en el momento actual, ante la inexistencia de previsiones normativas que contemplen de forma específica la obtención de la nota media de los alumnos con estudios extranjeros convalidables a efectos de acceso a ciclos formativos de grado superior, se ve gravemente dificultada en dichos supuestos la aplicación de uno de los criterios de admisión de alumnos, de orden académico, que para el acceso a las referidas enseñanzas se contempla en el Real Decreto 777/1998, de 30 de abril, ya mencionado, norma de carácter básico dictada, como también se ha indicado, en los aspectos que hacen referencia al régimen de admisión de alumnos, en desarrollo de previsiones contenidas en la Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, de la participación, la evaluación y el gobierno de los centros docentes.

Las dificultades aludidas hacen referencia, según se deduce de cuanto queda expuesto, únicamente a un sector de solicitantes de plaza, el de aquellos alumnos que para acceder a las mencionadas enseñanzas profesionales alegan estudios extranjeros convalidables que, en consecuencia y a causa exclusivamente de la falta de previsiones específicas mencionadas, se encuentran en peor situación que el resto de los alumnos de cara a la obtención de plaza, al no valorarse su expediente académico a efectos de acceso en términos acordes con las puntuaciones y nota media realmente obtenidas en los estudios previos cursados.

Por último, parece que en el momento actual la solución posible a la situación de desigualdad generada queda exclusivamente en manos de los centros que imparten las repetidas enseñanzas de formación profesional de grado superior, que sólo cuando por su propia iniciativa formulan consultas a ese departamento respecto de la posibilidad y términos en que procede aplicar equivalencias entre unas y otras calificaciones, son informados de la existencia de los cuadros establecidos atendiendo a la resolución de 7 de junio de 1989 mencionada, dejándose a su criterio la aplicación del cuadro de equivalencias correspondiente.

Dado que la situación descrita contraviene prescripciones legales y reglamentarias expresas que en materia de admisión de alumnos contemplan la valoración de su expediente académico y, específicamente, de la nota media obtenida en los estudios alegados para acceder a la formación profesional específica de grado superior y genera resultados evidentemente contrarios al principio constitucional de igualdad, esta Institución ha considerado preciso, en uso de las facultades que tiene atribuidas por el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, formular la siguiente recomendación: «Que por esa Secretaría General se adopten las iniciativas necesarias, normativas

o de cualquier otra índole, para que el acceso de los alumnos a centros docentes para cursar enseñanzas de formación profesional de grado superior sea resultado de la valoración de todos los criterios de orden académico que vienen establecidos en la normativa básica correspondiente —Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, y Real Decreto 777/1998, de 30 de abril—, realizada en forma acorde con lo previsto en dicha normativa y, específicamente, para hacer posible que la valoración de la nota media del expediente académico de los alumnos con estudios extranjeros convalidables se produzca en los mismos términos que la de los alumnos que hubiesen cursado sus estudios previos en España».

Madrid, 13 de febrero de 2004.

Recomendación dirigida a la Secretaria General de Educación y Formación Profesional.

Recomendación 11/2004, de 16 de febrero, sobre la impartición de las instrucciones oportunas a fin de que, cuando un agente esté incurso en actuaciones penales por hechos de los que pudieran derivarse responsabilidades en su contra, se proceda a la incoación de un expediente disciplinario, cuya tramitación quede suspendida en tanto concluya el procedimiento penal mediante sentencia firme, todo ello al objeto de evitar la prescripción de la posible infracción.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 479.)

Agradecemos el escrito de ese Ayuntamiento, en el que nos contesta a la queja planteada de oficio, registrada con el número arriba indicado.

En dicho informe, dando respuesta a la solicitud de informe de esta Institución, se manifiesta que no se ha abierto expediente disciplinario a los policías encausados en las diligencias previas número 578/2003 instruidas por el Juzgado de Instrucción número 4 de Móstoles.

En relación con lo anterior, esta Institución se ve obligada a realizar las siguientes consideraciones:

1.º El artículo 8.3 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dispone que la iniciación del procedimiento penal contra miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no impedirá la incoación y tramitación de expedientes gubernativos o disciplinarios por los mismos hechos, si bien la resolución definitiva del expediente sólo podrá producirse cuando la sentencia recaída en el ámbito penal sea firme, en virtud del principio de prejudicialidad penal, y que la declaración de hechos probados vinculará a la Administración.

De otro lado, el artículo 27.2 de la Ley citada dispone que la prescripción se interrumpirá en el momento en que se inicie el procedimiento disciplinario, y tipifica como falta muy grave «cualquier conducta constitutiva de delito doloso», para la cual el plazo de prescripción de la infracción es de seis años.

De la lectura de ambos preceptos se desprende que la tramitación de un procedimiento penal contra un agente de la autoridad no interrumpe el plazo de prescripción de la posible infracción. Para que se produzca esta interrupción es necesario que se inicie el correspondiente expediente disciplinario, quedando en suspenso hasta la finalización del procedimiento penal, en los términos dispuestos en el artículo 8.3 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo.

2.º Del escrito que nos ha remitido se desprende que esa corporación declina la posibilidad de mantener una postura activa en evitación de que se produzca la prescripción de la posible infracción cometida.

No obstante, a juicio de esta Institución, la gravedad de la conducta denunciada obliga a ese Ayuntamiento a adoptar las medidas correspondientes en el ámbito disciplinario con la máxima diligencia, a fin de posibilitar la posterior sanción de esta conducta en caso de resultar procedente, respetando en todo caso el derecho a la presunción de inocencia que ampara a los presuntos responsables.

Por ello, esta Institución estima que el criterio mantenido por ese Ayuntamiento no es acorde con los principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para garantizar el libre ejercicio de los derechos y libertades y la seguridad ciudadana, y debe ser revisado, de conformidad con las consideraciones expuestas en el presente escrito.

Por todo cuanto antecede, esta Institución ha valorado la necesidad de dirigir a S.S. la siguiente recomendación, al amparo de lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril: «Que por ese Ayuntamiento se impartan las instrucciones oportunas a fin de que, cuando un agente esté incurso en actuaciones penales por hechos de los que pudieran derivarse responsabilidades en su contra, se proceda a la incoación de un expediente disciplinario, cuya tramitación quede suspendida en tanto concluya el procedimiento penal mediante sentencia firme, todo ello al objeto de evitar la prescripción de la posible infracción».

Como consecuencia directa de la precedente recomendación, esta Institución ha considerado congruente dirigir a S.S. la siguiente sugerencia: «Que se proceda a incoar un expediente disciplinario a los agentes implicados en las diligencias previas n.º 578/03, del Juzgado de Instrucción número 4 de Móstoles».

Madrid, 16 de febrero de 2004.

Recomendación dirigida a la Alcaldesa del Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón (Madrid).

Recomendación 12/2004, de 23 de febrero, sobre la necesidad de informar adecuadamente a los órganos de representación del personal.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 443.)

Agradecemos su informe, en relación con la queja que tiene planteada ante esta Institución don (...), secretario general de la central sindical Unión de Policía Municipal, registrada con el número arriba indicado.

En dicho informe se pone de manifiesto que, para las faltas graves y muy graves, el Decreto de incoación con nombramiento de instructor es el primer paso de la incoación de un expediente disciplinario, e inmediatamente de dictarse el mismo se comunica al interesado para que pueda, en su caso, recusar, siendo esta notificación al interesado, en situaciones como la que nos ocupa, el primer conocimiento que el afectado tiene de la incoación del procedimiento disciplinario.

Asimismo se indica que si el interesado no es citado a declarar, porque se ha paralizado el expediente disciplinario hasta que recaiga resolución judicial, el instructor no tendría conocimiento de su condición de delegado sindical y, por consiguiente, no podría cumplir lo que establece la disposición adicional primera del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, de comunicar dicha incoación a la sección sindical, alegando el informe remitido por esa corporación municipal que será una vez que comparezca el interesado y alegue esa condición cuando deberá comunicarse la misma.

En relación con lo anterior, esta Institución considera necesario realizar una serie de observaciones:

En primer lugar, la disposición adicional primera del citado Real

Decreto 33/1986, dispone que cuando se incoe un expediente disciplinario a un funcionario que ostente la condición de delegado sindical, delegado de personal o cargo electivo a nivel provincial, autonómico o estatal en las organizaciones sindicales más representativas, deberá notificarse dicha incoación a la correspondiente sección sindical, junta de personal o central sindical, según proceda, a fin de que puedan ser oídos durante la tramitación del procedimiento.

A juicio de esta Institución, del precepto transcrito no se deduce, en ningún caso, que tenga que ser el propio interesado el que comunique al instructor del procedimiento disciplinario que ostenta la condición de delegado sindical, delegado de personal o cargo electivo, como parece desprenderse del contenido del informe remitido, ni tampoco se deduce del citado precepto el momento en el que tenga que ser comunicada dicha condición por el interesado, pues la citada disposición adicional únicamente señala que «cuando se incoe un expediente disciplinario (...) deberá notificarse dicha incoación a...».

Así pues, se considera que, una vez que se adopte la propuesta de incoación de expediente disciplinario, el Decreto de incoación con nombramiento de instructor debe ser notificado de forma paralela al interesado y al correspondiente órgano de representación, según corresponda, pues si tal y como se ha expresado, esa notificación es el primer conocimiento que el afectado tiene de la incoación del procedimiento, de igual manera y al mismo tiempo tiene que notificarse a la correspondiente sección sindical, junta de personal o central sindical, pues en caso contrario se podría estar produciendo indefensión, e incumplándose el mandato contenido en la norma, independientemente de que, en casos como el presente, el expediente disciplinario se paralice hasta tanto recaiga resolución judicial.

Asimismo, y en relación con lo manifestado en el informe del Mando de la Unidad de Gestión Administrativa que se incluye entre los que V. E. acompaña a su escrito, sobre el hecho de que si el interesado no es citado a declarar, porque se ha paralizado el expediente hasta que recaiga resolución judicial, el instructor no tiene conocimiento de su condición de representante sindical, de forma que no puede cumplir lo que establece la citada disposición adicional, hasta que el mismo comparezca y alegue tal condición, esta Defensoría considera que, en los actos preparatorios de la incoación del citado procedimiento disciplinario, al consultarse y recopilarse los antecedentes y datos sobre el funcionario en concreto y los hechos y circunstancias acaecidos, debe constar en su expediente personal si éste ostenta alguna de las condiciones mencionadas en el citado precepto para, en su caso, y de forma paralela por ser

parte legitimada, comunicarse al órgano de representación, según proceda, y con ello atender a los principios de coordinación y eficacia administrativa, en este caso concreto.

Además, esta Defensoría considera que los responsables de las unidades de personal deben conocer con carácter general, en cualquier circunstancia, qué funcionarios ostentan la citada representación, para un efectivo cumplimiento de las obligaciones que competen a la Administración y una mayor efectividad en las relaciones con dichos órganos de representación del personal.

Sobre la base de las argumentaciones expuestas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formularle la siguiente Recomendación: «Que se adopten las medidas oportunas para que los órganos de gestión de personal tengan conocimiento de qué funcionarios ostentan, en cada momento, de conformidad con lo establecido en la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, la condición de delegados sindicales, delegados de personal o cargos electivos, a fin de que, en adelante, se pueda dar efectivo cumplimiento a lo dispuesto en la disposición adicional primera del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado y, con carácter general, se puedan cumplir con mayor efectividad las obligaciones de ese Ayuntamiento en relación con los órganos de representación del personal».

Madrid, 23 de febrero de 2004.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Madrid.

Recomendación 13/2004, de 25 de febrero, sobre mantenimiento de subsidiación en los préstamos bancarios constituidos por subrogación de préstamos cualificados al amparo del Real Decreto 1932/1991, de 20 de diciembre.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 448.)

Se ha recibido escrito de V. I. de 26 de noviembre (S/rf. salida SG/PD/Mjg 040356 de 05.12.2003), referente a la queja Q0308436 formulada por doña (...), en el que confirmando el motivo de queja de la interesada, expresa que la solución a su problema se encuentra en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, modificada parcialmente por la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica.

A tenor de su informe, la subrogación y modificación que se instase por el interesado motivaría la pérdida de las ayudas económicas de las que hasta ese momento se estuviera beneficiando, por el carácter de préstamo cualificado concedido al amparo del Real Decreto 1932/1991, de 20 de diciembre, aún cuando no sería exigible la devolución de las que se hubieran percibido hasta ese momento.

A juicio del Defensor del Pueblo la aplicación de la Ley que se propone no resolvería el problema objeto de la presente queja, o al menos no en el modo en que ha de ser atendido por parte de la Administración pública, única beneficiaria de esta opción, pues a partir de ese momento dejaría de abonar la subsidiación del préstamo cualificado.

Es cierto que la Ley 2/1994, de 30 de marzo se dictó con el propósito, «digno y razonable», según su exposición de motivos, de proteger a los ciudadanos que concertaron sus préstamos con anterioridad a la bajada de los tipos de interés y de posibilitar que pudieran beneficiarse de estas ventajas, pero también lo es que a pesar de la evidente e impor-

tantísima bajada de los tipos de interés bancario, la Administración estatal siguió incluyendo en sus planes de vivienda su subsidiación, como una más de las medidas de ayuda estatal a las familias con unos bajos niveles de rentas, para que no superasen sus niveles de endeudamiento.

No puede olvidar ese centro directivo que las personas a las que se reconoció el derecho a percibir las ayudas contempladas en el Real Decreto 1932/1991, de 20 de diciembre debieron acreditar que reunían las condiciones que les hicieron acreedores de la subsidiación, que han debido seguir justificando con posterioridad para que se les conceda su prórroga (artículo 4.2), lo que al parecer de esta Institución les confirió un *status* claramente diferenciado del conjunto de la ciudadanía, para cuya satisfacción plena no sólo se les ha de posibilitar la subrogación y modificación de sus préstamos hipotecarios, sino el mantenimiento de la subsidiación que se les concedió.

A ello no podrá oponerse la Administración competente invocando que ha de estarse a los términos en que fueron concedidos los préstamos cualificados, sobre la base de lo establecido en el Real Decreto 1932/1991, de 20 de diciembre, pues en todo caso lo que ha de primar es la efectividad del derecho reconocido en el artículo 47 de la Constitución Española, que impone a las administraciones públicas el diseño de políticas que favorezcan el acceso a una vivienda digna y adecuada, que en el caso que nos ocupa no se estaría acatando, si solamente se favorece la subrogación de la entidad bancaria que permita una modificación de los intereses convenidos en un préstamo cualificado por los que correspondan a un préstamo ordinario, con ignorancia de los derechos de estas personas a recibir la ayuda pública concedida, y ahorrándose el Estado unos fondos que ya tenían destino presupuestario, lo que en la jurisdicción civil podría ser descrito como un enriquecimiento injusto.

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

«A la Dirección General de la Vivienda, la Arquitectura y el Urbanismo de la Secretaría de Estado de Infraestructuras del Ministerio de Fomento, como consecuencia de no haber atendido adecuadamente el mandato que se contiene en el artículo 47 de la Constitución Española en la solución que se viene dando a quienes se reconoció el derecho a las medidas de financiación de actuaciones protegibles en aplicación del Real Decreto 1932/1991, de 20 de diciembre, para que inste la aprobación de una disposición normativa en la que se contemple la po-

sibilidad de mantener la subsidiación de los préstamos cualificados concedidos, en el caso de que se efectuase su subrogación y modificación, a la luz de la Ley 21/1994, de 30 de marzo, modificada parcialmente por la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica.»

Madrid, 25 de febrero de 2004.

**Recomendación dirigida al Director General de la Vivienda,
la Arquitectura y el Urbanismo del Ministerio de Fomento.**

Recomendación 14/2004, de 26 de febrero, sobre la inclusión en los textos de las resoluciones sobre visados de los recursos que quepa interponer frente a los mismos.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 432.)

Se ha recibido en esta Institución el informe de V. E. en relación con la queja formulada por doña (...).

Del informe recibido se deduce que, en las resoluciones denegatorias de los visados de corta duración, no se indica de forma expresa la posibilidad que tienen los solicitantes de recurrir tal denegación en vía administrativa.

Se añade en el informe que no obstante son numerosas las solicitudes cursadas de manera informal, tanto verbalmente como por escrito, en que aquellos a quienes se ha denegado el visado solicitan revisión o reconsideración de su expediente y, en estos casos, se revisa el expediente y se comunica el resultado.

Tras analizar la respuesta recibida, cabe señalar lo siguiente:

Como V. E. conoce, el artículo 89 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece en su apartado 3, que las resoluciones «... Expresarán, además, los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno».

Resulta evidente, pues, que la norma impone una obligación concreta, sin que de la redacción pueda deducirse en modo alguno que la autoridad administrativa tenga facultad para decidir si expresa o no los recursos que proceden en cada caso.

Así fue entendido en su momento por ese órgano directivo dado que mediante el escrito de fecha 23 de junio de 2003 emitido en respuesta a la investigación que esta Institución llevaba a cabo en la Q0213752 se informaba por esa Dirección General lo siguiente:

«... desde aproximadamente mediados del año 2002, y recogiendo las sugerencias de esa Institución, la Embajada cambió el formato del escrito de notificación introduciendo en el texto la posibilidad de interponer contra la resolución recurso en vía contencioso-administrativa ante la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el plazo de dos meses contados a partir del día siguiente a la notificación. Igualmente se informa de la posibilidad de presentar recurso de reposición en el plazo de un mes a partir del día siguiente a la notificación.»

En el caso tratado en dicha queja se había detectado el mismo problema, si bien el visado era de reagrupación familiar y la Oficina en el exterior era la Sección Consular de la Embajada de España en Dakar.

Así pues, el informe de V. E. remitido con ocasión de la presente queja puede considerarse contradictorio con el emitido en la Q0213752, resultando evidente que algunas de las representaciones en el exterior no plasman en las resoluciones la información adecuada sobre la posibilidad del titular de impugnar las mismas tanto en vía administrativa como en vía jurisdiccional, incumpliendo con ello lo establecido en la normativa vigente.

En consecuencia, se ha considerado procedente formular a V. E., de conformidad con lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, la siguiente recomendación: «Que se impartan instrucciones a todas las representaciones consulares a fin de que el contenido de las resoluciones se adapte a lo establecido en el artículo 89 de la Ley 30/1992, expresando por tanto los recursos que procedan en cada caso, tanto en vía administrativa como jurisdiccional».

Madrid, 26 de febrero de 2004.

Recomendación dirigida al Director General de Asuntos Consulares y Protección de los Españoles en el Extranjero.

Recomendación 15/2004, de 26 de febrero, sobre el acceso a atestados de tráfico por los interesados que no residan en el lugar donde se encuentre ubicado el atestado.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 435.)

En relación con la queja planteada por don (...), en representación de Fahnebrock Abogados, registrada con el número arriba indicado, ese centro directivo nos remitió un informe, de fecha 8 de mayo de 2003, en el que, entre otras cosas, se señalaba, lo siguiente:

«Cuando los atestados se instruyen como consecuencia de accidentes de circulación con daños materiales, son archivados en las dependencias de las diferentes unidades de la Guardia Civil, a prevención, por si son requeridos por la autoridad judicial o por alguna de las partes implicadas o sus representantes legales (abogados, procuradores, etc.).

En este caso, como norma general, el procedimiento para acceder a estos atestados, es que los implicados o sus representantes legales, soliciten la copia de las diligencias mediante un soporte documental (fax, carta, escrito, etc.), del que quede constancia y en el que se indique el motivo y en calidad de qué se efectúa la solicitud (implicado en el accidente, representante legal que así lo acredite, etc.), no existiendo inconveniente, cuando se utiliza esta forma de solicitud, por parte de la Guardia Civil de facilitar información respecto dichos atestados.

La información solicitada puede llegar al peticionario normalmente haciéndole entrega de fotocopia de las diligencias, personándose en la Unidad donde están archivadas, o en los casos en los que el solicitante resida en una localidad distinta, y concretamente respecto a las Comunidades Autónomas de Baleares y de Cantabria, se realiza de la forma siguiente:

Baleares: se le indica al interesado que, junto a la solicitud, aporte un sobre franqueado al objeto de remitirle la información requerida.

Cantabria: se le hace llegar a través de un letrado de dicha Comunidad Autónoma que lo recoge en las dependencias de la Guardia Civil.

Finalmente, en el caso concreto de las diligencias número 480/02 y 348/01, objeto de la presente queja, las solicitudes se efectuaron, en ambos casos, por vía telefónica.»

Posteriormente, esta Institución comunicó a V. E., mediante escrito de fecha 4 de septiembre de 2003, que estábamos a la espera del informe que sobre esa misma cuestión se había solicitado al Departamento de Interior de la Generalidad de Cataluña, informe que ha sido remitido recientemente.

En relación con el contenido del informe de 8 de mayo de 2003, remitido por ese centro directivo, esta Institución ha valorado la necesidad de poner en su conocimiento las siguientes consideraciones:

En el caso de que las diligencias estén archivadas en una unidad de la Guardia Civil sita en las comunidades autónomas de las Illes Balears o de Cantabria, se ha establecido un procedimiento para hacer llegar la información solicitada a los implicados en los accidentes o a sus representantes legales, si bien dicho procedimiento es distinto en cada una de las comunidades autónomas citadas.

En el caso de que las diligencias estén archivadas en unidades sitas en otras comunidades autónomas distintas de las de las Illes Balears o Cantabria, la única manera de obtener fotocopias de las diligencias exige la personación de los interesados o de sus representantes legales en la correspondiente unidad de la Guardia Civil.

Con mucha frecuencia los interesados en acceder a dicha información tienen su domicilio en localidades situadas a una considerable distancia de las unidades donde están archivadas las diligencias, por lo que no es razonable que, en estos casos, se exija a los mismos o a sus representantes legales que se presenten personalmente en la correspondiente unidad.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, deberían mejorarse los procedimientos vigentes en la actualidad para facilitar el acceso de los ciudadanos a los atestados y unificar los mismos, de manera que todas las unidades de la Guardia Civil siguieran el mismo procedimiento con independencia de la comunidad autónoma en la que estén situadas.

Por todo cuanto antecede, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, hemos considerado conveniente recomendar a V. E. que valore la oportunidad de adoptar las medidas pertinentes para que todas las unidades de la Guardia Civil sigan un mismo procedimiento que, mejorando los vigentes en la actualidad, facilite a los implicados en los accidentes o a sus representantes legales el acceso a los atestados sin necesidad de desplazarse hasta la localidad donde esté situada la unidad en la que estén archivadas las diligencias.

Madrid, 26 de febrero de 2004.

Recomendación dirigida al Director General de la Guardia Civil.

Recomendación 16/2004, de 27 de febrero, sobre control de actividad clasificada y ruidosa, instando al Ayuntamiento y, en su caso, intervenir por sustitución.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 472.)

Se ha recibido informe de V. E., de fecha 28 de octubre de 2003, registro de salida n.º 44820, relativo al expediente de queja arriba referenciado, promovido por don (...).

Esta Institución no puede compartir la interpretación que hace esa Consejería de Agricultura, Agua y Medio Ambiente de su legislación. En nuestro requerimiento de informe se mencionaban los preceptos que hacen de la Administración autonómica un ente capaz por sí mismo de proceder a sustituir al Ayuntamiento en sus competencias ambientales, propias o delegadas, por falta de ejercicio efectivo de éstas por la Corporación municipal. No han sido tenidos en cuenta y, además, se ha basado en una interpretación incorrecta, por estricta, de su propia legislación. No es correcto, por ejemplo, afirmar que el único competente para sancionar y tomar medidas por infracciones en materia de ruido es el Ayuntamiento. De hecho, todos los argumentos de la Consejería son de este tipo.

En general, esa Consejería parece no tener en cuenta que la autonomía municipal no es autonomía del Ayuntamiento. La intervención sustitutoria autonómica, cuyo régimen general tiene en el artículo 87 de la Ley 6/1988 de Régimen Local de la Región de Murcia, es más una garantía que una excepción de la autonomía municipal. Si un Ayuntamiento, que es el órgano de gobierno de la Corporación (formada también por su territorio y los vecinos, no sólo por el Ayuntamiento) incumple sus obligaciones directamente impuestas por la ley, y si tal incumplimiento afecta a competencias de la Comunidad autónoma (éstas son en nuestro

caso principalmente las del artículo 11.11 de su Estatuto de Autonomía), tal incumplimiento supone una vulneración de la autonomía local garantizada a los vecinos, que toca pues suplir a la Administración regional. En materia ambiental, el régimen de sustitución cuenta además con reglas específicas, como se expone a continuación.

Parece pues necesario recordar a la Consejería que como órgano autonómico ambiental es titular de potestades «propias» y de potestades ejercitables «por sustitución» del Ayuntamiento (no se tendrá en cuenta la posibilidad de que las potestades ambientales de Fuente Álamo de Murcia en esta materia sean delegadas, lo que a su vez activaría los mecanismos previstos en el artículo 25 y concordantes de la Ley 1/1995; posibilidad que no ha sido tenida en cuenta por la Consejería y que parece muy probable, pues según los datos oficiales no parece que Fuente Álamo de Murcia cuente con población superior a 20.000 habitantes).

1. En materia de disciplina ambiental y como competencias propias de la Comunidad autónoma:

— El artículo 65 de la Ley 1/1995 establece que sin perjuicio de las competencias sustantivas de los municipios o de otros órganos de la Comunidad autónoma, corresponde a la Consejería de Medio Ambiente ejercer las potestades administrativas ordenadas a la prevención, vigilancia, corrección y sanción ambiental. Esto significa que esa Consejería no necesita apoderamiento especial para prevenir, vigilar, corregir y sancionar.

— El artículo 70.2, en relación con el artículo 70.1.d) de la misma Ley, determina que la Consejería de Medio Ambiente podrá requerir al Ayuntamiento para que proceda a la suspensión en los supuestos de incumplimiento o trasgresión de las condiciones ambientales impuestas para la ejecución del proyecto por la calificación o evaluación ambiental. Pero no se ha hecho, sólo se le ha trasladado información.

A su vez, por sustitución puede intervenir la Consejería (artículo 70.3 de la Ley 1/1995) si el órgano competente (el Ayuntamiento) no efectúa la suspensión (no lo ha hecho), ni lo hace a instancia (inexistente) de la Consejería de Medio Ambiente en el plazo que se le indique (mucho menos ha indicado plazo), que no será inferior a quince días. Entonces la Consejería adoptará (no lo ha hecho, a pesar del imperativo) las medidas de preservación de los valores ambientales; y podrá a tal efecto disponer la paralización de las actividades que supongan riesgos o lesión ambiental.

Además, directamente o por sustitución puede intervenir la Consejería (artículo 71, siempre de la misma Ley) en aquellos casos en que exista riesgo grave e inminente para el medio ambiente. Ocurre que en el presente caso no se está ante un riesgo sino ante una contingencia real y actual, la fase de riesgo ha trascurrido ya. No se ha denunciado un riesgo de daños ambientales, sino que los daños ya se han producido.

En materia concreta de ruido, y conforme al Decreto 48/1998, esa Consejería dispone de idénticas atribuciones, pues aunque ciertamente corresponde al Ayuntamiento la potestad sancionadora, la vigilancia y control de la actividad ruidosa, ello es de nuevo sin perjuicio de las competencias de la Comunidad autónoma en los procedimientos de evaluación y calificación ambiental, que son los expresados antes (disposición adicional tercera del Decreto).

2. Además de cuanto resulta de los expedientes tramitados por las administraciones autonómica y municipal, esta Institución encuentra que de la presente investigación ha resultado asimismo: A) Que el 21/1/2000 el Ayuntamiento requirió al titular del establecimiento para que cumpliera con las medidas correctoras que se le habían impuesto en la licencia de actividad, en concreto la insonorización del local (tras una medición del nivel sonoro que arrojó valores muy por encima de los que marca la ley), la contratación de la recogida de los residuos con gestor autorizado (además del cumplimiento del horario de apertura y cierre de la actividad). B) Que el Ayuntamiento aceptó sugerencia relativa a que requiriese al titular del taller de exposición y reparación de motocicletas y ciclomotores, para que insonorizara el establecimiento y acordara como medida cautelar entre tanto su clausura, y que teniendo en cuenta la gravedad de la infracción y la negativa a cumplir las disposiciones municipales, se instruyera el correspondiente expediente sancionador (todo ello conforme a la obligación de la Corporación municipal derivada de los artículos 103.1 y 45 CE, artículos 18.g) y 25.2.f) de la Ley reguladora de Bases del Régimen Local; artículo 22 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales; artículo 42 de la Ley General de Sanidad; artículos 37, 70 y siguientes de la Ley 1/1995 de Protección del Medio Ambiente de Murcia y Decreto 48/1998, de Protección del Medio Ambiente frente al Ruido). C) Que de lo informado por el Ayuntamiento el pasado mes de julio esta Institución dedujo, en síntesis, haber manchas de aceite en la vía pública; haber tres solicitudes de retirada de vehículos situados frente al vado autorizado y señalizado; no se cumplen las medidas adicionales impuestas por la Consejería de Agricultura, Agua y Medio Ambiente al otorgar la licencia de actividad; el taller carece de autorizaciones de puesta en marcha y de funcionamiento y no hay declaración anual de medio ambiente; y no se han instalado medidas de insonorización.

3. Estamos pues ante la pasividad municipal en la puesta en práctica efectiva de cuanto la misma corporación local tiene propuesto por su propio personal técnico como, de nuevo, la parcial pasividad de la Consejería, que sigue sin hacer uso de sus potestades propias o por sustitución. Con nuestro anterior requerimiento a la Consejería se buscaba el conocimiento de las razones por las que el órgano autonómico no enmendó la falta de actuación efectiva del Ayuntamiento, pues no se excluía que existieran razones, desconocidas por esta Institución, que le hubiera impedido actuar de oficio. Pero su respuesta no sólo no ha mostrado la existencia de tales razones impeditivas, sino que ha aportado motivos adicionales para pensar que no las hay en absoluto, además con argumentos basados en una interpretación incorrecta de la normativa autonómica.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formular la siguiente recomendación: «Que en virtud de los artículos 87 de la Ley 6/1988 de Régimen Local de la Región de Murcia, 65, 70.2 y .3 y 71 de la Ley 1/1995; y de las previsiones del Decreto 48/1998, conforme a su disposición adicional tercera en el concreto aspecto ambiental del ruido, vigile, corrija y sancione al establecimiento clasificado, o requiera formalmente al Ayuntamiento de Fuente Álamo a hacerlo, incluida la suspensión cautelar o definitiva de la actividad por incumplimiento de las condiciones ambientales impuestas, incluidas las relativas a contaminación acústica; y en caso de no ser atendido su requerimiento, actúe por sustitución».

Madrid, 27 de febrero de 2004.

Recomendación dirigida al Consejero de Agricultura, Agua y Medio Ambiente de la Región de Murcia.

Recomendación 17/2004, de 1 de marzo, para que las convocatorias de becas del Ministerio de Educación y Ciencia especifiquen los componentes de beca adjudicables a los alumnos que cursen estudios a distancia.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 454.)

Presentada queja ante esta Institución por don (...) y registrada con el número Q0311648 se dio por admitida al estimar que reunía los requisitos legalmente establecidos y se promovió la investigación sumaria e informal para el esclarecimiento de los supuestos en que se basaba dando cuenta de ello a V. I., mediante comunicación del día 14 de octubre de 2003, a los efectos que prevé el artículo 18 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de nuestra Institución.

El señor (...) manifestaba en su queja que había solicitado una beca o ayuda al estudio para realizar en el curso 2002-2003 primero de bachillerato, y aseguraba haber aportado junto a la solicitud la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos para obtener diversos componentes de beca, entre los que citaba el correspondiente a la ayuda compensatoria. El hecho de no haber sido notificado de la resolución de su solicitud de beca una vez finalizado el curso para el que la solicitó, constituía el motivo por el que se dirigía a esta Institución, presentando queja.

Trasladado lo anterior a V. I., ha tenido entrada en esta Institución un oficio sobre cuyo contenido deben hacerse las siguientes consideraciones.

En primer lugar manifiesta V. I. que al solicitante le corresponde únicamente el componente de ayuda para adquisición de material didáctico por valor de 114,19 euros, «de acuerdo con el artículo 16.2 de la Orden 1802/2002, de 9 de julio, por la que se convocan becas y ayudas al es-

tudio de carácter general para el curso académico 2002/2003, para alumnos de niveles postobligatorios no universitarios, y para universitarios que cursen estudios en su Comunidad Autónoma».

El mencionado artículo 16.2 dispone lo siguiente:

«Las becas para alumnos de estudios oficiales de Bachillerato a Distancia se destinan a sufragar parte de los gastos en que incurran sus alumnos por razón de material didáctico y, en su caso, esporádicos desplazamientos a los centros colaboradores. Cuando el alumno resida en la misma localidad en que radique la extensión del centro de bachillerato a distancia o centro colaborador, solamente podrá recibir beca por el primer concepto, y su cuantía será de 114,19 euros. Cuando el alumno resida fuera de dicha localidad, la cuantía total de la beca será de 399,19 euros.»

El contenido del apartado transcrito, extraído del contexto en el que se recoge, llevaría a la conclusión a la que parece haber llegado esa Dirección General, acerca de que los alumnos de estudios oficiales de bachillerato a distancia no pudieran obtener una beca de más cuantía que los citados 114,19 euros si residen en la misma localidad en que radique la extensión del centro de bachillerato a distancia o centro colaborador.

Sin embargo el apartado 3º del citado artículo 16 señala que lo dispuesto en los artículos 4 —relativo a la ayuda compensatoria— y 14 —relativo a la de precios públicos por servicios académicos, si bien ésta se entiende referida solo a alumnos universitarios—, son también aplicables a los alumnos de estudios oficiales de bachillerato a distancia, todo lo cual llevaría a considerar errónea, o al menos inexacta, no solo la interpretación que de este precepto parece haberse efectuado, según se desprende del oficio remitido a esta Institución, sino también los términos en los que el repetido artículo 16 determina la cuantía máxima de las becas a percibir por los alumnos que cursan estudios oficiales de bachillerato a distancia.

La, a nuestro juicio, inexacta interpretación se vuelve a manifestar por V. I. en el 2º párrafo de su oficio en el que se señala que «el solicitante está cursando estudios oficiales de bachillerato a distancia en el Instituto Catalán de Enseñanza Secundaria a Distancia, por tanto, no puede tener derecho a la ayuda que solicita».

A tal respecto entendemos que a la luz de lo previsto en los preceptos recogidos en la analizada Orden ECD/1802/2002, de 9 de julio (*BOE* de 15 de julio de 2002), los alumnos de niveles post obligatorios no universitarios —entre los que se entienden comprendidos los alumnos de

estudios oficiales de bachillerato a distancia— y universitarios —incluidos los universitarios matriculados en la Universidad Nacional de Educación a Distancia— tienen derecho a ser beneficiarios de la ayuda compensatoria si cumplen los requisitos exigidos con carácter general y los específicos recogidos en el artículo 4, sin que puedan entenderse excluidos de tal derecho por el hecho de realizar dichos estudios a distancia.

Por otra parte, el repetido artículo 16.2 prevé que a los alumnos de estudios oficiales de bachillerato a distancia les corresponda una beca de 399,19 euros destinada a sufragar parte de los gastos en que incurran por razón de esporádicos desplazamientos a los centros colaboradores si residen en distinta localidad en que radique la extensión del centro de bachillerato a distancia o centro colaborador, extremos éstos que parecen no haber sido tomados en consideración en el supuesto analizado, en el que el formulante de la queja acredita residir a más de 450 kilómetros de distancia del centro en el que está matriculado, y pese a ello se ha considerado que «tampoco puede recibir el componente para atender a esporádicos desplazamientos a los centros colaboradores porque no existen centros colaboradores de dicho Instituto fuera de la Comunidad Autónoma de Cataluña».

En relación a cuanto antecede, esta Institución considera que la redacción dada al artículo 16 de la Orden ECD/1802/2002, de 9 de julio respecto al destino que debe darse a las becas para alumnos que cursan estudios universitarios y de bachillerato a distancia, induce a error interpretativo respecto a los componentes de beca adjudicables a estos alumnos, error que no será infrecuente, y que ha constituido el motivo de la presentación de otras quejas en el pasado —entre las que cabe citar la queja Q9709100—, a pesar de lo cual se mantiene invariable su contenido literal en cada convocatoria anual de becas desde la implantación en el año 1983 del aún vigente sistema de becas y otras ayudas al estudio de carácter personalizado contenido en el Real Decreto 2298/1983, de 28 de julio (*BOE* de 27 de agosto).

En consecuencia de cuanto antecede, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, reguladora de la Institución del Defensor del Pueblo, se procede a formular a V. I. la siguiente sugerencia: «Que se proceda a la urgente revisión de la solicitud de beca presentada por don (...) en orden a decidir la cuantía que le correspondía para realizar estudios en el curso 2002-2003, teniendo en cuenta que la indicación contenida en el artículo 16.2 de la Orden 1802/2002, de 9 de julio, por la que se convocan becas y ayudas al estudio de carácter general, para el curso académico 2002-2003, para alumnos de niveles postobligatorios no universitarios y para universitarios que cursan estudios

en su Comunidad autónoma, no supone una limitación al número de componentes de beca adjudicables a los alumnos oficiales de bachillerato a distancia».

Así como una recomendación, al objeto de que «las sucesivas convocatorias de becas y ayudas al estudio de carácter general para alumnos de niveles postobligatorios no universitarios y para universitarios que cursan estudios en su Comunidad autónoma, dispongan la previsión de obtención de becas para los alumnos que realicen estudios universitarios de educación a distancia y estudios oficiales de bachillerato a distancia de forma que especifique con claridad los componentes de beca que resultan adjudicables a estos alumnos, suprimiendo cualquier referencia que permita interpretar, como ocurre en la última convocatoria publicada por ese Departamento, que únicamente les corresponde una cuantía máxima de 186 ó 482 euros en el caso de alumnos universitarios de educación a distancia, y de 118 y 414 euros en el de alumnos de estudios oficiales de bachillerato a distancia».

Madrid, 1 de marzo de 2004.

Recomendación dirigida al Director General de Cooperación Territorial y Alta Inspección del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

Recomendación 18/2004, de 2 de marzo, sobre la tramitación de proyectos y licencias urbanísticas teniendo en cuenta la futura ocupación de terrenos públicos.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 442.)

Se ha recibido escrito de V. I. de fecha 19 de agosto de 2003, S/Ref.: C.G.A. 300 ff/dg/JLG 56185, referente a la queja Q0216408, formulada por don (...).

Al margen de que las obras de construcción de las viviendas se encuentren en la actualidad, tal y como esa Administración asegura, finalizadas y entregadas a sus legítimos propietarios, sin embargo, resulta incuestionable —a la luz de la documentación gráfica que se ha aportado a esta Institución en el transcurso de estas investigaciones— que durante su ejecución se han ocupado tramos de la vía pública, sin que ese Ayuntamiento haya autorizado previamente dicho uso ni se haya exigido el abono de la correspondiente tasa municipal por utilización privativa del dominio público.

En efecto, el uso provisional por parte de sujetos privados de las aceras o viales en la ejecución de obras, sean éstas de la naturaleza que sean, contraría, evidentemente, la finalidad primaria de la dependencia demanial que es el uso general y, en este sentido, esta utilización privativa constituye un uso anormal del dominio público. Si a pesar de todo, se admiten es porque la contradicción no es grave, en cuanto que sólo recae sobre una parte de la dependencia demanial, y, por ello el fin general a que el bien en cuestión está afectado puede seguir cumpliéndose. En todo caso, los principios de gratuidad y libertad propios del uso común general no se aplican como es lógico en las utilizaciones privativas. Por el contrario, la utilización privativa, tanto normal como anormal, justifica el pago de una tasa; asimismo, la necesidad de controlar la com-

patibilidad del uso privativo con el uso general, al que el bien está primordialmente afectado, explica que el derecho al uso privativo sólo puede nacer de un acto expreso de la Administración, acto en que ésta valore la oportunidad y conveniencia de su otorgamiento.

Precisamente, el hecho imponible de la tasa que debe exigirse en estos casos, se basa en la ocupación efectiva del dominio público mediante su uso privativo o aprovechamiento especial en los términos del artículo 75, apartados 1º y 2º del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, es decir:

— Uso común especial: cuando concurriesen circunstancias de este carácter por peligrosidad, intensidad del uso o cualquier otra semejante.

— Uso privativo: constituido por la ocupación de una porción de dominio público, de modo que limite o excluya la utilización por los demás interesados, que es precisamente el supuesto que nos ocupa.

Así pues, debe concluirse que la tasa será exigible en la medida en que se produzca la ocupación efectiva de una porción del dominio público en las condiciones apuntadas. Como ha confirmado el Tribunal Supremo en diversas sentencias —cabe citar la de 26 de mayo de 2000—: los precios públicos por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, que fueron desde tiempo inmemorial tasas, hasta la vigencia de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de Haciendas Locales y que han vuelto a ser otra vez tasas, por virtud de lo dispuesto en la Ley 25/1998, de 13 de julio, que se promulgó en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 185/1995, de 14 de diciembre, tienen su fundamento (precios públicos) o su hecho imponible (tasas), precisamente por el uso privativo o especial del dominio público, que implica, por definición, la restricción del uso del dominio público para el resto de los vecinos y ciudadanos.

En efecto, el artículo 4.1 de la Ley reguladora de Bases del Régimen Local establece que dentro de la esfera de su competencia corresponde a los municipios: a) Las potestades reglamentarias y de autoorganización. b) Las potestades tributarias y financieras. Por su parte, el artículo 117 de la Ley reguladora de las Haciendas Locales dispone que: «Los Ayuntamientos podrán establecer y exigir precios públicos por la prestación de servicios o la realización de actividades de su competencia y por la utilización privativa o aprovechamiento especial de los bienes de dominio público municipal, según las normas contenidas en el capítulo VI del título I de la presente Ley».

Así configurado el hecho imponible, lo cierto es que la ocupación de aceras o viales por necesidades de las obras constructivas realizadas por empresas privadas, implica, como es obvio, utilización del dominio público a favor de aquellas, por lo que sin duda debe gravarse con una tasa municipal. La no exigencia de la misma por parte de las administraciones locales podría, incluso, suponer un incumplimiento del deber legal que tienen encomendado las corporaciones locales de defender su patrimonio consagrado en el artículo 9.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

Así pues procede, en este caso, recordar a ese Ayuntamiento el deber legal que tiene de defender su patrimonio y el dominio público municipal y ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos, deber que le obliga a exigir el abono de la correspondiente tasa municipal cuando por personas privadas y con ocasión de la ejecución de obras de construcción, se precise ocupar la vía pública y, por tanto, utilizar de forma privativa el dominio público. Asimismo, en el supuesto de que la ejecución de dichas obras requiera la instalación de un vallado protector —supuesto más frecuente, según se ha podido comprobar en las fotografías aportadas—, deberá exigir ese Ayuntamiento que la parte interesada solicite la correspondiente licencia municipal específica para esta finalidad, siempre y cuando no esté incluido en la documentación previamente aportada en el momento de la solicitud de la licencia de obras, no pudiendo realizar el vallado hasta que se obtenga la licencia previo abono de la tasa municipal.

No obstante, no ignora esta Institución las dificultades que entraña el control de estas ocupaciones de vía pública en una ciudad como Castellón donde las obras constructivas son numerosas. Por ello parece oportuno recomendar a ese Ayuntamiento que tenga en cuenta a la hora de estudiar los proyectos de obras que se presenten a su estudio y posterior aprobación municipal y de conceder las oportunas licencias, la previsión de ocupación de viales, aceras, así como otros bienes demaniales, a los efectos de girar la correspondiente tasa por este concepto. Incluso parece oportuno que en la misma licencia municipal de obras que ampare la edificación pretendida, se contenga la autorización de ocupación del demanio público y la citada liquidación precisamente por el uso privativo del dominio público.

Madrid, 2 de marzo de 2004.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Castellón de la Plana.

Recomendación 19/2004, de 2 de marzo, sobre comprobación de ruidos, decisión sobre necesidad de licencia y sobre necesidad de medidas correctoras.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 444.)

Se ha recibido escrito de ese Ayuntamiento, de fecha 20 de noviembre de 2003, registro de salida n.º 8925, referente a la queja arriba referenciada, formulada por don (...).

Esta Institución no puede compartir el criterio de ese Ayuntamiento acerca de la inexigibilidad de licencia de apertura y de su sometimiento a la normativa de actividades clasificadas a un local como el denunciado. El fundamento que expone la corporación no se considera correctamente aplicado y, además, se propone después el que, a juicio del Defensor del Pueblo, sí parece el aplicable.

Ante todo es preciso distinguir con claridad la situación jurídica definida como «libertad religiosa», que es el objeto tanto de los artículos 16.1 de la Constitución (libertad religiosa) y 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980 como de la jurisprudencia que cita; distinguirla decimos de la sujeción de toda actividad molesta, tenga o no carácter religioso, a la normativa de actividades clasificadas. Esta distinción ya se trasladó al Ayuntamiento en nuestro primer escrito, y es preciso dilucidarla con más detalle.

Los preceptos y jurisprudencia que cita el Ayuntamiento no se refieren tanto a las actividades clasificadas como a la libertad religiosa. Como toda libertad, no es ilimitada, y esto queda claro ya en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 8/1980. No se afecta al contenido esencial de la libertad religiosa por exigir con carácter previo al uso de locales o instalaciones el que unos y otras cumplan determinados requisitos, que no son exigencias «religiosas» sino ambientales. Llevando la in-

interpretación municipal al ámbito constructivo, no podría el Ayuntamiento exigir licencia de obras a un proyecto de edificación de un templo. Dicho de otro modo, si por ejemplo el Ayuntamiento prohíbe que en un templo tenga lugar cualquier tipo de celebración con música, probablemente está dando lugar a una limitación que afecta o puede afectar al contenido esencial del culto; pero no si somete el volumen de emisión de música a un límite máximo. A estas limitaciones se refiere el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 8/1980 cuando se refiere, como límite no tanto de la libertad religiosa sino de los actos de culto, a las libertades de los demás, la salvaguardia de la salud y demás elementos del orden público.

La jurisprudencia que cita no se considera tampoco que esté siendo adecuadamente interpretada por el Ayuntamiento, pues la libertad de acción de los seguidores de una religión no es una libertad sin límites. Así, la STS de 24 de junio de 1988 negó que una actividad religiosa en vivienda particular (un oratorio privado) sea sometida al régimen de actividades clasificadas no porque sea religiosa, sino porque no se acreditó base legal suficiente en la normativa municipal de entonces para aquel supuesto ni tampoco para una exacción fiscal. A su vez, la STS de 18 de junio de 1992 no consideró aplicable a una iglesia la normativa de actividades clasificadas vigente entonces «del modo en que el Ayuntamiento lo había hecho». Dice esta sentencia que la libertad religiosa se vulnera cuando se mediatiza la libertad de reunirse para desarrollar actividades de culto, siempre que las mismas no incidan en los supuestos que —como único límite de los derechos dimanantes de dichas libertades— se especifican en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, al perturbar el orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática. Pues bien, este es el supuesto de la presente queja, no el de la sentencia citada, en la que queda claramente deslindado «libertad de culto» de «sujeción a la normativa de actividades molestas». Así por ejemplo cuando dice que se alegó por el Ayuntamiento que el sometimiento de la actividad al Reglamento de actividades se debía a que la actividad religiosa producía ruidos, «pero no constaba que las autoridades municipales hubieran comprobado con las debidas garantías si la actividad de la iglesia producía» perturbación o peligro de perturbación grave de la tranquilidad, seguridad, salubridad o moralidad ciudadana. «Nada de esto se hizo ni nada de ello constituyó el fundamento jurídico de la decisión impugnada.»

El presente caso es distinto a los de las sentencias citadas. Ocurre que aquí se está denunciando precisamente una perturbación del orden público (la tranquilidad), luego cumple al Ayuntamiento compro-

barlo. Así como una discoteca es una actividad que con toda probabilidad producirá molestias, un templo no tiene necesariamente por qué producirlas. Simplemente es inherente a una discoteca la emisión de música con niveles normalmente altos; pero no es inherente a un templo la generación de ruido. Por lo demás, la normativa vigente no hace depender la aplicación de la reglamentación de actividades clasificadas y de protección contra el ruido a que tengan o no carácter mercantil o industrial. El Decreto 19/1997 de Extremadura es terminante: Quedan sometidas a sus disposiciones, de obligatoria observancia en la Comunidad Autónoma de Extremadura, todas las industrias, actividades, instalaciones y en general cualquier elemento susceptible de generar niveles sonoros o de vibraciones, que puedan ser causa de molestias a las personas o de riesgos para la salud o el bienestar de las mismas. Por otra parte, el Reglamento de actividades clasificadas de 1961 es aplicable a todas las actividades calificadas como molestas (artículo 2), que son las que constituyen una incomodidad por generar ruidos o vibraciones (artículo 3).

Adviértase finalmente que las limitaciones por razón de contaminación acústica y la exigencia de licencia sobre el local, no lo impone el Ayuntamiento por motivos religiosos (para lo cual ciertamente no tiene potestad), sino por motivos ambientales (que sí forman parte de su ámbito de competencias). Es decir, la iglesia afectada no podrá alegar que con tales controles se está impidiendo su acción religiosa, puesto que sólo se impide su acción ruidosa o contaminante sin correcciones, que es bien distinto y no afecta al contenido esencial del culto. La libertad religiosa no constituye título alguno para producir ruido sin limitación. No se estaría obstaculizando con la exigencia de licencia, con comprobaciones sobre insonorización y demás prevenciones, el ejercicio de la libertad religiosa, sino sólo la producción de ruido sin límite. Parece en fin evidente que el objeto de una iglesia no es la producción de ruido, sino que este es o puede ser un efecto secundario de su finalidad principal, que es religiosa y de culto.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formular la siguiente recomendación: «Que con arreglo a los artículos 16.1 de la Constitución y 3 de la Ley Orgánica 7/1980, así como de la jurisprudencia constitucional y ordinaria que cita y conoce, y de los artículos 2 y 3 del Reglamento de actividades clasificadas de 1961 y del Decreto 19/1997 de Extremadura por el que se aprueba la Reglamentación de ruidos y vibraciones, compruebe el nivel de ruido generado en el local objeto de la queja y, contrastados sus resultados, decida si es preciso someter la actividad física desarrollada en

el local a licencia y condicionado específico por razón de las molestias por ruido, y en su caso exigir a los representantes legales la adopción de medidas correctoras».

Madrid, 2 de marzo de 2004.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Plasencia (Cáceres).

Recomendación 20/2004, de 2 de marzo, sobre clausura de actividad contaminante.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 450.)

Se ha recibido escrito de ese Ayuntamiento de fecha 30 de octubre de 2003 (S/rf 17115), referente a la queja arriba referenciada, formulada por doña (...), en representación de la Plataforma Vecinal para la Defensa Medioambiental de Corrubedo.

La Plataforma interesada presenta, directamente y mediante el Valador do Pobo, documentación adicional, consistente en:

— Nueva denuncia de un vecino ante el Ayuntamiento de Riveira, plasmada en acta de la policía local levantada el 2/8/2003 a las 20,30 h; por los mismos hechos los mismos agentes informaron del asunto el mismo día a las 15,15 h. Se trata de mal olor y agua residual estancada en la calzada, inmediaciones del domicilio del denunciante, calle (...). Las residuales proceden de una finca distante escasos 20 ms. del citado domicilio y de la fábrica (...). Los agentes constatan que el mal olor es bastante irritante para las vías respiratorias. En el momento de la comprobación se unen a los agentes y denunciante una docena de otras vecinas y vecinos, quienes asimismo denuncian los hechos. La denuncia de las 15,15 horas señalaba una gran cantidad de aguas residuales estancadas a unos 50 ms. de la mencionada factoría (...), a la altura de la arqueta anteriormente sellada. El olor es intenso e irritante, el agua discurre por la vía pública al parecer desde la factoría y anega además una finca adyacente. Las denuncias vienen documentadas con dos fotografías, claras e ilustrativas.

— Analítica y parte del informe del SEPRONA, efectuado en la r/ (...) al lado de (...). El muestreo es de 29/1/2003 a las 18,40-55 h. Los sólidos en suspensión, DQO, fósforo, cloruros, aceites y grasas superan al

parecer los máximos legales en un 120 por 100. El vertido de residuales procede de la fosa séptica de (...) y alcanza una finca lindante, considera el vertido intencionado y hay posible infracción del artículo 33.b) de la Ley 1/1995 de protección ambiental de Galicia. Durante la inspección ocular se personó el titular de la factoría, recriminó irrespetuosamente a los agentes y exigió la autorización judicial para entrada domiciliaria. Los agentes del equipo de investigación de SEPRONA le indicaron que una industria no se considera domicilio. Se le solicitó documentación identificativa de la factoría, de su filiación como administrador, certificaciones industrial y de actividad clasificada y de gestor de residuos, entre otra, para ser recogida en un día posterior. El titular no cooperó y se mostró hostil con los agentes, lo que consideran constitutivo de posible infracción del artículo 33.f) de la citada Ley 1/1995. Entre otras conclusiones, SEPRONA entiende que los residuos de la conservera (...) son transportados a la conservera (...) por la transportista (...) carente de autorización de gestor de residuos; por lo que se considera que las tres empresas pueden infringir el artículo 34.3.a) de la Ley 10/1998 de residuos.

La documentación municipal relacionada no constituye un informe y aunque el Ayuntamiento ruega que se estime su contenido a fin de poder aclarar algún aspecto del asunto, parece a esta Institución que, además de cuanto se dirá más adelante, falta lo esencial de todo informe al que le cuadre ese nombre: una valoración de los hechos plasmados en la documentación. Toca pues a esta Institución encontrar entre ellos los aspectos relevantes del asunto en su estado actual, además de la necesaria valoración.

De entre los siete documentos recibidos se estima de interés por su importancia ahora o por su novedad sólo los nºs 5 (informe 187/2003 del SEPRONA), 6 y 7 (iniciación de expedientes sancionadores contra...). El resto no es relevante en este momento o ha sido aportado ya en lo sustancial por la Plataforma reclamante. El último informe de SEPRONA no es menos importante que los anteriores que ya constan a esta Institución, aunque lamentablemente viene a ratificar que la actividad de la conservera denunciada ha proseguido en los últimos meses sin novedad apreciable, lo que incluye el tratamiento, gestión, vertido y transporte de los residuos. Las conclusiones de la Guardia Civil son de una claridad y contundencia inobjectables, necesariamente ha tenido que ponerlos en conocimiento de las Consejerías de Medio Ambiente y de Sanidad así como del Ayuntamiento, que son los organismos que en vía administrativa habrían de valorarlos definitivamente.

Por el contrario, el Ayuntamiento parece haberlo hecho, pues se ha visto obligado a iniciar por fin sendos expedientes sancionadores me-

dian­te Decretos entre cuyos pronun­ciamien­tos se en­cuen­tra la ad­ver­ten­cia de que de no cesar los ver­ti­dos po­dría pro­ce­derse a dic­tar or­den de cese de la ac­ti­vi­dad. Pe­ro ta­les pronun­ciamien­tos son in­su­fien­tes. Pri­me­ro por­que la exis­ten­cia de los ver­ti­dos no au­to­ri­za­dos, con pro­duc­ción de mole­stias e in­clu­so efec­tos más gra­ves, está con­sta­ta­da des­de ha­ce mu­cho tie­mpo, en per­juicio di­rec­to de los ve­ci­nos; se­gun­do por­que na­da se in­for­ma por el Ayun­ta­mien­to del re­sul­ta­do de las ad­ver­ten­cias di­ri­gi­das a la fac­to­ría im­pu­ta­da; ter­ce­ro por­que no se en­cuen­tra qué pue­de fal­tar para que se pro­ceda, ter­mi­nan­te y re­su­el­ta­men­te a cla­u­su­rar la ac­ti­vi­dad y pre­cin­tarla (el ar­tí­cu­lo 41 de la Ley 1/1995 di­ce que de for­ma «in­me­di­ata», esto es en­se­gui­da y sin tar­dan­za), pues ya no se está an­te un ries­go gra­ve o in­mi­nente para el me­dio am­bien­te, si­no de per­juicios «reales» y «ac­tuales», cie­rtos y con­sta­ta­dos por agen­tes de la au­to­ri­dad. Pe­ro la in­for­ma­ción re­ci­bi­da aho­ra del Ayun­ta­mien­to lleva fe­cha de 29 de oc­tu­bre y na­da di­ce de ha­berse plas­ma­do en he­chos pal­pa­bles lo que ha­sta aho­ra no se ha ma­te­ria­li­za­do más que en do­cu­men­tos muy im­por­tan­tes pe­ro in­su­fien­tes, pues con ac­tos for­ma­les no va a de­te­nerse la ac­ti­vi­dad, esto só­lo pa­rece po­si­ble me­di­ante la coac­ción ad­mi­nis­tra­ti­va di­rec­ta, ma­te­ria­li­za­da, pro­ba­ble­men­te con la in­ter­ven­ción de la fuer­za pú­bli­ca y de per­so­nal téc­ni­co que se­pa de­te­ner ma­qui­na­ria, pre­cin­tar in­sta­la­cio­nes y equi­pos. La con­ta­mi­na­ción am­bien­ta­li­za­da, la pro­duc­ción de da­ños y per­juicios, de mole­stias que no se tie­ne el de­ber de so­por­tar, es un asun­to re­la­ti­vo a la ma­te­ria fí­si­ca, no a las ca­te­go­rías ju­rí­di­cas, que no son si­no ab­stra­ccio­nes; ni se cor­ri­ge me­di­ante me­ra do­cu­men­ta­ción.

Esta In­sti­tu­ción es con­scien­te de la gra­ve­dad del efec­to que sobre ter­ce­ros de bu­ena fe, por ejem­plo los tra­ba­ja­do­res de la fac­to­ría, pue­de tener una me­di­da co­mo la cla­u­su­ra de la ac­ti­vi­dad em­pre­sa­ria­li­za­da. Pe­ro es mi­si­ón de las ad­mi­nis­tra­cio­nes am­bien­ta­les pon­de­rar tam­bién los efec­tos sobre los de­más ter­ce­ros con no me­nor bu­ena fe, los ve­ci­nos y de­más ciu­da­da­nos que lle­van me­ses si no años pa­de­ci­en­do el da­ño y las mole­stias. El ar­tí­cu­lo 17.3 de la Ley Or­gá­ni­ca del De­fen­sor del Pue­blo per­mi­te al De­fen­sor del Pue­blo re­cha­zar, en­tre o­tras, las que­jas cuya tra­mi­ta­ción ir­ro­gue per­juicio al lé­gi­ti­mo de­re­cho de ter­ce­ra per­so­na. Re­sul­ta que la pro­duc­ción de da­ños, per­juicios y mole­stias sin cor­rec­ción ni in­de­mniza­ción no es ob­je­to de nin­gún de­re­cho ni in­te­rés lé­gi­ti­mo de que sea ti­tu­lar el o los pro­pie­ta­rios de la in­dus­tria im­pu­ta­da. De las ac­tas le­van­ta­das por el SEPRONA se de­duce que la ac­ti­vi­dad de­nun­cia­da se de­sen­vuel­ve sin cor­rec­ción efec­ti­va de per­juicios am­bien­ta­les. De he­cho, y de­pués de unos tres años de in­ves­ti­ga­ción por el De­fen­sor del Pue­blo, cabe con­je­tu­rar que en el mo­men­to de re­dac­tar­se es­tas lí­neas la ac­ti­vi­dad mole­sta pro­sigue co­mo si es­tu­vie­ra en re­gla, lo que queda des-

mentido por las actas de SEPRONA y la existencia de expedientes sancionadores.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formular la siguiente recomendación: «Que conforme al artículo 41 de la Ley 1/1995 de protección ambiental de Galicia, clausure materialmente con carácter cautelar la actividad de la factoría de la empresa conservera y efectúe los necesarios precintos, todo ello de forma inmediata, sin más tardanza y con toda urgencia».

Madrid, 2 de marzo de 2004.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Riveira (A Coruña).

Recomendación 21/2004, de 2 de marzo, sobre sanción y clausura, en su caso, cautelarmente, de un establecimiento molesto.
(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 450.)

Se ha recibido escrito de V. I., de fecha 13 de octubre de 2003 (S/rf. 10081/2003), referente a la queja arriba referenciada, formulada por doña (...).

Visto lo anterior, esta Institución considera que ese Ayuntamiento está disponiendo discrecionalmente de sus potestades sancionadora y rectificadora de molestias. En efecto, no sólo no ha sancionado las infracciones comprobadas sobre las que su mismo informe da cuenta, sino que ante posibles nuevos incumplimientos no sólo no advierte de una eventual sanción y clausura de la actividad, sino que tal posibilidad sólo se está estudiando.

Cabe recordar pues a ese Ayuntamiento que la potestad sancionadora no es discrecional. Comprobada una infracción, ha de sancionarse, con apreciación si procede de circunstancias agravantes o atenuantes. Pero de ningún modo puede dejar a su libre disposición la no sanción de infracciones consumadas. Cabe indicar asimismo la pérdida de autoridad que frente a los vecinos supone este modo de proceder. Del relato aportado por el Ayuntamiento se deduce la comisión de varias infracciones, alguna incluso muy grave siquiera fuera por reiteración.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formular la siguiente recomendación: «Que con arreglo a las potestades que le reconoce la Ley 1/1998 de Activida-

des Clasificadas y Espectáculos Públicos, artículos 51 y siguientes y artículo 60, sancione y clausure, incluso cautelarmente si es preciso, el establecimiento objeto de las denuncia».

Madrid, 2 de marzo de 2004.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife.

Recomendación 22/2004, de 17 de marzo, sobre la expedición del documento nacional de identidad a menores, con independencia de la situación jurídica de sus padres.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 437.)

Se acusa recibo a su atento escrito, de fecha 13 de enero del presente año, en el que nos contesta a la queja planteada por doña (...), presidenta de la (...) y registrada con el número arriba indicado.

En el informe de referencia se participa que para la obtención del DNI, de un menor, hijo de padres extranjeros, se solicita que uno de sus progenitores aporte el NIE.

En caso de que no lo tengan se les informa de que lo deben solicitar, pero no se rechaza la solicitud de documentación del menor por estar sus padres en situación irregular.

A este respecto, esta Institución quiere efectuar a V. E. las siguientes consideraciones:

El Decreto 196/76, de 6 de febrero, del Documento Nacional de Identidad, establece, en su artículo 12, que los menores de catorce años podrán obtener el documento con carácter voluntario con la autorización de sus padres o tutores.

Por ello, sería sólo necesario que los padres acreditaran esta condición, sin que, para ello, sea preciso que se exija el NIE que, por otra parte y en virtud de lo establecido en el artículo 58.3 del Real Decreto 864/01, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Extranjería, no es posible expedir a los ciudadanos extranjeros que no tengan su residencia legal en España.

La mera exigencia del pasaporte acreditaría la personalidad del ti-

tular, constituyendo el justificante completo de la identidad de la persona, al igual que el DNI lo es para los españoles.

Por todo lo anterior, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se ha valorado la conveniencia de formular a V. E. la siguiente recomendación: «Que por esa Dirección General se dicten las instrucciones oportunas para que, en los trámites de expedición del DNI de un menor, no se exija a los padres, en el caso de ser extranjeros, la aportación del NIE, siendo suficiente a los efectos exigidos, la aportación del pasaporte».

Madrid, 17 de marzo de 2004.

Recomendación dirigida al Director General de la Policía.

Recomendación 23/2004, de 17 de marzo, sobre naturaleza de la «evaluación adecuada» exigida por el artículo 6.3 de la Directiva Hábitats y conveniencia de transponer cuanto antes la Directiva 2001/42/CE, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, así como de proponer la modificación de la disposición adicional cuarta del Real Decreto Legislativo 1302/1986.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 438.)

En relación con la queja que tiene formulada ante esta Institución don (...), en representación de (...), se ha recibido el informe remitido por la Dirección General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas en el que se da respuesta a las alegaciones formulada por el señor (...).

A la vista de las consideraciones expuestas, esta Institución debe recordar que el artículo 6.3 de la Directiva 92/43/CEE, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, establece la obligación de someter a una «evaluación ambiental adecuada» aquellos planes que sin tener relación directa con la gestión de un lugar sujeto a alguna de las formas de protección de la Directiva (Zepas, ZEC o los lugares que son susceptibles de declaración como tales en el futuro) incidan sin embargo de forma apreciable en el mismo. Esta evaluación debe efectuarse considerando los objetivos específicos de conservación definidos respecto a los hábitats y especies o a las relaciones existentes entre ellos. La aprobación del plan o proyecto por parte de las autoridades nacionales queda condicionada a las conclusiones obtenidas en la mencionada evaluación, y, en su caso, a la adopción de medidas correctoras que permitan garantizar la conservación de la integridad y coherencia de la Red Natura 2000.

A estos efectos, se suscitan algunas dudas interpretativas que se describen y analizan a continuación:

1. Así, el primer problema que se plantea reside en que resulta difícil precisar cuáles son los elementos formales y materiales que debe reunir esta «evaluación adecuada», dado que la Directiva 92/43/CEE nada dice, y que, de momento y mientras no se transponga a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2001/42/CE (lo que no habrá de hacerse antes del 21 de julio de 2004), no hay marco normativo específico que regule la evaluación de planes y programas (Evaluación Ambiental Estratégica, EAE).

La cuestión a dilucidar es, por tanto, si esa evaluación adecuada, en el caso de planes, de la naturaleza del PHN, implica realizar una evaluación previa y estratégica de los mismos (EAE) como tales o si basta con someter posteriormente cada una de las actuaciones previstas en ellos a una evaluación de impacto, según los términos del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio (EIA), teniendo en cuenta, en cualquiera de los dos casos, su incidencia sobre los lugares propuestos por España para formar parte de la Red Natura 2000, que puedan verse afectados.

Esta última posibilidad consistiría en aplicar por extensión las normas relativas a la evaluación de impacto de proyectos (EIA), recogidas en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio. Solución ésta que se ha visto reforzada con la reciente modificación operada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, cuyo artículo 127 tres añade una nueva disposición adicional, la cuarta, al Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental, con la siguiente redacción:

«Disposición adicional cuarta. Evaluación ambiental de los planes y proyectos estatales previstos en el artículo 6 del Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, por el que se establecen medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.

1. La evaluación a la que se refiere el apartado 3 del artículo 6 del Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, por el que se establecen medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, relativa a planes y proyectos autorizados por la Administración General del Estado y sometidos, a su vez, a evaluación de impacto ambiental, se entenderá incluida en el procedimiento previsto por el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental.

2. A la vista de las conclusiones de la evaluación de impacto sobre las zonas de la Red Natura 2000, y supeditado a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 6 del citado Real Decreto, el Ministerio de Medio Ambiente fijará las medidas compensatorias necesarias para garantizar la coherencia global de Natura 2000. Para su definición, se consultará preceptivamente al órgano competente de la Comunidad Autónoma en la que se localice el proyecto, cuyo parecer podrá ser incorporado a la Declaración de Impacto Ambiental que emita el órgano ambiental estatal. El plazo para la evacuación de dicho informe será de 30 días. Transcurrido dicho plazo sin que se hubiera emitido el informe, el órgano ambiental estatal podrá proseguir las actuaciones.

3. La remisión, en su caso, de la información a la Comisión Europea sobre las medidas compensatorias que se hayan adoptado se llevará a cabo por el Ministerio de Medio Ambiente en los términos previstos en el artículo 10 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.»

Sin embargo, a juicio de esta Institución, las normas recogidas en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, que regulan el procedimiento de EIA, no se acomodan demasiado bien a la «evaluación adecuada de los planes» (como el PHN) que pueden incidir en los Lugares de Interés Comunitario (LIC) oficiales propuestos por España para su inclusión en la Red Natura 2000, exigida por el artículo 6.3 de la Directiva Hábitats.

Ello es así no sólo porque la propia redacción del mencionado artículo distinga expresamente entre planes y proyectos, sino porque en cualquier tipo de evaluación de impacto ambiental la materialización del procedimiento de evaluación debe ser consecuente con el instrumento evaluado. Esta adecuación o congruencia entre el objeto evaluado y el procedimiento de evaluación constituye una propiedad intrínseca a la evaluación ambiental, que la fundamenta y sin la cual pierde todo su sentido. Por eso, siempre que se trate de evaluar ambientalmente instrumentos que establecen un marco global (tales como los planes, programas o políticas, que normalmente no tienen efectos ambientales por sí mismos), en virtud del cual se desarrollarán un conjunto de actuaciones posteriores (que sí tendrán efectos ambientales directos), la evaluación ambiental a realizar debe ser estratégica (EAE), permitiendo que el órgano decisorio tenga los elementos de juicio necesarios para pronunciarse sobre la aprobación o no del plan, no sólo por motivos económicos y sociales sino también ambientales.

De ahí que la «evaluación adecuada» contenida en la Directiva Hábitats (Directiva 92/43, CEE), cuando se refiere a planes y, por tan-

to, su objeto sea un instrumento de programación de actuaciones futuras, no pueda tener otro contenido que el propio de una evaluación de naturaleza estratégica, ya que una solución distinta desvirtuaría el fundamento y los fines de la actividad evaluadora, convirtiendo además en irrelevante la distinción entre planes y proyectos reconocida por su artículo 6.3.

Esta interpretación amplia o extensiva y no estricta de los conceptos de plan y proyecto, contenidos en el artículo 6.3 de la Directiva Hábitats, parece ser también la defendida por la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia en asuntos en los que este artículo ha sido objeto de interpretación jurisprudencial. La idea es que, en aras de evitar eficazmente que se causen perjuicios no intencionados a zonas de la Red Natura 2000, se requiere que todas las medidas potencialmente perjudiciales queden sometidas al procedimiento del artículo 6, apartado 3, de la Directiva Hábitats. En caso de seguirse una interpretación restringida del término «plan» se conculcaría tanto la terminología del artículo 6, apartado 3 («cualquier plan o proyecto») como los objetivos de conservación que pretende conseguir la Directiva mediante la designación de las ZEC.

Así pues, como quiera que lo que está en juego es el estado de conservación de un lugar de interés comunitario, la obligación *ratione materiae* de llevar a cabo la evaluación de un lugar debe cubrir todas las medidas con la excepción de aquellas que no es probable que puedan afectar de una forma significativa, ni individualmente ni en relación con otras, a los objetivos de conservación del lugar. Esto concuerda con el principio de Derecho comunitario según el cual las excepciones a la norma general (en el presente caso lo planes o proyectos que no requieren una evaluación) deben ser objeto de una interpretación restrictiva. En consecuencia, por regla general, una medida sólo puede aprobarse si no causa perjuicio a una zona de la Red Natura 2000. Para poder apreciarlo, debe realizarse, en su caso, una evaluación de las repercusiones de la medida por lo que respecta a los objetivos de conservación del lugar. La realización de una evaluación de las repercusiones es necesaria en todos los casos en que hay dudas razonables sobre la inexistencia de efectos perjudiciales apreciables. En consecuencia, una evaluación de las repercusiones de la medida debe:

- Preceder a la aprobación de un plan o proyecto,
- tener en cuenta los efectos acumulativos, y
- documentar cualquier efecto perjudicial para la consecución de los objetivos de conservación (Asuntos C-256/98 y C-127/02).

A lo anterior hay que añadir que, en opinión de esta Institución, nuestro ordenamiento jurídico, con independencia de que no haya trans-

currido el plazo para transponer la Directiva 2001/42/CE y de que no haya normas específicas de la EAE, existe la obligación de evaluar, de manera estratégica, las repercusiones que tiene la planificación hidrológica sobre el medio ambiente en general, y no sólo sobre los espacios protegidos según la Directiva Hábitats. El argumento se apoya en que la ponderación de los intereses socioeconómicos que motivan la obra pública con lo intereses ambientales constituye un mandato constitucional recogido en el artículo 45.2 CE («los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales») y, por tanto, se debería llevar a cabo en toda planificación y/u obra pública que se pretenda ejecutar (lo que no plantea dudas en caso de que se vaya a realizar sobre un espacio designado según lo establecido en la Directiva 92/43/CEE). Es también un mandato comunitario derivado del artículo 174 (antiguo 130R) del Tratado de la Comunidad Europea que establece que la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente debe contribuir a la conservación, protección y mejora de la calidad del medio ambiente y a la utilización prudente y racional de los recursos naturales. Misión ésta que no es posible sin la integración adecuada de los aspectos ambientales en los planes y programas adoptados por administraciones públicas de los Estados miembros. Finalmente, se desprende de los propios objetivos de la planificación hidrológica y está implícitamente reconocida por la normativa vigente en materia de aguas. En ese sentido, el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, incluye entre los objetivos generales de la planificación hidrológica, la racionalización de los usos de los recursos hídricos, en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales. Además, ese mismo artículo, en su párrafo cuarto, establece que los Planes Hidrológicos se elaborarán en coordinación con las diferentes planificaciones sectoriales que les afecten, tanto respecto a los usos del agua como a los del suelo y especialmente respecto a lo establecido en la planificación de regadíos y otros usos agrarios. Nada de todo ello es posible si no se evalúa estratégicamente la planificación hidrológica.

De acuerdo con esa línea interpretativa, esta Institución considera que el Plan Hidrológico Nacional debía haberse sometido a una evaluación ambiental estratégica, entre cuyos contenidos debería estar el estudio estratégico de su incidencia en los lugares propuestos por el Estado español para formar parte de la Red Natura 2000. Y ello pese a que prevé obras cuyos proyectos están, a su vez y a tenor de lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, sometidos a EIA y pese a que no existan en vigor normas procedimentales específicas de esta evaluación estratégica. Estas podrían deducirse de las normas procedimentales

que rigen la actuación administrativa en nuestro ordenamiento jurídico y de las que regulan el procedimiento de EIA, siempre que resultaran acordes con el concepto y la naturaleza de la EAE, así como de la Directiva 2001/42/CE, que introduce un marco regulador específico de la EAE y cuya transposición, dada esa carencia de marco regulador propio y las dudas interpretativas que se suscitan por ello, debería ser transpuesta a nuestro ordenamiento lo antes posible, sin agotar los plazos para ello.

Ahora bien, dicha evaluación ha de consistir en una evaluación de los aspectos estratégicos del conjunto del Plan, no pudiendo ser pormenorizada para aquellas actuaciones que posteriormente se someterán a EIA, aunque podría ser pormenorizada con respecto a actuaciones que no vayan a evaluar *ex post*. Así es porque la legislación de impacto ambiental contiene el principio de que las actuaciones sólo se someten a una EIA, pero no a sucesivas evaluaciones. Este principio se recoge en el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1302/1986, en los artículos 4.3, 5 (apartados 2 y 3) y 11.2 de la Directiva 2001/42/CE, sobre evaluación ambiental de determinados planes y programas, y en las normas autonómicas de evaluación de impacto. A esta solución llega también la Ley andaluza 7/1999, de Protección Ambiental, que introduce la evaluación ambiental estratégica y cuyo artículo 13 reza como sigue:

«La Evaluación de Impacto Ambiental de los planes y programas, a que se refiere la presente Ley, recogerá expresamente sus efectos globales y las consecuencias de sus opciones estratégicas, así como la repercusión de aquellas previsiones susceptibles de ejecución sin necesidad de plan o proyecto posterior sometido a evaluación individualizada. La Declaración de Impacto Ambiental deberá establecer expresamente, en su caso, las condiciones específicas para la prevención ambiental de las actuaciones posteriores.»

En consonancia con los argumentos desarrollados hasta ahora, esta Institución considera que la modificación del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental operada por el artículo 127 tres de la Ley 62/ 2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, reconduce y reduce el concepto de evaluación adecuada, que exige la Directiva Hábitats —la cual, como hemos fundamentado, habría de corresponderse en el caso de los planes con una EAE y en el de los proyectos con una EIA reforzada— a una EIA común regulada por el Real Decreto Legislativo 1302/1986. Además, en el caso de planes aprobados por ley del Estado, como lo es el PHN, excluiría cualquier tipo de evaluación, de conformidad con el artículo 2 del Reglamento para la ejecución del Real Decreto

Legislativo 1302/1986, aprobado por el Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre. Todo ello, según nuestro parecer, se compadece mal con la letra y el espíritu de las Directivas 92/43/CEE y 2001/42/CE (la cual no ha sido todavía incorporada a nuestro ordenamiento, pero habrá de estarlo en breve plazo).

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

«Que habida cuenta de la carencia de un marco regulador propio de la evaluación ambiental estratégica y en aras de aclarar las incertidumbres que plantean los casos en los que la evaluación estratégica de políticas, planes y programas resulta una obligación exigida por la normativa interna y/o comunitaria, esa Secretaría General inste a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Medio Ambiente a proponer la transposición al ordenamiento jurídico interno, a la mayor brevedad y sin esperar a que se agote el plazo máximo establecido para ello, la Directiva 2001/42/CE, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.

Que, asimismo, inste a la Secretaría General Técnica a proponer la modificación de la disposición adicional cuarta del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, según la cual la evaluación a la que se refiere dicho apartado 3 del artículo 6 del Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre —que transpone la Directiva 92/43/CEE, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la flora y fauna silvestres—, se entenderá incluida en el procedimiento previsto por el Real Decreto Legislativo 1302/1986, en el sentido de circunscribir esta interpretación del artículo 6.3 de la Directiva mencionada a los proyectos autorizados por la Administración General del Estado, excluyendo de la misma los planes, los cuales habrán de ser sometidos a una evaluación ambiental de carácter estratégico, de acuerdo con lo estipulado en la Directiva 2001/42/CE.»

2. Aceptado que en el ordenamiento jurídico español existe la obligación de evaluar, de manera estratégica, las repercusiones que tiene la planificación hidrológica sobre el medio ambiente en general, y que, en aplicación del artículo 6.3. de la Directiva 92/43/CEE, ésta habrá de tener en cuenta la incidencia de las distintas opciones en los espacios susceptibles de formar parte de la Red Natura 2000, se concluye que el PHN, en tanto que instrumento que culmina la planificación hidrológica en España, debía haberse sometido a una evaluación ambiental previa y estratégica.

A esos efectos, es preciso analizar si el documento técnico de «Análisis ambientales» (adjunto al PHN) y la EAE del PHN, presentada en enero de 2002 por el Ministerio de Medio Ambiente, es decir, con posterioridad a la adopción de la Ley 10/2001, de 5 de julio, por la que se aprueba éste, cubren juntos o por separado esa exigencia de realizar una evaluación ambiental estratégica y adecuada (en los términos de la Directiva Hábitats) de los efectos ambientales del PHN, con especial consideración a las consecuencias sobre los LIC en los que éste pueda tener una incidencia apreciable.

Al respecto, es un hecho no controvertido que la única evaluación del PHN denominada expresamente como estratégica y presentada como tal no se ha realizado con carácter previo a la adopción de la decisión, sino con posterioridad a ésta. Sin embargo, como quiera que el fin de la evaluación ambiental estratégica (que puede considerarse una concreción del principio de prevención) es lograr que las consecuencias que producirá sobre el medio ambiente una política, plan o programa propuestos sean debidamente tenidas en cuenta en la fase más temprana (de preparación) del proceso decisorio en las mismas condiciones que las consideraciones de índole económica y social, debe incorporarse a las etapas previas del proceso de adopción de decisiones públicas.

Es evidente que cuanto antes se recojan los aspectos ambientales mayor será la protección del entorno, en especial en cuanto a la valoración de las diferentes alternativas. En suma, el carácter previo es inherente a la EAE y responde a la propia lógica de este tipo de evaluación ambiental, que sin esa anticipación al momento de adopción de la decisión pierde su sentido, toda vez que el órgano o institución que toma la decisión no cuenta con una necesaria información previa sobre las consecuencias ambientales que supondrán las distintas opciones posibles. Este es también el concepto de evaluación ambiental estratégica que ha adoptado la Directiva 2001/42/CE (preparación de un informe ambiental, la celebración de consultas y la consideración del informe y de los resultados de las consultas en la toma de decisiones sobre los programas, planes y políticas). Por eso, de un primer análisis y dado que la EAE se ha llevado a cabo tras la aprobación legal del PHN, se desprendería que la misma no sería tal, sino una justificación retrospectiva de éste.

Al respecto, el Ministerio de Medio Ambiente ha explicado a la Dirección General de Medio Ambiente de la Comisión Europea (en un documento, fechado en mayo de 2002 y que aparece en la web del Ministerio, que recoge sus respuestas a una serie de cuestiones planteadas por la Administración comunitaria), que la EAE presentada en enero de 2002 sistematiza el contenido de los estudios previos del PHN, el cual se

encuentra recogido en los documentos técnicos adjuntos al mismo. En consecuencia, las conclusiones de la EAE estarían planteadas ya (explícita en unos casos, e implícitamente en otros) en el documento de «Análisis Ambientales», adjunto al PHN.

De acuerdo con el Ministerio de Medio Ambiente, la EAE realizada sobre el PHN reestructura buena parte de la información previamente disponible en los «Análisis Ambientales», formulando esta información según los criterios de la Directiva 2001/42/CE, haciendo explícitos criterios y razonamientos implícitamente asumidos en los análisis previos, y extendiendo estos análisis ambientales previos en algunos aspectos concretos.

Sin embargo, una vez estudiados con detenimiento ambos documentos, (los «Análisis Ambientales» y la EAE) y comparando ambos, en los «Análisis Ambientales» no se encuentra, como correspondería a una verdadera evaluación de naturaleza estratégica, un análisis de las diferentes opciones estratégicas que potencialmente pudieran resolver la problemática hidrológica (que se sintetiza en la existencia de cuencas deficitarias), que sirviera para examinar su viabilidad y sus repercusiones ambientales, con especial referencia a los espacios y especies integrados en la Red Natura 2000. En ese documento tampoco se estudian las alternativas técnicas concretas en las que puede materializarse la opción estratégica elegida y sus implicaciones ambientales. Puede considerarse, eso sí, que ese documento técnico constituye una evaluación de la solución finalmente adoptada y de la integración ambiental de la misma.

En efecto, tal y como se reconoce expresamente en la página 15 del propio documento, en los «Análisis Ambientales» se examinan únicamente, tras una breve exposición de los aspectos normativos, los impactos ambientales de las transferencias previstas en el PHN, considerando la cuenca cedente, la receptora y la conducción que las conecta. Ello incluye las posibles afecciones que pudieran tener dichas transferencias sobre los espacios naturales protegidos; Zepas y zonas húmedas con protección legal, así como sobre los LIC comunicados a la Comisión, definiendo a grandes rasgos, estos posibles impactos adversos y estudiando las potenciales modificaciones que cabría introducir.

Esta carencia aparece corregida en la posterior EAE, en la que una vez descrita la problemática hidrológica de nuestro país, se pasa a considerar las grandes opciones estratégicas potencialmente aplicables para la consecución de los objetivos planteados y al estudio de alternativas concretas en aquellas opciones estratégicas que satisfacen los criterios derivados del marco general establecido.

En concreto, en la página 46 de la Evaluación Ambiental Estratégica, se indica que, en aplicación expresa de la Directiva Hábitats, se han seguido las siguientes directrices :

«— En el análisis de las grandes opciones de planificación hidrológica se toma en consideración el posible efecto de cada una de ellas sobre la integridad y coherencia de la Red Natura 2000, tanto por incidencia directa sobre los espacios susceptibles de integración en la misma como sobre la conexión ecológica entre ellos.

— En el análisis de las alternativas se determinan los espacios afectados susceptibles de integración en la Red, y la posible influencia de las alternativas sobre los objetivos de conservación definidos en los mismos.

— En la evaluación de la alternativa finalmente seleccionada se analiza la posible respuesta de los diferentes espacios considerados, los efectos sobre las relaciones ecológicas y las medidas que deban adoptarse para asegurar la integridad y mejora en el estado de conservación de los hábitats y especies objeto de protección. A estos efectos, y verificada la viabilidad ambiental de la alternativa elegida, se proponen medidas concretas para su adopción en la fase de proyecto, así como otras medidas de carácter más amplio a incorporar en el Plan.»

Este enfoque adoptado por la EAE presentada en 2002 es sin duda irrefutable. El problema es que, salvo error u omisión por nuestra parte, en la lectura del documento anejo al PHN «Análisis Ambientales», esta Institución no ha encontrado de forma explícita esos contenidos en ninguna parte del mismo, ni tampoco ha logrado deducirlos implícitamente, sobre todo en lo que se refiere a las distintas opciones estratégicas. Así, no resulta claro en qué lugar de ese documento, o del resto de documentos técnicos adjuntos al PHN, se estudian las opciones estratégicas que existen para solucionar los problemas de escasez ni dónde se justifica la selección de una de esas opciones (la de las transferencias entre cuencas). Lo que sí constituyen los «Análisis Ambientales» es un estudio, en el marco de la opción escogida (la de posibilitar las transferencias), de la alternativa óptima entre las muchas combinaciones posibles.

De hecho, en el documento de «Análisis Ambientales» no se examinan ni comparan las diferentes opciones estratégicas que potencialmente pudieran resolver los problemas hidrológicos planteados, desde el punto de vista ambiental y de su incidencia sobre los espacios y especies integrados en la Red Natura 2000. Se evalúa únicamente la incidencia que sobre esos espacios pueden tener las transferencias de recursos hi-

dráulicos entre ámbitos territoriales de distintos planes de cuenca, como solución por la que ha optado el legislador para procurar una satisfacción de las demandas en todo el territorio nacional.

Todo ello sugiere ciertas dudas respecto al argumento esgrimido por el Ministerio de Medio Ambiente, de acuerdo con el cual la EAE del PHN sólo reformula y reestructura una evaluación estratégica ya realizada en los estudios previos al PHN y contemplada en los documentos técnicos anejos al mismo. Dicho argumento, tal y como se ha señalado más arriba, se encuentra recogido en el documento de respuesta a la Dirección General de Medio Ambiente de la Comisión Europea, elaborado por los servicios del Ministerio de Medio Ambiente en mayo de 2002 y que puede consultarse en la página web de ese Ministerio.

Es cierto que sería posible que el análisis de la incidencia ambiental de las opciones estratégicas se hubiera producido durante el proceso de información y participación pública seguido en la elaboración del Plan Hidrológico Nacional, bien fuera durante la preceptiva consulta al Consejo Nacional del Agua o bien durante la tramitación parlamentaria. Pero dicha circunstancia no se deduce de manera clara y suficiente del estudio de la información que obra en poder de esta Institución (contestaciones recibidas a las peticiones de información del Defensor del Pueblo, la documentación técnica aneja al PHN, la EAE y el documento que, en respuesta a la Dirección General de Medio Ambiente de la Comisión Europea, el Ministerio de Medio Ambiente elaboró en mayo de 2002).

De ahí que el Defensor del Pueblo considere preciso solicitar a la Secretaría General de Medio Ambiente una ampliación de la información remitida en la que explique exactamente cuáles son, dónde se encuentran y cuándo se han producido esos precedentes de evaluación ambiental de carácter previo y naturaleza estratégica que, una vez sistematizados y estructurados por la EAE «formal» realizada en enero de 2002, con posterioridad a la aprobación por ley del PHN, pueden considerarse una evaluación estratégica en sentido propio, indicando de manera precisa en qué fases del procedimiento de elaboración del PHN se produjo el análisis de las opciones estratégicas existentes, en orden a solucionar los problemas de escasez y de sus efectos ambientales (incluidos aquellos sobre los espacios afectados susceptibles de integración en la Red Natura), así como en qué documentos y partes de los mismos consta dicho análisis.

Madrid, 17 de marzo de 2004.

Recomendación dirigida al Secretario General de Medio Ambiente.

Recomendación 24/2004, de 17 de marzo, para que los cacheos y las medidas de registro personal a los menores internados se comuniquen a los juzgados de menores y se practiquen cumpliendo los requisitos señalados por la jurisprudencia constitucional.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 471.)

El pasado día 29 de octubre de 2003 esta Institución realizó una visita al centro de internamiento de menores «Los Rosales», dependiente de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid.

Como consecuencia de la visita realizada se han podido conocer una serie de datos que han aconsejado el inicio de una investigación de oficio.

En la visita y entrevistas mantenidas se ha constatado que son una práctica habitual los registros y cacheos en el centro, los menores son siempre registrados cada vez que vuelven de una salida al exterior, o siempre que reciben una visita, el cacheo se efectúa desnudando al joven y ofreciéndole una toalla. En algunos casos, con carácter previo, se comunica al juez de menores que si por parte del mismo no existe una indicación en contra, se practicará un registro con desnudo integral a determinados menores sobre los que existe sospecha fundada de que pretenden introducir objetos o sustancias prohibidas, cuando los mismos se incorporan de una salida al exterior o cuando han recibido una visita.

Estudiado y analizado el Reglamento de Régimen Interno de los Centros de Internamiento en Régimen Cerrado del Instituto Madrileño del Menor y la Familia, se ha comprobado que dicha actuación se enmarca dentro de las previsiones reglamentarias y que, aunque no lo con-

templa el Reglamento, dicha actuación incluye, en algunas ocasiones, la comunicación previa al Juez de Menores.

En efecto, el Reglamento no contiene obligación alguna de previa comunicación al juez de menores, pero sí establece un procedimiento y casuística de registros y cacheos, sin que en él expresamente se prevea el desnudo integral, aunque su existencia se deduce de forma clara y así se ha hecho constar en las entrevistas.

El Reglamento, en el último apartado del punto 4.4, Medidas de Seguridad y Control, dispone que «Si existieran sospechas de que un interno tiene sustancias u objetos prohibidos por el centro, el personal de seguridad podrá realizar un registro en su habitación y objetos personales, además de realizar un registro de su persona si ello fuera necesario, respetando la intimidad personal y llevado a cabo, en todo caso, por persona del mismo sexo al suyo. Asimismo, después de una salida al exterior y después de una visita, el interno podrá ser registrado por parte de un miembro de seguridad, siguiendo el criterio mencionado anteriormente, de igualdad de sexo». Asimismo, el punto 3.4.5, Visitas, prevé que «Antes y después de las visitas *vis a vis*, se ejecutarán las medidas de seguridad oportunas para evitar la introducción en el centro de objetos prohibidos»; y el punto 3.4.1, Permisos, que «Al regreso del menor o joven al centro tras un permiso, se seguirá por parte del personal del mismo un procedimiento similar al de acogida en lo que respecta al control de pertenencias, registro, etc., con el fin de impedir la introducción en el centro de objetos no permitidos».

Estas tres previsiones se recogen, también, con una redacción prácticamente idéntica, en el Reglamento de Régimen Interno de los Centros de Internamiento en Régimen Semiabierto del Instituto Madrileño del Menor y la Familia.

Ante esta actuación habitual y su regulación, es necesario señalar que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la incidencia en el derecho a la intimidad de las medidas de registro y cacheo, incluido desnudo integral. En la sentencia 57/94, de 28 de febrero, se reconoce que las medidas de cacheos y registro personal tienen como finalidad velar por el orden y seguridad del establecimiento penitenciario. No obstante lo cual «para apreciar si la actuación administrativa en el presente caso vulneró o no el derecho a la intimidad corporal del demandante de amparo, no es suficiente hacer valer un interés general, al que por definición ha de servir el obrar de la Administración (artículo 103.1 C.E.), pues bien se comprende, como se ha dicho en la STC 37/1989, fundamento jurídico 7º, que “si bastara, sin más, la afirmación de ese interés público para justificar el sacrificio del derecho, la garantía constitucional perdería, relativizándose, toda eficacia”».

La sentencia establece que «todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5º, y 13/1985, fundamento jurídico 2º), ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone (STC 37/1989, fundamento jurídico 7º) y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial».

De dicha jurisprudencia constitucional se desprende que la finalidad que se pretende con la práctica de las medidas de que venimos hablando —mantener en abstracto la seguridad del centro—, no sirve por sí sola de justificación. Conforme ha declarado el Tribunal Constitucional, las medidas deben ser necesarias para conseguir el fin perseguido, incluso imprescindibles. Deben realizarse cuando se den en el centro penitenciario situaciones excepcionales que pongan en peligro su orden interno y su seguridad de modo que la limitación del derecho sea proporcionada con la situación de aquél a quien se le impone.

En cuanto a las circunstancias en que deba practicarse, establece el Tribunal Constitucional que la limitación del derecho debe ser proporcionada con la situación de aquel a quien se le impone, practicándose en circunstancias adecuadas y por personal adecuado. Exigiendo, por otro lado, la fundamentación de la medida, a fin de posibilitar el control judicial de su adopción.

En mayor medida, una medida del tipo que precisa del desnudo integral del internado debería ser puesta en conocimiento del juez de menores, al que se le facilitarían cuantas circunstancias fuesen precisas en orden a justificar la realización de una medida de esa naturaleza.

La anterior conclusión se deduce de distintos pronunciamientos efectuados por el Tribunal Constitucional, entre otros en las Sentencias 2/78 y 73/83.

Para nuestro más alto tribunal en materia constitucional «Los Juzgados de Vigilancia constituyen una pieza clave del sistema penitenciario (en el supuesto que nos ocupa, los Juzgados de Menores en el sistema de medidas impuestas) para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los internos, y por ello debe garantizarse y exigirse, también constitucionalmente, la actuación de estos órganos judiciales especializados, cuya función supone una potenciación del momento jurisdiccional en la ejecución de las penas».

A la vista de lo expuesto, esta Institución al amparo del artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida en que la cuestión ex-

puesta afecta a derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, ha valorado la conveniencia de dar traslado a V. E. de la siguiente recomendación: «Para que los cacheos y otras medidas de registro personal a menores internados se comuniquen a los Juzgados de Menores y se practiquen cumpliendo los requisitos que exige la jurisprudencia constitucional. Así como que también valore la oportunidad de incluir en el marco legal y reglamentario aprobado por esa Consejería la figura del registro personal con desnudo integral, recogiendo expresamente las garantías y requisitos mencionados en esta recomendación».

Madrid, 17 de marzo de 2004.

Recomendación dirigida a la Consejera de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid.

Recomendación 25/2004, de 23 de marzo, sobre la concesión de las condecoraciones establecidas en la Ley de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo a las víctimas del incendio producido en el Hotel Corona de Aragón, de Zaragoza, en julio de 1979.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 445.)

Se acusa recibo a su atento escrito, de fecha 21 de enero del presente año, en el que nos contesta a la queja planteada por don (...) y registrada con el número arriba indicado.

En dicho informe se nos da cuenta de la reciente Ley 62/2003, de 30 de diciembre, en cuya disposición adicional cuadragésima tercera, se establecen pensiones extraordinarias a favor de las víctimas del incendio del Hotel Corona de Aragón, producido en el año 1979.

En consideración a que las víctimas de este suceso ya disfrutaban de beneficios económicos propios de las víctimas del terrorismo, por cuanto les está siendo aplicada tanto la Ley de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo de 1999 como la legislación sobre pensiones extraordinarias, tanto en el régimen de la Seguridad Social como en el de clases pasivas, cabe preguntarse sobre la posibilidad del resarcimiento moral que, sin coste alguno para las arcas del Estado, supondría para aquellos que lo han solicitado o lo soliciten en el futuro, la concesión de las condecoraciones establecidas en la Ley de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo.

En nuestro escrito de 1 de agosto de 2003, manifestábamos a V. E. que el Consejo de Estado emitió dictamen el 30 de marzo de 2000 en relación a la posibilidad de incluir en el ámbito de aplicación de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, a los damnificados por el incendio del Hotel Corona de Aragón. Dicho dictamen resultó favorable, pues, dijo el Consejo de Estado que «la existencia de indicios acreditados mediante la con-

vergente consideración de las decisiones judiciales recaídas sobre la cuestión de que en la causación de los daños pudo intervenir una acción realizada con la finalidad de alterar la paz y seguridad ciudadanas, a que se refiere el artículo 2 de la Ley 32/1999 como supuesto delictivo distinto del estrictamente referido a los actos de terrorismo o perpetrados por bandas organizadas y armadas (cabe recordar la rigurosa doctrina y jurisprudencia que fijan este último concepto de “bandas organizadas y armadas”). Indicios insuficientes como prueba en un proceso penal pero adecuados para fundamentar una decisión administrativa como la prefigurada en la Ley».

La Ley 32/1999 establece en el artículo 2 que el derecho al resarcimiento económico corresponde a las víctimas de actos de terrorismo o de hechos perpetrados por persona o personas integradas en bandas o grupos armados o que actuaran con la finalidad de alterar gravemente la paz y seguridad ciudadanas. Al propio tiempo, en el artículo 4 se establece el derecho a ser honrado con las distinciones establecidas en la Real Orden de Reconocimiento Civil a las Víctimas del Terrorismo a los fallecidos, heridos y secuestrados en actos terroristas. Finalmente, la reciente Ley 2/2003, de 12 de marzo, introduce un artículo 4 bis en la Ley 32/1999 en cuya virtud la consideración de víctima de acto terrorista quedará acreditada mediante el informe preceptivo del Ministerio del Interior, o bien mediante el reconocimiento por parte de la Administración General del Estado de pensión extraordinaria por acto de terrorismo, o por sentencia judicial firme.

En este marco normativo, podría interpretarse que el derecho al resarcimiento económico tiene un campo de aplicación más amplio que el derecho a la condecoración, pues en el primer caso se habla de víctimas de actos de terrorismo o de hechos perpetrados por persona o personas integradas en bandas o grupos armados o que actuaran con la finalidad de alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana, mientras que en el segundo caso se habla, sencillamente, de víctimas de actos terroristas, exigiéndose, además, tras la última reforma citada, el informe preceptivo del Ministerio del Interior en el sentido de la consideración de una persona como «víctima de acto terrorista».

Sin embargo, también cabría una interpretación más amplia. Si el artículo 2 de la Ley 32/1999, que se llama, precisamente, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo, establece un ámbito de aplicación, resulta difícilmente comprensible para las víctimas el haber sido indemnizadas al amparo de dicha Ley y, al propio tiempo, que se les niegue la condecoración mediante argumentos sostenibles en términos jurídicos pero sin duda restrictivos con respecto a las víctimas.

La reciente modificación de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, al establecer en la disposición adicional cuadragésima tercera el régimen propio de las pensiones extraordinarias a las víctimas del incendio del Hotel Corona de Aragón, cierra el tratamiento económico de esta cuestión con sensibilidad encomiable.

Sin embargo, los aspectos económicos no lo son todo. El resarcimiento moral es extraordinariamente importante e imprescindible para las víctimas.

No se trata ahora de hacer análisis histórico sobre aquellos hechos, sin duda confusos, sino de cerrar definitivamente el capítulo moral de aquella historia con plena satisfacción para los que aún viven veinticinco años después.

Si la duda sobre el carácter terrorista de aquel incendio no ha impedido la aplicación del régimen de ayudas económicas y pensiones propio de las víctimas del terrorismo, tampoco debiera impedir, después de que la Ley 62/2003, en su disposición adicional cuadragésima tercera, haya reconocido implícitamente la excepcionalidad del caso, al otorgar pensiones extraordinarias a las víctimas, el otorgamiento de distinciones morales como la que anhela el ciudadano que se ha dirigido a esta Institución para su difunta madre.

Por todo lo anterior, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se formula a V. E. la siguiente recomendación: «Que se valore la conveniencia y oportunidad de adoptar las medidas de iniciativa legislativa o de otro orden que sean necesarias para que las víctimas del incendio del Hotel Corona de Aragón, producido en Zaragoza el 12 de julio de 1979, puedan, siempre que así lo soliciten, obtener las condecoraciones establecidas en la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo».

Madrid, 23 de marzo de 2004.

Recomendación dirigida al Ministro del Interior.

Recomendación 26/2004, de 31 de marzo, sobre solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 61/2003, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2004, por omisión del incremento en la Ley de los mínimos personales y familiares por descendientes.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 452.)

Se han recibido numerosas quejas de ciudadanos que solicitan la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 61/2003, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2004, por omisión del incremento en la Ley de los mínimos personales y familiares por descendientes.

Analizadas las diversas peticiones de recurso de inconstitucionalidad concluimos, en seguimiento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que no cabe la inconstitucionalidad por omisión de la citada Ley. Ahora bien los mínimos de subsistencia tienen su anclaje constitucional y no pueden ser desatendidos.

Por una parte, hay que tener en cuenta que el artículo 10 de la Constitución Española que reconoce la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad impide que se someta a tributación a personas que no superan el mínimo existencial.

Por otra, del contenido del artículo 31 de la Constitución Española se deduce la no sujeción del mínimo existencial como requisito imprescindible para distribuir la carga tributaria con arreglo a la capacidad económica de los contribuyentes.

El mínimo personal y familiar se introdujo como novedad en la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con la pretensión de gravar la renta disponible. El mínimo per-

sonal consiste en una cuantía fija que reduce la renta del período impositivo, esta reducción exonera explícitamente del gravamen aquellos recursos que, en opinión del legislador, son imprescindibles para atender las necesidades del individuo, es decir, el mínimo existencial.

Del mismo modo, con el fin de ajustar la capacidad de pago se recogen en la norma las condiciones familiares de los contribuyentes a través de las reducciones por este concepto, entre las que se encuentran los mínimos familiares por descendientes.

La citada Ley 40/1998, ha pretendido gravar la renta disponible entendiendo por tal la renta del contribuyente que queda tras restar una determinada cantidad que se considera imprescindible para subsistir. La existencia de dichos mínimos se justifica en la exposición de motivos de la Ley, por la necesidad de adaptar el impuesto al modelo vigente en países de nuestro entorno y mejorar el tratamiento fiscal de las personas con mayores cargas familiares.

Desde su origen la cuantía de los mínimos no es coherente con la fijación de otros mínimos vitales establecidos por los poderes públicos como las pensiones mínimas y las no contributivas, por lo que si al desfase inicial sobre la realidad social que se pretende recoger se añade la falta de adecuación a la inflación sufrida nos encontramos que los anteriores mínimos se alejan del objetivo perseguido, al no adaptar su cuantía al aumento del índice de precios al consumo.

Desde la introducción del citado concepto la cuantía a reducir se ha incrementado en una única ocasión mediante Ley 46/2002, de 18 de diciembre, lo que además de impedir la finalidad prevista en la norma, provoca que no se cumplan los principios constitucionales anteriormente citados, al existir una divergencia entre la cuantía de lo que la realidad social y económica considera imprescindible para subsistir, que sería su adecuación al índice de inflación, y el mínimo recogido en la ley, haciendo pues tributar por una riqueza que no es tal.

Del mismo modo que el legislador ve la necesidad de incrementar las pensiones mínimas al comprender que no alcanzan a cubrir el mínimo vital por la desviación de la inflación, para que la renta efectivamente gravada sea la renta disponible tal y como se pretende en la legislación vigente, se precisa una adaptación periódica de sus cuantías, de tal suerte que los contribuyentes no vean disminuir su capacidad económica única y exclusivamente como consecuencia del alejamiento de las previsiones del impuesto sobre la renta de las personas físicas al momento económico en que se ha de aplicar.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, procede formular la siguiente recomendación: «Que se adopten las medias oportunas para que el incremento de la cuantía de los mínimos personal y familiar por descendientes se adapte anualmente al aumento que sufra el índice de precios al consumo, para lo que podría estudiar la introducción de una previsión de subida automática en la normativa».

Madrid, 31 de marzo de 2004.

Recomendación dirigida al Secretario de Estado de Economía y al Secretario de Estado de Hacienda.

Recomendación 27/2004, de 6 de abril, sobre el sistema de acceso a la Función Pública local.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 429.)

Se han venido presentando diversas quejas ante esta Institución en las que se exponía que determinadas entidades locales optaban por elegir el concurso o el concurso-oposición en vez de la oposición, como sistemas de selección de personal funcionario o laboral, lo que propiciaba que en las correspondientes convocatorias se incluyeran unas bases tan específicas que, de hecho, suponían un desconocimiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Aunque al finalizar las correspondientes investigaciones desarrolladas en cada una de las referidas quejas se ha adoptado la resolución procedente, para que, en su caso, se corrigieran las irregularidades detectadas, sin embargo, dado que existen más de ocho mil entidades locales y que el problema detectado podría eliminarse, en gran parte, con una actuación concreta de ese Ministerio, se ha resuelto iniciar una investigación de oficio, al amparo de lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, que ha quedado registrada con el número arriba indicado, sobre la base de las siguientes consideraciones:

Primera. Como administraciones públicas que son, los ayuntamientos y las diputaciones provinciales deben servir con objetividad los intereses públicos que les están encomendados y actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho tal y como preceptúan el artículo 103.3 de la Constitución y el artículo 6 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local.

En cuanto a la legislación que incide en esta materia, se debe de tener en cuenta que en los artículos 97 y 102 de la Ley 7/1985, de 2 de abril,

Reguladora de las Bases de Régimen Local, hay una reiterada mención de la oposición como sistema de selección ya que hacen referencia expresa a la celebración de «pruebas de acceso», de «pruebas de selección» o de «pruebas selectivas» toda vez que en el concurso, aunque también se menciona, no existen pruebas.

Por su parte, en el artículo 91.2 de dicha norma se señala que la selección de todo el personal de las entidades locales, sea funcionario o laboral, «debe realizarse a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad».

El artículo 169.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, dispuso que hasta que se dictasen las normas reglamentarias previstas en el artículo 100.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, la selección de los funcionarios de la escala de administración general se ajustaría a unas reglas en las que se establecía la oposición libre como sistema obligatorio de acceso a las distintas subescalas.

Dichas normas reglamentarias fueron aprobadas por el Real Decreto 896/1991, de 7 junio, que contiene, además de las reglas básicas, los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios propios de las entidades locales, es decir, de los que no son funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional.

En el artículo 2 de dicho Real Decreto, se dispone que «El ingreso en la Función Pública Local se realizará, con carácter general, a través del sistema de oposición, salvo que, por la naturaleza de las plazas o de las funciones a desempeñar, sea más adecuada la utilización del sistema de concurso-oposición o concurso».

En el apartado 2 del artículo 171 del citado texto refundido se preceptúa que «el ingreso en la subescala técnica de administración especial se hará por oposición, concurso o concurso-oposición libre, según acuerde la Corporación respectiva» y en el apartado 3 del artículo 172 que «el ingreso en la subescala de servicios especiales se hará por oposición, concurso o concurso-oposición libre, según acuerde la Corporación respectiva».

Sin embargo, esa posibilidad de elección entre los tres sistemas que el Texto Refundido otorga a las corporaciones para la selección de este tipo de empleados públicos, se encuentra limitada por el artículo 2 del

referido Real Decreto 896/1991, de 7 junio, que según la disposición final primera tiene el carácter de norma básica, en el sentido previsto en el artículo 149.1.18.^a de la Constitución, ya que la opción por el sistema del concurso o por el de concurso-oposición está condicionada a que sea más adecuada su utilización porque se dé una de estas dos circunstancias: a) que lo requiera la naturaleza de las plazas o b) que lo precisen las funciones a desempeñar.

En ambos supuestos, esta Institución considera que se deberían analizar y valorar esas circunstancias bajo los principios constitucionales del interés general y la objetividad.

De acuerdo con el reenvío legal que recoge el artículo 177 del texto refundido, la selección del personal laboral se rige por el máximo respeto al principio de igualdad de oportunidades y por lo que se señala en el artículo 91 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, que antes se ha transcrito.

Segundo. Sin embargo, de la experiencia adquirida en la tramitación de las diversas quejas presentadas y de la observación de las convocatorias públicas que se publican en los boletines oficiales, esta Institución ha constatado que algunas entidades locales no tienen en cuenta esas normas cuando se trata de seleccionar a sus empleados públicos a pesar de que, formalmente, en los procesos selectivos que se llevan a cabo se citen ese conjunto de normas que regulan esta materia.

De conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 896/1991, las corporaciones locales no tienen discrecionalidad para elegir el sistema que quieran emplear en cada momento, sino que, en principio, deben utilizar el de la oposición por ser el sistema ordinario y normal y sólo cuando lo requiera la naturaleza de las plazas o lo precisen las funciones a desempeñar podrán optar por el concurso o por el concurso-oposición.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo, las Sentencias de 18 de abril de 1995 y 29 de febrero de 2000 exigen que cuando se usen el concurso o el concurso-oposición debe motivarse o justificarse suficientemente el uso de estos sistemas de acceso y que si no existe materialmente esa motivación, habrá infracción del ordenamiento jurídico.

Así, el Tribunal Supremo dijo que «no ha sido aportado elemento acreditativo alguno de que la naturaleza de las funciones a desarrollar aconseje acudir al sistema de concurso libre y, prescindir, no sólo del de oposición, sino también del concurso-oposición».

También hay que recordar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1994 que se pronunció sobre la provisión por concurso, por un ayuntamiento (de una plaza de arquitecto técnico), siendo acep-

tada la impugnación, señaló la preferencia del sistema de oposición y, en segundo lugar, del concurso-oposición, relegando al último lugar al concurso puro, por lo que para elegir este último es necesario que existan razones justificadas de verdadera entidad.

Sin embargo, es preciso resaltar que no existe un precepto concreto que obligue a las corporaciones locales a tener que incluir en las bases de la convocatoria la justificación o la motivación de la opción por el concurso o concurso-oposición por lo que, como se ha señalado en alguno de los escritos que se han remitido a esta Institución, sería necesario que haya expresamente esta obligación.

Con la inclusión en el citado Real Decreto 896/1991 de un precepto expreso que obligue a las corporaciones locales a incluir los motivos por los que se apartan, en su caso, del sistema de oposición cuando así suceda, se justificaría de cara al ciudadano la conveniencia del sistema elegido y se sabría la causa objetiva que aconseja su utilización.

En opinión de esta Defensoría, se aumentaría la observancia de los principios constitucionales que inciden en esta materia y la transparencia administrativa que se proclama en el artículo 3.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, si se añade a la letra b) del artículo 4 del citado Real Decreto la justificación escrita del sistema elegido cuando no sea el de oposición libre.

Tercero. Uno de los supuestos que utilizan las corporaciones locales para eludir el espíritu de la legislación antes citada, es el de incluir en las relaciones de puestos de trabajo como laborales puestos que tendrían que ser de carácter funcional.

El artículo 175.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, permite que los ayuntamientos solamente puedan tener como personal laboral los que realicen oficios manuales, es decir, «tareas de carácter predominantemente manual en los diversos sectores de actuación de las corporaciones locales, referidas a un determinado oficio, industria o arte» (apartado 1), en donde las diferentes categorías dentro de cada oficio, industria o arte se clasifican de más a menos en encargado, maestro, oficial, ayudante y operario (apartado 2). Este es el único personal que puede ser creado con sujeción al Derecho laboral, porque sus «tareas no tengan la consideración de funciones públicas a que se refiere el artículo 92.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril» (apartado 3).

Al atribuírsele el carácter de laboral, en algunos casos se evita que el consiguiente proceso selectivo se tenga que hacer, obligatoriamente,

por oposición libre (así sucede con los auxiliares administrativos laborales) y, en otros, se facilita incluir en las bases de las convocatorias requisitos o méritos con los que favorecer a determinadas personas o colectivos sobre todo si se utiliza para ello el sistema de concurso simple.

Así se ha hecho para seleccionar, por ejemplo, a un arquitecto técnico o aparejador municipal cuando, según el artículo 167.3 del citado texto refundido, estos empleados públicos se integran en la subescala técnica de la escala de administración especial y, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos siguientes, tienen la consideración de funcionarios ya que se les atribuye el desempeño de funciones que constituyen el objeto peculiar de una carrera o profesión para cuyo ejercicio exigen las leyes estar en posesión de determinados títulos académicos o profesionales y realizan funciones públicas.

En los reales decretos que en los últimos años han aprobado las ofertas de empleo público del Estado, se viene indicando expresamente que en los procesos selectivos derivados de los mismos «se utilizará preferentemente el sistema de oposición».

Sin embargo, esta preferencia no se refleja en las normas que afectan a la Administración local por lo que las corporaciones locales suelen elegir cualquiera de los otros dos sistemas, y especialmente el concurso, cuando se pretende predeterminedar el candidato a seleccionar.

A la vista de los datos que obran en esta Institución, se estima que también sería conveniente que se plasmara en la normativa que regula los procesos selectivos de las entidades locales para cubrir las plazas vacantes con personal laboral de nuevo ingreso, la preferencia por la oposición libre como se hace para este tipo de personal en la Administración estatal o, en su caso, por el concurso-oposición. Para ello, se podría añadir un inciso al número 2 de la disposición adicional segunda del referido Real Decreto 896/1991, de 7 de junio.

Aunque el concurso resulte un sistema adecuado para la selección de personal para plazas singulares y muy específicas, sin embargo, se ha podido constatar que al carecer de un examen o prueba objetiva, esta forma de selección puede ampliar hasta extremos insospechados la discrecionalidad de la Administración para fijar y aplicar los baremos o méritos, y conducir en la práctica al incumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad.

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

«Con el fin de lograr que las entidades locales observen en la elección del sistema de acceso a sus respectivas funciones públicas los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad consagrados en los artículos 23.3 y 103.3 de la Constitución y para que también se incremente en estas actuaciones la transparencia administrativa, que se desprende del artículo 3.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se recomienda que se adopten las medidas oportunas que permitan la modificación de la letra *b*) del artículo 4 del Real Decreto 896/1991, de 7 junio, que contiene las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios propios de las entidades locales, añadiendo al texto actual la necesidad de que se motive de forma escrita y suficiente la opción por el concurso o por el concurso-oposición.

Igualmente se recomienda que se modifique el número 2 de la disposición adicional segunda del referido Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, añadiendo un inciso, para que aquellos procesos selectivos que desarrollen las entidades locales para cubrir las plazas vacantes con personal laboral de nuevo ingreso, se hagan preferentemente por el sistema de oposición libre o, en su caso, por el de concurso-oposición».

Madrid, 6 de abril de 2004.

Recomendación dirigida a la Ministra de Administraciones Públicas.

Recomendación 28/2004, de 15 de abril, sobre la exigencia de partida de nacimiento a los ciudadanos extranjeros que deseen canjear el permiso de conducir cuando se aprecian errores en la expedición del documento nacional de identidad.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 455.)

Agradecemos el escrito de V. I. (referencia: MA/ab), en relación con la queja presentada ante esta Institución por don (...), registrada con el número arriba expresado.

En dicho escrito, se da respuesta al recordatorio de deberes legales que esta Institución formuló a esa Dirección General para que ajustase su actuación a lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual los ciudadanos, en sus relaciones con las administraciones públicas, tienen, entre otros derechos, el de no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate.

Según se señala en el informe que nos ha remitido esa Dirección General, «no procede a exigir al ciudadano, como así ya se ha manifestado anteriormente, partida de nacimiento del interesado salvo en casos muy excepcionales por errores detectados en las expediciones del documento nacional de identidad, precisamente para evitar perjuicios posteriores a la persona en su vida administrativa con este organismo, constatándose de esa forma que los datos que obran en nuestros registros se corresponden fielmente con la persona».

De lo manifestado en dicho escrito, en relación con el recordatorio de deberes legales formulado por esta Institución, se deduce que ese centro directivo considera que en determinados supuestos no es preceptivo respetar el derecho de los ciudadanos a no presentar docu-

mentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate.

En el caso que nos ocupa se solicitó a don (...) que aportara una partida de nacimiento, al advertir que los datos que figuraban en el registro de esa Dirección General no coincidían con los reseñados en su DNI. Esta discordancia se debía, según se señala en el último informe que nos ha remitido, a que en un trámite anterior realizado por una gestoría administrativa se había producido un error al incorporar los datos del interesado al registro de esa Dirección General, ya que los mismos se habían incorporado de una fotocopia, que no había sido debidamente cotejada, en la que se habían intercambiado los datos que figuran en el reverso del documento nacional de identidad con los de otra persona.

Por tanto, no se trataba de un error en la expedición del documento nacional de identidad sino de un error en la incorporación de datos a los Registros de ese centro directivo, error que podía haberse subsanado fácilmente haciendo la oportuna consulta a la Unidad de Documentación de Españoles sin necesidad de exigir al interesado la presentación de su partida de nacimiento.

En todo caso, si se tuviese constancia de que se había producido un error en la expedición del documento nacional de identidad, lo procedente hubiese sido comunicarlo a la Dirección General de Seguridad por ser este el órgano competente en todo lo referente a la expedición, control y archivo del citado documento.

En este sentido, le recordamos que en nuestro escrito de 10 de noviembre se señalaba que, según lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 196/1976, de 6 de febrero, el documento nacional de identidad es el documento público que acredita la auténtica personalidad de su titular, constituyendo el justificante completo de la identidad de la persona, de manera que justifica por sí mismo y oficialmente la personalidad de su titular, haciendo fe, salvo prueba en contrario, de los datos personales que en él se consignan.

En el artículo 14 de la citada norma se dispone que quienes soliciten el documento nacional de identidad por primera vez estarán obligados a presentar extracto certificado del acta de nacimiento del titular, que dicho certificado ha de ser expedido precisamente para obtener el documento nacional de identidad, de lo que quedará nota marginal en el libro correspondiente del registro, no pudiéndose extender otro para los mismos fines, salvo que se haga constar ostensiblemente la repetición.

Asimismo, hay que considerar que corresponden a la Dirección General de Seguridad las funciones de dirección, organización, desarrollo y administración en todo lo referente a la expedición, confección, control, custodia y archivo del citado documento.

Por todo cuanto antecede, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, hemos considerado conveniente recomendar a V. I. que modifique el criterio que sigue en la actualidad, según el cual, cuando se constata que los datos que figuran en los registros de esa Dirección General no coinciden con los reseñados en el DNI de un ciudadano y el funcionario actuante considera que pudiera haberse producido un error en la expedición del documento nacional de identidad, no se procede a realizar la oportuna consulta a la Unidad de Documentación de Españoles, sino que se exige al titular del mismo que presente una partida de nacimiento para acreditar que los datos consignados en el documento nacional de identidad son ciertos.

Por otra parte, en el informe que nos ha remitido se señala que la información reservada, que se inició como consecuencia de la denuncia que presentó el compareciente, finalizó el 30 de julio pasado, quedando aclarada la inexistencia de responsabilidades por parte de la funcionaria actuante.

En relación con lo anterior, interesa a esta Institución que nos informe de las actuaciones realizadas y que nos remita copia de toda la documentación relacionada con la mencionada información reservada.

Madrid, 15 de abril de 2004.

Recomendación dirigida al Director General de Tráfico.

Recomendación 29/2004, de 3 de mayo, para que se respeten los plazos previstos en la resolución de los expedientes de indultos.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 457.)

Agradecemos sinceramente su atento escrito en relación con la queja planteada por don (...), y registrada con el número de referencia arriba indicado.

En el mismo se hacen constar los criterios de ese Ministerio a la hora de llevar a cabo la tramitación de los expedientes incoados en orden a proceder a la concesión o denegación de un indulto.

Esta Institución ya hizo llegar en su momento al Ministerio de Justicia su preocupación con las demoras que, de forma generalizada, se están produciendo en la tramitación de este tipo de expedientes, lo que está perjudicando gravemente los legítimos intereses de los promoventes, máxime teniendo en cuenta la situación de privación de libertad en la que se encuentran la mayoría de ellos.

En concreto se comunicó a ese Ministerio que un buen número de personas se encontraban en prisión condenadas por delitos contra la salud pública, a penas que superan los 9 años de privación de libertad. Buena parte de esas condenas, se encuentran afectadas por el acuerdo del pleno no jurisdiccional de la sala 2ª del Tribunal Supremo, de fecha 19 de octubre de 2001. En el caso concreto de la persona que presentó la queja de haberse dictado la sentencia en fecha posterior al 19 de octubre de 2001, el mismo no habría sido condenado a los 9 años de prisión, ya que la cantidad de sustancia estupefaciente que se le intervino, no supera el límite de «notoria importancia», que fijó el Tribunal Supremo en su acuerdo de 19 de octubre de 2001. El citado Tribunal Supremo, en el acuerdo tantas veces mencionado, hizo constar que no procedía la revi-

sión de las condenas anteriores, si bien los afectados podían solicitar el correspondiente indulto, a la vista del nuevo criterio jurisprudencial.

En este momento son muy numerosas las quejas que se tramitan en esta Institución, en las que ciudadanos privados de libertad se encuentran a la espera de que sea resuelta su petición de indulto, la cual al igual que sucede en el caso del señor (...), ha sido informada favorablemente por el Ministerio Fiscal y por el tribunal sentenciador. En la práctica totalidad de esas quejas, la respuesta que se recibe de esa Secretaría de Estado es que «el expediente se encuentra pendiente de resolución por el Consejo de Ministros». Por el contrario, según algunos medios de comunicación, recientemente se ha resuelto una petición de indulto que fue presentada hace 7 meses. De igual forma la letrada que ha presentado la queja en nombre de don (...), hace constar en uno de sus escritos, que le consta la distinta velocidad a la que se resuelven los expedientes de indulto, ya que otras peticiones presentadas por ella misma, en pocos meses han sido resueltas, mientras que la que afecta al citado señor lleva años sin ser resuelta.

Por ello y tras un detenido estudio del contenido de su comunicación, el Defensor del Pueblo no puede por menos que mostrar su disconformidad con buena parte de los argumentos y justificaciones que indica ese departamento. Efectivamente estamos de acuerdo en la circunstancia de que el indulto es una medida de gracia, pero ello a juicio de esta Institución no permite de ninguna manera que la tramitación de los expedientes no se adecue a la normativa vigente.

Según los datos conocidos por esta Institución, alguno de los cuales ha sido obtenido por aparecer en diferentes medios de comunicación, sorprende la lentitud con la que se resuelven algunas solicitudes de indulto, frente a la celeridad con la que se resuelven otras. Este hecho crea desconcierto y desconfianza de los ciudadanos respecto a la actuación de ese Ministerio.

Igualmente lo anterior contrasta con lo establecido en nuestra Constitución, en cuyo artículo 14 se consagra el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Entendiendo que el amparar un trato diferencial para situaciones idénticas podría llegar a contravenir este principio constitucional.

Esta Institución comparte con ese Ministerio, que la figura del indulto al tratarse de un «derecho de gracia», goza de su propia particularidad y fundamentalmente es muy amplia la discrecionalidad que se tie-

ne para su concesión o denegación. Igualmente es cierto que en cada potencial beneficiario concurren unas específicas circunstancias personales.

Ahora bien, con independencia de todo ello y aunque la Ley de 1870 no establece plazos concretos ni regula los motivos por los que pueden o no otorgarse las peticiones de indulto, el Defensor del Pueblo considera que esa discrecionalidad no puede convertirse en arbitrariedad, en cuanto a los trámites administrativos que afectan al expediente a través del cual se tramita toda petición de indulto.

No podemos olvidar que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece, en su artículo 42, que la Administración está obligada a dictar resolución expresa sobre cuantas solicitudes le formulen los interesados así como en los procedimientos iniciados de oficio cuya instrucción y resolución afecte a los ciudadanos o a cualquier interesado.

Aunque, tal y como se ha indicado, la Ley de Indulto de 1870 no establece plazos concretos para resolver las peticiones de indulto, hay que tener en cuenta que el artículo 6 del Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, establece que «los procedimientos a los que dé lugar el ejercicio del derecho de gracia habrán de ser resueltos en el plazo máximo de un año».

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que el artículo 74 de la Ley 30/1992, indica que el procedimiento, sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites. Debiéndose guardar en el despacho de los expedientes el orden riguroso de incoación en asuntos de homogénea naturaleza, salvo que por el titular de la unidad administrativa se dé orden motivada en contrario, de la que quede constancia. Añade ese artículo que el incumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria del infractor o, en su caso, será causa de remoción del puesto de trabajo.

En definitiva considera el Defensor del Pueblo, que el indulto podrá o no concederse, pero su tramitación no puede ser de ninguna manera discrecional, debiendo primar en la resolución de esos expedientes un riguroso orden de entrada, una vez que dichos expedientes han sido completados, sólo así se garantiza el principio de seguridad jurídica que en nuestro ordenamiento es irrenunciable.

A la vista de lo expuesto, esta Institución al amparo del artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida en que la cuestión ex-

puesta afecta a derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, ha valorado la conveniencia de dar traslado a V. E. de la siguiente recomendación: «Que por parte de ese Ministerio se tomen las medidas pertinentes para que en la tramitación de los expedientes incoados como consecuencia de las solicitudes de indulto, se respeten los plazos previstos en la normativa vigente en la materia, guardando en todos los casos en el momento de resolver un riguroso orden de entrada».

Madrid, 3 de mayo de 2004.

Recomendación dirigida al Secretario de Estado de Justicia.

Recomendación 30/2004, de 4 de mayo, sobre el naufragio de una patera en las costas de Rota (Cádiz), para que se dote de mayores medios de rescate a los servicios competentes y se mejore la coordinación y el tiempo de respuesta ante una emergencia de naufragio.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 440.)

Esta Institución inició una investigación de oficio en relación con el naufragio de una patera en las costas de Rota (Cádiz), producido el 25 de octubre de 2003, y registrada con el número arriba indicado.

Solicitados informes al Excmo. Sr. Ministro de Defensa, al Excmo. Sr. Director General de la Guardia Civil y al Ilmo. Sr. Director de la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima, éstos fueron evacuados oportunamente.

Valorado por esta Institución el contenido de los escritos recibidos de las citadas autoridades, proceden las siguientes consideraciones:

Primera. Sin perjuicio de que sobre el asunto de referencia se incoaron diligencias judiciales en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Rota (Cádiz), lo cual, en principio, impediría la actuación del Defensor del Pueblo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, en cuya virtud «el Defensor del Pueblo no entrará en el examen individual de aquellas quejas sobre las que esté pendiente resolución judicial, y lo suspenderá si, iniciada su actuación, se interpusiere por persona interesada demanda o recurso ante los Tribunales ordinarios o el Tribunal Constitucional...», al propio tiempo, el siguiente inciso del artículo 17.2 citado establece que «ello no impedirá, sin embargo, la investigación sobre los problemas generales planteados en las quejas presentadas».

Si consideramos la extraordinaria importancia del asunto de que se trata, que constituye por lo demás un problema general, cual es el del reiterado acceso de las denominadas «pateras» a las costas españolas, y la situación de riesgo para los pasajeros que constituye el viaje en estas embarcaciones, y teniendo en cuenta, asimismo, que las diligencias judiciales citadas han sido provisionalmente archivadas, resulta totalmente procedente la intervención de esta Institución.

Segunda. Del análisis de la información recibida, pueden establecerse los siguientes hechos objetivos, que resultan relevantes en orden a las conclusiones que después se determinarán, y que se circunscriben a los aspectos relativos a la respuesta ante una situación de peligro para la vida de las personas, por lo que se refieren exclusivamente a los primeros y, en estos casos, decisivos minutos:

a) El día 25 de octubre de 2003, a las 19,08 horas, el buque (...) avista la patera de referencia, que se encontraba navegando a unos 500 metros del buque, por su proa, con rumbo hacia la costa. Esta información se transmite al Centro de Coordinación de Salvamento Marítimo en Cádiz. Cuando la embarcación estuvo a unos 50 metros, desde el buque citado hicieron señas para que se aproximara, sin obtener respuesta y prosiguiendo su ruta hacia tierra. En este momento, no se transmite la información de que la patera se encontrara en situación de peligro, si bien era cierto que la situación de la mar no era buena.

b) La reacción que se produce ante esta comunicación del buque (...) constituye una secuencia de acontecimientos que tienen como resultado que 53 minutos después del aviso, es decir, a las 20,01 horas, sale de Cádiz el buque de rescate «Sargazo» con cuatro agentes de la policía nacional. En estos 53 minutos se produce una secuencia que puede resumirse en los siguientes términos:

— En el primer minuto se informa desde el Centro de Coordinación de Salvamento Marítimo en Cádiz a la Comandancia de la Guardia Civil en Cádiz del avistamiento de la patera, solicitando alguna embarcación del Servicio marítimo de la Guardia Civil. En ese momento, el Servicio Marítimo provincial de la Guardia Civil en Cádiz contaba con una patrullera ligera de 11,90 metros de eslora, no operativa por avería, de una embarcación semirrígida cabinada de 8,5 metros de eslora, igualmente no operativa por avería, y de otras dos embarcaciones semirrígidas de 8,5 y 7,7 metros de eslora, respectivamente. Las condiciones de navegación, con vientos de componente suroeste, fuerza 6, con intervalos de mala visibilidad por aguaceros tormentosos y fuerte marejada, con tendencia a empeoramiento que impediría la visibilidad, hacían inviable la salida al mar tanto de las embarcaciones operativas

citadas, como de las no operativas en el supuesto de que se hubiesen encontrado reparadas.

— En el minuto 6 desde el conocimiento de los hechos se decide activar el remolcador de guardia en el puerto de Cádiz, denominado (...), propiedad de la empresa (...), para embarcar en el mismo a la guardia civil, policía nacional o policía portuaria, habida cuenta de que la eventual interceptación y detención de presuntos inmigrantes ilegales debía hacerse bajo la dirección y órdenes de una autoridad competente. En el minuto 9 el remolcador (...) es contactado y da la conformidad a su activación. Hay que hacer constar, además, que el helicóptero «Helimer Andalucía» y el barco «Sertosa Diecioc» de salvamento marítimo se encuentran en ese momento en servicio en relación con el rescate de los 8 tripulantes del pesquero marroquí (...), y que el barco, también de salvamento marítimo, «Salvamar Gadir» se encontraba en astillero efectuando la varada para pasar la inspección anual reglamentaria. Esta situación explica que debiera ser activado el remolcador (...).

— En los 10 primeros minutos, desde la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima, se ha comunicado con la guardia civil, jefe del Centro de Coordinación de Salvamento, policía portuaria, policía nacional, capitán marítimo y remolcador (...) que confirma definitivamente su disponibilidad, tras haber dado su inicial conformidad en el minuto 9, en el minuto 16 desde el avistamiento.

— En el minuto 33 la policía portuaria informa al controlador de guardia que no tiene autorización para embarcar en el (...); en el minuto 37 se llama desde Salvamento y Seguridad Marítima al (...) para saber si ha embarcado la Policía Nacional y contesta que no. En el mismo minuto 37 se oye por la emisora de radio de la policía portuaria en sala que la policía nacional en el puerto quiere confirmar la orden de embarque por sus jefes; en el minuto 39 llama la Policía Nacional comunicando que se encuentran en el puerto y en las proximidades de la estación marítima dispuestos para embarcar. En el minuto 53 se produce finalmente la maniobra de salida, con cuatro policías nacionales a bordo.

— Hay que hacer constar que a las 19,30 horas del día de los hechos (minuto 22 desde el avistamiento) Salvamento Marítimo comunica con la base naval de Rota para informar de la existencia de una patera enfrente de la bahía de Cádiz que podría entrar en base, sin que de esta llamada se pueda deducir una petición de auxilio o colaboración de la Marina para un hipotético rescate. Sólo al día siguiente, 26 de octubre, se pidió colaboración por el Centro local de coordinación de salvamento de Cádiz al Almirante de las Fuerzas del Estrecho, que se materializó ese día en un helicóptero de la 10ª escuadrilla, que voló de las 15,20 a las

18,45 horas, reconociendo la zona entre las playas de Punta Candor y Valdelagrana, sin resultados positivos.

Tercera. Las conclusiones que pueden extraerse de los hechos indicados son las siguientes:

a) La proximidad del buque (...) a la patera en los primeros minutos desde el avistamiento, llegando a estar a sólo 50 metros del costado del barco, según informa dicho barco a la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima en el minuto 10 desde el avistamiento, hubiera permitido muy probablemente, la salvación, sanos y salvos, de los pasajeros, pero, como también se manifiesta en dicha comunicación, la patera siguió su curso hacia la costa a pesar de las malas condiciones de la mar y del grave riesgo existente. Es evidente que la lamentable lógica del tráfico de seres humanos y la presumible desesperación de quienes viajaban en la patera impidió la colaboración de los afectados en su propio rescate.

b) Llama la atención la escasez de medios de rescate de que se disponía, de tal modo que hubo de recurrirse a un remolcador privado. Un solo helicóptero (Helimer Andalucía), que estaba prestando otro servicio, un barco prestando también ese otro servicio (Sertosa Dieciocho), y otro en revisión (Salvamar Gadir), todos estos medios en lo que se refiere a la Sociedad de salvamento y seguridad marítima, y una patrullera y tres embarcaciones semirrígidas de la guardia civil, que no pueden salir a la mar en determinadas condiciones adversas, que son precisamente aquéllas en que es mayor el riesgo de naufragio, no parecen medios suficientes. Puede determinarse con claridad que si concurren dos necesidades de socorro no existen medios públicos de respuesta si, además, como en el caso de referencia, algún barco se encuentra averiado o en revisión.

c) Transcurrieron 37 minutos entre el momento en el que estaba en disposición de zarpar el remolcador (...) y la salida de puerto del mismo (entre las 19,24 y las 20,01 horas). Esta dilación se debió a que se consideró necesaria la presencia en el barco de la policía nacional, guardia civil o policía portuaria, dado que se trataba de interceptar y detener a presuntos inmigrantes ilegales. Este lapso de tiempo es prolongado, ante todo en sí mismo considerado, pues dadas las condiciones de la mar el día de los hechos y la fragilidad de toda patera, era evidente la situación de riesgo cierto para la vida de las personas, y cuando esto ocurre no puede subordinarse el rescate al cumplimiento de requisitos de carácter jurídico, sin duda atendibles en otras circunstancias pero no en éstas; asimismo, resulta excesivo que se necesitasen 37 minutos para que pudiera arribar al barco de rescate cualquiera de los funcionarios competentes, lo que denota indecisión y/o descoordinación efectiva.

Por todo lo anterior, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se ha valorado la conveniencia de formular a V. E. las siguientes recomendaciones:

«Primera. Que se dote de mayores medios de rescate a la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima del Ministerio de Fomento y a la guardia civil, de modo que puedan atenderse con prontitud y eficacia situaciones de emergencia marítima en el Estrecho, sin depender de la disponibilidad de medios privados de salvamento, y considerando la posibilidad de averías, diversidad de misiones simultáneas y estados de la mar.

Segunda. Que se establezca una autoridad en supuestos de salvamento marítimo en el Estrecho, con poderes suficientes para ordenar la subida a bordo de miembros del cuerpo nacional de policía, de la guardia civil o de la policía portuaria, de tal modo que, cuando sea necesaria la presencia de estos funcionarios por tratarse de presuntos inmigrantes ilegales quienes se encuentren en situación de peligro, pueda dotarse la tripulación de rescate con la máxima rapidez y eficacia, sin indecisiones ni descoordinaciones efectivas.

Tercera. Que se establezca un protocolo para supuestos de rescate, de tal modo que no se produzcan dilaciones y que transcurra un tiempo máximo establecido entre el aviso de peligro y la salida del buque de rescate, dando prioridad a la defensa de los derechos a la vida y seguridad de las personas sobre cualquier otra consideración jurídica u operativa.»

Madrid, 4 de mayo de 2004.

Recomendación dirigida al Ministro del Interior y a la Ministra de Fomento.

Recomendación 31/2004, de 4 de mayo, sobre providencia de apremio para el cobro de sanción de tráfico.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 450.)

Se ha recibido su escrito de fecha 2 de diciembre de 2003, en el que contesta a la queja formulada por don (...), que fue registrada en esta Institución con el número arriba indicado.

En el informe se manifiesta que el cobro de los intereses de demora se encuentra respaldado por los artículos 61.2 y 128.1 de la Ley General Tributaria y 36 del Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley General aplicable a las deudas de Derecho público municipal según lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales.

Sin embargo no se tiene en consideración que el artículo 138.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dispone que la resolución deviene ejecutiva cuando pone fin a la vía administrativa.

Por su parte, el artículo 35 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías del Contribuyente ha reproducido en el ámbito tributario el contenido del artículo 138.3 antes citado, al disponer que «La ejecución de las sanciones tributarias quedará automáticamente suspendida, sin necesidad de aportar garantía, por la presentación en tiempo y forma del recurso o reclamación administrativa que contra ella proceda y sin que pueda ejecutarse hasta que sean firmes en vía administrativa».

El Tribunal Supremo ha señalado, en Sentencia de 18 de septiembre de 2001, la improcedencia de girar intereses de demora desde la pro-

mulgación de la anterior normativa, dada la suspensión automática de las sanciones, considera que no se pueden exigir aquellos sobre una cantidad que es susceptible de ser reclamada o ejecutada hasta alcanzar firmeza en vía administrativa.

Los principios constitucionales afectados por esta cuestión son los recogidos en el artículo 24 de presunción de inocencia y el de efectividad misma de la tutela judicial, pues supone un obstáculo a la presentación de un recurso contra una sanción suspendida que, sin embargo genera intereses, tal circunstancia es una contradicción con la finalidad perseguida por la norma pues no hay beneficio en la ausencia de ejecutoriedad de la sanción si mientras está devengando intereses.

Es más el artículo 212.3.b) de la nueva Ley General Tributaria resuelve la cuestión y en seguimiento de la doctrina jurisprudencial indica que no se exigirán intereses de demora por el tiempo que transcurra hasta la finalización del plazo de pago en período voluntario abierto por la notificación de la resolución que ponga fin a la vía administrativa.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, procede formular la siguiente recomendación: «Que se adopten las medidas oportunas a fin de devolver al interesado el importe de los intereses de demora liquidados sobre la sanción impuesta».

Madrid, 4 de mayo de 2004.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Madrid.

Recomendación 32/2004, de 25 de mayo, para que se proceda a la revocación de oficio de las resoluciones de expulsión, cuando se aprecien circunstancias sobrevenidas que así lo aconsejen y sin que se exija previamente el desistimiento de una acción judicial.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 431.)

Acusamos recibo al escrito de V. I. en relación con la queja formulada por don (...) en representación de doña (...), ciudadana colombiana.

Estudiado el informe que nos ha sido remitido, hemos de manifestar que discrepamos del contenido del mismo, en cuanto a los motivos que se alegan para no revocar y archivar la orden de expulsión dictada en su día contra la señora (...).

En efecto, en el escrito recibido se pone de manifiesto que al encontrarse el expediente *subiudice* no cabe adoptar ninguna medida que varíe el acuerdo remitido al juzgado de lo contencioso-administrativo correspondiente mientras se mantenga la litispendencia.

A juicio de esta Institución, sin embargo, no existe obstáculo legal alguno para que por parte de la Administración se proceda a la revocación y archivo de la expulsión.

Por un lado, y a efectos puramente pragmáticos, resulta indiscutible que en casos como el aquí tratado procede la revisión del expediente al existir causas sobrevenidas que modifican sustancialmente la ejecutividad del acto administrativo, convirtiéndolo prácticamente en inejecutable.

Por otro lado, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa contempla explícitamente la posibilidad de allanamiento de las deman-

das formuladas, en concreto en la sección novena denominada «Otros modos de terminación del procedimiento».

El allanamiento —que como V. I. conoce significa aceptar la pretensión del actor en el pleito— puede ser realizado por el recurrente y por el demandado.

El demandado —que en este caso obviamente resulta ser la Administración competente—, según prevé el artículo 75.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, puede allanarse cumpliendo los requisitos exigidos en el apartado 2 del artículo 74 que señala la necesidad de presentar testimonio del acuerdo adoptado por el órgano competente con arreglo a los requisitos exigidos por las leyes o reglamentos respectivos.

Conviene señalar que la prueba evidente de que existe la posibilidad de revisar un expediente aun cuando se encuentre sometido a procedimiento judicial, es que el apartado 7 del artículo 74 de la Ley 29/1998, antes citada dispone que:

«Cuando se hubiera desistido del recurso porque la administración demandada hubiera reconocido totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante...»

Asimismo, el artículo 76.1 de la misma norma preceptúa que:

«Si interpuesto recurso contencioso-administrativo la Administración demandada reconociese totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante...»

A la vista de las normas citadas la imposibilidad para revisar el expediente no parece derivarse en modo alguno de las normas sino, más bien, parece tener su origen en la voluntad de esa Subdelegación de no realizar tal revisión.

En el presente caso el reconocimiento total de las pretensiones del demandante se reduce a la revocación de la orden de expulsión, de tal manera que revisado el expediente y a la vista de las circunstancias modificativas ya conocidas por esa Subdelegación respecto del matrimonio de la interesada con un ciudadano español y una vez acreditado este extremo, no sólo no parece inadecuado acordar el archivo de la orden de expulsión sino que *a priori* parecería lo más lógico.

Tras dicho acuerdo y puesto en conocimiento del juez o tribunal por cualquiera de las partes y previa comprobación de lo alegado, el juez podría dictar auto declarando terminado el procedimiento, según dispone el artículo 76.2 de la Ley antes citada.

Esta línea de actuación facilitaría la labor judicial y de haberse llevado a cabo con anterioridad hubiera evitado un proceso en el que, según hemos podido conocer, se ha dictado sentencia estimatoria a los intereses de los demandantes y que, al parecer, ha sido recurrido utilizando para ello la vía procesal oportuna.

Esta Institución, como V. I. conoce, tiene vedada su intervención en aquellos supuestos en los que el asunto que se somete a su consideración se encuentra pendiente de procedimiento judicial. Tal prohibición se enmarca en el primer inciso del artículo 17.2, de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta Institución.

No obstante, el segundo inciso establece que «ello no impedirá, sin embargo, la investigación sobre los problemas generales planteados en las quejas presentadas».

A juicio de esta Institución, la negativa por parte de esa Subdelegación para adoptar medidas, en el presente caso, supone una posición general que puede volver a repetirse en otras situaciones en las que se produzcan circunstancias modificativas esenciales que permitirían mantener una posición distinta.

Por todo lo anterior, esta Institución, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a V. I. la siguiente recomendación: «Que se adopten las medidas pertinentes para revocar las resoluciones de expulsión dictadas por estancia irregular, en aquellos casos en los que se hayan producido circunstancias modificativas que impidan en la práctica la expulsión, con independencia de que tales resoluciones estén impugnadas en vía judicial».

Madrid, 25 de mayo de 2004.

Recomendación dirigida al Subdelegado del Gobierno en Cádiz.

Recomendación 33/2004, de 25 de mayo, sobre reserva de destino durante la excedencia por cuidado de un hijo.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124. pág. 432.)

Nos ponemos en contacto con ese departamento ministerial con motivo de la comparecencia ante esta Institución de don (...), esposo de doña (...), cabo del Ejército del Aire, cuya queja ha sido registrada con el número arriba indicado.

Sustancialmente pone de manifiesto la situación que afecta a su esposa, alegando que al ser miembro de las Fuerzas Armadas y haber solicitado durante un año pasar a la situación de excedencia voluntaria para cuidado de su hija, ha perdido su destino ya que el mismo únicamente se reserva por periodo de seis meses al pasar a dicha situación, considerando que ello supone una discriminación para los militares profesionales en relación con otros colectivos de funcionarios.

A la vista de lo anterior, esta Institución estima necesario realizar una serie de consideraciones al respecto.

El artículo 141.1.e) de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, establece que los militares de carrera y los militares profesionales de tropa y marinería que mantienen una relación de servicios de carácter permanente pasarán a la situación de excedencia voluntaria cuando lo soliciten para atender al cuidado de los hijos, por naturaleza o adopción. En este supuesto tendrán derecho a un período de excedencia voluntaria no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, a contar desde la fecha de nacimiento de éste. Los sucesivos hijos darán derecho a un nuevo período de excedencia que, en su caso, pondrá fin al que vinieran disfrutando. Este derecho no podrá ser ejercido por el padre y la madre simultáneamente.

El apartado 2 del citado precepto dispone que este supuesto también será de aplicación a los militares de complemento y a los militares profesionales de tropa y marinería que mantienen una relación de servicios de carácter temporal, y el apartado 6 del mismo establece que el militar profesional que solicite el pase a la situación de excedencia voluntaria por la causa de la letra *e*) del apartado 1 de este artículo podrá hacerlo por el tiempo que estime oportuno, con el límite máximo de tres años.

Por otra parte, el Real Decreto 431/2002, de 10 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Destinos del Personal Militar Profesional, establece en su artículo 19 apartado *c*), como causa de cese en los destinos, con carácter general, el pasar a la situación de excedencia voluntaria. Cuando el pase a dicha situación sea por las causas *a*) o *e*) del apartado 1 del artículo 141 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, se reservará el destino por un tiempo de seis meses. Quien cese en esta situación dentro de este plazo se reincorporará a su destino.

Es decir, que en el supuesto de excedencia voluntaria para atender al cuidado de un hijo, se reserva el puesto de trabajo, o destino en este caso, durante los seis primeros meses de encontrarse en dicha situación.

En este orden de cosas, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, dictada para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, reforma en su artículo 19 la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, la cual tiene carácter supletorio para todo el personal al servicio del Estado y de las administraciones públicas no incluido en su ámbito de aplicación, estableciendo que los funcionarios tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción o acogimiento permanente o preadoptivo, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.

Continúa estableciendo este precepto que el período de permanencia en esta situación será computable a efectos de trienios, consolidación de grado personal y derechos pasivos. Durante el primer año, los funcionarios tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaban. Transcurrido este período, dicha reserva lo será al puesto en la misma localidad y de igual nivel y retribución.

Es decir, que durante el primer año de duración de la excedencia voluntaria para cuidado de hijo los funcionarios tendrán derecho al puesto de trabajo que desempeñaban, y una vez transcurrido éste, dicha reserva lo será al puesto en la misma localidad y de igual nivel y retribución.

Así las cosas, a juicio de esta Defensoría, se produce una discriminación de los miembros de las Fuerzas Armadas, respecto de los demás funcionarios, a la hora de establecer el derecho a que se les reserve el destino por excedencia para cuidado de hijo durante el primer año. En este sentido, y a mayor abundamiento, la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, en su disposición adicional primera, amplía el período de reserva del puesto de trabajo en los supuestos de excedencia por cuidado de hijos, añadiendo un nuevo párrafo al artículo 29, apartado 4, de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, estableciendo que en el caso de la excedencia prevista en el párrafo 1 del presente título, el derecho a la reserva del puesto de trabajo durante el primer año a que se refiere el párrafo anterior se extenderá hasta un máximo de 15 meses, cuando se trate de miembros de unidades familiares que tengan reconocida la condición de familia numerosa de categoría general, y hasta un máximo de 18 meses, si tienen la condición de familia numerosa de categoría especial.

En consecuencia con lo anterior, y conociendo esta Institución que es preocupación constante de ese departamento ministerial establecer condiciones que faciliten la conciliación de la vida familiar y laboral de los militares profesionales, y adoptar medidas respecto a la protección y asistencia necesarias para poder asumir las responsabilidades familiares y laborales de los miembros de las Fuerzas Armadas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formular la siguiente recomendación: «Que se dicten las instrucciones oportunas para que se amplíe a un año el periodo por el que se reserva el destino a los militares profesionales que soliciten pasar a la situación de excedencia voluntaria para cuidado de un hijo, debiendo modificarse, en consecuencia, la redacción del artículo 19 del Real Decreto 431/2002, de 10 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Destinos del Personal Militar Profesional».

Madrid, 25 de mayo de 2004.

Recomendación dirigida al Subsecretario del Ministerio de Defensa.

Recomendación 34/2004, de 25 de mayo, sobre modificación de la tributación de las cantidades percibidas en casos de prejubilación.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 444.)

Se ha recibido un escrito de don (...), en el que vuelve a plantear su disconformidad con la tributación de las prestaciones percibidas por jubilación anticipada.

El interesado nos recuerda que el Grupo socialista presentó en el Congreso una proposición de ley instando la modificación de la tributación de las cantidades percibidas en casos de prejubilación, coincidiendo con los planteamientos de esta Institución.

En consecuencia, esta Institución ha considerado oportuno reiterarle la recomendación que fue realizada a la anterior Secretaría de Estado de Hacienda (se le adjunta fotocopia del escrito), sobre la tributación en el caso de jubilaciones voluntarias, a fin de conocer si existe alguna previsión de modificación en este sentido.

RECOMENDACIÓN

Que en el caso de las jubilaciones voluntarias se admita la aplicación a los derechos económicos derivados de la extinción de la relación laboral de mutuo acuerdo, del porcentaje reductor sobre el rendimiento íntegro del trabajo previsto para los rendimientos de naturaleza irregular.

Madrid, 25 de mayo de 2004.

Recomendación dirigida al Secretario de Estado de Hacienda y Presupuestos.

Recomendación 35/2004, de 25 de mayo, sobre elaboración de un estudio actualizado referido a contaminación acústica y de un plan de acción con información al público.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 454.)

Se ha recibido informe de V. E., de fecha 24 de marzo de 2004, relativo a los expedientes de queja arriba referenciados, promovidos por la comunidad de propietarios de la urbanización (...) de Marbella y don (...).

Asimismo, el Ayuntamiento de Marbella (Málaga) confirma, con detalle que no parece necesario plasmar ahora aquí, que las edificaciones del conjunto (...) se ejecutaron de total conformidad con el planeamiento urbanístico. El suelo era urbano ya en 1989, incluido en unidad de ejecución [ofrece los detalles del desarrollo]. Finalmente, confirma que la autovía se ejecutó sobre el trazado previsto en el PGOU para tal finalidad, que a su vez fue tenida en cuenta por los instrumentos urbanísticos del desarrollo mencionado.

La información municipal y de esa Secretaría de Estado confirman el parecer de esta Institución de que, entre tanto el titular del vial no demuestre la invalidez de la prueba aportada por los vecinos, acreditativa de contaminación acústica originada en la infraestructura viaria, le corresponde a él su corrección.

Lo informado por esa Secretaría de Estado no puede modificar tal calificación. Dice ignorar si las ordenanzas urbanísticas contemplan como obligación de los promotores de viviendas la disposición de elementos de aislamiento acústico. Pero esto no es relevante, pues tales obligaciones no pueden ser impuestas sólo mediante ordenanza y además el promotor de una infraestructura debería conocer las condiciones urbanísticas determinantes de ésta.

Esta Institución ha intercambiado pareceres con el Ministerio acerca de su sujeción al deber de velar por el ambiente adecuado cuando promueve obra pública susceptible de alterarlo. Los razonamientos y fundamento jurídico y económico de esta sujeción han sido trasladados a Fomento varias veces, en ocasiones de forma muy detallada y extensa. No se ha recibido hasta ahora ninguna contestación suficiente para tener a aquélla por infundada. Ahora insiste en su postura, sin fundamentación, y dice no compartir el criterio de que una edificación ejecutada después de una carretera sea jurídicamente irrelevante para la definición de obligaciones de los promotores de la construcción y del titular de la carretera. Efectivamente, no es irrelevante, nunca ha sido sostenida tal postura por esta Institución. El Defensor del Pueblo, y esto resume tantos informes remitidos al Ministerio, entiende que si una edificación legal, objeto de uso como vivienda, es posterior a una carretera y ésta no dispone de medidas antirruído suficientes, el promotor “de la carretera” ha de proporcionarlas, no el promotor de las viviendas más allá de cuanto le marque la normativa legal aplicable (entre tanto no esté disponible el Código técnico de la edificación, la norma que le es exigible sigue siendo la NBE-CA-88, conforme a la disposición adicional cuarta de la Ley del Ruido - LR). Así pues, que una edificación sea ejecutada después de una carretera es jurídicamente irrelevante para la definición de obligaciones “del titular de la carretera” (artículo 15 Ley de Carreteras).

La infraestructura viaria es un emisor acústico, de titularidad estatal en el presente caso [artículos 2.1 y 12.2.d) LR], sobre el cual por tanto corresponde a Fomento la competencia para la realización de las actividades siguientes, entre otras ahora menos importantes (artículo 4.1 LR): I) La elaboración, aprobación y revisión de un mapa de ruido y la correspondiente información al público; II) La elaboración, aprobación y revisión del plan de acción en materia de contaminación acústica correspondiente al mapa de ruido y la correspondiente información al público; y III) La ejecución de las medidas previstas en el plan.

No cabe dudar de la efectividad de las obras del verano de 2003 sobre la variante de Marbella (pavimento drenante que reduce el ruido en «varios» decibelios y nuevo carril que por alejar parcialmente el tráfico supone «alguna» reducción de la contaminación), pues suponen en efecto una disminución del ruido. La cuestión se encuentra en si lo reducen hasta donde es factible. Basándose en el estudio de la DG Carreteras, que parte de datos tomados antes de disponer el pavimento drenante, evidentemente carece de datos actualizados que evalúen el impacto actual y, en consecuencia, que permitan valorar qué medidas correctoras son necesarias y viables. Dado que las administraciones públicas com-

petentes informarán al público sobre la contaminación acústica y, en particular, sobre los mapas de ruido y los planes de acción en la materia (artículo 5 LR), la información recibida de Fomento sobre este aspecto es asimismo denotativa de un servicio deficiente.

Todo lo anterior no puede ser nuevo e inesperado para el Departamento, dado su conocimiento de los textos legales citados, en el presente y otros informes anteriores sobre ésta y otras quejas análogas. Asimismo parece prudente interpretar los textos del modo más apropiado a las presentes circunstancias y no plegarse de forma excesiva y tal vez innecesariamente estricta a sus requerimientos. Al mismo tiempo, no parece conveniente demorar sin justificación la puesta en práctica de los mecanismos y medios técnicos disponibles.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formular la siguiente recomendación: «Que en cumplimiento de la Ley del Ruido, y en particular conforme a lo establecido en sus artículos 2.1, 4.1, 5 y 12.2.d) y en el artículo 15 de la Ley de Carreteras, elabore un estudio actualizado sobre el impacto en la urbanización (...) de Marbella (Málaga) del ruido originado al paso de la autopista Costa del Sol en su confluencia con la CN-340 a la altura de la Av/ Trapiche y c/ Júpiter por lo menos; elabore el plan de acción correspondiente al mapa; y ejecute las medidas correctoras resultantes que le corresponda como titular del vial. Todo ello con la correspondiente información al público».

Madrid, 25 de mayo de 2004.

Recomendación dirigida al Secretario de Estado de Infraestructuras y Planificación del Ministerio de Fomento.

Recomendación 36/2004, de 25 de mayo, sobre procesos de selección de personal.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 434.)

Se ha recibido escrito de V. I. de 13 de febrero pasado, referente a la queja Q0311196, formulada ante esta Institución por don (...).

Esta Institución agradece la información suministrada por esa Autoridad portuaria en el marco del expediente en curso. A la vista de la misma, no obstante, se ha considerado procedente dar continuidad a nuestra investigación formulando a esa Administración las siguientes consideraciones:

Centrados en lo que se refiere al fundamento y naturaleza de los denominados en la convocatoria objeto de examen —requisitos valorables—, nuestro criterio sobre los mismos, expuesto en nuestro primer escrito, se fundamenta en que la naturaleza de los mismos los encuadra dentro de los méritos a valorar, por lo que no pueden ser considerados ni, en consecuencia, denominados, requisitos, lo que está reservado a las condiciones o circunstancias imprescindibles para una cosa, en este caso, atribuido a aquellas condiciones ineludibles para poder participar en el proceso, como era el supuesto, por ejemplo, del título académico. Por el contrario, los méritos valorables no son, por naturaleza, requisitos imprescindibles para participar en el mismo, de aquí que una vez que el aspirante reúna los requisitos propiamente dichos, podrán valorarse, de concurrir, los méritos que este haya alegado y así figuren establecidos como tales. Este razonamiento implica, necesariamente, que ambos aspectos se diferencien en próximas convocatorias.

Llegados a este punto y conforme a los artículos 36 y 37.1.o) en relación con el artículo 52 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, donde se expresa que la selec-

ción del personal de las autoridades portuarias se hará de acuerdo con sistemas basados en los principios de mérito y capacidad y, con excepción del personal directivo o de confianza, mediante convocatoria pública, se debe relacionar con lo anterior la necesidad de dar publicidad previa a las puntuaciones de cada uno de los referidos méritos. Así, no resulta posible compartir la falta de publicidad del baremo comprensivo de la puntuación otorgada a cada uno de los conceptos a calificar como requisitos valorables (méritos), información que sería desconocida por los aspirantes como se deduce de la información de la que se dispone hasta el momento, por cuanto ello incide directamente en una correcta y ajustada aplicación del principio de publicidad que debe presidir las actuaciones que desarrollan un procedimiento selectivo y ello sin perjuicio de dejar aquí reseñada la inexistencia de elementos objetivos o de prueba que hagan suponer una inadecuada o errónea aplicación de las puntuaciones establecidas en el baremo a los méritos aportados por los aspirantes.

En este sentido, no puede obviarse que la importancia de dar publicidad suficiente al baremo establecido cumple, al menos, con dos relevantes cometidos. De un lado, proporcionar a los aspirantes el conocimiento necesario de las puntuaciones que van a aplicarse al proceso selectivo, lo que garantiza que no pueda valorarse con puntuación distinta a las que allí se establezca y sea conocida por todos los participantes. De otro, esa publicidad sirve al cumplimiento de una finalidad que posibilite la acción impugnatoria de los aspirantes que no se encuentren conformes con las puntuaciones establecidas en el baremo y todo ello redundando, a su vez, en una más efectiva aplicación del resto de principios constitucionales, de mérito y capacidad, que rigen el acceso y la provisión de plazas en el empleo prestado a las distintas administraciones públicas.

Por tanto, resulta importante que se atienda en las bases de futuras convocatorias a diferenciar claramente entre la naturaleza de una y otra condición y a que se dé la publicidad suficiente al baremo o puntuación otorgada a cada uno de los méritos, lo que constituye una exigencia derivada de la convocatoria pública por la que se lleva a cabo el proceso selectivo por esa Autoridad portuaria, conforme a extremar las garantías en la aplicación al caso de los principios constitucionales de los que es expresión el artículo 52 de la ya mencionada Ley 27/1992 de 24 de noviembre.

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

en los procesos de selección de personal que lleve a cabo esa Autoridad Portuaria en adelante diferencie en las bases de la convocatoria entre los requisitos y los méritos a valorar, asignando la puntuación que cada uno de ellos pueda alcanzar y otorgando a los mismos la publicidad necesaria, a fin de extremar las garantías en la aplicación al caso de los principios constitucionales de los que es expresión el artículo 52 de la ya mencionada Ley 27/1992 de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante».

Madrid, 25 de mayo de 2004.

Recomendación dirigida al Presidente de la Autoridad Portuaria de Gijón.

Recomendación 37/2004, de 25 de mayo, sobre indemnización por días de vacaciones no disfrutados.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 438.)

Se han recibido los informes de esa Secretaría de Estado, referente a las quejas Q0313238 y Q0314148, formuladas ante esta Institución por doña (...) y doña (...) respectivamente.

Se discute en estos procedimientos de queja el derecho de las reclamantes a percibir el abono de determinada cantidad en concepto de vacaciones no disfrutadas, una vez que las interesadas fueron cesadas al quedar reducida la plantilla del juzgado en el que prestaban servicios como oficiales interinas de la Administración de justicia.

La situación jurídica individual de las promotoras de estas quejas, hace necesario realizar un examen de carácter general sobre el derecho de los funcionarios interinos al servicio de la Administración de justicia a disfrutar de vacaciones anuales retributivas, así como a evaluar la posibilidad de una compensación o indemnización económica como consecuencia de la imposibilidad material de su disfrute, por haberse extinguido una relación funcionarial de carácter eventual.

Por lo que respecta al derecho a las vacaciones retribuidas, el artículo 40.2 de la Constitución, como uno de los principios rectores de la política social y económica, exige a los poderes públicos que garanticen el descanso necesario en las relaciones de trabajo, mediante las vacaciones periódicas retribuidas.

En este contexto, para dar cumplida efectividad a este mandato constitucional y en virtud de lo dispuesto en el actualmente derogado artículo 456 de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en la actualidad artículo 474.1 de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modifi-

cación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial—, ha de entenderse plenamente aplicable a los funcionarios al servicio de la Administración de justicia el artículo 68 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (Decreto 315/1964, de 7 de febrero), que reconoce su derecho a disfrutar, durante cada año completo de servicio activo, de una vacación retribuida de un mes, o a los días que en proporción les correspondan si el tiempo servido fue menor.

El artículo 62 del Real Decreto 249/1996, de 16 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes al Servicio de la Administración de Justicia, en sintonía con el mandato constitucional así como con la normativa general de la función pública, reconoce el derecho de estos funcionarios a disfrutar durante cada año completo de servicio activo, computado de septiembre a septiembre, de un mes de vacaciones, o a los días que, en proporción les corresponda si el tiempo de servicio fuera menor.

Tales preceptos resultan igualmente de aplicación al personal funcionario interino, dado que conforme a lo previsto en el artículo 59 del citado Reglamento Orgánico, este personal tendrá los mismos derechos y deberes que los funcionarios, salvo la fijeza en el puesto de trabajo y las mismas retribuciones básicas y complementarias excepto trienios.

Llegados a este punto y no pareciendo existir discrepancias respecto al reconocimiento del derecho a vacaciones retribuidas del personal interino, el problema se plantea cuando dada la situación de provisionalidad de dicho personal, se produce su cese inmediato sin que, constante su relación funcional, hubiera podido disfrutar del citado permiso.

A lo anterior, hay que añadir que la extinción de la relación de servicio proviene de un acto unilateral de la Administración, por lo que las funcionarias afectadas, al carecer de la información precisa sobre el momento previsible de su cese —que hubiera permitido solicitar el disfrute de sus vacaciones con anterioridad al mismo—, no parecen tener la obligación jurídica de soportar las consecuencias que se derivan de una reducción de plantilla como la que se ha producido en este caso y que ha supuesto la pérdida sobrevenida de un derecho constitucional (art. 40.2 CE) que nace desde el momento en que se inicia una relación de servicios y que por ser consustancial con el estatus jurídico funcional, debe ser garantizado frente a cualquier incidente que perturbe o menoscabe su ejercicio.

Desde el punto de vista de la obligación de la Administración de satisfacer el derecho de un funcionario cuando éste ha sido cesado, parece razonable colegir que en la actualidad, materializar el contenido de di-

cha obligación deviene imposible y por lo tanto debe imperar el aforismo jurídico *ad impossibilia nulla obligatio*.

Lo anterior, sin embargo no permite, según criterio de esta Defensoría, aceptar los argumentos de ese departamento cuando afirma que, de acuerdo con el principio de legalidad, la Administración no puede realizar interpretaciones extensivas, añadiendo derechos y obligaciones que el régimen estatutario de los funcionarios no recoge, dado que aunque el artículo 68 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado no contempla la compensación económica, ello no significa que la prohíba, toda vez que lo que se pretende es que se sustituya el derecho a las vacaciones por el abono de una determinada cantidad o, en todo caso, que se indemnice a quien no ha podido disfrutar el período vacacional por haberse extinguido su relación de servicio con anterioridad a la fecha fijada para ejercer tal derecho, ya que de lo contrario podría producirse un enriquecimiento injusto de la Administración. (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, sala de lo contencioso-administrativo, de 19 junio 2000).

Además para una mejor argumentación que permita avalar la posición que se sostiene, resulta de referencia citar la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre, del Consejo/Parlamento Europeo que ha derogado la anterior Directiva 93/104/CE, de 23 de noviembre, y que, manteniendo la redacción originaria contenida en esta última, prevé en su artículo 7.2 que, «... el período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral».

Si se examina detenidamente el artículo 1.3 de la citada norma comunitaria, ésta debe ser aplicable a todos los sectores de actividad, privados y públicos, en el sentido que contempla el artículo 2 de la Directiva 89/391/CEE, debiendo entender que, además de estar dirigida a las relaciones de trabajo de carácter laboral, se expande también al ámbito de la función pública, habida cuenta de la cláusula de excepción que introduce el artículo 2.2 de esta última Directiva, respecto a concretas actividades de los servidores públicos, al expresar que la indicada norma no será de aplicación, «... cuando se opongan a ello de manera concluyente las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública, por ejemplo, las fuerzas armadas o la policía, o a determinadas actividades específicas en los servicios de protección civil».

Debe añadirse al respecto que consideramos igualmente que existen razones de equidad y de analogía para propiciar una solución que permita resarcir el derecho que reclaman las interesadas, habida cuen-

ta de que, por una parte, podemos traer a colación lo dispuesto en el artículo 11 del Convenio 132 de la Organización Internacional del Trabajo, de 24 de junio de 1970, al expresar *que* «Toda persona empleada (...) tendrá derecho, al terminarse la relación de trabajo, a vacaciones pagadas proporcionales a la duración del servicio por el que no haya recibido aún vacaciones, a una indemnización compensatoria o a un crédito de vacaciones equivalente».

De otra parte, como ejemplo más cercano, debe recordarse a ese Ministerio el contenido de lo dispuesto en el artículo 141.2 y 3 del Reglamento 1/95 de la Carrera Judicial, que prevé el derecho de los magistrados suplentes y de los jueces sustitutos a disfrutar de un periodo anual de vacaciones proporcional al tiempo servido, así como el derecho a su compensación mediante el reconocimiento por el Consejo General del Poder Judicial, de la retribución correspondiente a los días de vacación no disfrutada, cuando no hubiesen podido disponer del periodo de vacaciones por necesidades del servicio.

Por lo anteriormente expuesto, esta Institución considera que existen argumentos constitucionales y legales para que les sea abonada a las interesadas una compensación económica. Igualmente, con carácter general se considera que esta indemnización o compensación económica, por motivos de seguridad jurídica, deberá preverse en las normas estatutarias de los funcionarios al servicio de la Administración de justicia.

En consecuencia, al amparo de lo dispuesto en los artículos 28.1 y 30.1 de la Ley 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formular a V. E. la siguiente sugerencia: «Que por esa Secretaría de Estado se den las instrucciones oportunas, en orden a abonar a las interesadas la parte proporcional de las vacaciones no disfrutadas ni retribuidas devengadas durante los períodos de tiempo en que prestaron sus servicios como oficiales interinas al servicio de la Administración de justicia, reconociéndoles el derecho a que les sea satisfecha la compensación o la indemnización correspondiente y proporcional al tiempo de servicios efectivos prestados».

Igualmente, de conformidad con los preceptos anteriormente indicados, he resuelto formular a V. E. la siguiente recomendación: «Que, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa comunitaria anteriormente expresada, teniendo en cuenta una interpretación en el sentido más favorable a la efectividad del artículo 40.2 de la Constitución y, por último, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 93 de la citada norma suprema, se adopten las medidas precisas para que en las normas estatutarias de los funcionarios al servicio de la Administración de justicia y en los supuestos en que se extinga la relación funcional, se prevea la susti-

tución de las vacaciones anuales retribuidas por una compensación o indemnización económica correspondiente a los días de vacación no disfrutada y proporcional al tiempo servido, cuando el funcionario interino no hubiera podido disfrutar de las mismas, bien por necesidades del servicio o por circunstancias ajenas a su voluntad que no hubieran podido preverse».

Madrid, 25 de mayo de 2004.

Recomendación dirigida al Secretario de Estado de Justicia.

Recomendación 38/2004, de 25 de mayo, sobre incoación de procedimiento sancionador y clausura cautelar de actividades clasificadas.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 478.)

Se ha recibido informe de ese Ayuntamiento, de fecha 24 de marzo de 2004, registro de salida n.º 1724, relativo al expediente de queja arriba referenciado, promovido por doña (...).

A juicio de esta Institución, el informe de ese Ayuntamiento no contiene datos que hagan pensar en una actuación municipal efectiva. No hay información sobre la apertura de expedientes sancionadores tras la constatación, reconocida por el propio Ayuntamiento, de la comisión de infracciones varias de la Ley 8/2002 de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas del Principado de Asturias; ni sobre la adopción de medidas cautelares que impidan que los hechos prosigan entre tanto los establecimientos relacionados ajustan su actividad a los requerimientos legales y reglamentarios, incluidos los exigibles por el Reglamento de Actividades Clasificadas de 1961.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formular la siguiente recomendación: «Que conforme a los artículos 32 y siguientes y artículo 44 de la Ley 8/2002 de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, incoe inmediatamente los correspondientes procedimientos sancionadores y con la misma inmediatez clausure cautelarmente los establecimientos carentes de licencia o que dispongan de licencia no apta para la actividad que desarrollan».

Madrid, 25 de mayo de 2004.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Mieres (Asturias).

Recomendación 39/2004, de 7 de junio, sobre la forma en la que deben actuar los miembros del Cuerpo Nacional de Policía en los casos de violencia doméstica cuando la víctima no quiere denunciar.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 476.)

Con fecha de 12 de junio de 2003, doña (...) fue asesinada en el portal de su domicilio por su ex marido don (...) con el que se encontraba en trámites de separación. Según las informaciones a las que tuvo acceso esta Institución, antes de producirse el fatal desenlace la mujer asesinada había denunciado 54 veces a su ex marido, en los últimos diez años, ante el Decanato de los juzgados de Barcelona. Este hecho motivó el inicio de una investigación de oficio por parte del Defensor del Pueblo.

Asimismo, el señor (...) había sido detenido en varias ocasiones por insultos y amenazas de muerte hacia doña (...), tanto cuando estaban casados como a raíz de su separación. Según los registros judiciales las denuncias se iniciaron en el año 1993, presentándose 34 de ellas a lo largo del último año de vida de la señora (...).

Una de las últimas detenciones se había producido el 29 de enero de 2003, siendo conducido el hombre al juzgado de guardia, quedando en libertad con la prohibición expresa de acercarse al domicilio de su víctima. Esta medida cautelar había sido incumplida de forma reiterada, lo que había provocado una serie de denuncias por parte de la señora (...). En este sentido el 29 de mayo de ese año, se había celebrado un juicio de faltas por amenazas de muerte e injurias a su ex esposa, recayendo sentencia condenatoria.

A la vista de estos antecedentes, esta Institución valoró la necesidad de solicitar la colaboración de la Fiscalía General del Estado, del Consejo General del Poder Judicial y de la Dirección General de la Poli-

cía, en orden a conocer que actuaciones concretas se habían realizado por parte de las Instituciones y organismos obligados a intervenir en relación con los hechos antes descritos.

Una vez recibidos los informes solicitados y concluida la investigación, se han obtenido las conclusiones que para una ordenada exposición se agrupan por las siguientes materias: actuaciones médicas, policiales y judiciales.

I. En cuanto a las actuaciones médicas:

1. Consta entre la documentación enviada por la Fiscalía General del Estado un informe médico, emitido el 23 de abril de 2003 por la División de Atención Primaria del Instituto Catalán de la Salud que recoge una agresión sufrida por la señora (...) de pronóstico leve, enviándola a su domicilio. En dicha comunicación se pone de relieve que la causa de las lesiones fue una agresión, pero no se indica en que circunstancias y qué persona pudiera ser la autora de esa agresión.

2. El anterior parte médico se recoge dentro del comunicado dirigido al Juzgado de Guardia de Barcelona, si bien la fecha de las lesiones es de 23 de abril, y el sello de registro (no consta si de entrada o de salida) es de 18 de mayo, es decir 25 días después de producida la agresión.

3. En dicho informe médico no existe constancia de si a la víctima de la agresión se le informó de las ayudas que la Administración tenía habilitadas para esta clase de delitos.

II. En cuanto a las actuaciones policiales:

1. Como consecuencia del Auto dictado el 29 de enero de 2003, por el Juzgado de Instrucción n.º 24 de los de Barcelona, en el que se acordaba la prohibición de acercamiento por parte del señor (...), al domicilio de la señora (...), ésta se vio obligada en 15 ocasiones a pedir auxilio policial por los incumplimientos de tal orden a cargo del señor (...).

2. De las 15 veces que la señora (...) llamó a la policía entre el 31 de enero de 2003 y el 3 de junio de 2003, en 7 de ellas consta que dicha señora «no quiere presentar denuncias». En las 8 veces restantes el señor (...) fue denunciado unas veces por amenazas, otras por coacciones, otras por agresión sexual y otras por incumplir la orden de alejamiento.

3. De las 15 actuaciones policiales realizadas desde el 31 de enero de 2003 al 3 de junio de 2003, se detuvo y fue puesto a disposición judicial el señor (...) una sola vez. En dos ocasiones fue citado, no compareció y el atestado policial fue enviado en esos términos al órgano judicial. En otra ocasión fue citado y compareció ante la policía.

III. En cuanto a las actuaciones judiciales:

1. Los diferentes incumplimientos realizados por el señor (...) de la orden de prohibición de acercamiento que respecto de él se dictó el 29 de enero de 2003, sólo dieron lugar según la información recibida desde la Fiscalía General del Estado, a un procedimiento penal que se tramitó como juicio rápido en un Juzgado de lo Penal de Barcelona que finalizó con una sentencia por conformidad a una condena por multa.

2. El parte médico de lesiones que antes se mencionó en el apartado relativo a las actuaciones médicas, cuya fecha de emisión era de 23 de abril, dio lugar a un procedimiento en un Juzgado de Instrucción de Barcelona, el cual dictó un Auto con fecha 21 de mayo de 2003, en el que se decretó el sobreseimiento provisional de las actuaciones y su archivo por desconocerse el autor o autores de las lesiones.

El día 29 de mayo de 2003, la señora (...) compareció voluntariamente ante el Juzgado de Instrucción que conocía de ese parte de lesiones y manifestó que las lesiones se las había producido (...), facilitando el domicilio de dicho señor al tiempo que informaba de que las lesiones se las había producido en casa de la madre de dicho señor. Añadía en aquella comparecencia que debido al golpe que recibió en la cara se había quedado sorda del oído izquierdo.

El 17 de junio de 2003, casi dos meses después de producirse las lesiones y cinco días después de que hubiera fallecido doña (...), el órgano judicial dictó una providencia en la que acordaba el «desarchivo y procedase a librar el correspondiente dictamen médico forense a la vista del parte de lesiones».

El día 17 de junio de 2003 el médico forense emitió un informe a la vista del parte de lesiones, toda vez que la víctima ya había fallecido y el 19 de junio de 2003, por Auto se reputó el hecho falta.

El 8 de julio de 2003, se celebró el juicio de faltas, para lo cual fue trasladado el señor (...), desde el Centro de Detención de Hombres de Barcelona, a la sala de vistas donde se celebró el juicio oral. En el acta del juicio se hizo constar que la denunciante había fallecido. A pesar de ello el juzgado de instrucción correspondiente desplegó una importante actividad procesal para intentar notificar la sentencia a la señora (...), para lo cual intentó contactar con un teléfono de la misma y finalmente acordó el 22 de diciembre de 2003, su notificación por edicto que fue publicado en el *Boletín Oficial de la Provincia* de Barcelona, el día 23 de enero de 2004.

Finalmente el 26 de enero de 2004, en una diligencia del Servicio de

Actas de Comunicación Penal del Juzgado Decano de Barcelona, se tuvo conocimiento de que la señora (...) había fallecido en el año 2003.

Sorprende la intensa actividad procesal desplegada para notificar la sentencia a la denunciante, cuando en el acta del juicio consta que la misma falleció y la nula actividad desplegada por el órgano judicial para tratar de conocer si en esa agresión concurría o no la circunstancia de «habitualidad» para haber aplicado el artículo 153 del Código Penal —vigente en la fecha en la que se celebró el juicio— y sancionar ese hecho como delito y no como falta.

A la vista de cuanto se acaba de exponer y especialmente teniendo en cuenta lo dispuesto en el punto relativo a las actuaciones policiales, llama la atención que habiendo solicitado el auxilio policial la señora (...) en 15 ocasiones en algo más de 4 meses, solamente se detuviera a la persona que originaba la actuación policial en una ocasión, más todavía cuando los funcionarios policiales que actuaban conocían que existía una orden judicial de prohibición de acercamiento que reiteradamente incumplía el señor (...). Considera esta Institución que independientemente del deseo de la señora (...) acerca de si interponía o no denuncia por las amenazas, coacciones, agresiones sexuales o por el incumplimiento de la orden de alejamiento, las fuerzas policiales actuantes, al amparo de lo dispuesto en los artículos 106 y 284 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deberían al menos haber dado traslado de su intervención al Juzgado de Instrucción que había acordado la orden de alejamiento, toda vez que la acción penal no se extingue por la renuncia de la persona ofendida y además los funcionarios policiales están obligados a dar traslado inmediatamente a la autoridad judicial de los delitos que tuvieran conocimiento.

A la vista de lo expuesto, esta Institución al amparo del artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida en que la cuestión expuesta afecta a derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, ha valorado la conveniencia de dar traslado a V. I. de la siguiente recomendación: «Para que en los delitos de agresiones y malos tratos relacionados con las relaciones de convivencia, los miembros del Cuerpo Nacional de Policía, den traslado de sus intervenciones en ese tipo de delitos a los órganos judiciales competentes, con independencia de la voluntad de denunciar o no que exprese la persona víctima de esa clase de delitos».

Madrid, 7 de junio de 2004.

Recomendación dirigida al Director General de la Policía.

Recomendación 40/2004, de 7 de junio. sobre la forma en la que deben actuar los servicios sanitarios en los casos de asistir a mujeres víctimas de violencia doméstica.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 441.)

Con fecha de 12 de junio de 2003, doña (...) fue asesinada en el portal de su domicilio por su ex marido don (...) con el que se encontraba en trámites de separación. Según las informaciones a las que tuvo acceso esta Institución, antes de producirse el fatal desenlace la mujer asesinada había denunciado 54 veces a su ex-marido, en los últimos diez años, ante el Decanato de los juzgados de Barcelona. Este hecho motivó el inicio de una investigación de oficio por parte del Defensor del Pueblo.

Asimismo, el señor (...) había sido detenido en varias ocasiones por insultos y amenazas de muerte hacía doña (...), tanto cuando estaban casados como a raíz de su separación. Según los registros judiciales las denuncias se iniciaron en el año 1993, presentándose 34 de ellas a lo largo del último año de vida de la señora (...).

Una de las últimas detenciones se había producido el 29 de enero de 2003, siendo conducido el hombre al juzgado de guardia, quedando en libertad con la prohibición expresa de acercarse al domicilio de su víctima. Esta medida cautelar había sido incumplida de forma reiterada, lo que había provocado una serie de denuncias por parte de la señora (...). En este sentido el 29 de mayo de ese año, se había celebrado un juicio de faltas por amenazas de muerte e injurias a su ex esposa, recayendo sentencia condenatoria.

A la vista de estos antecedentes, esta Institución valoró la necesidad de solicitar la colaboración de la Fiscalía General del Estado, del Consejo General del Poder Judicial y de la Dirección General de la Policía, en orden a conocer que actuaciones concretas se habían realizado

por parte de las instituciones y organismos obligados a intervenir en relación con los hechos antes descritos.

Una vez recibidos los informes solicitados y concluida la investigación, se han obtenido las conclusiones que para una ordenada exposición se agrupan por las siguientes materias: actuaciones médicas, policiales y judiciales.

I. En cuanto a las actuaciones médicas:

1. Consta entre la documentación enviada por la Fiscalía General del Estado un informe médico, emitido el 23 de abril de 2003 por la División de Atención Primaria del Instituto Catalán de la Salud que recoge una agresión sufrida por la señora (...) de pronóstico leve, enviándola a su domicilio. En dicha comunicación se pone de relieve que la causa de las lesiones fue una agresión, pero no se indica en qué circunstancias y qué persona pudiera ser la autora de esa agresión.

2. El anterior parte médico se recoge dentro del comunicado dirigido al Juzgado de Guardia de Barcelona, si bien la fecha de las lesiones es de 23 de abril, y el sello de registro (no consta si de entrada o de salida) es de 18 de mayo, es decir 25 días después de producida la agresión.

3. En dicho informe médico no existe constancia de si a la víctima de la agresión se le informó de las ayudas que la Administración tenía habilitadas para esta clase de delitos.

II. En cuanto a las actuaciones policiales:

1. Como consecuencia del Auto dictado el 29 de enero de 2003, por el Juzgado de Instrucción n.º 24 de los de Barcelona, en el que se acordaba la prohibición de acercamiento por parte del señor (...), al domicilio de la señora (...), ésta se vio obligada en 15 ocasiones a pedir auxilio policial por los incumplimientos de tal orden a cargo del señor (...).

2. De las 15 veces que la señora (...) llamó a la policía entre el 31 de enero de 2003 y el 3 de junio de 2003, en 7 de ellas consta que dicha señora «no quiere presentar denuncias». En las 8 veces restantes el señor (...) fue denunciado unas veces por amenazas, otras por coacciones, otras por agresión sexual y otras por incumplir la orden de alejamiento.

3. De las 15 actuaciones policiales realizadas desde el 31 de enero de 2003 al 3 de junio de 2003, se detuvo y fue puesto a disposición judicial el señor (...) una sola vez. En dos ocasiones fue citado, no compare-

ció y el atestado policial fue enviado en esos términos al órgano judicial. En otra ocasión fue citado y compareció ante la policía.

III. En cuanto a las actuaciones judiciales:

1. Los diferentes incumplimientos realizados por el señor (...) de la orden de prohibición de acercamiento que respecto de él se dictó el 29 de enero de 2003, sólo dieron lugar según la información recibida desde la Fiscalía General del Estado, a un procedimiento penal que se tramitó como juicio rápido en un Juzgado de lo Penal de Barcelona que finalizó con una sentencia por conformidad a una condena por multa.

2. El parte médico de lesiones que antes se mencionó en el apartado relativo a las actuaciones médicas, cuya fecha de emisión era de 23 de abril, dio lugar a un procedimiento en un Juzgado de Instrucción de Barcelona, el cual dictó un Auto con fecha 21 de mayo de 2003, en el que se decretó el sobreseimiento provisional de las actuaciones y su archivo por desconocerse el autor o autores de las lesiones.

El día 29 de mayo de 2003, la señora (...) compareció voluntariamente ante el Juzgado de Instrucción que conocía de ese parte de lesiones y manifestó que las lesiones se las había producido (...), facilitando el domicilio de dicho señor al tiempo que informaba de que las lesiones se las había producido en casa de la madre de dicho señor. Añadía en aquella comparecencia que debido al golpe que recibió en la cara se había quedado sorda del oído izquierdo.

El 17 de junio de 2003, casi dos meses después de producirse las lesiones y cinco días después de que hubiera fallecido doña (...), el órgano judicial dictó una providencia en la que acordaba el «desarchivo y procedase a librar el correspondiente dictamen médico forense a la vista del parte de lesiones».

El día 17 de junio de 2003 el médico forense emitió un informe a la vista del parte de lesiones, toda vez que la víctima ya había fallecido y el 19 de junio de 2003, por Auto se reputó el hecho falta.

El 8 de julio de 2003, se celebró el juicio de faltas, para lo cual fue trasladado el señor (...), desde el Centro de Detención de Hombres de Barcelona, a la sala de vistas donde se celebró el juicio oral. En el acta del juicio se hizo constar que la denunciante había fallecido. A pesar de ello el juzgado de instrucción correspondiente desplegó una importante actividad procesal para intentar notificar la sentencia a la señora (...), para lo cual intentó contactar con un teléfono de la misma y finalmente acordó el 22 de diciembre de 2003, su notificación por edicto que fue pu-

blicado en el *Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona*, el día 23 de enero de 2004.

Finalmente el 26 de enero de 2004, en una diligencia del Servicio de Actas de Comunicación Penal del Juzgado Decano de Barcelona, se tuvo conocimiento de que la señora (...) había fallecido en el año 2003.

Sorprende la intensa actividad procesal desplegada para notificar la sentencia a la denunciante, cuando en el acta del juicio consta que la misma falleció y la nula actividad desplegada por el órgano judicial para tratar de conocer si en esa agresión concurría o no la circunstancia de «habitualidad», para haber aplicado el artículo 153 del Código Penal —vigente en la fecha en la que se celebró el juicio— y sancionar ese hecho como delito y no como falta.

A la vista de cuanto se expone y especialmente en lo relativo al punto 1 de este escrito (actuaciones médicas), esta Institución ha considerado oportuno dar traslado a Vd. de las conclusiones citadas junto con las consideraciones que a continuación se indican.

Ante la denuncia de una agresión dentro del ámbito familiar, existen unas orientaciones médico-legales que es necesario que conozcan todos los médicos y profesionales que de alguna manera trabajan dentro del campo de la asistencia a víctimas de la violencia de género.

Dentro de esos parámetros exigibles la actuación sanitaria debería completarse con un informe dirigido a la autoridad judicial o policial competente del resultado del reconocimiento practicado, lesiones halladas y, en su caso, diagnóstico médico, para acumular el mayor número de pruebas que en un futuro sirvan de elementos probatorios. Para que exista una condena por maltrato, este debe ser probado y únicamente se pueden reconocer las lesiones que se reflejan en el parte.

Los profesionales sanitarios son pieza fundamental en la lucha contra la violencia de género, cuando alguien víctima de malos tratos acude a una consulta médica lo hace en demanda de ayuda y el profesional está obligado a facilitársela. No es correcto que la actuación profesional se limite a rellenar un formulario sin llevar a cabo ninguna otra actuación, máxime cuando en el presente caso la víctima era agredida de forma habitual, circunstancia esta que en ningún momento se le preguntó cuándo fue asistida tras su agresión, o al menos no consta en el informe médico que fuese interrogada sobre tal extremo.

En estos supuestos dentro de los protocolos examinados por esta Institución y elaborados por los organismos competentes de las distintas comunidades autónomas, se indica que producida una agresión de es-

tas características, se debe atender de forma urgente a la víctima de la misma en el centro sanitario, debiéndose recoger en el parte de lesiones el alcance de las mismas, tanto físicas como psíquicas y su valoración, asimismo es conveniente informar a la agredida, antes de darle el alta, de los servicios y recursos en la zona, informándose en su caso a los equipos de los servicios sociales de la situación familiar y social de esta persona.

Los hechos investigados en este caso ponen de manifiesto que doña (...) no recibió la respuesta que merecía ni se la prestó la ayuda que precisaba.

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

«1. Que cuando los Servicios Sanitarios dependientes de ese Instituto de Salud, tengan conocimiento de la existencia de una agresión o de unos malos tratos generados dentro de una relación de convivencia adopten todas las medidas para tratar de averiguar el origen de ese hecho delictivo.

2. En el supuesto de que los hechos estén relacionados con esa clase de delitos, se pongan los mismos de manera inmediata en conocimiento del juzgado de guardia, a fin de que el mismo adopte las medidas que considere dentro de su ámbito competencial, encaminadas a garantizar la seguridad de la víctima.

3. Que en el parte médico que se emita se hagan constar todos los detalles y circunstancias que sean posibles, dada la importancia probatoria de este tipo de partes en las actuaciones judiciales. Para ello deberá instar las medidas oportunas con objeto de que todos los centros médicos, dependientes de ese Organismo, dispongan de formularios tipo, en los que se recojan con la máxima precisión, los antecedentes y la descripción de las lesiones, facilitando a la víctima toda la información posible sobre los pasos a seguir tras el maltrato.»

Madrid, 7 de junio de 2004.

Recomendación dirigida al Gerente del Instituto Catalán de la Salud. Departamento de Salud de la Generalidad de Cataluña.

Recomendación 41/2004, de 9 de junio, sobre realización de pruebas de acceso.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 431.)

Acusamos recibo de su escrito de fecha 13 de abril de 2004 (s/ref.: 001932, de 15.04.2004), relacionado con la queja formulada por don (...), la cual quedó registrada en esta Institución con el número arriba indicado, y que versa sobre la no obtención de la plantilla de respuestas correctas de los dos primeros exámenes que realizó para acceder al Cuerpo de técnicos auxiliares de informática de la Administración del Estado y Escala de operadores de ordenador de informática de la Seguridad Social (acceso libre) convocados en virtud de la Orden APU71000/2003, de 21 de abril.

Del estudio del citado escrito así como de la información facilitada con ocasión de la tramitación de la queja identificada como Q0316964, que también versa sobre el no acceso al contenido de las plantillas de las respuestas correctas de los exámenes de una oposición, se estima conveniente manifestar las siguientes consideraciones.

Primera. Como no puede ser de otra forma, en el análisis que se hizo de la presente queja, esta Institución tuvo presente que el Tribunal Supremo ha establecido que los tribunales calificadoros de los procesos selectivos gozan de amplia discrecionalidad técnica, dada la presunta imparcialidad de sus componentes, especialización de sus conocimientos e intervención directa en las pruebas realizadas (Sentencias de 22 de noviembre de 1983; 18 de enero de 1990; 27 de abril de 1990; 13 de marzo de 1991, 20 de octubre de 1992 y otras).

De conformidad con la línea jurisprudencial establecida al efecto, en el momento de admitir a trámite la presente queja también tuvimos en cuenta que, con carácter general, ni los tribunales de justicia, ni las ad-

ministraciones públicas convocantes de las pruebas selectivas, ni esta Institución constitucional, pueden decidir sobre la corrección de un ejercicio, dado que el tribunal de selección goza de una cierta discrecionalidad para valorar las dificultades técnicas que los aspirantes tienen que superar a través de las correspondientes pruebas selectivas; discrecionalidad que, como se ha dicho, no es susceptible de revisión salvo que concurren irregularidades en la actuación de dicho tribunal de selección que den lugar a errores clarísimos o a la conculcación de las bases de la convocatoria o, en su caso, a conductas contrarias a la Ley y al Derecho que produzcan en el interesado indefensión.

Por otro lado, en cuanto a la decisión de esa Comisión Permanente de Selección de no facilitar a los aspirantes las plantillas con las respuestas de los exámenes realizados por ellos, ciertamente debemos tener presente que ni la legislación actual tiene un precepto concreto que imponga de forma expresa la obligación de suministrarlas ni tampoco se ha decidido así por los tribunales de justicia al interpretar esas normas vigentes.

Segunda. En el ejercicio de la competencia que nos ha sido atribuida por el artículo 54 de la Constitución y por la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, de supervisar la actuación de las administraciones públicas para el esclarecimiento de sus actos y resoluciones relacionados con los ciudadanos, a la luz de lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución, esta Institución inició la presente investigación, únicamente, al objeto de contrastar las alegaciones presentadas por el formulante de esta queja de que, al contrario de lo realizado en años anteriores, no se había dado publicidad a las plantillas de las respuestas correctas.

Por tanto, la presente investigación no versa sobre cómo se elaboraron las preguntas contenidas en los exámenes ni sobre cómo se corrigieron las mismas, puesto que no se planteó ni por el interesado, ni por esta Institución que en la evaluación de las respuestas se hubiese producido un manifiesto error de hecho o una quiebra del procedimiento establecido.

De igual modo, se considera que esa Comisión Permanente de Selección no ha vulnerado los preceptos concretos que sobre la motivación de sus actuaciones existen en la normativa reguladora de esta materia, ni piensa que la decisión de no publicar las plantillas de respuestas concretas haya infringido los requisitos formales que deben observarse en todo proceso selectivo.

Tercera. No obstante lo anterior, y aunque esta Institución respete la decisión adoptada de no publicar las plantillas con las respuestas co-

rectas y aunque no exista una norma concreta que imponga a ese órgano seleccionador esa obligación, no podemos compartir plenamente las razones dadas en el informe remitido, estimando necesario manifestar nuestro criterio favorable a que el órgano seleccionador de pruebas de acceso a la función pública, suministre a los opositores o haga públicas las plantillas con las respuestas correctas de las preguntas de los exámenes, ya que así los aspirantes interesados podrán conocer las que el tribunal ha considerado como acertadas con lo que podrán contrastarlas con las que ellos habían puesto y, en caso de disconformidad, formular sus recursos contra las notas otorgadas con todos los argumentos jurídicos, documentos científicos y otras pruebas que apoyen sus alegaciones.

La publicidad de las respuestas correctas no tiene que ver tanto con la motivación de los actos dictados por los órganos de selección, ni con la discrecionalidad técnica que éstos tienen, ni incide en el cumplimiento o no de la normativa que regula los procesos selectivos sino que ello debe encuadrarse dentro de la observancia del principio general de transparencia en toda actuación administrativa que se consagra en el apartado 5 del artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Del mismo modo, se podría considerar a esa publicidad como una plasmación concreta de los principios de buena fe y de confianza legítima que también están consagrados en el apartado 1 de ese mismo artículo.

Además de ello, si en otros años se consideró procedente facilitar a los aspirantes las plantillas de las respuestas correctas, las razones que entonces sirvieron de apoyo a aquella decisión podrían haberse tenido en cuenta para publicar ese documento, en los dos últimos años en los que se ha celebrado ese proceso selectivo y no se ha hecho.

Un factor que ha de presidir la actuación de cualquier tribunal seleccionador es la confianza que debe infundir y levantar en los aspirantes a acceder a la función pública. Si dicha confianza ya es necesaria desde el acto de composición del tribunal, también ha de seguir siéndolo en su actuación y funcionamiento posterior.

Otro argumento que se esgrime en el informe recibido para no publicar esas plantillas es el de que ello no está previsto en las normas jurídicas que regulan esta materia, ni en las bases de la convocatoria, ni se obliga a ello en las resoluciones judiciales ya dictadas. Sin embargo, en este punto hemos de indicar que tampoco lo está que los participantes de algunas convocatorias pudiesen quedarse con los cuestionarios de las preguntas y, a pesar de ello, esa Comisión Permanente y otros tribuna-

les calificadoros han decidido en determinadas ocasiones que no era precisa su devolución.

Cuarta. Los tribunales de calificación tienen la competencia para decidir lo que consideren más lógico y armónico en las cuestiones que se plantean a lo largo del desarrollo de los procesos selectivos que no están expresamente previstas o reguladas en las correspondientes normas jurídicas ni en las bases de las convocatorias. Cuando existe un vacío legal, dicha competencia la ejercen aplicando supletoriamente el conjunto del ordenamiento jurídico puesto que están sujetos al principio de legalidad.

Uno de los principios que debe regir todo el proceso selectivo, según preceptúa el artículo 19.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, es el de publicidad. Esto implica que, en caso de duda o laguna normativa, se debe actuar a favor de esa divulgación de los actos administrativos y sus antecedentes en vez de procurar el secretismo o la reserva.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo tienen establecido que se está en presencia de la discrecionalidad técnica cuando las actuaciones de los tribunales calificadoros tienen un componente de apreciación técnica o de aplicación de parámetros no jurídicos pero no en aquellos casos en los que se acredita indefensión, desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación en el criterio adoptado.

Esta Institución considera que la entrega o no de la plantilla de las respuestas del examen al opositor, que la ha solicitado de forma expresa, no entra dentro de lo que se entiende como discrecionalidad técnica ya que la ejecución material de esa entrega no entraña, en sí misma, una valoración del contenido de ese examen o una revisión de la calificación dada por el tribunal de selección, o una refutación de los criterios adoptados por éste en determinar el nivel mínimo exigido para considerar aprobada la prueba. Esta cuestión hay que encuadrarla dentro del derecho a la información y acceso a los registros y archivos administrativos que se reconoce a los ciudadanos en el artículo 105 de la Constitución.

Cuando un interesado, que ha participado en un proceso selectivo que no ha terminado y cuyo expediente aún no se ha archivado, formula una solicitud de que se le facilite la plantilla con las respuestas correctas del examen que ha realizado, nos encontramos ante el ejercicio concreto de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del

Procedimiento Administrativo Común, en cuyo apartado *a)* se dispone que en sus relaciones con las administraciones públicas, los ciudadanos tienen derecho «a conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados y obtener copias de los documentos contenidos en ellos».

Está claro que esa solicitud presentada se puede atender, de forma rápida y fácil, suministrando una copia de la plantilla de las respuestas consideradas correctas, toda vez que se trata de un documento que está en el expediente de la oposición todavía en trámite. La entrega de esa copia no supone un entorpecimiento de la actividad de la Administración sino todo lo contrario ya que, actualmente, se suele atender esas peticiones mediante un escrito en el que se informa «después de efectuar la revisión individual de cada ejercicio, de las puntuaciones obtenidas, incluyendo los errores, aciertos y respuestas en blanco».

Además de dejar de considerar como recursos o reclamaciones lo que son unas meras peticiones de información, con la consiguiente disminución del trabajo de los órganos de selección, hay que señalar que la entrega de esas copias de las plantillas no supone un perjuicio para tercero ni incidiría en alguno de los supuestos previstos en la Ley que suponen un límite al ejercicio del derecho de acceso a la información administrativa.

Quinta. El derecho que asiste a un opositor concreto a obtener una copia de esas respuestas también lo tiene el resto de los participantes en el examen. Por ello, aún se puede reducir mucho más el trabajo y los trámites que se derivan de todo proceso selectivo si, en vez de atender de forma individual a cada uno de los aspirantes que soliciten esa plantilla, se decide por hacer público el contenido de ese documento ya que, de esta forma, se dará a todos por notificados.

De otra parte, si un interesado puede tener acceso al expediente completo de una oposición cuando le sea puesto de manifiesto por el órgano judicial que conozca del recurso contencioso-administrativo que interponga (artículo 48.5 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), es evidente que no es necesario llegar hasta ese momento procesal para que un opositor pueda ver la plantilla con las respuestas correctas y obtener una copia de la misma ya que, de haberse entregado en el momento de tramitación del expediente administrativo en que lo hubiere solicitado, podría haberle hecho desistir de presentar un recurso administrativo ante el órgano que nombró al presidente de la misma forma que también se podría haber evitado que tuviera que recurrir a la vía judicial.

Por todo ello, y observando el principio de economía procesal, si en las bases de la convocatoria no está prohibido el que se pueda facilitar las respuestas correctas del examen, el tribunal calificador, haciendo uso del ejercicio de su facultad de interpretación de las bases, debería proceder a su publicación aplicando así las previsiones que se contienen al respecto en nuestro ordenamiento jurídico.

Sexta. Lo que hasta ahora se ha expuesto para las plantillas de las preguntas se puede predicar, también, en relación con la entrega a los opositores de los cuadernillos que contienen los cuestionarios y ejercicios tipo test que se realizan.

Aunque, esta Institución ya ha tenido ocasión de apreciar que en algunos procesos selectivos los correspondientes tribunales seleccionadores han permitido que los opositores se quedasen con los cuestionarios de las preguntas, sin embargo, consideramos que, salvo alguna excepción que debería justificarse, podría convertirse en una práctica generalizada toda vez que resulta beneficioso para los aspirantes que así controlarían mejor cómo han hecho el examen además de servir para aumentar su formación para futuras pruebas. También sería beneficiosa esa práctica para la Administración ya que evitaría posibles reclamaciones y peticiones de información, a la vez que serviría para que la selección de los mejores candidatos se haga en un proceso más transparente.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, procedemos a formular la siguiente recomendación: «Que, salvo casos excepcionales que estuviesen debidamente justificados, tanto la Comisión Permanente de Selección como los otros tribunales calificadores de pruebas de acceso a la función pública deberían permitir que los opositores pudiesen conservar los cuadernillos que contienen las preguntas y los ejercicios de los exámenes que realicen.

Igualmente se debería dar publicidad a las plantillas de las respuestas correctas de los exámenes de selección de personal, con el fin de que puedan ser conocidas por todos los participantes (con independencia de que algunos las hubieran solicitado individualmente)».

Aunque las anteriores medidas no estén establecidas en ninguna norma concreta de forma expresa, ni los tribunales de justicia hayan obligado a ello cuando han ejercido su función interpretativa de las leyes, sin embargo, se considera que facilitando el acceso tanto a los cuadernillos como a las plantillas se cumple con el principio de información administrativa consagrado en el artículo 105 de la Constitución, con el principio de publicidad en la selección del personal de la Administración

pública del artículo 19.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y con los principios a los que debe sujetarse todo el actuar administrativo de transparencia, buena fe y confianza legítima establecidos en los apartados 1 y 5 del artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 9 de junio de 2004.

Recomendación dirigida al Presidente de la Comisión Permanente de Selección del Ministerio de Administraciones Públicas.

Recomendación 42/2004, de 9 de junio, sobre remodelación de las garitas de vigilancia del centro penitenciario de Foncalent (Alicante).

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 435.)

Agradecemos el informe de ese centro directivo, en relación con la queja presentada por don (...), registrada con el número arriba indicado.

En el mismo se pone de manifiesto que hasta la fecha no se ha tomado ninguna decisión respecto al acondicionamiento de las garitas de vigilancia en el complejo penitenciario de Foncalent, ni tampoco en lo que atañe a la sustitución del sistema de vigilancia actual para lo que se habían encomendado determinados estudios a la unidad técnica, dado que este cambio implicaría otras actuaciones que modificarían el uso de dependencias anexas del perímetro de seguridad del centro, así como cambios en las dotaciones de personal.

Asimismo se indica que, si bien se entiende que las instalaciones existentes son mejorables, en la actualidad están plenamente operativas y, dado que existen otras prioridades a nivel nacional, no está prevista ninguna actuación en las mismas para el presente ejercicio.

A la vista de lo informado y de que hace ya más de un año que esa Dirección General es consciente del mal estado de las citadas garitas, como se refleja en el informe remitido a esta Institución, y de que no se ofrece ningún dato, en su última comunicación, que lleve a pensar que se va a emprender la referida sustitución del sistema de vigilancia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, el Defensor del Pueblo ha resuelto formular a V. I. la siguiente recomendación: «Que se adopten las medidas oportunas con el fin de agilizar las gestiones necesarias a efectos de que, a la mayor brevedad posible, se prevea el crédito necesario para llevar a cabo las

actuaciones oportunas para la remodelación de las garitas de vigilancia del centro penitenciario de Foncalent, con el fin de dotarlas de unas mejores condiciones de habitabilidad y seguridad para los funcionarios que desempeñan su trabajo en las mismas».

Madrid, 9 de junio de 2004.

Recomendación dirigida a la Directora General de Instituciones Penitenciarias.

Recomendación 43/2004, de 10 de junio, sobre validez temporal de la compulsión de documentos que han de presentar los interesados en el marco del artículo 69 de la Ordenanza de Circulación para la Villa de Madrid.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 443.)

Se acusa recibo a su atento escrito, de fecha 27 de mayo del presente año, en el que nos contesta a la queja planteada por doña (...) y registrada con el número arriba indicado.

En el informe de referencia y respecto a la validez de las fotocopias compulsadas que pueden presentar los interesados, se participa que, como norma general, se ha establecido, como periodo de máxima validez, un año desde la fecha indicada en la compulsión.

Sin perjuicio de los motivos por los que esa Corporación ha establecido el citado plazo, esta Institución considera necesario que los interesados que acudan a las dependencias municipales conozcan la validez o no de los documentos que van a presentar y que le son exigidos, como en este caso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69.2 de la Ordenanza de Circulación para la Villa de Madrid.

El citado artículo establece en su apartado *a)*, que los interesados deberán presentar «fotocopia del DNI y del permiso de circulación compulsada...».

En el apartado *b)*, del mismo artículo, se hace referencia a la aportación de una «fotocopia del permiso de circulación del vehículo y compulsada...».

En ninguno de ambos supuestos se establece que la compulsión debe tener una antigüedad determinada, como ocurrió en el caso que nos ocupa, en el que se solicitó una fotocopia compulsada con menos de un año

de antigüedad, con los perjuicios que ello puede provocar a los solicitantes de la tarjeta, por una deficiente información de ese Ayuntamiento.

Por todo lo anterior, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se ha valorado la conveniencia de formular a V. E. la siguiente recomendación: «Que por ese Ayuntamiento se modifique el contenido del artículo 69 de la Ordenanza de Circulación para la Villa de Madrid, de 30 de julio de 1998, en el sentido de especificar que las compulsas de fotocopias de los distintos documentos que han de presentar los interesados deberán tener, como máximo, un año de antigüedad».

Por otra parte y por lo que se refiere a la solicitud que se ha efectuado a la interesada de que aporte copia de la escritura de constitución de la empresa, con la que tiene suscrito un contrato de *renting*, al objeto de comprobar si el objeto social de la misma es la celebración de este tipo de contratos, esta Institución quiere efectuar a V. E. las siguientes consideraciones:

La empresa con la cual la interesada tiene suscrito un contrato de *renting*, no forma parte ni está asociada a la Asociación Española de *Renting*, por lo que ese Ayuntamiento no conoce el objeto social de la misma y la capacidad legal de ésta para suscribir este tipo de contratos.

Por ello, se solicitó de la interesada la aportación del original o la copia compulsada de las escrituras de constitución de la sociedad, así como la presentación del impuesto de actividades económicas y su alta en el epígrafe 854.1.

Dicha petición, según se refleja en el informe de ese Ayuntamiento, se enmarca en los actos de instrucción a que se hace referencia en el artículo 78 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En este sentido, esta Institución considera que el citado precepto es claro a la hora de establecer que los actos de instrucción que sean necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento.

De no efectuarse esa actuación de oficio, se obligaría a los interesados a depender de la buena voluntad de la sociedad con la que han celebrado el contrato para la obtención de los documentos que se solicitan por ese Consistorio.

Por otra parte, el citado artículo 69 de la Ordenanza de Circulación

únicamente establece la obligación del interesado de presentar una copia compulsada del contrato de *renting*, pero no así de presentar una copia de los estatutos de la empresa ni su alta en el I.A.E., información ésta que ese Ayuntamiento podría obtener, de oficio, pues dichos datos deben obrar en poder de la Administración.

Por ello y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se ha valorado la conveniencia de formular a V. E. la siguiente recomendación: «Que por ese Ayuntamiento se dicten las instrucciones oportunas para que los actos de instrucción que se consideren necesarios para otorgar o no las tarjetas de aparcamiento para residentes se realicen de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, tal como establece a este respecto el artículo 78 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

Madrid, 10 de junio de 2004.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Madrid.

Recomendación 44/2004, de 10 de junio, sobre documentación exigida a los interesados, como requisito para obtener la tarjeta de aparcamiento de residentes, relativa a la empresa de *renting* con la que han contratado el uso de vehículos en esta modalidad.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 449.)

Se acusa recibo a su atento escrito, de fecha 27 de mayo del presente año, en el que nos contesta a la queja planteada por doña (...) y registrada con el número arriba indicado.

En el informe de referencia y respecto a la validez de las fotocopias compulsadas que pueden presentar los interesados, se participa que, como norma general, se ha establecido, como periodo de máxima validez, un año desde la fecha indicada en la compulsada.

Sin perjuicio de los motivos por los que esa Corporación ha establecido el citado plazo, esta Institución considera necesario que los interesados que acudan a las dependencias municipales conozcan la validez o no de los documentos que van a presentar y que le son exigidos, como en este caso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69.2 de la Ordenanza de Circulación para la Villa de Madrid.

El citado artículo establece en su apartado *a)*, que los interesados deberán presentar «fotocopia del DNI y del permiso de circulación compulsada...».

En el apartado *b)*, del mismo artículo, se hace referencia a la aportación de una «fotocopia del permiso de circulación del vehículo y compulsada...».

En ninguno de ambos supuestos se establece que la compulsada debe tener una antigüedad determinada, como ocurrió en el caso que nos ocu-

pa, en el que se solicitó una fotocopia compulsada con menos de un año de antigüedad, con los perjuicios que ello puede provocar a los solicitantes de la tarjeta, por una deficiente información de ese Ayuntamiento.

Por todo lo anterior, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se ha valorado la conveniencia de formular a V. E. la siguiente recomendación: «Que por ese Ayuntamiento se modifique el contenido del artículo 69 de la Ordenanza de Circulación para la Villa de Madrid, de 30 de julio de 1998, en el sentido de especificar que las compulsas de fotocopias de los distintos documentos que han de presentar los interesados deberán tener, como máximo, un año de antigüedad».

Por otra parte y por lo que se refiere a la solicitud que se ha efectuado a la interesada de que aporte copia de la escritura de constitución de la empresa, con la que tiene suscrito un contrato de *renting*, al objeto de comprobar si el objeto social de la misma es la celebración de este tipo de contratos, esta Institución quiere efectuar a V. E. las siguientes consideraciones:

La empresa con la cual la interesada tiene suscrito un contrato de *renting*, no forma parte ni está asociada a la Asociación Española de *Renting*, por lo que ese Ayuntamiento no conoce el objeto social de la misma y la capacidad legal de ésta para suscribir este tipo de contratos.

Por ello, se solicitó de la interesada la aportación del original o la copia compulsada de las escrituras de constitución de la sociedad, así como la presentación del impuesto de actividades económicas y su alta en el epígrafe 854.1.

Dicha petición, según se refleja en el informe de ese Ayuntamiento, se enmarca en los actos de instrucción a que se hace referencia en el artículo 78 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En este sentido, esta Institución considera que el citado precepto es claro a la hora de establecer que los actos de instrucción que sean necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento.

De no efectuarse esa actuación de oficio, se obligaría a los interesados a depender de la buena voluntad de la sociedad con la que han celebrado el contrato para la obtención de los documentos que se solicitan por ese Consistorio.

Por otra parte, el citado artículo 69 de la Ordenanza de Circulación únicamente establece la obligación del interesado de presentar una copia compulsada del contrato de *renting*, pero no así de presentar una copia de los estatutos de la empresa ni su alta en el I.A.E., información ésta que ese Ayuntamiento podría obtener, de oficio, pues dichos datos deben obrar en poder de la Administración.

Por ello y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se ha valorado la conveniencia de formular a V. E. la siguiente recomendación: «Que por ese Ayuntamiento se dicten las instrucciones oportunas para que los actos de instrucción que se consideren necesarios para otorgar o no las tarjetas de aparcamiento para residentes se realicen de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, tal como establece a este respecto el artículo 78 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

Madrid, 10 de junio de 2004.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Madrid.

Recomendación 45/2004, de 11 de junio, sobre la solicitud de datos personales coincidiendo con la celebración de pruebas selectivas.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 430.)

Acusamos recibo de su escrito de fecha 15 de marzo de 2004 (s/ref.: 001560, de 26-3-04), relacionado con la queja formulada por una funcionaria de carrera perteneciente al grupo C la cual quedó registrada en esta Institución con el número arriba indicado, y que versa sobre la no publicación de las plantillas con las respuestas correctas del primer ejercicio (tipo test) en los dos últimos procesos selectivos de acceso al cuerpo de gestión de la Administración Civil del Estado por promoción interna, así como sobre la cumplimentación de una ficha con datos personales de los aspirantes, distintos de los que se exigen en las bases de la convocatoria, instantes antes de empezar la realización del segundo ejercicio.

Examinada la información facilitada con esta queja y la remitida con ocasión de la registrada con el número Q0400023, se estima conveniente manifestar las siguientes consideraciones:

Primera. En cuanto a las razones expuestas para justificar la decisión de ese órgano de selección de no enviar a la interesada la plantilla con las respuestas correctas de esas pruebas, tal y como había solicitado expresamente, ni dar publicidad a dicha plantilla para que otros opositores pudiesen contrastar sus contestaciones con la misma, nos remitimos a las argumentaciones que hemos plasmado en la queja Q0400023 y que han culminado en la recomendación que se transcribe a continuación:

«Que, salvo casos excepcionales que estuviesen debidamente justificados, tanto la Comisión Permanente de Selección como los otros tri-

bunales calificadoros de pruebas de acceso a la función pública deberían permitir que los opositores pudiesen conservar los cuadernillos que contienen las preguntas y los ejercicios de los exámenes que realicen.

Igualmente se debería dar publicidad a las plantillas de las respuestas correctas de los exámenes de selección de personal, con el fin de que puedan ser conocidas por todos los participantes (con independencia de que algunos las hubieran solicitado individualmente).

Aunque las anteriores medidas no estén establecidas en ninguna norma concreta de forma expresa, ni los tribunales de justicia hayan obligado a ello cuando han ejercido su función interpretativa de las leyes, sin embargo, se considera que facilitando el acceso tanto a los cuadernillos como a las plantillas se cumple con el principio de información administrativa consagrado en el artículo 105 de la Constitución, con el principio de publicidad en la selección del personal de la Administración pública del artículo 19.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y con los principios a los que debe sujetarse todo el actuar administrativo de transparencia, buena fe y confianza legítima establecidos en los apartados 1 y 5 del artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.»

Segunda. Por lo que se refiere a la ficha en la que se solicitó a los aspirantes que concurrieron al segundo examen de esas pruebas selectivas determinados datos referentes a su procedencia, ocupación, titulación, año de nacimiento, años de servicios, nivel, etc., datos que fueron adicionales de los que se les requirió en las bases de la convocatoria, esta Institución desea mostrar su disconformidad con el procedimiento y con el momento elegidos para su obtención.

Dada la escasa información facilitada al respecto, no podemos conocer cómo se había pensado «hacer una mejor planificación de los recursos humanos» a partir de los datos estadísticos obtenidos con la cumplimentación voluntaria de esas fichas por los opositores.

Del mismo modo, desconocemos cómo consigue el tribunal calificador un mayor acierto en las «decisiones relativas al contenido de las pruebas» con esos nuevos datos solicitados a los opositores.

A pesar de ello, a esta Institución le preocupa que algunos opositores se hayan podido sentir incómodos al rellenar los datos solicitados, por creer que sí incidirían en la valoración de sus ejercicios por el tribunal.

Del mismo modo, al solicitarse la confección de las fichas en el mismo momento que el examen, otros aspirantes se han podido sentir for-

zados a cumplimentarlas por creer que, el no hacerlo, les podría deparar un mayor perjuicio que beneficio en sus aspiraciones de superar las pruebas a las que se presentaban.

Tercera. Es evidente que si la Administración pública desea tener un conjunto de datos estadísticos para mejorar su planificación de los recursos humanos y para mejor acertar en la selección de su personal, puede elegir otros métodos y momentos más adecuados, no siendo de recibo que se hagan sin garantizarse el total anonimato de quienes participan en esas encuestas y sin que los participantes en las mismas se vean forzados a hacerlo y con una sensación de temor por la posterior utilización de esa información que facilita.

Como ejemplo de esas sensaciones o creencias de que en la valoración del segundo examen no se ha tenido únicamente en cuenta su contenido sino también la información incluida en la ficha, está el de la formulante de la queja quien señala que «estos datos en medio de un proceso selectivo no tendría más finalidad que hacer una preselección por la edad del opositor; solo hay que mirar las listas finales de aprobados de los últimos años» para comprobar que la mayoría de los funcionarios que han superado esas promociones internas tienen menos de 45 años.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, y sobre la base de los argumentos jurídicos expresados, se ha resuelto formular a V. I. la siguiente recomendación: «Que esa Comisión Permanente de Selección adopte las medidas necesarias para que, en adelante, no se solicite a los aspirantes a acceder a la Función Pública ningún dato personal, profesional o de otra índole diferente de los que figuran en las bases de la convocatoria y menos aún coincidiendo con la celebración de alguna prueba selectiva».

Si se precisa obtener una determinada información que contribuya a la mejora de la planificación de los recursos humanos, partiendo de datos estadísticos facilitados por el colectivo de personas que pretenden ingresar en la Administración pública, se pueden realizar las correspondientes encuestas de forma anónima y desligadas de la realización de una prueba selectiva concreta, ya que así se podrá conseguir una mayor veracidad en las respuestas o una mayor libertad de quienes decidan contestar.

Madrid, 11 de junio de 2004.

Recomendación dirigida al Presidente de la Comisión Permanente de Selección del Ministerio de Administraciones Públicas.

Recomendación 46/2004, de 11 de junio, sobre acceso del personal.

(*BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 478.*)

Nos dirigimos de nuevo a esa Entidad local, una vez concluida nuestra investigación, como continuación a nuestras actuaciones iniciadas de oficio relativas a un proceso efectuado por ese Ayuntamiento para la selección de una plaza de coordinador socio-cultural, en régimen laboral y contratación indefinida mediante el sistema de concurso, en turno libre, sometido a las bases específicas publicadas en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* (en adelante *BOCM*), de fecha 31 de octubre de 2002, así como a las bases generales para la selección de personal laboral de esa misma Corporación municipal (*BOCM* 09.08.2002).

De la información y documentación aportada se desprende que el referido procedimiento contemplaría, al estar así recogido en las bases específicas de la convocatoria selectiva, el cumplimiento de tres requisitos, además de los generales, que responden a la posesión de tres titulaciones determinadas. En concreto, diplomado universitario, maestro o educador social; título oficial de coordinador de tiempo libre homologado o expedido por la Administración autonómica correspondiente y, finalmente, la titulación académica de técnico especialista en actividades socioculturales expedido por el Ministerio de Educación y Cultura.

Del contenido de las actas de las sesiones celebradas por el tribunal calificador el 29 de abril y 8 y 9 de mayo de 2003 en el marco del procedimiento de selección, así como del resultado de la prueba se desprende que la falta de los tres títulos exigidos constituyó una condición infranqueable para diecisiete de los dieciocho aspirantes concurrentes a la prueba, circunstancia que determinó que aquellos candidatos fueran excluidos del proceso.

En esta dirección, sobre la naturaleza, dificultad en su cumplimiento y licitud de los tres requisitos, resalta la ampliación del plazo de presentación de los documentos acreditativos de su posesión, aun cuando resultara inútil, así como el criterio del Secretario del Ayuntamiento en el que, a su juicio, el requisito de titulaciones de la convocatoria, no siendo ilegal, sería desproporcionado para el desempeño del puesto para el que bastaría con otro tipo de formación y que tampoco requeriría las tres titulaciones indicadas.

Del estudio de la documentación aportada se extrae que el único aspirante que reunía esos requisitos específicos, toda vez que solo él pasó a la fase de concurso y que finalmente habría sido seleccionado, coincidía con una persona que en el momento de la selección ocupaba de forma interina el puesto al que concursó y que estuvo vinculada laboralmente con anterioridad en régimen temporal a ese Ayuntamiento. En concreto, habría estado contratado desde el 3 de mayo de 1989 al 3 de noviembre de 1991, con la categoría profesional de animador cultural y del 17 de marzo de 1998 al 30 de mayo de 2003 con la categoría profesional de coordinador del centro sociocultural «Federico García Lorca» para adquirir, tras la selección, la condición de personal laboral fijo desde el 1 de junio de 2003.

En lo que se refiere al desarrollo y calificación obtenida en el concurso, el candidato seleccionado obtuvo en el apartado de méritos relativos a —Formación— una puntuación de 23,20 puntos sobre una puntuación total de 25 puntos.

En el capítulo dedicado a la —Experiencia— la puntuación alcanzada fue de 40,02 puntos sobre un total de 42 puntos, resultando de ambos apartados que la calificación final fue de 63,22 puntos sobre un total máximo de 67 puntos; en porcentaje, algo más de un 94 por 100 sobre la máxima puntuación posible.

El proceso concluyó con la realización de una entrevista, fase que como se advertía en las bases específicas, no era puntuable.

A la vista de lo anterior, y según nuestro criterio, la concurrencia y conjunción de elementos que configuran el proceso selectivo habrían resultado determinantes del resultado de la selección.

Así, de una parte, se habría optado por el sistema de concurso, en detrimento de otro sistema, bien oposición o concurso—oposición y donde la entrevista personal no sería puntuable, con lo que se excluían otras formulas de selección que garantizarían un mayor acomodo a los principios constitucionales de acceso al empleo público.

A ello contribuye igualmente el desarrollo y resultado de esa convocatoria específica donde se contempla la posesión de las titulaciones citadas como requisito excluyente, además de los generales, lo que, a nuestro juicio no resulta acorde por desproporcionado con la legalidad vigente, en particular con la legislación que bien de forma general y supletoria rige la selección de personal de las administraciones públicas: Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública y Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, en relación con la Ley 7/1985, de 2 de abril, y el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, para las entidades locales, en relación con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional acerca de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad a las convocatorias de selección de personal y a la necesidad de que en las mismas no se contemplen requisitos o condiciones que resulten predeterminantes de los aspirantes, en el sentido de constituir directa o indirectamente una reserva *ad personam* para determinados candidatos (sentencias del Tribunal Constitucional 148/1986 y 27/1991).

Al efecto puede significarse, como ya adelantamos, que el artículo 135 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, recoge entre las condiciones necesarias para ser admitido a las pruebas de acceso a la Función Pública local, además de otras y a los efectos que aquí interesa, el estar en posesión del título exigible en cada caso, lo que impone que se guarde la debida proporción entre la función y el título.

En este supuesto, la exigencia de las tres titulaciones cuando una de ellas sería suficiente, que se incluyen en las bases mencionadas cuya naturaleza excluyente y no de un mérito más a valorar fue determinante de la exclusión de potenciales candidatos para el acceso al puesto, que no pudieron demostrar su mérito y capacidad y ello conforme con el criterio establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional 60/1994, de 28 de febrero.

En este orden de cosas y a mayor abundamiento, la puesta en práctica del sistema de concurso sobre los méritos elaborados por esa Entidad han supuesto, de hecho, la confluencia de los méritos propuestos con los que el seleccionado poseía en una proporción muy elevada en cada uno de los distintos apartados a ponderar, de tal forma que, aun cuando algún otro aspirante hubiera logrado reunir los tres específicos títulos requeridos para la admisión, parece difícil que hubiera podido alcanzar, además, esa elevada puntuación.

A la vista de todo lo anterior debe traerse a colación, en primer término, el artículo 91 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las ba-

ses del régimen local, que recoge los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, al referirse a la selección de personal, tanto funcionario, como laboral. Por su parte, el artículo 103 de dicha Ley regula, de modo específico, la selección del personal laboral y se remite al citado artículo 91, poniendo de relieve la necesidad de respetar la igualdad de oportunidades de cuantos reúnan los requisitos exigidos. A estos preceptos, debe añadirse el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, donde se recogen las distintas modalidades de relación laboral, entre las que figura la de duración determinada, remitiéndose al artículo 103 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, el cual se remite, a su vez, como antes se ha expresado, al artículo 91 de la misma Ley, viniendo así a reiterar que la selección de personal ha de acomodarse a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

Las normas de aplicación supletoria para todas las administraciones públicas confirman las anteriores conclusiones, pudiendo mencionarse al respecto la Ley 30/1984, de 2 de agosto (artículo 19), así como el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo (artículo 29, en relación con el artículo 4). Estos preceptos reiteran, en tal sentido, la necesidad de garantizar los principios antes citados.

A nuestro juicio, dicha convocatoria no garantizaba el cumplimiento de los principios constitucionales que rigen el acceso al empleo público que, dadas las características del sistema empleado y del inusual requisito de las tres referidas titulaciones, lo hacen aparecer como una condición desproporcionada y definitiva del resultado final de la selección que inclina desafortadamente la elección a favor de un aspirante con el negativo efecto aparejado de impedir la evaluación de la capacidad de otros posibles candidatos.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formular la siguiente recomendación: «Que en adelante ese Ayuntamiento proceda a acomodar la selección del personal, tanto fijo, como temporal, a los principios de igualdad, mérito y capacidad, conforme a lo previsto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, artículos 91 y 103; el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, artículo 177; la Ley 30/1984, de 2 de agosto, artículo 19 y el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo y, en consecuencia, proceda en las convocatorias de selección de personal a su servicio conforme a lo establecido en la referida normativa, acomodando el sistema de selección elegido, cuando se trate de una contratación indefinida al sistema de oposición o con-

curso—oposición, pero de tal forma que en los requisitos de acceso al proceso se guarde la debida proporción entre la titulación y la función, para así permitir el acceso y se produzca de acuerdo con la capacidad y el mérito de los candidatos y con pleno respeto al principio constitucional de igualdad».

Madrid, 11 de junio de 2004.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Humanes (Madrid).

Recomendación 47/2004, de 20 de junio, sobre la forma en la que debe prestarse la asistencia consular a los españoles privados de libertad en prisiones extranjeras.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 431.)

Agradecemos sinceramente su atento escrito de fecha 1 de abril de 2004 (S/Ref. Vgm- 41616), en relación con la queja planteada por la Fundación Ramón Rubial referente a la situación de los presos españoles internos en la prisión de Uzerche, registrada con el número de referencia arriba indicado.

El motivo principal sobre el que trata la presente investigación se refiere a las escasas visitas recibidas por los internos españoles por parte del Consulado General en Burdeos.

En este sentido, la Orden circular n.º 3106 de protección a detenidos españoles en el extranjero establece que «Los detenidos deben ser visitados tantas veces como su situación real lo haga necesario, y siempre y cuando expresamente lo soliciten por motivo justificado. En todo caso, deberá procurarse visitarlos como mínimo una vez al año».

Dado que se trata de personas privadas de libertad, que además se encuentran en un país extranjero del que normalmente desconocen el idioma, la idea de que deban ser visitados tantas veces como su situación lo requiera supera con creces la anual establecida en la citada Orden. Por ello, en atención a la función de protección consular que deben desarrollar estos funcionarios, sería recomendable que se ampliase el número de visitas que como mínimo deben realizarse anualmente toda vez que, como hemos podido comprobar en la práctica por medio de las quejas recibidas en la Institución, no es suficiente el que el preso solicite la entrevista al Consulado. En el siguiente cuadro se indica el número de visitas que han recibido los presos españoles, que son atendidos desde el

Consulado de Burdeos, en el periodo comprendido entre el mes de febrero de 2002 hasta el mes de marzo de 2004.

<i>Nombre</i>	<i>Prisión</i>	<i>N.º de visitas</i>	<i>Fecha</i>
J. M. P.	Perpignan	2	13 febrero 2002
F. V.	Uzerche	1	26 febrero 2002
R. G.	Uzerche	1	26 febrero 2002
R. R.	Uzerche	1	26 febrero 2002
B.	Uzerche	1	26 febrero 2002
J. M. C.	Uzerche	1	26 febrero 2002
F. E.	Uzerche	1	26 febrero 2002
R. P.	Uzerche	1	26 febrero 2002
S.	Uzerche	1	26 febrero 2002
J. M. P.	?	2	23 octubre 2002
A. R. R.	Hospital de ?	1	23 octubre 2002
M. V.	Saint Martin de Re	1	19 febrero 2003
T. A.	Saint Martin de Re	1	19 febrero 2003
L. G.	Saint Martin de Re	1	19 febrero 2003
H. G.	Uzerche	1	11 diciembre 2003
A. G.	Uzerche	1	11 diciembre 2003
J. M.	Uzerche	1	11-diciembre-2003
R. I.	Uzerche	1	11-diciembre-2003
F. G.	Uzerche	1	11 diciembre 2003
C. S.	Uzerche	1	11 diciembre 2003
F. P.	Uzerche	1	11 diciembre 2003
V. V.	Uzerche	1	11 diciembre 2003
J. S. R.	Uzerche	1	11 diciembre 2003
F. J. B.	Uzerche	1	11 diciembre 2003
J. S. R.	Uzerche	1	11 diciembre 2003
E. G.	Uzerche	1	11 diciembre 2003
A. A.	Uzerche	1	11 diciembre 2003
J. O. O.	Uzerche	1	11 diciembre 2003
Á. G.	Uzerche	1	11 diciembre 2003
J. M.	Neuvis sur l'Isle	1	2 marzo 2004
R. M.	Neuvis sur l'Isle	1	2 marzo 2004
S. C.	Neuvis sur l'Isle	1	2 marzo 2004
G. S.	Neuvis sur l'Isle	1	2 marzo2004
J. S. R.	Neuvis sur l'Isle	1	2 marzo 2004
F. J. D.	Neuvis sur l'Isle	1	2 marzo 2004

De los datos dispuestos en el cuadro anterior es fácil deducir que los presos españoles no están recibiendo la debida asistencia consular, por parte de la representación de su país, ni en cuanto al número de visitas que reciben, ni en cuanto a la duración de las mismas dado que en un mismo día figuran entrevistadas hasta quince personas.

En el sentido apuntado con anterioridad, en muchas ocasiones se ha solicitado la presencia del Consulado en la prisión, no habiendo sido atendido dicho requerimiento. En muchos de estos casos, con independencia de los problemas propios del sistema penitenciario o judicial de cada país, plantean problemas para entender el idioma en el que deben firmar algún documento oficial de relevancia en relación con la acusación vertida sobre ellos. Ante la incomparecencia del Consulado, deben acudir a los servicios de otros presos que conozcan ambos idiomas o, en su defecto, firmarlo sin conocer su contenido. Por ello, sería conveniente que el Consulado español prestara la máxima ayuda posible a estas personas con el fin de garantizar una seguridad jurídica, necesaria en la situación en la que se encuentran.

Por último, queremos hacer referencia a la Orden Circular n.º 3079 «Libro de visitas a detenidos españoles en el extranjero» en el que se establece literalmente que «en cada visita los internos anotarán, de su puño y letra, las observaciones, sugerencias y recomendaciones que dirijan al Cónsul, fechando y firmando cada entrada. (...) Cada hoja tendrá un margen suficientemente amplio, en el que el Cónsul anotará, con su firma y fecha, si las peticiones del detenido han sido cumplimentadas y cuando no lo fueren, las razones de ello».

A la vista de la lectura de la copia del libro de visitas del Consulado de España en Burdeos que ha tenido la amabilidad de facilitarnos, hemos podido observar que se incumplen las instrucciones arriba señaladas en el sentido de que, en primer lugar, la uniformidad en la letra indica que ha sido el propio funcionario que ha efectuado la visita quien lo ha rellenado y no los internos y, en segundo lugar, que en ninguna de las hojas figura la correspondiente anotación del Cónsul con respecto al cumplimiento o no de las peticiones efectuadas por los presos.

En este sentido, es de resaltar la obligación que asiste al personal del Consulado de atender a las obligaciones impuestas por las órdenes circulares dictadas, tanto por el buen funcionamiento de la Administración española como por la confianza que ello transmite a los presos españoles que se encuentran en el extranjero.

A la vista de todo lo expuesto, esta Institución, al amparo de lo dispuesto en el artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora, y en la medida en que las cuestiones expuestas afectan a derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, ha valorado la conveniencia de remitir a V. E. la siguiente recomendación:

«1. Que se amplíe el número de visitas mínimas anuales contempladas en número de uno en la Orden circular n.º 3061 y se cumplan, con

mayor frecuencia siempre que ello sea posible, las peticiones de entrevistas que solicitan por carta los internos respecto a los representantes diplomáticos españoles en el extranjero.

2. Que se realicen las anotaciones preceptivas en el Libro de Visitas de acuerdo con lo establecido en la orden circular n.º 3079 respecto de las quejas y sugerencias formuladas directamente por los presos

3. Que se estudie la situación planteada en relación con los problemas que supone el idioma para los presos extranjeros de cara a poder facilitarles algún sistema por el que puedan llegar a tener un conocimiento básico de los documentos que firman relacionados con su situación judicial. En este sentido, cualquier iniciativa que se adopte por la Administración pública española será respaldada desde esta Institución.»

Madrid, 29 de junio de 2004.

Recomendación dirigida al Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

Recomendación 48/2004, de 29 de junio, para que se adopten determinadas medidas prácticas que adecuen la actuación de los organismos competentes en materia de extranjería al principio constitucional de eficacia.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 434.)

Como V. E./I. sin duda conoce, los sucesivos procesos de regularización habidos desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, ocasionaron que las distintas delegaciones y subdelegaciones del gobierno tuvieran que hacer frente a la resolución de un elevadísimo volumen de expedientes, sin que este incremento de trabajo se viera acompañado de un refuerzo de medios personales y materiales proporcionado, lo que ha provocado una demora generalizada en el funcionamiento de estos servicios durante los últimos años.

A este respecto, resulta necesario resaltar el notable esfuerzo realizado en el año 2003 por las distintas administraciones y el personal encargado de atender los expedientes. Estos esfuerzos se han concretado esencialmente en una mayor dotación de medios materiales e informáticos y en la asignación de complementos de productividad y la contratación de personal laboral e interino.

A pesar de este esfuerzo, las quejas que siguen recibándose en esta Institución revelan que persiste una grave situación de retraso. Por ello, durante el año 2003 continuaron abiertas las investigaciones iniciadas en relación con el funcionamiento de las oficinas de extranjeros sobre cuya deficiente situación se tenía conocimiento, ampliándose la investigación a otras delegaciones y subdelegaciones del gobierno, que se corresponden lógicamente con aquellas provincias en las que hay un mayor número de población extranjera.

De este modo, se solicitaron informes a las Delegaciones del Gobierno en las Comunidades Autónomas de Madrid, Barcelona, Valencia, Illes Balears, Murcia y Navarra, así como a las Subdelegaciones del Gobierno en Alicante, Castellón, Málaga, Las Palmas y Tenerife. Asimismo, asesores de esta Institución giraron visitas a los organismos que en principio tenían un mayor volumen de expedientes en trámite.

Las administraciones citadas remitieron a esta Institución los correspondientes informes en los que, con mayor o menor detalle, se describe la situación existente a partir del segundo semestre del año 2003, las medidas adoptadas para la mejor prestación del servicio y las necesidades aún persistentes.

En primer lugar, ha de señalarse que el procedimiento de arraigo, iniciado hace ya 32 meses al amparo de lo previsto en el artículo 31.4 de la Ley de extranjería, ha finalizado prácticamente en todas las provincias. En algunas provincias restan todavía solicitudes por resolver, si bien esta pendencia tiene carácter residual. No obstante, sí resulta alarmante el elevado número de recursos de reposición presentados dentro de este proceso extraordinario que continúan pendientes de resolución.

Así, en Madrid restan 7.000 recursos de arraigo pendientes de resolver, y el plazo estimado para su resolución es de 13 meses. En la Comunidad Autónoma de las Illes Balears constaban, a finales de año, 98 expedientes aún sin una primera resolución y 51 expedientes en fase de recurso. La situación más grave se detecta en Barcelona, donde en el mes de octubre de 2003, fecha en la que asesores de esta Institución se desplazaron a la Subdelegación del Gobierno en Barcelona, quedaban pendientes no ya de resolver sino de grabar en el sistema informático entre 30.000 y 40.000 recursos.

Descendiendo al examen de la situación de cada una de las delegaciones y subdelegaciones del gobierno se ha de señalar que la Subdelegación del Gobierno en Alicante presenta una situación de demora generalizada en la tramitación de las distintas clases de solicitudes, circunstancia que ha sido puesta de manifiesto tanto por numerosos particulares como por la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Orihuela.

Así, la concesión de permisos de trabajo y residencia iniciales se demora ocho meses, seis meses las renovaciones de estos permisos, siete meses los permisos de residencia no laborales, y seis meses las tarjetas de estudiante. Las tarjetas de residentes comunitarios, que en otras provincias se tramitan en días, tardan siete meses en resolverse, si bien

hay que tomar en consideración que el número de residentes comunitarios en esta provincia es muy elevado.

En respuesta, la Subdelegación del Gobierno en Alicante ha señalado en el informe remitido a esta institución la necesidad «endémica» de refuerzo de personal y la consiguiente necesidad de ampliación de la plantilla con diez auxiliares, petición que había cursado a la Delegación del Gobierno en la Comunidad Valenciana.

En lo que se refiere a la atención al público, el citado informe incidía en la necesidad de contar con un nuevo edificio más adecuado para la prestación del servicio, ya que la actual sede de la Oficina de Extranjeros de Alicante es un edificio obsoleto y carente de las dependencias necesarias para que los extranjeros sean debidamente atendidos, estando obligados a permanecer en una céntrica calle muy transitada por vehículos, con una estrecha acera. Esta circunstancia fue constatada personalmente durante la visita realizada a esas dependencias por asesores de esta Institución.

Por otra parte, del informe recibido en relación con la situación de la Oficina de Extranjeros de Barcelona se desprende la existencia de retraso en la tramitación de los permisos de trabajo y residencia iniciales, ya que desde la solicitud del permiso hasta su concesión, computándose el trámite de solicitud de concesión de visado, transcurre un promedio de diez meses, sin que se aprecien demoras reseñables en la tramitación de los restantes tipos de solicitudes, excepción hecha del proceso de documentación por arraigo al que se ha hecho mención con anterioridad.

En lo que se refiere a la atención al público hay que señalar que el sistema de información telefónica establecido supone una mejora sustancial en el funcionamiento de la oficina de extranjeros, ya que evita desplazamientos innecesarios a los ciudadanos y la consiguiente saturación de las dependencias. No obstante, los diez funcionarios que prestan este servicio no resultan suficientes para cubrir la gran demanda de información telefónica. A título de ejemplo, durante la visita realizada a la Subdelegación del Gobierno en Barcelona se comprobó que un día de septiembre de 2003 elegido aleatoriamente, se registraron un total de 18.822 llamadas de las que fueron contestadas 1.091, lo que significa que muchas personas se vieron obligadas a llamar repetidamente hasta ser atendidas, y otras muchas quedaron sin atender.

El refuerzo de este servicio resulta por tanto necesario, ya que en la práctica es el cauce más fácil y frecuente a través del cual los extranjeros pueden obtener información sobre el estado de sus expedientes. Es preciso hacer también mención al correcto funcionamiento de un sis-

tema informático de información a profesionales, sindicatos y organizaciones no gubernamentales que representan a los extranjeros, así como de información a los propios extranjeros sobre el estado de tramitación de sus expedientes (Infoprof e Infoex). Sería interesante que otras oficinas de extranjeros estudiaran la implantación de este sistema de información, dada su eficacia y su indudable efecto en la descongestión de la oficina de extranjeros.

El edificio que alberga la Oficina de Extranjeros de Barcelona resulta claramente insuficiente para atender al gran número de ciudadanos que diariamente acuden para la realización de diversos trámites. La falta de capacidad del distribuidor provoca que en muchas ocasiones los extranjeros que acuden a estas oficinas tengan que realizar largas esperas a la intemperie.

Existe un proyecto de traslado de la oficina única de extranjeros con todos sus servicios a un edificio de 1.000 metros cuadrados situado en el parque móvil de Barcelona. No obstante, han surgido problemas de carácter urbanístico con el Ayuntamiento de Barcelona y se ha producido un elevado número de protestas vecinales, por lo que el proyecto está paralizado y se están buscando posibles nuevas sedes.

La necesidad de un nuevo edificio con espacios más amplios para la atención al público se hace más palmaria con la entrada en vigor de la reciente modificación de la Ley de extranjería, cuya disposición adicional tercera exige la presentación personal de las solicitudes relativas a las autorizaciones de residencia y de trabajo en los registros de los órganos competentes para su tramitación.

De otro lado, la Delegación del Gobierno en Illes Balears señala en su informe que no se aprecia demora alguna en la tramitación de tarjetas de residencia comunitaria y tarjetas de estudiante, así como en la emisión de los informes gubernativos para las reagrupaciones familiares, que se resuelven en pocos días.

No obstante, se aprecia un grave retraso en la tramitación de solicitudes de permisos de residencia en régimen general y de los permisos de trabajo, demorándose la resolución de estos expedientes más de un año.

Por otra parte, se ha de dejar constancia de la puesta en marcha de un sistema que mejora la eficacia en la atención al público, que ha sido valorado de forma muy positiva por los usuarios.

Otra de las provincias en las que se han detectado demoras en la tramitación de expedientes en materia de extranjería es Castellón. En

este supuesto no se ha iniciado una investigación de oficio con carácter general. No obstante, a través de diversas investigaciones se ha tenido conocimiento de que durante todo el procedimiento de arraigo, tramitado al amparo del artículo 31.4 de la Ley de extranjería, se paralizó la tramitación de los permisos en régimen general, de modo que al finalizar el año 2003 todavía quedaban por resolver solicitudes de permiso de trabajo y residencia iniciales presentadas en el año 2001.

En el informe remitido por la Subdelegación del Gobierno en Castellón se señalaba como causa de esta situación la falta de personal en la dependencia del Área de Trabajo y Asuntos Sociales, encargada de la tramitación de los permisos de trabajo. A título de ejemplo, se afirmaba que la plantilla de esta dependencia la constituyen ocho personas, el mismo número que existía en el año 1992 cuando el volumen anual de expedientes no superaba los 250, si bien a lo largo del año 2001 se presentaron 8.248 solicitudes por trámite ordinario y 11.779 en el proceso extraordinario de documentación por razones de arraigo.

La Subdelegación del Gobierno en Las Palmas ha indicado en el informe remitido a esta Institución que la Oficina de Extranjeros de Las Palmas de Gran Canaria, que incluye las dependencias de Lanzarote y Fuerteventura, tramita un ingente volumen de expedientes, lo cual no solamente es resultado del creciente número de inmigrantes y de los procesos extraordinarios de documentación, sino de la duplicación de solicitudes que se produce en muchos casos tras una reforma normativa.

La situación de la Oficina de Extranjeros de Las Palmas de Gran Canaria es de general retraso en la tramitación ordinaria de los expedientes, con una demora media de ocho meses en la resolución de las autorizaciones de residencia y sus renovaciones (iniciales o permanentes), así como en la tramitación de las exenciones de visado. También se observa retraso en la tramitación de tarjetas de régimen comunitario, especialmente respecto de sus familiares, que se prolonga durante cuatro meses. No obstante, debe reseñarse que se ha realizado un importante esfuerzo para resolver en plazo las solicitudes de permisos de trabajo y residencia y sus renovaciones, cuya tramitación, según se indicaba en el informe recibido, se encontraba prácticamente al día.

La Subdelegación del Gobierno en Las Palmas ha señalado en dicho informe que se han realizado grandes esfuerzos en materia de personal. Así, se ha llevado a cabo un proceso de consolidación de empleo con la conversión de personal interino en personal fijo. No obstante, se continúa utilizando la contratación temporal de personal y se ha elevado propuesta al Ministerio de Administraciones Públicas para la ampliación de la plantilla y para la cobertura de las vacantes disponibles.

En lo que se refiere a las necesidades materiales e informáticas, se está llevando a cabo un proceso de remodelación general del edificio en que se ubica la Delegación del Gobierno en Canarias, Subdelegación del Gobierno en Las Palmas y la Oficina de Extranjeros, con lo que se espera solventar los problemas de espacio en lo que se refiere a archivo de la documentación, la atención al público y la adecuada ubicación del personal.

Respecto a la situación de la Delegación del Gobierno en Madrid, resulta necesario señalar que, como V. E./I. conoce, en Madrid no se ha creado una Oficina de Extranjeros, y ello a pesar de que el artículo 140 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, prevé la creación de estos organismos en aquellas provincias en las que existe una especial incidencia de la inmigración, circunstancia que claramente se aprecia en la Comunidad de Madrid.

Esta falta de integración de los diferentes servicios competentes en materia de extranjería en el ámbito provincial, ocasiona que se produzcan disfunciones que son suplidas mediante constantes labores de coordinación. No obstante, la racionalización del sistema y la búsqueda de una mayor eficacia en la gestión administrativa aconseja, a juicio de esta Institución, la creación de esta Oficina Única de Extranjeros en Madrid.

Ante la falta de Oficina de Extranjeros en Madrid, la Delegación del Gobierno ha remitido la información recabada del Área Funcional de Trabajo y Asuntos Sociales y de la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación, dependiente del Ministerio del Interior.

El Área de Trabajo acumula un grave retraso en la tramitación de permisos de trabajo iniciales, cuya resolución se demora un plazo medio de un año, así como en sus renovaciones, proceso que se prolonga hasta seis meses. En este sentido, en el informe, remitido en el segundo semestre del año 2003, se indicaba que había 50.000 solicitudes de estos tipos pendientes de grabar en la base informática.

Las medidas propuestas por la Delegación del Gobierno en la Comunidad de Madrid al Ministerio de Administraciones Públicas y al Ministerio del Interior para paliar esta grave situación son el incremento del personal para grabar las solicitudes, el refuerzo estructural de la plantilla del Área de Trabajo y el suministro de una máquina ensobradora que permita liberar a varios auxiliares de la labor de introducir escritos en sobres y puedan dedicarse a otros trabajos en los que también son necesarios.

El informe hace una especial referencia a la necesidad de adoptar medidas para una mejor atención al público. En este sentido, se señala

que la enorme dispersión de la información en materia de extranjería en Madrid, que responde a la existencia de tres organismos gestores distintos con competencias en este ámbito, genera importantes costes en negociados de información que carecen de capacidad para responder a las demandas que no corresponden a la competencia específica de su organismo de dependencia.

Así se pone de manifiesto el beneficio que supondría contar con un servicio común de información general y específica sobre el estado de tramitación de expedientes, y la necesidad de avanzar en la constitución de equipos comunes de información telefónica mediante la interrelación ya existente de las bases de datos del Área de Trabajo y el servicio de extranjeros de la Delegación del Gobierno en la Comunidad de Madrid.

Por su parte, la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación acumula un retraso de seis meses en la resolución de los permisos de residencia no laborales.

Resulta especialmente grave el retraso padecido en la tramitación de los informes gubernativos para la reagrupación familiar, cuyo plazo medio de resolución es de seis meses. Esta demora resulta especialmente grave, ya que afecta al derecho del extranjero a residir con su familia en España, e impide que los correspondientes visados, necesarios para entrar en nuestro país, se resuelvan en los reducidos plazos fijados en la normativa de extranjería para estos casos.

Esa brigada ha reiterado la necesidad de sesenta funcionarios como medio de eliminar los atrasos documentales, junto con la petición del equipo material necesario (mobiliario, ordenadores y máquina ensobradora, etc.).

Ante los graves retrasos acumulados en la tramitación de permisos de residencia (75.000 solicitudes atrasadas), en el mes de marzo de 2003 se inició un proceso extraordinario, que causó la necesidad de tomar más de 1.500 fotos y huellas dactilares diarias a los interesados para elaborar los correspondientes permisos de residencia. La expedición de este documento se realizaba únicamente en una Comisaría de Policía de Madrid, por lo que se formaban en sus dependencias grandes aglomeraciones de extranjeros que esperaban en la calle durante varias horas.

Solicitada la oportuna información, la Delegación del Gobierno en la Comunidad de Madrid, indicó que para atender el gran contingente de ciudadanos extranjeros se triplicó la dotación de medios informáticos y de personal de dicha comisaría, consiguiéndose un equipo capaz de atender a 300 personas por hora. Se estableció un sistema de cita previa escalonada por distintos tramos horarios, pero la gran mayoría de los in-

teresados acudían a primera hora del día, por lo que no fue posible evitar las colas.

Esta situación se mantuvo hasta mediados de septiembre de 2003, fecha en la que la tramitación de los permisos de residencia consiguió normalizarse.

En el caso de la Oficina de Extranjeros de Málaga, durante la investigación realizada por esta Institución, se ha constatado la existencia de un gran volumen de expedientes y un elevado retraso en su tramitación.

En este sentido, en el informe remitido por la Subdelegación del Gobierno en Málaga sostiene que los permisos de residencia no laborales, así como el resto de las solicitudes en las que no interfieren los permisos de trabajo, se gestionan sin demora en las ocho comisarias de policía de esta provincia.

Las demoras se producen en la tramitación de los permisos de trabajo. En el mes de julio de 2003, fecha en la que se recibió el informe, los permisos de trabajo y residencia pendientes se aproximaban a 8.000, a 4.000 las renovaciones. Según se señala en este mismo informe, la causa de este retraso se debe a que en pocos años ha habido un crecimiento exponencial del volumen de trabajo y una mejora muy limitada de medios materiales y personales.

En lo que se refiere a los medios informáticos, se indica que se ha logrado renovar el cien por cien del parque informático. Sin embargo, se ha detectado que la aplicación informática de extranjería ha planteado problemas que ralentizan la gestión.

De otro lado, se está pendiente de localizar una nueva ubicación para la oficina de extranjeros que, a juicio de esa Administración le dará una mayor accesibilidad a los ciudadanos y unas mejores condiciones para la gestión burocrática.

La Subdelegación del Gobierno en Málaga incide fundamentalmente en la necesidad de medios personales, ya que los existentes los califica de totalmente inadecuados. En este sentido, señala que sus reiteradas peticiones de aumento de personal han sido ignoradas por la Dirección General de Costes de Personal del Ministerio de Hacienda.

Según los datos recabados de la Delegación del Gobierno en la Región de Murcia, la Oficina de Extranjeros de esta provincia padece también un grave retraso. Esta demora afecta tanto a las exenciones de visado (cinco meses de plazo medio de resolución) como a los permisos de residencia temporales iniciales (diez meses) y permisos de residencia y trabajo (nueve meses).

En su informe, la Delegación del Gobierno en la Región de Murcia destaca que entre los meses de mayo y septiembre de 2003, a iniciativa del Ministerio de Administraciones Públicas, se estableció un plan de actuación con el fin de eliminar el retraso en la grabación informática de expedientes, habiéndose realizado durante ese periodo la grabación de más de 30.000 expedientes.

En cuanto a los medios personales, se han tomado medidas como la sustitución de personal interino por funcionarios de carrera. Y al finalizar el año 2003 se ha autorizado la contratación por seis meses de doce auxiliares y dos técnicos de grado medio.

Otra de las investigaciones realizadas se ha dirigido a la Delegación del Gobierno en Navarra. En esta provincia tampoco existe Oficina de Extranjeros, por lo que la Delegación del Gobierno coordina las actuaciones de la Jefatura Superior de Policía y del Área de Trabajo.

El tiempo medio de resolución de los distintos tipos de permisos, tanto laborales como no laborales, en régimen comunitario o de estudiante, es de cinco meses. En el segundo semestre del año 2003 se procedió a la contratación de seis trabajadores para el negociado de extranjeros, con lo cual se preveía una pronta mejora de la situación.

En lo que respecta a la atención al público, se ha contratado una línea telefónica de información gratuita en el Área de Trabajo y Asuntos Sociales, con cuya implantación han disminuido las colas de extranjeros.

Existe también un plan para ubicar en el año 2004 las unidades de extranjería de la Delegación del Gobierno y del Área de Trabajo en un único local, como medida para lograr una mejor atención al ciudadano y una reducción de los trámites burocráticos y de los tiempos de espera.

La Oficina de Extranjeros de Tenerife presenta también retrasos en la tramitación de expedientes. En informe remitido a esta Institución resulta especialmente llamativo el retraso en la tramitación de tarjetas de familiares comunitarios, que se demora un tiempo medio de cinco meses.

Por último, la Delegación del Gobierno en la Comunidad Valenciana ha remitido un extenso informe a esta Institución en el que señala que los tiempos medios de resolución de los distintos permisos y tarjetas de comunitarios y de estudiantes oscila entre los tres y los siete meses, y el plazo de emisión del informe gubernativo para las reagrupaciones familiares es de 20 días desde la petición del informe. Esta situación supone una mejoría respecto de la padecida en años anteriores, ya que en el año 2001 se estaban generando retrasos de hasta un año en la tramitación de

los expedientes, y en el año 2002 todavía persistía una grave situación de retraso.

En este sentido, ha de señalarse que la Delegación del Gobierno en la Comunidad Valenciana propuso en el año 2001 al Ministerio del Interior la ampliación de la Oficina de Extranjeros, mejorando la dotación de personal, tanto en el número de efectivos como en la categoría de éstos, subrayando la falta de intérpretes fijos de plantilla y de mandos intermedios que permitan una racionalización de la gestión administrativa. Tras la visita realizada a dicho organismo en el año 2003, se comprobó que estas carencias todavía persisten.

Asimismo, esa Administración solicitó también en el año 2001 la creación de dos oficinas delegadas en municipios de la provincia con mayor índice de población inmigrante, sin que esta petición se haya atendida.

Como conclusión general de la extensa y detallada información recibida en esta Institución con motivo de las precedentes investigaciones, puede colegirse que las distintas delegaciones y subdelegaciones del gobierno a las que se ha requerido informe han puesto de manifiesto la necesidad perentoria de que se aumente el personal dedicado a la tramitación de estos expedientes, bien mediante el incremento de la ratio de puestos de trabajo, bien mediante el nombramiento de personal interino o la contratación coyuntural de personal laboral.

Para la eliminación de los retrasos resulta imprescindible la adscripción de personal auxiliar a estos organismos. No obstante, la complejidad creciente de la materia ha hecho surgir la necesidad, expresada por varias delegaciones del gobierno tanto en sus informes como en el curso de las visitas, de contar con personal de mayor cualificación para la resolución de los expedientes.

Asimismo, las delegaciones y subdelegaciones del gobierno con una mayor dispersión geográfica de la población extranjera en la correspondiente provincia apuntan la posibilidad de crear oficinas delegadas de extranjería en otros municipios de la provincia, o dotar de competencias en materia de tramitación de expedientes a las comisarías locales del cuerpo nacional de policía.

Resulta asimismo preocupante la dificultad que encuentran los ciudadanos para obtener información acerca de la situación de sus expedientes. Por ello, es necesario que la Administración apueste por las posibilidades que ofrecen los medios telemáticos, estableciendo sistemas de información tanto a particulares como a profesionales. Con ello se evitan desplazamientos de los interesados a las oficinas de extranjeros,

se permite un rápido acceso actualizado a los expedientes y se mejora la prestación del servicio, racionalizándose el funcionamiento de las oficinas.

Algunas de las necesidades más arriba apuntadas se plantearon con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, que ha modificado sustancialmente el sistema de presentación de solicitudes, incorporando con carácter general la exigencia de personación de los propios interesados.

Esta Institución sí ha podido constatar que esta exigencia de personación ha ocasionado que con carácter general se establezca en las distintas oficinas de extranjeros un sistema de cita previa para la posterior presentación de las solicitudes. Este sistema no está funcionando con la eficacia exigible, al menos en Madrid, Barcelona y Valencia. Por ello, se ha considerado necesario iniciar las pertinentes investigaciones, todas ellas actualmente en curso (Q0401283).

Asimismo, se quiere señalar a V. E./I. que esta Institución no puede evaluar el impacto que la última reforma de la Ley de extranjería está suponiendo en el volumen de expedientes a tramitar en cada una de las delegaciones y subdelegaciones del gobierno. No obstante, a la luz de los datos conocidos, puede afirmarse que los medios actualmente existentes no resultan suficientes para acabar a corto o medio plazo con el retraso acumulado y actualmente constatado.

Por todo lo anterior, esta Institución, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a V. E./I. la siguiente recomendación: «Que a la vista de los datos que se detallan en los informes recibidos de las distintas delegaciones y subdelegaciones del gobierno con competencias en materia de extranjería, y cuyas copias se adjuntan, se proceda a adoptar las medidas que resulten necesarias en el ámbito de las competencias de ese departamento ministerial, para que la actuación administrativa de estas oficinas se adecue al principio de eficacia que debe presidir el funcionamiento de las administraciones públicas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 103 de nuestro texto constitucional».

En concreto, esta Institución considera necesario que por las administraciones competentes se aborden los siguientes asuntos:

— En primer lugar, se estima necesaria la creación de oficinas únicas de extranjeros en aquellas provincias, como Madrid, en las que existe una especial incidencia de la inmigración, tal como prevé el artículo 140 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio.

— En tanto se crean estas oficinas, deberían adoptarse medidas para una mayor racionalización de las labores de coordinación y atención al ciudadano, en aras a obtener una mayor eficacia en la gestión administrativa y evitar la dispersión de recursos y la desorientación de los usuarios.

— De otro lado, debe insistirse en la urgencia de efectuar un análisis riguroso de la ratio de puestos de trabajo de cada una de las oficinas de extranjeros investigadas por esta Institución, a fin de adecuar su plantilla a las nuevas necesidades, tomando en consideración no sólo la necesidad de aumentar las plantillas fijadas para cada oficina, sino también la creciente complejidad de los problemas planteados y la necesidad de contar con técnicos de cualificación suficiente para su resolución y con sistemas de interpretación que puedan colaborar para facilitar el entendimiento entre los extranjeros que no tengan suficiente conocimiento del idioma español y la Administración.

— En tercer lugar, esta Institución considera ineludible que la Administración realice un esfuerzo para incorporar los medios telemáticos a su normal funcionamiento, generalizando los sistemas de información, tanto a particulares como a profesionales, ya existentes en algunas de las oficinas de extranjeros objeto de investigación.

— Por último, esta Institución considera que podría resultar interesante la articulación de un sistema nacional de información accesible al público que permitiera que los ciudadanos extranjeros pudieran conocer el concreto órgano administrativo que en cada caso y momento tramita sus distintas solicitudes.

Madrid, 29 de junio de 2004.

Recomendación dirigida a la Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración, a la Subsecretaria del Ministerio de Administraciones Públicas y a la Subsecretaria del Ministerio del Interior.

Recomendación 49/2004, de 29 de junio, sobre la necesidad de resolver las solicitudes de permisos de trabajo y residencia en régimen general denegadas por aplicación del Acuerdo que fija el contingente para el año 2002, en consonancia con los criterios fijados por el Tribunal Supremo.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 438.)

Se acusa recibo al escrito de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones en el que nos contesta a la queja planteada por don (...) y registrada con el número arriba indicado.

La Circular 1/2002, de esa Dirección General de Ordenación de las Migraciones, establece la denegación de las solicitudes de permisos de trabajo formuladas dentro del llamado «régimen general», recogiendo así el contenido del punto tres del apartado noveno del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, en cuyo desarrollo se dictó la Circular, por el que se determina el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario para el año 2002.

Como V. E. sobradamente conoce, de conformidad con dicho texto, las solicitudes de permiso de trabajo y residencia relativas a ofertas de empleo que pudieran cubrirse a través del contingente anual y se formulen a través de procedimiento distinto al del contingente debían ser inadmitidas a trámite, excepción hecha de los supuestos privilegiados contemplados en los artículos 71, 76, 77 y 79 del Reglamento de Extranjería.

Tras la publicación del mencionado acuerdo, esta Institución estudió su adecuación a las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, así como en su reglamento de desarrollo, en lo que se refiere a la concurrencia del contingente anual de trabajadores no comunitarios con el régimen general de concesión de permisos de trabajo y residencia.

El precitado Acuerdo fue recurrido ante el Tribunal Supremo por distintas organizaciones sindicales y no gubernamentales, recurriéndose precisamente el apartado noveno, puntos 1, 2 y 3. La pendencia de este recurso impidió a esta Institución pronunciarse sobre el contenido de dicho Acuerdo, en virtud de lo prevenido en el artículo 17.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, conforme al cual esta Institución no puede intervenir en los asuntos pendientes de pronunciamiento judicial, consecuencia elemental del necesario respeto a la independencia judicial que vincula a todos los poderes públicos.

No obstante, en el curso de los años 2002 y 2003 han tenido entrada en esta Institución distintas quejas de ciudadanos, ya extranjeros que se encontraban irregularmente en España, ya empresarios que habían formulado a su favor la correspondiente oferta laboral, dentro del régimen general, disconformes con las resoluciones por las que se inadmitían sus solicitudes siguiendo el modelo fijado en la Adenda XIII de la referida Circular, pese a que los servicios de empleo habían certificado la inexistencia de trabajadores capacitados para atender las ofertas.

En los casos recibidos, esta Institución no ha podido menos que dirigirse a las delegaciones y subdelegaciones del gobierno que dictaron las resoluciones denegatorias poniendo de manifiesto la disconformidad con las resoluciones adoptadas, y el criterio del Defensor del Pueblo respecto de la improcedencia de considerar que la aprobación del contingente lleva implícita, en los casos examinados, la suficiencia de trabajadores en todo el territorio nacional para atender las ofertas de trabajo que se presenten, señalando la procedencia de conceder los permisos de trabajo solicitados por haber certificado los servicios públicos de empleo la inexistencia de trabajadores para cubrir tales las ofertas.

En fechas recientes, el Tribunal Supremo ha resuelto los recursos mencionados, estimando sustancialmente las impugnaciones realizadas contra el apartado noveno del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001 y declarando nulo el número 3 de dicho apartado (sentencias de 6 de abril de 2004, de la sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, resolutorias de los recursos n^{os} 30/2003 y 32/2003).

Dichas sentencias, tras una prolija argumentación, concluyen que el acuerdo no se ajusta a los preceptos reglamentarios e incurre en nulidad por infracción del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos. En este sentido, señalan que dicho acuerdo, «en una interpretación del artículo 65.11 del Reglamento que no es aceptable desde el punto de vista literal y sistemático, hace prácticamente inaplicable la modalidad general que resulta del régimen establecido por el Regla-

mento, y excluye los supuestos de ofertas que correspondan a necesidades reales de mano de obra extranjera y no puedan ser gestionadas a través del procedimiento del contingente, por no pertenecer a sectores de actividad y ocupación incluidos en él, o porque ya se haya agotado el contingente establecido para el correspondiente sector u ocupación, o por no haberse asignado contingente en la provincia».

En consecuencia, en la interpretación dada por el Tribunal Supremo a los preceptos legales y reglamentarios por los que se regula el contingente anual de trabajadores extranjeros, la existencia de este contingente no impide la tramitación de ofertas de trabajo nominativas en régimen general a favor de extranjeros que se hallen en España, a pesar de que en ellos no concurren las circunstancias privilegiadas reguladas en el artículo 71 del Reglamento de Extranjería, ni se trate de los supuestos contemplados en los artículos 76, 77 y 79 del mismo Reglamento.

Este ha sido el criterio mantenido por esta Institución en los casos particularizados que se han examinado, por lo que no podemos menos que congratularnos con la línea mantenida por el Tribunal Supremo en las referidas sentencias. El criterio sentado por el Tribunal Supremo debe ser tomado en consideración en la resolución de los expedientes afectados por la materia que actualmente continúen en trámite, y debe ser seguido por la Administración en la futura articulación de esta trascendente cuestión.

Ciertamente, los Acuerdos por los que se han fijado los contingentes de trabajadores extranjeros no comunitarios para los años 2003 y 2004 no incluyen una previsión similar a la recogida en el punto tres del apartado noveno del Acuerdo correspondiente al año 2002, declarado nulo por el Tribunal Supremo.

En lo que se refiere a las solicitudes de autorización de trabajo y residencia nominativas presentadas en el curso del año 2004, al margen del procedimiento fijado en el contingente, esta Institución carece de información suficiente que le permita tener una percepción en relación con la existencia de un criterio general para su resolución, si bien ha de señalarse que la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, por la que se ha producido la última reforma de la Ley de extranjería, al introducir como causa de inadmisión a trámite de solicitudes que el extranjero a cuyo favor se realiza la oferta laboral se encuentre irregularmente en España, ha ocasionado que disminuya de modo muy considerable el número de solicitudes presentadas dentro del régimen general.

No obstante, las quejas recibidas en esta Institución relativas a expedientes iniciados en el año 2003, parecen poner de manifiesto una ge-

neralizada denegación de las solicitudes de permisos de trabajo y residencia formuladas, según el procedimiento de régimen general, si bien en la mayoría de los casos examinados se arguye como causa de la denegación la existencia de suficiencia de trabajadores en el territorio nacional, o la cobertura mayoritaria de las ofertas formuladas para el concreto sector de actividad de que se trata en el ámbito regional en el que se ha formulado la oferta.

Cada una de las quejas que tienen entrada en esta Institución poniendo de manifiesto esta situación está siendo objeto de examen individualizado, iniciándose las correspondientes actuaciones ante las delegaciones o subdelegaciones del gobierno que dictaron tales resoluciones denegatorias. No obstante, dada la coincidencia existente en la motivación de dichas resoluciones, se ha considerado necesario solicitar un informe ampliatorio a V. E., a fin de conocer si por esa Secretaría de Estado se ha fijado un criterio en relación con esta cuestión, rogándole remita cuantas instrucciones o circulares puedan haberse dictado en relación con los contingentes de los años 2003 y 2004 y su coexistencia con otros procedimientos.

Asimismo, esta Institución, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a V. E. la siguiente recomendación: «Que por esa Secretaría de Estado se impartan instrucciones a fin de que los expedientes, todavía no concluidos, referentes a solicitudes de permisos de trabajo y residencia formuladas conforme al procedimiento de régimen general, en coexistencia con el contingente correspondiente al año 2002, se resuelvan atendiendo los criterios fijados por el Tribunal Supremo en las meritadas sentencias».

Madrid, 29 de junio de 2004.

Recomendación dirigida a la Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración.

Recomendación 50/2004, de 29 de junio, sobre la organización de los servicios de asistencia jurídica a inmigrantes.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 444.)

Desde el mes de octubre del año 2002, esta Institución viene realizando una investigación como consecuencia de la queja presentada por la Asociación (...). Básicamente el motivo inicial de esa investigación se centraba en que se había incoado un expediente administrativo de expulsión a un ciudadano extranjero en la Comisaría local de El Ejido y dicho expediente se había tramitado sin contar la persona afectada con la debida asistencia jurídica de un letrado. Además se indicaba en el escrito presentado que esa ausencia de asistencia letrada se producía también en otros expedientes de expulsión.

Una vez finalizada la investigación antes mencionada, se ha podido conocer que los funcionarios policiales encargados de la instrucción de ese expediente notificaron al Colegio de Abogados la detención del ciudadano extranjero y la necesidad que el mismo tenía de contar con un abogado. Según la información facilitada por ese Colegio, el abogado que en teoría debía haber sido llamado para prestar la correspondiente asistencia jurídica, no fue avisado, motivo por el cual esa Corporación archivó la información previa que había abierto, al comprobar que no existía ninguna responsabilidad por parte del letrado de ese Colegio.

Ante tales hechos, desde el Defensor del Pueblo, y al deducirse de la documentación que V. I. remitió que la razón de esa falta de asistencia letrada se debió a que (...) no avisó al letrado de guardia de la llamada recibida de la comisaría de El Ejido, se requirió a ese Colegio para que especificara el sistema de comunicación que tiene para hacer llegar a los letrados de guardia las asistencias que tienen que realizar y tam-

bién se le instó para que indicara las razones por las que (...) tiene encomendadas funciones en ese ámbito.

Desde ese Colegio se ha informado que la Junta de Gobierno de esa Corporación, en sesión celebrada en fecha 25 de febrero de 2004, adoptó un acuerdo cuyo tenor literalmente es el siguiente: «(...) tiene encomendadas las funciones en este ámbito por ser una empresa que permanece veinticuatro horas al día disponible durante todos los días del año, y el Ilustre Colegio de Abogados de Almería sólo se encuentra abierto al público en horario de oficina. Además, tanto los juzgados como los centros de detención de Almería y su provincia que precisen abogado de oficio llaman a dicha empresa a la que semanalmente se le aporta un listado de letrados de guardia en los distintos partidos judiciales».

A juicio de esta Institución la función que con carácter general la abogacía está llamada a desempeñar y en especial el derecho de defensa tienen en nuestro ordenamiento un claro interés público, cuyo ejercicio en modo alguno puede quedar supeditado al buen hacer de una empresa privada. Dentro de las funciones que el Estatuto General de la Abogacía (Real Decreto 658/2001, de 22 de junio) atribuye a los colegios de abogados, queda fuera de toda duda, que a los mismos les corresponde «organizar y gestionar los servicios de asistencia jurídica gratuita y cuantos otros de asistencia y orientación jurídica puedan estatutariamente crearse» [artículo 4.1º d)].

Además, según el artículo 7 del citado Estatuto, a locolegios de abogados les corresponde velar para que a ninguna persona se le niegue la asistencia de un letrado para la defensa de sus derechos. Por otra parte el artículo 53 de ese Estatuto, establece que son las juntas de gobierno, las encargadas de regular el funcionamiento y la designación para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita.

En definitiva, la organización y gestión de los servicios de asistencia jurídica y la designación del abogado concreto que tiene que prestar esa asistencia son funciones que tienen que ser prestadas de manera directa por ese Colegio sin que sea admisible que en esas cuestiones puedan ser delegadas o diferidas a entidades privadas. El hecho de que ese Colegio de Abogados sólo se encuentre abierto al público en horario de oficina, circunstancia que afecta a la mayoría de colegios de abogados de este país, en modo alguno justifica que una empresa privada disponga del listado de abogados que se encuentran de guardia durante un determinado día. Aunque no corresponde a esta Institución el organizar ese tipo de servicios, resulta evidente que a través de la telefonía móvil es fácilmente localizable el letrado que se encuentre de guardia, sin necesidad de tener que contar como intermediaria con una empresa encar-

gada de prestar un servicio de transporte de personas. Sólo de esa manera será posible garantizar que el derecho de defensa se presta con la eficacia y efectividad a la que se refiere el artículo 1 del Estatuto General de la Abogacía.

A la vista de cuanto se expone y teniendo en cuenta que el problema expuesto afecta de manera directa al derecho de defensa, esta Institución haciendo uso de lo dispuesto en el artículo 30 de su Ley reguladora ha decidido hacer llegar a V. I. la siguiente recomendación: «Que ese Colegio de Abogados, dentro de las funciones que le encomienda el Estatuto General de la Abogacía Española, organice los servicios de asistencia jurídica de manera directa, sin asignar a ninguna empresa privada, actos de gestión o de comunicación respecto a la designación del letrado de guardia al que le corresponda prestar la asistencia jurídica en los casos que afectan a personas inmigrantes».

Madrid, 29 de junio de 2004.

Recomendación dirigida al Decano del Colegio de Abogados de Almería.

Recomendación 51/2004, de 23 de julio, para que se establezca una jurisdicción propia, independiente y autónoma encargada de resolver las crisis de convivencia.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 437.)

Durante los últimos años desde el Defensor del Pueblo se viene dedicando una especial atención a todos aquellos aspectos relacionados en general con las consecuencias que se producen en las crisis de convivencia en las parejas y, en particular a la violencia que se produce dentro de esa convivencia. La inmediatez de peligro para la integridad física y psíquica en esa clase de violencia es muy superior al de otras formas de delincuencia, por ello se requieren medios suficientes para prevenir, combatir y paliar los efectos de estas conductas agresivas que antaño se circunscribían al ámbito más íntimo y que hoy, afortunadamente son un problema de interés general y de preocupación social.

En los informes anuales que esta Institución presenta al Parlamento, se vienen resaltando en los últimos años aquellas quejas en las que los ciudadanos ponen de manifiesto una dilación o retraso indebido cuando éste afecta a los procedimientos relativos al derecho de familia. Resulta evidente que las tensiones dentro de la pareja se agudizan durante la tramitación de los procesos de separación y divorcio, ya que aparecen circunstancias (alejamiento de los hijos, privación del hogar, liquidación de los bienes en común, pago de pensiones, etc.) que desintegran lo que inicialmente fue un proyecto de vida en común.

Los datos sobre el aumento de la violencia doméstica en el último año y, sobre todo, en los últimos meses, son realmente estremecedores. Es el triste balance de una lacra social que nos invade desde hace decenios. El problema no es exclusivo de la sociedad española y se convierte en uno de los de mayor envergadura al que se enfrentan las sociedades

democráticas. Hay ocho países de nuestro entorno que se sitúan por encima de España en cifras de mortalidad: Finlandia, Bélgica, Dinamarca, Portugal, Suecia, Austria, Reino Unido y Alemania.

La solución a este problema resulta compleja, ya que la violencia ejercida en el núcleo familiar forma parte de aquellas zonas más atávicas del comportamiento humano contra la que la sociedad se rebela con claro rechazo y creciente indignación pero que, sin embargo, ha tolerado por miedo y vergüenza hasta hace pocos años. Una violencia que es manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres. En suma, se trata de patrones culturales en los que el hombre utiliza la relación de dominio y sumisión como forma de relación con su pareja.

En los últimos años se ha avanzado mucho en el ámbito legislativo en la lucha contra la violencia doméstica contra las mujeres. Sin embargo, no es suficiente. La Orden de Protección de 31 de julio, la creación de un registro central de medidas, la modificación del Código Penal o el seguimiento de los condenados mediante un brazalete electrónico, a partir del próximo mes de octubre, son iniciativas que, sin duda, están ayudando o ayudarán a que muchas mujeres estén mejor protegidas. Sin embargo, es necesario que todas las iniciativas lleven aparejada una dotación económica, algo que no ocurrió con la Orden de Protección que ha impedido el que se haya podido ofrecer la seguridad necesaria a algunas mujeres que la han solicitado (más de seis mil en cinco meses), porque no se disponía de efectivos policiales suficientes para controlar y vigilar el cumplimiento de las medidas decretadas por los jueces.

Hay que superar el valor simbólico y político de las iniciativas y poner en funcionamiento todos los instrumentos y recursos necesarios para erradicar el problema de la violencia doméstica de nuestra sociedad. Para ello, es fundamental la colaboración interdepartamental (Educación, Sanidad, Servicios Sociales, Justicia, etc.), así como la coordinación de todas las administraciones implicadas: la estatal, en lo que se refiere a las Fuerzas de Seguridad y ámbito jurídico; la autonómica, en lo que a la prevención y atención social respecta; y por último, la local por el principio de subsidiariedad y en lo que afecte a las competencias asumidas por los municipios.

El anteproyecto de ley orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres, al que se refieren estos días diferentes medios de comunicación, esboza los grandes pilares de cómo abordar esta cuestión desde una perspectiva global y multidisciplinar, proponiendo medidas en el ámbito de la prevención, educación, protección y

reparación a las víctimas. La preferencia en la adjudicación en la vivienda pública y en planes de empleo, la asistencia jurídica gratuita y especializada, la creación de centros de reinserción personal, etc., contribuirán en gran medida a combatir esta cuestión, a todas luces, prioritaria.

Todas esas actuaciones podrían no alcanzar los fines que pretenden si a las parejas que ven en crisis su convivencia no se les da una respuesta judicial rápida y eficaz cuando demandan justicia. Todos los esfuerzos que se realizan desde otros ámbitos (educación, sanidad, servicios sociales, fuerzas de seguridad, etc.) serán inútiles si la Administración de justicia no es capaz de resolver los litigios que a ella llegan con la agilidad y sin las dilaciones que en estos momentos presentan buena parte de los órganos judiciales que están llamados a resolver los conflictos derivados del Derecho de familia.

En opinión del Defensor del Pueblo, la mejor aportación preventiva que los jueces y tribunales pueden hacer a la violencia que se genera como consecuencia de las relaciones de convivencia, es la de resolver de manera rápida y eficaz los procedimientos relacionados con el Derecho de familia. Si todas las dilaciones dentro de los procedimientos dan lugar a importantes perjuicios e inconvenientes para los ciudadanos, cuando éstas se producen en litigios que están llamados a resolver las crisis de convivencia, esos perjuicios se ven incrementados en muchos casos. La falta de una respuesta judicial en un plazo razonable, determina muchas veces que esa crisis de convivencia, no resuelta a tiempo por la jurisdicción civil, termine siendo resuelta por la jurisdicción penal, como consecuencia de la aparición de agresiones y malos tratos. No existe justificación alguna para mantener a dos personas bajo el mismo techo durante meses y meses cuando ambos o alguno de ellos ha decidido poner fin a su vida en común.

En las quejas que se reciben en relación con esta materia, existen tres palabras que de una y otra manera aparecen en la mayoría de ellas, esas palabras no son otras que «justicia», «derecho» y «retraso injustificado». Los últimos informes del Defensor del Pueblo son un claro exponente de cuál es la situación que se encuentran los ciudadanos cuando acuden a algún órgano judicial, demandando justicia respecto a pretensiones relacionadas con el derecho de familia; a continuación se enumeran de manera breve algunas de las quejas investigadas:

— En un juzgado de Puertollano, una solicitud de medidas provisionales presentada en el mes de diciembre del año 2001, fue resuelta el 1 de abril de 2002. Desde la Fiscalía General del Estado, se reconocía que estábamos ante «... una situación claramente irregular...» Este caso

afectaba a una madre con dos hijos de 9 y 3 años, que no recibía ninguna contribución económica por parte del marido.

— En un juzgado de Torrevieja, una demanda de separación presentada en el año 1999, fue resuelta por sentencia dictada el 30 de abril de 2002. Según el informe recibido la tramitación seguida por ese procedimiento era correcta en cuanto a términos y plazos, dada la acumulación de trabajo existente en ese juzgado. Tras la investigación abierta desde el Defensor del Pueblo se pudo conocer que para evitar casos como el descrito, en el año 2000 se crearon dos nuevos juzgados en el partido judicial de Torrevieja y otros dos nuevos juzgados fueron creados en el año 2002.

— En un juzgado de A Coruña, un procedimiento de modificación de medidas presentado en el año 2000, fue resuelto en primera instancia el 22 de abril de 2003 y la apelación fue definitivamente resuelta el 4 de febrero de 2004.

— En ese mismo juzgado, una solicitud de medidas provisionales presentadas el 27 de junio de 2002, fue resuelta el 6 de mayo de 2003.

— En ese mismo juzgado, una liquidación de la sociedad legal de gananciales presentada en el año 1988, se encontraba sin resolver al comenzar el año 2003. La situación de este órgano judicial ha dado lugar a la creación de un nuevo juzgado de familia en A Coruña.

— En un juzgado de Majadahonda, un procedimiento de separación ha sido conocido por cinco jueces distintos, dado el traslado de magistrados titulares y el paso de magistrados suplentes. Al finalizar el mes de abril de 2004, el procedimiento se encontraba a la espera de que se realizara un estudio psicológico al menor, que se había acordado en el mes de enero para lo cual no se había fijado todavía fecha para explorar al niño. El padre durante todo ese tiempo, ha visto restringido el régimen de visitas y comunicaciones con su hijo, encontrándose durante esos meses sin poder mantener ningún contacto con su hijo, ni siquiera telefónicamente. El padre durante los últimos meses ha sido objeto de 86 denuncias por hechos relacionados con su relación de convivencia, por parte de su mujer, habiendo sido absuelto en todas ellas.

— En un juzgado de Coslada, el Fiscal no pudo asistir a una comparecencia de medidas provisionales en un procedimiento de separación, en el que se decidía sobre la custodia de un hijo de 12 años, tal y como resulta preceptivo en los artículos 749.2 y 771.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por tener que asistir el mismo día y hora a otros juicios.

— Mención especial hay que realizar a la situación en la que se encuentran los juzgados de familia de la ciudad de Madrid. La investigación respecto de ellos se inició con escrito recibido de la Asociación Española de Abogados de Familia, en el que se comunicaba la situación de colapso que padecían esos juzgados —en aquel momento ocho—. Como dato más relevante, ponían en conocimiento del Defensor del Pueblo que las medidas provisionales eran decididas como término medio entre 7 y 8 meses después de haber sido solicitadas y que el primer acto del trámite judicial de liquidación de la sociedad legal de gananciales se fijaba al año siguiente de haberse instado.

Según la información remitida desde el Consejo General del Poder Judicial, en el mes de febrero de 2003, la Comisión Permanente del Consejo acordó en relación con los juzgados de familia de Madrid, crear un equipo de refuerzo para cada uno de esos juzgados que actuaría como juzgado bis, por un periodo inicial de seis meses y en horario de tarde. Estos equipos de refuerzo, no se llegaron a constituir a lo largo de todo el año 2003.

Desde el Ministerio de Justicia, se reconoció que estos juzgados superaban con exceso los módulos de trabajo fijados por el Consejo General del Poder Judicial, ya que su carga media de trabajo superaba el módulo teórico para esta clase de órganos. Por este motivo se informaba que al finalizar el año 2003, se crearían 2 nuevos juzgados de familia para la ciudad de Madrid, hecho que ya se ha producido.

El número de asuntos registrados, resueltos y pendientes a lo largo del año 2003 en los 8 juzgados de familia de Madrid es el que se indica a continuación:

<i>Juzgado de familia. Número</i>	<i>Asuntos registrados</i>	<i>Asuntos resueltos</i>	<i>Asuntos pendientes</i>
22	1.658	1.435	1.032
23	1.481	1.489	626
24	1.614	1.480	670
25	1.751	1.671	882
27	1.559	1.450	940
28	1.691	1.495	869
29	1.548	1.498	549
66	1.614	1.408	786

Debe hacerse constar que en las cifras anteriores no se incluyen los procedimientos relacionados con la fase de ejecución ni los de jurisdicción voluntaria, que en el caso de los juzgados de familia suelen ser muy

numerosos. Hay que destacar también que el módulo de trabajo fijado para esta clase de juzgados por el Consejo General del Poder Judicial es de 1.000 procedimientos registrados por juzgado y año.

Como puede observarse el único dato positivo de las cifras expuestas, es el que se refiere a la capacidad de trabajo de los ocho magistrados y magistradas que están al frente de esos juzgados, ya que todos ellos han superado en exceso en los asuntos resueltos los 1000 procedimientos. Procede por ello reconocer y poner de manifiesto la excelente labor realizada por todos los profesionales que desarrollan su trabajo en esos juzgados, toda vez que en esta ocasión el retraso existente no es imputable en modo alguno a su capacidad de trabajo.

La situación expuesta hace que, a juicio del Defensor del Pueblo, sea necesaria la creación de una jurisdicción de familia, debidamente dotada, no como un suborden de la jurisdicción civil, sino como un ente independiente. En el momento presente muchos de los escritos que se reciben en esta Institución relacionados con este problema, indican el terrible sentimiento de soledad y desconfianza que tienen las personas afectadas por una crisis de convivencia hacia el sistema judicial, al no dar respuestas a sus demandas, lo que les obliga a estar durante períodos de tiempo no deseados junto a personas que en muchas ocasiones generan situaciones violentas dentro de la pareja.

Además de los casos de dilaciones, que se han citado anteriormente, en otras ocasiones los ciudadanos al dirigirse a esta Institución expresan su disconformidad con el hecho de no contar el órgano jurisdiccional que les ha correspondido para resolver su procedimiento de separación o divorcio con equipos técnicos para que informen sobre la problemática familiar antes de que el juez dicte sentencia. El estar residiendo en una u otra ciudad condiciona que el procedimiento judicial sea conocido por un juzgado de primera instancia dedicado a asuntos de familia o por un juzgado de primera instancia e instrucción.

Desde que en 1981, se crearon los juzgados de familia, se ha podido contar cómo estos órganos jurisdiccionales han venido resolviendo con carácter general de forma más eficaz y beneficiosa los pleitos en materia de familia. Con frecuencia se ha alegado que no es posible crear el orden jurisdiccional de familia, al no existir un número suficiente de asuntos en esta materia que justifique su implantación en todo el territorio español. La realidad actual pone de manifiesto que en estos momentos unas familias dirimen sus controversias y tienen acceso a los juzgados de familia, órganos que de hecho actúan como pertenecientes a un órgano jurisdiccional propio, y otras dirimen sus controversias en una jurisdicción mixta, civil y penal. La posibilidad de que todos los ciudadanos

tengan acceso a un juez de familia, pasa por extender a todo el territorio nacional los juzgados de familia, como orden jurisdiccional propio.

Es también frecuente que, desde el Consejo General del Poder Judicial, se autoricen los acuerdos de reparto de asuntos de procedimientos de familia con carácter exclusivo a determinados juzgados de primera instancia, en aquellas ciudades que no cuentan con juzgados de familia. Este hecho pone de manifiesto la conveniencia de que cada vez en un mayor número de ciudades se produzca una mayor homogeneidad a la hora de entender y resolver de las controversias derivadas del Derecho de familia.

La realidad social existente en estos momentos en la sociedad española, pone de manifiesto cómo van apareciendo hechos nuevos a los que el ordenamiento y la organización judicial en su conjunto tienen que dar respuestas eficaces, así sucede por ejemplo con la regulación de las parejas de hecho, cuyas consecuencias jurídicas en los supuestos de ruptura deben ser decididas en órganos jurisdiccionales distintos especialmente cuando existen en una misma ciudad juzgados de primera instancia y juzgados de familia. Así ha sucedido en algún caso que las consecuencias derivadas de los aspectos económicos de esas parejas, se resuelven por los juzgados citados en primer lugar y los pronunciamientos judiciales relativos a los hijos pertenecientes a esa pareja, son resueltos por los juzgados de familia.

Dentro de los hechos nuevos que aparecen en la realidad española, debe mencionarse también la respuesta que el ordenamiento en su conjunto da al fenómeno de la violencia doméstica. En un informe elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, de fecha 21 de marzo de 2001, relativo a la problemática jurídica derivada de la violencia doméstica, se incluían dentro de los aspectos organizativos, gubernativos y estructurales, dos apartados que se referían por una parte a la especialización de los juzgados y por otra a la necesidad de coordinación entre las jurisdicciones civil y penal. En relación con éste último, se indica que en multitud de ocasiones ante las jurisdicciones civil y penal se tramitan simultáneamente procedimientos que tienen como protagonistas a los mismos sujetos, por ello lo que se decida en la jurisdicción civil tendrá necesariamente, importantes consecuencias en la penal y viceversa, tanto en el plano personal como desde la perspectiva económica. Se hace constar en el citado informe que es imprescindible articular de manera rigurosa el correspondiente mecanismo de conexión entre ambas jurisdicciones.

A juicio de esta Institución las consideraciones anteriores, refuerzan todavía más la necesidad de contar con un orden jurisdiccional pro-

pio, que salvando la tradicional separación entre el Derecho civil y el Derecho penal, incluya en su seno en sentido amplio todas aquellas cuestiones que se derivan de las crisis de convivencia entre las personas y resuelva todas aquellas consecuencias del tipo que sean, incluyendo por supuesto todo lo relativo a la protección de los hijos. El número de procedimientos que conocería ese orden jurisdiccional, sin lugar a dudas permitiría que la gran mayoría de partidos judiciales pudieran contar con algún juzgado perteneciente a ese orden jurisdiccional o que en todo caso, a nivel provincial, tal y como sucede en otros órdenes jurisdiccionales, se dispusiera de juzgados de esta naturaleza. De esta forma, además sería posible la especialización de los profesionales que estarían al frente de estos juzgados, los cuales podrían conocer además de las materias que actualmente ya tienen asignadas los juzgados de familia, todo lo relativo a tutelas, incapacidades, parejas de hecho, reclamaciones o impugnaciones de acciones de paternidad, y la instrucción de los hechos delictivos relativos a la violencia doméstica.

La creación de esta jurisdicción de familia, ya fue propuesta desde el Defensor del Pueblo, en el mes de septiembre de 2001 al Ministerio de Justicia. En aquel entonces, desde el mismo se participó que no era el momento de hacer un pronunciamiento definitivo sobre si era factible la adopción de la medida que se proponía, aunque no se descartaba su toma en consideración valorando previamente las implicaciones y consecuencias que, desde el punto de vista del justiciable y del propio funcionamiento de la Administración de justicia, traería consigo la creación de la nueva jurisdicción que se planteaba.

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

«1.º Que se establezca como jurisdicción propia, independiente y autónoma, la jurisdicción encargada de resolver todas las consecuencias que se derivan de las crisis de convivencia, aglutinando en la misma todas aquellas cuestiones que relacionadas con esas crisis de convivencia se encuentran hoy repartidas entre la jurisdicción civil y la penal.

2.º Que se estudie la conveniencia de incluir dentro de esa jurisdicción, todo lo relativo a tutelas, incapacidades, adopciones, reclamaciones o impugnaciones de acciones de paternidad, reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas a la sustracción internacional de

menores por algún progenitor y las acciones que, relacionadas con el Derecho de familia, puedan presentar las parejas de hecho.

3.º Que todos los partidos judiciales que cuenten con un número importante de órganos judiciales, dispongan al menos de un juzgado perteneciente a la jurisdicción encargada de resolver las consecuencias jurídicas de las crisis de convivencia. Que donde no sea posible contar con un juzgado de esa naturaleza, al menos a nivel provincial se cree un juzgado con competencia en toda la provincia o en parte de ella.

4.º Que se dote suficientemente a cada órgano judicial con los equipos técnicos adecuados, para que todos los juzgados pertenecientes a esta nueva jurisdicción cuenten con la misma dotación, con independencia de cual sea su ubicación.

5.º Que se establezca como especialidad dentro de la carrera judicial, la correspondiente a esa jurisdicción, con objeto de que los titulares de esos juzgados reciban una formación técnica apropiada para el tipo de materias que tienen que resolver.

6.º Que tal especialidad se haga extensiva a la segunda instancia, para que igual que sucede en otras jurisdicciones, al menos alguno de los magistrados que tienen que resolver esta clase de procedimientos en las Audiencias provinciales, sean especialistas en la materia relacionada con el Derecho de familia. Debiéndose unificar, en las Audiencias provinciales que sea posible, en una o varias Secciones la resolución de todos los recursos relativos a la citada jurisdicción.

7.º Que se amplíe el número de plazas de miembros del Ministerio Fiscal, para que sea posible su presencia en todas aquellas actuaciones en las que la ley establece como preceptiva su asistencia.»

A los oportunos efectos participo a V. E. que dada la naturaleza de las cuestiones planteadas y aunque la iniciativa legislativa corresponde a ese Ministerio, se ha considerado oportuno remitir una copia de la presente recomendación al Consejo General del Poder Judicial y a la Fiscalía General del Estado, por si dichas instituciones estiman conveniente realizar alguna consideración.

Madrid, 23 de julio de 2004.

Recomendación dirigida al Ministro de Justicia.

Recomendación 52/2004, de 23 de julio, sobre la admisión de escritos en materia de extranjería por los servicios de Correos y Telégrafos.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 459.)

Se ha recibido en esta Institución escrito del letrado don (...), que ha quedado registrado con el número arriba indicado.

Sustancialmente expone que tras la entrada en vigor de 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, compareció en la oficina principal de Correos y Telégrafos de Bilbao, sita en la calle Alameda de Urquijo, al objeto de remitir por correo administrativo un escrito en nombre de una ciudadana extranjera dirigido a la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya.

El citado letrado afirma que en aquel momento un funcionario le comunicó verbalmente la imposibilidad de acceder a dicho envío, en aplicación de la circular interna de la entonces Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración de fecha 16 de diciembre de 2003, según la cual ese organismo interpretaba que no podía aceptarse ningún correo administrativo en materia de extranjería.

El letrado compareciente planteó una reclamación por escrito dada su discrepancia con el criterio anteriormente expuesto, en contestación a la cual los servicios centrales de Correos y Telégrafos de Bilbao le informaron de que la actuación de esa Sociedad se ajustaba a la última modificación introducida por la citada Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, actuando por ello, a juicio de ese organismo, con pleno sometimiento a lo previsto por la normativa legal vigente, así como «a lo instruido al efecto por el Ministerio del Interior, en su condición de Mi-

nisterio al que el ordenamiento jurídico atribuye competencias en materia de extranjería».

Como V. E. sin duda conoce, la Instrucción elaborada por la antigua Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración para la aplicación de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, indica que las solicitudes presentadas en lugares diferentes de los registros de los órganos competentes para la tramitación de las mismas, serán devueltas al órgano ante el que se presentó la solicitud o al solicitante, recordando la exigencia legal de presentación personal de la solicitud en los registros de los órganos competentes para su tramitación.

A la vista de lo anterior, esta Institución quiere dar traslado a V. E. de las siguientes consideraciones:

Como ya es sabido, la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, introduce una nueva disposición adicional tercera según la cual los sujetos legitimados que se encuentren en territorio español habrán de presentar personalmente las solicitudes relativas a las autorizaciones de residencia y de trabajo en los registros de los órganos competentes para su tramitación, por lo que el incumplimiento de cualquiera de estos dos requisitos constituiría una causa de inadmisión a trámite, acorde con las previsiones de ese mismo texto normativo.

Ahora bien, no puede obviarse a este respecto que la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de aplicación supletoria a los procedimientos regulados en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, establece en su artículo 42 que la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación.

En consecuencia, resulta claro que para que el órgano administrativo pueda dictar resolución expresa en cumplimiento de lo prevenido en las normas procedimentales vigentes, debe previamente examinar el contenido de la pretensión formulada por los interesados, para lo cual resulta imprescindible que dichas peticiones lleguen al órgano encargado de su conocimiento, independientemente de que las mismas sean posteriormente objeto de inadmisión a trámite.

De lo anteriormente expuesto se deduce que la práctica de que las Oficinas de Correos rechacen de plano el envío de cualquier solicitud dirigida al órgano administrativo competente, o la devolución al solicitante de las peticiones que hubieran sido remitidas utilizando esta vía, no

sólo vulnera las previsiones de las normas de procedimiento, sino que impide a los ciudadanos el ejercicio del derecho al acceso al procedimiento administrativo y a obtener una resolución expresa de la Administración pública.

Por todo lo anterior, esta Institución, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a V. E. la siguiente recomendación: «Que por ese centro directivo se modifiquen las instrucciones impartidas en su día por la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, a fin de que el Servicio de Correos no impida la recepción de escritos en materia de extranjería, de modo que sea factible su remisión a los órganos administrativos encargados de su conocimiento, todo ello al objeto de que por las administraciones públicas se dé cumplimiento a la obligación establecida en el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de dictar resolución expresa ajustada a derecho en relación con cada una de las solicitudes formuladas por los peticionarios».

Madrid, 23 de julio de 2004.

Recomendación dirigida a la Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración.

Recomendación 53/2004, de 23 de julio, sobre la admisión de escritos en materia de extranjería por los servicios de Correos y Telégrafos.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 479.)

Se ha recibido en esta Institución escrito del letrado don (...), que ha quedado registrado con el número arriba indicado.

Sustancialmente expone que tras la entrada en vigor de 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, compareció en la oficina principal de Correos y Telégrafos de Bilbao, sita en la calle Alameda de Urquijo, al objeto de remitir por correo administrativo un escrito en nombre de una ciudadana extranjera dirigido a la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya.

El citado letrado afirma que en aquel momento un funcionario le comunicó verbalmente la imposibilidad de acceder a dicho envío, en aplicación de la circular interna de la entonces Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración de fecha 16 de diciembre de 2003, según la cual ese organismo interpretaba que no podía aceptarse ningún correo administrativo en materia de extranjería.

El letrado compareciente planteó una reclamación por escrito dada su discrepancia con el criterio anteriormente expuesto, en contestación a la cual los Servicios Centrales de Correos y Telégrafos de Bilbao le informaron de que la actuación de esa Sociedad se ajustaba a la última modificación introducida por la citada Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, actuando por ello, a juicio de ese organismo, con pleno sometimiento a lo previsto por la normativa legal vigente, así como «a lo instruido al efecto por el Ministerio del Interior, en su condición de Mi-

nisterio al que el ordenamiento jurídico atribuye competencias en materia de extranjería».

A la vista de lo anterior, esta Institución quiere dar traslado a V. I. de las siguientes consideraciones:

Como V. I. conoce, la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, introduce una nueva disposición adicional tercera según la cual los sujetos legitimados que se encuentren en territorio español habrán de presentar personalmente las solicitudes relativas a las autorizaciones de residencia y de trabajo en los registros de los órganos competentes para su tramitación, por lo que el incumplimiento de cualquiera de estos dos requisitos constituiría una causa de inadmisión a trámite, acorde con las previsiones de ese mismo texto normativo.

Ahora bien, no puede obviarse a este respecto que la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de aplicación supletoria a los procedimientos regulados en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, establece en su artículo 42 que la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación.

Así pues, resulta claro que para que el órgano administrativo pueda dictar resolución expresa en cumplimiento de lo prevenido en las normas procedimentales vigentes, debe previamente examinar el contenido de la pretensión formulada por los interesados, para lo cual resulta imprescindible que las oficinas de correos cursen debidamente sus peticiones, independientemente de que las mismas sean posteriormente objeto de inadmisión a trámite.

De otro lado, cabe recordar que acorde a lo dispuesto en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del servicio postal universal y de liberalización de los servicios postales, los servicios de comunicaciones en general y, en particular, los postales, son servicios de interés general que incluyen en su ámbito de obligaciones los de recogida, admisión, clasificación, tratamiento, curso, transporte y entrega de los envíos postales.

Igualmente el artículo 18.1.d) de la precitada Ley 24/1998, establece que quedan reservados, con carácter exclusivo, al operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal, al amparo del artículo 128.2 de la Constitución, la recepción, como servicio postal, de las solicitudes de los escritos y de las comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las administraciones públicas.

De lo anteriormente expuesto se deduce que la práctica de rechazar cualquier solicitud dirigida al órgano administrativo competente para su conocimiento y resolución, no sólo vulnera las previsiones de las normas de procedimiento y la normativa específica de los servicios postales, sino que impide a los ciudadanos el ejercicio del derecho al acceso al procedimiento administrativo y a obtener una resolución expresa de la Administración pública.

Por todo lo anterior, esta Institución, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a V. I. la siguiente recomendación: «Que por ese Organismo se impartan las oportunas instrucciones a fin de que en los Servicios Postales de Correos de todo el territorio nacional se admitan y cursen en debida forma cuantos escritos en materia de extranjería se presenten por los interesados, procediéndose a su entrega a los órganos competentes, al objeto de que por las administraciones públicas se de cumplimiento a la obligación establecida en el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de dictar resolución expresa ajustada a Derecho en relación con cada una de las solicitudes formuladas por los peticionarios».

Madrid, 23 de julio de 2004.

Recomendación dirigida al Presidente de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S. A.

Recomendación 54/2004, de 26 de julio, sobre el procedimiento a seguir con los menores extranjeros no acompañados.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 471.)

Mediante el presente escrito, acusamos recibo de los informes emitidos por esa Consejería en relación a los menores (...) y (...), (Q0307607 y Q0305588 respectivamente).

Como V. E. conoce, esta Institución inició una investigación, en ambos casos, tras la recepción de los escritos de queja remitidos por doña (...) y don (...), en los cuales se manifestaba la disconformidad de los promoventes con la actuación administrativa realizada concretada en la reagrupación familiar; no sólo por considerar que la forma en la cual se llevó a cabo no fue adecuada, sino también por estimar improcedente la reagrupación familiar de los entonces menores.

Una vez examinada en profundidad la documentación obrante en los expedientes de ambos menores, que incluye naturalmente los informes emitidos por esa Consejería, los informes de la Delegación del Gobierno, los informes del Fiscal de Menores, además de otros documentos; esta Institución ha estimado necesario realizar una serie de consideraciones que a continuación se reflejan:

En primer lugar y dado que los interesados en estos expedientes han accedido ya a la mayoría de edad, no consideramos imprescindible efectuar un análisis detallado sobre las circunstancias particulares de cada expediente y las actuaciones administrativas que se llevaron a cabo en los mismos aunque, a juicio de esta Institución resultan, cuando menos, cuestionables.

Sin embargo, sí parece insoslayable efectuar algunas consideraciones respecto de determinadas cuestiones de carácter general.

1. En el escrito de V. E. de fecha 3 de mayo de 2004, se afirma que en las diferentes resoluciones del Instituto Madrileño del Menor y la Familia, en materia de protección de menores nunca se indica la fecha a la que se retrotraen los efectos de la declaración de desamparo (a pesar de que ambas no coincidan). De hecho, señala que no se considera necesario, dado que la retroacción se acuerda por la Administración General del Estado al conceder el permiso de residencia y que, además, la Administración conoce la fecha en que los menores son puestos a disposición de la entidad de protección.

La argumentación esgrimida por esa Consejería para justificar que en la resolución del acuerdo de desamparo no conste la fecha de retroacción de los efectos del desamparo, no puede ser compartida por esta Institución.

En efecto, el hecho de que la Administración General del Estado pueda conocer la fecha en la que los menores fueron puestos a disposición de la entidad de protección, no implica que la conozcan en todos los casos. De hecho, no siempre los menores acuden a la entidad acompañados por las autoridades policiales. Pero, en todo caso, parece razonable y coherente que en el expediente de protección conste la fecha en la que la entidad asumió su cuidado a fin de favorecer los trámites documentales futuros.

A juicio de esta Institución la práctica llevada a cabo por esa Consejería permite que la disparidad de fechas resulte perjudicial para los intereses de los menores, especialmente si la Administración General del Estado acaba denegando la autorización de residencia por albergar dudas respecto al cumplimiento de la totalidad del plazo establecido por la ley para que nazca el derecho al permiso.

El problema referido resulta especialmente grave en aquellos casos en los cuales los menores se encuentran muy cercanos a la mayoría de edad y puede que, por unos días, queden en una situación extremadamente precaria como consecuencia de dos factores que confluyen: el primero de ellos que la entidad de protección no haya instado su documentación en la fecha adecuada y, en consecuencia, no haya habido tiempo de expedir la oportuna autorización de residencia; y, el segundo, que no puedan acreditar mediante la certificación de tutela que permanecieron bajo la responsabilidad de una Administración española en la realidad más tiempo del que consta en la certificación, ya que esta última se expide con los datos de la resolución del acuerdo de desamparo y del de cese de éste.

En este punto cabe añadir que los tiempos de tutela no sólo son importantes para acceder a la autorización de residencia para menores que

contempla el artículo 35 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sino que también la tienen para obtener el permiso de residencia al que se refiere el artículo 42.1.e) del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, así como para el acceso a la nacionalidad española, tal y como señala el art 22.2.c) del Código Civil que fija el plazo de un año de residencia para adquirir la nacionalidad al «que haya estado sujeto legalmente a tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuara en esta situación en el momento de la solicitud».

2. Por otra parte hemos de poner de manifiesto que del estudio realizado hemos apreciado que por parte de esa Consejería se insta la reagrupación familiar con un automatismo que esta Institución entiende que debe moderarse.

Se indica en el escrito de V. E. que:

«Una vez que se asume la tutela de los menores extranjeros no acompañados se realizan los trámites previstos legalmente para la reagrupación familiar en su país de origen, si fuera posible, para dar cumplimiento al principio legal y universal de protección de menores de posibilitar su reincorporación familiar. El procedimiento se inicia de oficio por la Administración General del Estado, a través de la Delegación del Gobierno, o a propuesta del IMMF, siendo resuelto, previas las oportunas actuaciones, por dicha Delegación del Gobierno, conforme a la normativa reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.»

En relación con la actuación administrativa en este punto, esta Institución ha tenido la ocasión de pronunciarse recordando que los menores extranjeros son, ante todo, menores y deben ser objeto de una protección especial. Dicha protección, como V. E. conoce, ha venido reflejándose en las normas internas y en los instrumentos internacionales ratificados por España.

En este sentido, mencionaremos la Convención de Los Derechos del Niño, cuyo artículo 2, apartado 1, establece que «Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales».

Por su parte, el apartado 1 del artículo 3 de la citada Convención señala que «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las

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

El propio Tribunal Constitucional en su sentencia nº 141/2000, ha señalado que cuando se trata de menores:

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

Por su parte el artículo 62.4 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, señala: «La Administración General del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor, después de haber oído al menor, y previo informe de los Servicios de Protección de Menores, resolverán lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o aquel donde se encontrasen sus familiares, o, en su defecto, sobre su permanencia en España».

Las actuaciones seguidas por esa Consejería, al menos en cuanto a los menores interesados en estos expedientes, suscitan serias dudas sobre la realización de análisis exhaustivos objetivos e individualizados para determinar si para el interés de los menores lo más adecuado es proponer la repatriación a su país de origen.

Por los datos que podemos conocer, la actuación administrativa está dirigida únicamente a reagrupar a los menores, olvidando que, como ya sabemos, la solución más beneficiosa para algunos menores no ha de ser necesariamente devolverlos con sus padres. Resulta obvio que, en su mayoría, los menores no acompañados proceden de familias rotas y con una situación económica precaria. En todo caso esta Institución ha tenido la ocasión de comprobar al hilo de otras quejas, que muchos de los menores no acompañados que son reagrupados no llegan a sus domicilios y permanecen errando por otras ciudades hasta que pueden traspasar nuevamente los controles fronterizos.

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

Por ello, aun cuando puede ser que lo mejor para el menor sea la reintegración familiar, tal decisión debe ser adoptada tras la realización de un estudio individualizado del caso que permita emitir un juicio objetivo. No podemos ignorar, por otro lado, que los contactos con la familia existen en muy pocos casos, dadas las dificultades existentes para su localización, creándose la ficción de que la responsabilidad administrativa acaba con la entrega del menor a las autoridades policiales del país.

3. En el escrito recibido se indicaba también que «la solicitud de documentación del menor se insta normalmente pasados los nueve meses desde la puesta del menor a disposición del IMMF establecidos por la legislación de extranjería, una vez acreditada la imposibilidad de reagrupación con su familia o el retorno a su país de origen, tardando unos seis meses en conceder la exención de visado y el permiso de residencia la Administración General del Estado...»

Pues bien, los datos que se indican en el escrito que nos ha dirigido sobre el tiempo de gestión del permiso, no coinciden con los que nos ha transmitido la propia Delegación, dado que en el informe de dicha Administración se indicaba que a las tramitaciones de permisos formuladas por el Instituto Madrileño del Menor y de la Familia se le daba tratamiento preferente en cuanto a su gestión, adoptándose la resolución en un plazo máximo de treinta días.

En todo caso, esta Institución ha decidido seguir las actuaciones con la Administración General del Estado a fin de determinar los tiempos que en la actualidad se vienen empleando para la expedición de la autorización de residencia, habida cuenta de que ya no es preciso solicitar exención de visado.

Respecto al momento en que se insta el permiso, resulta necesario indicar que consideramos inadecuado esperar al transcurso del periodo de 9 meses a que se hace referencia en el escrito remitido por esa Consejería.

Así, el artículo 62.5 señala que «Transcurridos nueve meses desde que el menor ha sido puesto a disposición de los Servicios competentes de Protección de Menores a la que se refiere el apartado 2 de este artículo, y una vez intentada la repatriación con su familia o al país de origen, si ésta no hubiere sido posible, se procederá a otorgarle el permiso de residencia al que se refiere el artículo 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000».

Como resulta evidente, el texto utiliza el vocablo «otorgar» que es obviamente distinto de «solicitar».

Esta puntualización resulta de especial interés por cuanto los menores que están próximos a la mayoría de edad, pueden encontrarse en situaciones extremas de precariedad si abandonan el centro y carecen de documentación. Esta situación crea una especial angustia a estos jóvenes que de repente se convierten en irregulares, tras permanecer, al menos nueve meses tutelados.

Esta Institución, al hilo de esta queja y de otras anteriores, ha podido constatar que la iniciación de los trámites una vez transcurridos los nueve meses, puede ocasionar perjuicios claros a los menores que acceden a la mayoría de edad durante el tiempo que dura la gestión de los permisos.

Así, cuando la entidad solicita el permiso, una vez transcurridos los nueve meses y coincide con el acceso a la mayoría de edad o la petición se produce días antes de que el menor cumpla dieciocho años, la solicitud del permiso se archiva por la Delegación al haberse producido una modificación sustancial en el expediente que justifica dicho archivo: la mayoría de edad.

En este caso, se indica al interesado que debe instar él mismo el permiso dado que ya no está tutelado y mientras no se le expida se encontrara en situación irregular, sin trabajo, sin poder subvenir a sus gastos más esenciales y sin documentación alguna, con todos los riesgos que ello conlleva.

Por lo expuesto, esta Institución entiende que la entidad de protección debe instar las autorizaciones de residencia en un plazo razonable que permita, a la autoridad gubernativa, expedir los mismos durante el período en el que el menor está tutelado y ello con independencia de que el citado permiso quede en manos del órgano tutelante, procediéndose a su revocación en el caso de que el menor fuere finalmente reintegrado a su familia.

En virtud de todo lo expuesto, esta Institución ha considerado procedente formular a V. E., al amparo de lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora la siguiente recomendación:

«Que se realice un análisis detallado e individual de los menores tutelados, a fin de determinar si resulta procedente o no informar favorablemente sobre la reagrupación con sus familias, sin perjuicio del acuerdo que finalmente adopte la autoridad competente.

Que se inste la documentación del menor tutelado con el tiempo suficiente para que cuente con ella en el plazo establecido por el artículo 62.5 del Real Decreto 864/2001.

Que en el acuerdo de desamparo se fije la fecha a la que deban entenderse retrotraídos sus efectos, a fin de que sea definitivamente determinada con la debida seguridad jurídica.»

Madrid, 26 de julio de 2004.

Recomendación dirigida a la Consejera de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid.

Recomendación 55/2004, de 28 de julio, sobre la situación en la que se encuentra el Centro de Recepción de Menores de Alicante.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 441.)

En el mes de abril del año 2003, esta Institución inició una investigación como consecuencia del escrito recibido en el que se comunicaba la existencia de una serie de disfunciones en el Centro de Recepción de Menores de Alicante.

En el citado escrito se exponía que el citado Centro cumple funciones de primera acogida de menores que pueden necesitar una medida de protección y que, por tanto, carece de medidas de contención propias de los centros destinados a menores que hayan cometido un hecho tipificado en el Código Penal como delito. Sin embargo, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado remitían, y al parecer siguen haciéndolo, menores detenidos por la comisión de delitos, siendo evidente que no es el lugar adecuado para ello. Esto origina que el ochenta por ciento de los menores se fugue durante la primera hora de estancia, y el resto cause problemas de funcionamiento, siendo completamente inadecuada la mezcla de menores que se encuentran implicados en hechos delictivos con menores que necesitan una medida de protección social por haber padecido abandono, maltrato, etc. En definitiva, que no resultaba posible, el tratamiento simultáneo y en el mismo espacio físico, de la delincuencia juvenil y de la protección de menores.

Asimismo, manifestaban que el Centro de Recepción de Alicante acogía, cada vez con mayor frecuencia, a menores con graves trastornos de conducta por patologías psiquiátricas, sin contar con los medios adecuados para su tratamiento.

Indicaban además, que el Centro de Recepción de Alicante llevaba funcionando aproximadamente 18 años, tiempo en el que no había llevado a cabo ninguna remodelación en sus instalaciones y añadían que las plazas de las que disponía eran claramente insuficientes, estando permanentemente en una sobresaturación constante.

Dado el contenido de ese escrito se solicitó la colaboración de esa Consejería, la cual con fecha 25 de septiembre de 2003, remitió el correspondiente informe, del cual en lo sustancial se dio traslado a las personas que en su día presentaron la queja.

Con posterioridad a ese informe, de nuevo, se han vuelto a dirigir a esta Institución las citadas personas, las cuales han puesto en conocimiento del Defensor del Pueblo una serie de hechos que, para una ordenada exposición, se agrupan en los siguientes apartados:

1. En relación al plazo máximo de 45 días de estancia de los menores que detalla el informe de la Consejería Valenciana, se ha facilitado a esta Institución una relación de menores que han permanecido en el centro más de 45 días. A continuación se indican las iniciales de esos menores y las fechas en las que ingresaron y salieron del centro:

<i>Nombre</i>	<i>Fecha ingreso</i>	<i>Fecha salida</i>
J.C.M.	29 mayo 2003	*
E.A.N.	15 septiembre 2003	*
A.J.D.C.	19 junio 2003	16 octubre 2003
M.V.F.	15 septiembre 2003	17 noviembre 2003
A.G.G.	8 septiembre 2003	27 noviembre 2003
M.F.M.	6 junio 2003	06 octubre 2003
L.P.G.	27 julio 2003	*
P.P.R.	8 agosto 003	*
L.C.G.	21 octubre 2003	*
M.V.C.G.	21 octubre 2003	*
R.I.S.	16 septiembre 2003	10 diciembre 2003
J.D.A.	13 octubre 2003	*
T.F.B.	8 octubre 2003	11 diciembre 2003
A.O.F.B.	8 octubre 2003	11 diciembre 2003
M.M.G.	16 octubre 2003	04 diciembre 2003
J.M.S.	16 septiembre 2003	10 diciembre 2003
J.A.S.	27 julio 2003	20 octubre 2003
R.I.A.A.	24 julio 2003	10 noviembre 2003
S.D.	18 mayo 2003	08 octubre 2003
A.F.G.	17 abril 2003	11 agosto 2003
J.F.G.	17 abril 2003	11 agosto 2003
J.F.G.	17 abril 2003	11 agosto 2003

* El 5 de enero de 2004 permanecía en el Centro.

2. Respecto a lo que el informe de la Consejería Valenciana denomina «no incorporaciones de los internos», según la información a la que ha tenido acceso esta Institución, durante el año 2002 en el citado Centro se fugaron un total de 139 menores. Los citados menores tenían asignados los siguientes números de expediente: 121/01, 79/02, 87/02, 92/02, 128/02, 110/02, 19/02, 108/02, 98/02, 70/02, 80/02, 67/02, 200/01, 133/02, 350/01, 136/02, 03/02, 124/02, 65/02, 60/02, 336/01, 266/01, 255/01, 97/02, 66/02, 105/02, 81/02, 69/02, 213/01, 19/00, 51/02, 127/02, 288/01, 290/01, 130/02, 28/02, 04/02, 129/02, 123/02, 25/02, 132/02, 80/00, 153/01, 23/01, 63/02, 86/02, 340/01, 109/02, 131/02, 27/02, 125/02, 102/02, 06/02, 43/02, 75/02, 116/02, 15/02, 14/02, 64/02, 120/02, 213/02, 182/01, 126/02, 30/02, 29/02, 348/01, 26/02, 103/02, 61/02, 47/02, 111/02 y 18/02.

Además, sólo en el mes de noviembre de 2003, se produjeron 11 fugas, de los menores cuyas iniciales se indican a continuación. Se da además la circunstancia de que alguno de ellos se ha fugado del centro más de una vez durante ese mes, e incluso más de una vez el mismo día.

E.A.N.	Día 29.
J.C.M.	Días 24, 25, 26, 27, 28 y 29.
C.B.P.	Días 16, 16, 18, 21, 23 y 23.
J.L.M.G.	Día 27.
R.S.M.	Días 18, 21, 23 y 23.
E.F.P.	Día 23.
C.M.R.	Día 23.
R.M.R.	Día 23.
J.G.R.	Días 18 y 21.
J.M.	Día 14.
J.F.Z.	Día 28.

3. En otra parte de documentación recibida, aparecen una serie de comunicaciones realizadas por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en las que se mencionan los nombres de menores que, habiendo sido detenidos por hechos delictivos graves, son conducidos e internados en el Centro de Recepción de Menores de Alicante.

4. Por último también se indica que en el centro se están ingresando a menores que presentan graves alteraciones en su salud mental, generando los mismos importantes incidentes que repercuten de manera negativa en el buen orden del centro y en el resto de menores.

A la vista de esos nuevos datos, se solicitó la colaboración de la Fiscalía General del Estado, la cual recientemente ha informado que «Es cierto que ha habido y hay menores que han permanecido en el Centro de Recepción de Menores “Alacant” más de 45 días», habiendo sido de-

nunciado ese hecho por la propia Fiscalía en la inspección que practicó el 8 de octubre de 2003.

También se indica que la mayoría de los menores que allí ingresan, aunque están incurso en expedientes de la Ley Orgánica 5/2000, no tienen ninguna orden de internamiento, si bien permanecen en el centro dada su situación de desprotección.

Según aparece en la documentación facilitada desde la Fiscalía General del Estado, ha sido preciso iniciar unas diligencias de investigación penal (n.º 25/04), dadas las comparecencias efectuadas ante la Fiscalía por dos menores que denunciaban la convivencia de los que allí estaban internados con otros que resultaban muy problemáticos.

En las actas de inspección elaboradas tras las visitas que realizan los miembros del Ministerio Fiscal, se hace constar que:

«... el centro actúa como auténtico cajón de sastre de las situaciones de riesgo más variadas. Conviven menores con problemas de comportamiento severo, deficiencia mental y niños de corta edad en situación de desamparo, lo que dificulta cualquier proyecto educativo y lesiona los derechos de los menores...».

«... se incumplen los plazos reglamentarios de derivación a otros recursos residenciales...».

A la vista de cuanto se acaba de exponer el Defensor del Pueblo considera que en el Centro de Recepción de Menores de Alicante, no se están respetando las previsiones legales que la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, impone como principios rectores de la acción administrativa hacia los menores (artículo 11) ya que no se les presta una asistencia adecuada a través de los medios oportunos, toda vez que en el mismo centro, conviven menores de corta edad, en situación de desprotección con otros que aunque también presentan situaciones de desprotección ingresan en el centro con más de 14 años, por haber participado en alguna acción delictiva. En definitiva se está incumpliendo también el trato especializado y personalizado que exige el artículo 21 de la citada ley, toda vez que como señala el Ministerio Fiscal, el Centro actúa como un auténtico «cajón de sastre» al acoger a menores que presentan situaciones personales y trayectorias completamente diferentes.

Además de la situación existente en el Centro de Recepción de Menores de Alacant, en modo alguno se ajusta a lo dispuesto en la Orden de 19 de junio de 2003, de esa Consejería, en la que se regula la tipología y condiciones materiales y de funcionamiento de los Centros de Protección de Menores en esa Comunidad Autónoma. El artículo 4 de esa

Orden establece un sistema de atención personalizada para los menores en función de sus necesidades específicas. Esta previsión legal no se cumple en el mencionado Centro. Por otro lado en el artículo 13 de la citada Orden se establece como tiempo máximo de estancia en esta clase de centros 45 días, plazo que de manera reiterada se incumple. Por último, en ese artículo en su apartado 5º, se menciona la conveniencia de que en cada provincia por razón de la edad y demás circunstancias de los menores exista más de un centro de recepción. En el caso de la ciudad de Alicante, la existencia de más de un centro podría contribuir a paliar la situación por la que atraviesa el Centro de Recepción de Menores de Alacant.

A la vista de lo expuesto, esta Institución al amparo del artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida en que la cuestión expuesta afecta a derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, ha valorado la conveniencia de dar traslado a V. E. de la siguiente recomendación: «Que por parte de esa Consejería se adopten las medidas oportunas para que en el Centro de Recepción de Menores de Alicante, se cumplan las previsiones normativas mencionadas en esta recomendación, evitando que en dicho centro convivan menores en situación de desprotección con otros que encontrándose también en esa situación se encuentren incurso en procedimientos regulados en la Ley Orgánica 5/2000 por haber participado en hechos delictivos».

Madrid, 28 de julio de 2004.

Recomendación dirigida al Consejero de Bienestar Social de la Generalidad Valenciana.

Recomendación 56/2004, de 29 de julio, sobre adopción de iniciativas dirigidas a corregir la concentración de alumnado inmigrante, con necesidades de carácter compensatorio, existente en determinados colegios públicos de Madrid capital.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 449.)

Es de referencia su escrito de fecha 5 de marzo último (s/ref.: salida 09/046348.7/04), con el que adjunta informe emitido por la Dirección General de Centros Docentes de esa Consejería de 17 de febrero anterior, en relación con el supuesto planteado por doña (...), promovente ante el Defensor del Pueblo de la queja cuyo número se indica más arriba.

Los datos que se aportan con el citado informe permiten apreciar la muy desigual distribución de los alumnos de origen inmigrante entre los centros docentes del distrito de Moncloa-Aravaca, y ponen de manifiesto la notable desproporción existente entre el número absoluto y el porcentaje de alumnado del indicado origen que escolarizan la mayor parte de los veintiún centros docentes, privados concertados y públicos, del distrito —que tiende a ser superior en estos últimos— y el que está escolarizado en los colegios públicos *Portugal* y *Aravaca*.

En efecto, mientras el resto de los centros escolarizan porcentajes de alumnos inmigrantes de entre el 0,32 al 13,6 por 100 en los centros concertados, y entre el 3,38 y 18,18 por 100 en los públicos, los dos colegios mencionados han alcanzado en el pasado curso escolar 2003-2004 porcentajes de alumnos inmigrantes del 51,47 por 100 en el caso del Colegio Público “Portugal” y del 71,83 por 100 en el Colegio Público *Aravaca*.

En números absolutos ello significa que de los 681 alumnos procedentes de la inmigración que escolarizan los veintiún centros mencionados, 207, es decir, cerca de la tercera parte, están escolarizados en los dos centros docentes del distrito ya mencionado.

Los datos aportados, aunque relativos tan sólo a los cursos 2002-2003 y 2003-2004 apuntan una ligera tendencia al aumento del porcentaje de alumnos escolarizados en el sector de centros concertados y una paulatina tendencia a su disminución en los centros públicos del distrito, siendo todavía, sin embargo, muy desigual y considerablemente más elevado el porcentaje medio de alumnos inmigrantes que escolarizan los centros públicos, 15,14 por 100 de su alumnado total, frente a los concertados, 4,04 por 100.

Los mismos datos permiten deducir que seis centros docentes públicos de los diez existentes en el distrito de Moncloa-Aravaca que presentaban porcentajes más elevados de alumnado inmigrante, han experimentado en el pasado curso 2003-2004 descensos significativos en los porcentajes de alumnos de origen extranjero que escolarizaban en dicho curso respecto de los que presentaban el año académico anterior.

En la medida en que esta evolución continúe en el mismo sentido en cursos posteriores, tanto si son resultado directo y exclusivo de las medidas aplicadas por esa Consejería —entre ellas las de reserva de plaza en todos los centros públicos o concertados destinados al alumnado inmigrante— como si han contribuido a la misma otros factores, dicha evolución debe, a juicio de esta Institución, ser objeto de una valoración positiva, ya que ha de contribuir a medio plazo a una distribución más equilibrada del citado alumnado entre todos los centros de la zona.

No obstante esta evolución positiva, que ha afectado, entre otros, al Colegio Público *Portugal*, uno de los dos ya destacados por el elevado peso relativo de su alumnado inmigrante, todavía este centro, con un 51,47 por 100, al igual que el Colegio Público *Aravaca*, con un 71,83 por 100 de alumnado inmigrante, presentan porcentajes de este alumnado que no parecen conciliables con la distribución equilibrada entre todos los centros docentes de los alumnos con necesidades educativas especiales, vinculadas a sus condiciones físicas o psíquicas, o a circunstancias de carácter socioeconómico, que pretende la legislación educativa vigente.

Situaciones de concentración como las mencionadas son valoradas de forma negativa por los integrantes de las comunidades educativas de los centros afectados que, según ha tenido ocasión de contrastar el Defensor del Pueblo en el informe que ha elaborado sobre las condiciones en que se produce la escolarización del alumnado de origen inmigrante en nuestro país, cuando los porcentajes de concentración superan el 30 por 100 del alumnado de sus centros, entienden que resulta afectado el desarrollo del proceso de enseñanza-aprendizaje, así como la convivencia en los centros y su imagen exterior y, en definitiva, dificultado el ejercicio del derecho a la educación de sus alumnos.

Las mismas situaciones no resultan acordes, como ya se ha apuntado, con prescripciones legales expresas que en la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, contemplan expresamente la necesidad de que la programación educativa atienda al objetivo de lograr una adecuada y equilibrada distribución entre los centros docentes de los alumnos con necesidades educativas específicas, con el fin de garantizar su escolarización en las condiciones más apropiadas.

Las medidas hasta ahora aplicadas para lograr dicho objetivo, cuya plena eficacia sólo cabe esperar que se produzca a medio plazo, según expresamente ha reconocido esa Consejería, si pueden resultar adecuadas cuando se trata de centros que no presentan índices de concentración tan elevados como los existentes en los dos centros docentes mencionados —Colegio Público *Portugal* y Colegio Público *Aravaca*—, no parecen por sí solas las más idóneas para solventar las situaciones existentes en los citados colegios públicos, ya que la aplicación exclusiva de dichos mecanismos, dados los elevados porcentajes de alumnado de origen inmigrante apreciables en los mismos, exigiría períodos de tiempo mucho más largos que en otros colegios para que las referidas medidas desplegaran plenamente sus efectos y esto en centros en los que la situación es especialmente acuciante y percibida de forma negativa por las comunidades escolares respectivas, desde el punto de vista de la plenitud de los derechos educativos de los alumnos, todo lo cual haría aconsejable, a juicio de esta Institución, su corrección en el período de tiempo más breve posible.

Esta percepción concuerda con las previsiones que en las leyes educativas vigentes contemplan la distribución equilibrada de los alumnos con necesidades educativas especiales entre todos los centros sostenidos con fondos públicos, como principio dirigido a favorecer la integración de estos alumnos y el desarrollo eficaz del conjunto de la actividad educativa en los centros docentes, objetivos estos últimos estrechamente vinculados a la integridad del derecho a la educación de los alumnos cuya obtención no parece que pueda garantizarse en términos temporales razonables, en los dos centros docentes mencionados, a través de las medidas que hasta ahora vienen aplicándose.

Esta Institución, en situaciones como la que parecen presentar los dos centros educativos repetidamente mencionados, ha apuntado en el informe ya citado sobre las condiciones de escolarización del alumnado de origen inmigrante, la conveniencia de adoptar cuantas iniciativas normativas o de índole organizativa resulten precisas para alcanzar, a corto plazo, el objetivo legal de distribución equilibrada del alumnado con necesidades educativas especiales entre los centros docentes, si ello

fuera necesario incluso a través de prescripciones limitativas del derecho de libre elección de centro en aquellos supuestos en que, como consecuencia de su ejercicio sin restricción alguna, pudieran derivarse o se hubieran ya producido en los centros docentes situaciones que puedan suponer perjuicios evidentes al derecho a la educación de los alumnos.

El Defensor del Pueblo es, desde luego, partidario de la aplicación con anterioridad de mecanismos preventivos que impidan situaciones de concentración como las producidas y considera además que las administraciones educativas deberían hacer todos los esfuerzos posibles para dotar, muy específicamente a los centros que presentan porcentajes tan elevados de alumnado con necesidades educativas especiales, de cuantos medios, personales y materiales específicos, incluso por encima de los estrictamente exigibles de acuerdo con la normativa vigente, pudiesen favorecer la mejor atención de dichos alumnos, pero entiende también que, en último término, situaciones de concentración de alumnado de la entidad que se da en ciertos centros como los dos que se vienen mencionando sólo puede abordarse a través de medidas correctoras que permitan dar cumplimiento inmediato a las prescripciones legales sobre distribución equilibrada de dicho alumnado ya varias veces mencionadas y restablecer la integridad de los derechos educativos de los alumnos de los centros afectados.

En consecuencia, esta Institución, en uso de las facultades que le atribuye el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se permite formular a V. E. la siguiente recomendación: «Que se estudie la conveniencia de adoptar medidas dirigidas a corregir a corto plazo las situaciones de concentración de alumnado de origen inmigrante existentes en los colegios públicos *Portugal* y *Ara-vaca* y en cualquier otro centro gestionado por esa Consejería que presente circunstancias similares, incluyendo entre dichas medidas las de carácter normativo o de cualquier otra índole, que resultasen necesarias para establecer limitaciones al derecho a la libre elección de centro docente cuando, como aparentemente ocurre en los supuestos planteados, resultasen imprescindibles para restablecer la integridad de los derechos educativos de los alumnos de los centros afectados».

Madrid, 29 de julio de 2004.

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

Recomendación 57/2004, de 2 de agosto, sobre publicación de los anuncios de los procesos selectivos en el *Boletín Oficial del Estado*.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 442.)

Agradecemos su informe (s/ref.: nº 36536, de 3 de junio de 2004), en relación con la queja que tiene planteada ante esta Institución doña (...), registrada con el número arriba indicado.

En el mismo se describe cronológicamente el iter que ha seguido la convocatoria de 12 de marzo de 2004 de ese Ayuntamiento para proveer 50 plazas de Policías Locales, pertenecientes a la Escala de Administración Especial, Subescala Servicios Especiales, Clase Policía Local, Grupo D, correspondiente a la oferta de empleo público del año 2003, considerando en su citado informe que la actuación de esa Administración municipal al respecto ha sido todo lo diligente que debiera, tramitándose con normalidad, y solicitando la publicación de las bases en los Diarios Oficiales una vez que las mismas fueron aprobadas por el órgano competente.

Analizado el contenido del informe remitido, esta Defensoría estima oportuno realizar una serie de consideraciones ante esa corporación municipal, respecto de la cuestión objeto de esta investigación, relativas al retraso en la publicación de la convocatoria citada.

El anuncio cuya publicación ha motivado la presente queja se suscribió por el Concejal Delegado de Hacienda, Recursos y Calidad de Servicios de ese Ayuntamiento para su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* con fecha 14 de abril de 2004, es decir, más de un mes después de que la convocatoria se hubiera publicado en el *Boletín Oficial de la Provincia de Las Palmas*, que tuvo lugar el 12 de marzo de 2004. El oficio de remisión que acompañaba a dicho anuncio fue registrado de sa-

lida por ese Ayuntamiento el 16 de abril, no recibíéndose en el Ministerio de la Presidencia hasta el 29 de abril, fecha en la que fue registrado por el Registro General del Departamento ministerial.

A juicio de esta Defensoría, y tras analizar el informe remitido por la Dirección General del Secretariado del Gobierno del Ministerio de la Presidencia, órgano competente en la ordenación y control de la publicación de disposiciones y actos administrativos en el *Boletín Oficial del Estado*, el motivo que explica el retraso que se ha producido entre la primera publicación de la convocatoria en el *Boletín Oficial de la Provincia* y la publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, con la correlativa apertura del plazo de presentación de instancias, ha sido el transcurso de más de un mes por parte de ese Ayuntamiento para aprobar el anuncio de la convocatoria, no siendo dicho plazo imputable a la citada Dirección General, pues es a partir del momento en que la disposición llega al citado Departamento ministerial cuando comienza el procedimiento de publicación de este tipo de disposiciones por parte del Secretariado del Gobierno.

A mayor abundamiento, el periodo de tiempo transcurrido entre el momento que el anuncio tiene entrada en el registro del Ministerio de la Presidencia y el momento en que se produce su publicación es entre siete y diez días hábiles, plazo razonable para la tramitación del procedimiento de publicación de este tipo de anuncios, y muy por debajo del plazo máximo previsto al respecto por la normativa en vigor, pues de acuerdo con el Real Decreto 1511/1986, de 6 de junio, de ordenación del diario oficial del Estado, cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo de publicación, éste será de tres meses desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación.

Es evidente que si entre la primera publicación de la convocatoria en el *Boletín Oficial de la Provincia*, con la que se creó una expectativa en los destinatarios de pronta publicación en el *Boletín Oficial del Estado* y correlativa apertura del plazo de presentación de instancias, y la efectiva recepción del anuncio en el Ministerio de la Presidencia para proceder a su inserción no hubiese transcurrido más de mes y medio, no se habría causado a la interesada el perjuicio que ha motivado su comparecencia.

Sobre la base de las argumentaciones expuestas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formular a ese Ayuntamiento la siguiente recomendación: «Que se dicten las instrucciones oportunas para remover los posibles obstáculos que impiden que

los anuncios de los procesos selectivos de personal de esa Administración Local que deben ser objeto de publicación en el diario oficial del Estado, y que están sujetos a un límite temporal, sean aprobados por el órgano competente en el plazo más breve posible, de forma que los mismos puedan ser remitidos con celeridad al Secretariado del Gobierno, a fin de que se inicie cuanto antes su procedimiento de publicación».

Madrid, 2 de agosto de 2004.

Recomendación dirigida a la Alcaldesa del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria.

Recomendación 58/2004, de 4 de agosto, sobre la necesidad de establecer de forma expresa, en las próximas convocatorias de ayudas públicas a personas con discapacidad, las cuantías máximas que se concedan como ayudas complementarias, fijando los límites no sólo con carácter mensual, sino incluso en su cuantía diaria, cuando sea necesario.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 440.)

En su día compareció ante esta Institución don (...), manifestando su disconformidad con la cantidad percibida en concepto de gastos de transporte, por la asistencia a un curso de reparación de calzado, realizado en el Centro de Recuperación de Minusválidos Físicos de Albacete, durante el año 2001.

Exponía que, en marzo de 2001, formuló solicitud de la ayuda correspondiente por desplazamiento desde su domicilio que se encuentra a una distancia de 57 kms. de Albacete. De acuerdo con la información que le había sido facilitada por el director del Centro, la cantidad máxima que se le podría facilitar era de 90.000 pesetas aunque el gasto real de los viajes ascendía a 260.000 pesetas.

En febrero de 2002 le fue comunicada la resolución de concesión por importe de 60.000 pesetas, señalando la resolución del recurso de reposición interpuesto, que el interesado había acudido a los cursos correspondientes durante 10 meses, y que de acuerdo con la disposición transitoria segunda de la Orden de 19 de noviembre de 2001, las ayudas individuales no pueden exceder, en el supuesto de transporte para rehabilitación y asistencia especializada, las 9.000 pesetas mensuales. En atención a ello se valoraba que la cantidad de 60.000 pesetas era la cuantía máxima a conceder por el concepto solicitado por el interesado.

Tras diversas actuaciones dirigidas a conocer los motivos por los que, aun cuando la norma de referencia establece un máximo mensual de 9.000 pesetas y al interesado le había sido reconocida una asistencia al curso durante 10 meses, se señalaba que 60.000 pesetas era la cuantía máxima que le podía ser concedida. En el informe de esa Dirección General, de fecha 14 de abril de 2004, se argumentaba que la Junta Central de Prestaciones ha venido haciendo una interpretación de la norma de referencia en el sentido de distribuir la cuantía máxima de la ayuda a conceder mensualmente en razón de los días en que efectivamente se ha utilizado el transporte a subvencionar. Se informaba asimismo, que este criterio se ha aplicado no sólo en la convocatoria correspondiente al año 2001 sino en los siguientes ejercicios 2002 y 2003.

Esta Institución entiende que aun cuando el criterio expuesto pueda resultar razonable, al no venir recogido de forma explícita en la Orden de 19 de noviembre de 2001 por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas públicas a personas con discapacidad, dentro del ámbito de competencias del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, y no motivarse en las resoluciones notificadas a los interesados, puede dar lugar, cuando menos, a confusiones y falsas expectativas.

En atención a lo expuesto, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, la conveniencia de formular a V. I. la siguiente recomendación: «Que se valore la oportunidad y conveniencia de establecer de forma expresa, en las próximas convocatorias de ayudas públicas a personas con discapacidad, los límites máximos de cuantías a conceder, como ayudas complementarias, fijándose, cuando sea necesario, no sólo con carácter mensual sino determinando el límite de la cuantía diaria».

Madrid, 4 de agosto de 2004.

Recomendación dirigida al Director General del Instituto de Mayores y Servicios Sociales del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Recomendación 59/2004, de 4 de agosto, referida a la conveniencia de elaborar impresos, de carácter informativo, sobre la posibilidad de solicitar las prestaciones previstas en la Ley General de la Seguridad Social que puedan corresponder al beneficiario, en función de su grado de minusvalía, sin necesidad de esperar a la resolución sobre valoración de esa minusvalía.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 448.)

Es de referencia su escrito de fecha 20 de mayo pasado, registro de salida número 4846.

Esta Institución valora positivamente las actuaciones puestas de manifiesto sobre la agilización de la tramitación administrativa de las valoraciones de minusvalía, así como la puesta en marcha de procedimientos para aumentar el número de equipos de valoración y personal administrativo de apoyo.

Sin perjuicio de lo anterior, de las actuaciones llevadas a cabo en el expediente iniciado a partir de la queja planteada por don (...), se desprende que aunque el interesado hizo constar en la solicitud de reconocimiento del grado de minusvalía a favor de su hija, su intención de tramitar, entre otros, la prestación por hijo a cargo, el mismo desconocía la posibilidad de formular la solicitud de dicha prestación con anterioridad a disponer del certificado.

Todo ello motivó que el reclamante no presentara su solicitud ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social hasta el momento en que le fue facilitado el certificado de valoración de minusvalía, lo que supuso para el mismo la pérdida de un año de los posibles efectos económicos de la prestación.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 183.2 de la Ley General de la Seguridad Social, modificada por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre,

el nacimiento del derecho a las prestaciones familiares se produce a partir del día primero del trimestre natural inmediatamente siguiente a la fecha en que se haya solicitado el reconocimiento de ese derecho. Del mismo modo, los efectos económicos del reconocimiento de derecho a las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva, se producirán a partir del día primero del mes siguiente en que se presente la solicitud, según lo previsto en el artículo 146 de la citada Ley General de la Seguridad Social.

Por otra parte, al reconocimiento del grado de minusvalía se le atribuyen efectos desde la fecha de presentación de la solicitud de valoración. Por ello la Seguridad Social contempla la posibilidad de formular la solicitud de la prestación que en función del grado de minusvalía pudiera corresponder al beneficiario, con anterioridad a disponer del necesario certificado.

En consecuencia, al objeto de evitar los efectos perjudiciales que las posibles demoras administrativas pudieran causar a los solicitantes de valoración de la condición y el grado de minusvalía, se considera necesario, en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, formular a V. E. la siguiente recomendación: «Que por esa Consejería se valore la oportunidad y conveniencia de proceder a la elaboración de impresos-formulario de carácter informativo sobre la posibilidad de solicitar, sin necesidad de esperar a la resolución sobre valoración de minusvalía, las prestaciones previstas en la Ley General de la Seguridad Social que en función de las circunstancias de los solicitantes pudieran corresponderles».

Madrid, 4 de agosto de 2004.

Recomendación dirigida a la Consejera de Bienestar Social de la Generalidad Valenciana.

Recomendación 60/2004, de 23 de agosto, sobre el desarrollo de vías reglamentarias que permitan la concesión de autorizaciones de residencia por colaboración con la Justicia en cualquier tipo de delitos.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 459.)

En su día se recibió la atenta comunicación de la, entonces, Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración por medio de la cual se daba contestación a la petición de colaboración de esta Institución, en relación con la investigación general abierta sobre la aplicación y efectividad práctica de las previsiones contenidas en el artículo 59 de la Ley de extranjería.

Dicha investigación se ha seguido también con la Fiscalía General del Estado, así como con el centro directivo responsable de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Los datos aportados en su momento, tanto por la Delegación del Gobierno, como por la Fiscalía General, así como por la Inspección de Trabajo permiten señalar que el empleo de las previsiones de exoneración de la responsabilidad administrativa a favor de aquellos extranjeros en situación irregular que colaboren con las autoridades competentes en la detección y persecución de redes organizadas, que realicen actividades relacionadas con el tráfico ilícito de seres humanos, la inmigración ilegal, el tráfico ilícito de mano de obra o el tráfico para prostitución, sigue unas pautas de especial prudencia a fin de evitar la proliferación de denuncias falsas.

Sin perjuicio de los anterior, en la respuesta ofrecida por el Fiscal General del Estado se contiene una serie de reflexiones de alto interés. En especial debe hacerse referencia a una de ellas, que señala lo siguiente:

«Pese a la rúbrica de la figura —colaboración contra redes organizadas— ha de entenderse que incluya cualquier denuncia o colaboración, ya sea policial o judicial, que permita la investigación o persecución de actos de tráfico llevados a cabo por cualquier persona, sin que se exija que la actividad denunciada sea incardinable en un acto de tráfico cometido por una organización ilícita dedicada a estos fines. Cualquier colaboración en procedimiento por delitos de los comprendidos en los artículos 188.2, 312, 313 y 318 bis del Código Penal, basta para valorar la procedencia de la exención de responsabilidad administrativa del colaborador, sin que quepa reducir tal posibilidad a los casos en que se establezca concurso con el delito de asociación ilícita o que se aplique el subtipo agravado de pertenencia a organización de los responsables. Ello, sin perjuicio, como ya se dijo, de que la autoridad administrativa valore en cada caso la naturaleza de la colaboración y la importancia de los hechos delictivos descubiertos para conceder o no la exención de responsabilidad.»

Debemos comunicar a V. E. que tal posición de la Fiscalía General del Estado es plenamente compartida por esta Institución constitucional, por cuanto entiende que de otro modo se vería frustrada buena parte de la finalidad de la propia norma. Es preciso reparar en que en la moderna fenomenología de este tipo de delitos las redes que explotan a los inmigrantes suelen adoptar muy diversos perfiles en buena medida para reducir su visibilidad dificultando así la labor de persecución. Por ello no siempre es posible conocer el carácter organizado de estas redes sino a través de la investigación de un número de casos significativos, que permiten el estudio de sus mutables patrones de comportamiento. En esta situación resulta vital contar con testimonios contrastados que permitan completar la secuencia de actuaciones y atribuir a estas redes la completa responsabilidad en todos los actos ilícitos que promueven o ejecutan o de los que se lucran.

Nos permitimos, pues, llamar la atención sobre esta relevante cuestión a V. E. a fin de que en su condición de responsable del desarrollo de la política del Gobierno en materia de extranjería e inmigración, y en coordinación con la Dirección General de la Policía, se adopten las medidas oportunas para que el criterio expuesto en la circular de la Fiscalía General del Estado que ha quedado transcrito más arriba sea plenamente asumido.

Respecto de otra cuestión, la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social planteaba igualmente la peculiaridad de la situación de los extranjeros residentes irregulares a los que, como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, sean be-

neficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo o se pueda presumir que lo sean en un futuro a resulta de las lesiones sufridas.

Señalaba en su informe el mencionado centro directivo que sería necesario que la Comisión Interministerial de Extranjería determinase los criterios que deberían regir el procedimiento seguido en estos casos.

En relación con este asunto debemos manifestar a V. E. que el criterio de esta Institución constitucional es que la legislación presupone —más aún después de la reforma operada en el artículo 36.3 de la Ley Orgánica 4/2000 por medio de la Ley Orgánica 14/2003— que este supuesto ha de recibir una solución, al margen de la apreciación o no de que la concurrencia de un delito incardinable en los artículos 316, 317 y 318 del Código Penal, así como de las posibilidades reales de que este sea perseguido.

Es convicción de esta Institución, que el reconocimiento del derecho a la prestación, derivada de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, ha de ser independiente de la existencia o no de una red organizada como beneficiario de la relación laboral irregular. Reconocida esta situación, es claro que el inmigrante en cuestión no deberá sufrir —salvo en circunstancias verdaderamente extraordinarias— la expulsión del territorio nacional y una elemental coherencia, exigible a todo ordenamiento jurídico, aconseja que su situación se vea regularizada a través de una vía independiente del hecho de que colabore o no con la Justicia. En este caso parece que lo más lógico, a primera vista, es recurrir a la autorización de residencia por razones excepcionales si tal es su deseo.

Queda, no obstante, necesitado de una adecuada regulación la posición de aquellos extranjeros que, encontrándose trabajando sin gozar de las pertinentes autorizaciones, sufrieran un accidente de trabajo o se vieran afectados por una enfermedad profesional, como consecuencia de lo cual fuera previsible en el futuro se hicieran acreedores al derecho a recibir una prestación por incapacidad permanente para el trabajo a resultas de las lesiones sufridas. En este punto la opinión de esta Institución coincide con la de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre la conveniencia de dictar criterios que aclaren el modo de proceder en estos casos. Tal labor de interpretación y desarrollo podrá realizarse en el Reglamento de ejecución de la Ley de extranjería actualmente en preparación, o por un acuerdo específico de la Comisión Interministerial de Extranjería.

Como tercera cuestión, esta Institución desea hacer patente a V. E. su convicción de que la normativa de extranjería debe proveerse de los

medios que permitan a la Administración contar con los mejores incentivos para luchar fructuosamente contra las diversas formas de criminalidad, así como contra los ilícitos administrativos de mayor gravedad.

Debe repararse a este respecto que las situaciones de marginalidad y riesgo social a las que se ven abocados, en algunas ocasiones, los extranjeros que permanecen en nuestro país de forma irregular, contribuyen a asegurar la impunidad de ciertos tipos de delitos —y particularmente de aquellos que se apoyan sobre una situación de desprotección material de la víctima— o, al menos, dificultan su persecución de manera notable.

Así las cosas, en opinión de esta Institución constitucional, la posibilidad de que los extranjeros que se encuentran en una situación como la descrita acudan ante las autoridades españolas sin tener cuando menos la esperanza de que su colaboración pueda reportarles algún tipo de beneficio se ha demostrado como escasamente realista.

Por esta razón, el Defensor del Pueblo entiende que resulta necesario que en el desarrollo de la Ley de extranjería se dé cabida a alguna disposición que permita la regularización de aquellas personas que presten una colaboración similar a la descrita en el artículo 59 de la Ley, pero sin que esta se haya de ver circunscrita a la persecución de redes organizadas, sino que pueda emplearse respecto de cualquier tipo delictivo.

A criterio de esta Institución tal posibilidad no sólo no choca con las previsiones legales, sino que las desarrolla en forma más precisa, pues ha de repararse en que junto al tantas veces citado artículo 59 de la Ley Orgánica 4/2000, tras la reforma operada por medio de la Ley Orgánica 14/2003, indica en su artículo 31.3 que la Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal, entre otras razones, por colaboración con la Justicia. Ha de insistirse en que la previsión aquí aludida no se ve acotada a los supuestos de colaboración ya previstos en otro artículo y que, por tanto, puede ser objeto de un desarrollo reglamentario autónomo.

Todo ello, además, no implica peligro alguno para el interés general, ya que será esta la que adoptará la decisión sobre la pertinencia de conceder o no la exención de responsabilidad solicitada, por lo que podrá conceder estas medidas con la necesaria prudencia y tras las comprobaciones que estime oportunas.

De acuerdo con lo anterior, esta Institución, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a V. E. la siguiente recomendación: «Que con ocasión de la aprobación del nuevo Reglamento de ejecución de la Ley

de extranjería se desarrollen las previsiones del artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, según la redacción dada por la Ley Orgánica 14/2003, en lo relativo a la obtención de autorizaciones de residencia por colaboración con la Justicia, como una vía propia y diferenciada de la prevista en el artículo 59 del mencionado cuerpo legal, de modo que pueda utilizarse para incentivar la colaboración de extranjeros en situación irregular, facilitando así la persecución de cualquier tipo de delitos».

Por otra parte, deseo transmitir a V. E. la confianza de esta Institución constitucional sobre que las restantes cuestiones abordadas puedan tener una acogida también favorable por parte de esa Secretaría de Estado.

Madrid, 23 de agosto de 2004.

Recomendación dirigida a la Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración.

Recomendación 61/2004, de 24 de agosto, sobre la admisibilidad de la presentación de solicitudes de visado, a favor de menores, por medio de representante.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 432.)

Se acusa recibo a su atento escrito en el que nos contesta a la queja planteada por doña (...) y registrada con el número arriba indicado.

En el informe remitido, anterior a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de modificación de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, nos participa V. I. que en los casos de solicitantes de visado de estancia para menores, cuyos padres no se encuentran en España, el Consulado de España en Bogotá pide que la representación legal sea ejercida por algún familiar, debido a que en aquel país es práctica habitual que los trámites de visados los realicen personas intermedias con fines lucrativos.

A este respecto, resulta preciso recordar que la citada Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, introduce en su disposición adicional tercera la exigencia de comparecencia personal para la presentación de solicitudes de visado y su recogida ante la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación resida el solicitante.

Sin perjuicio de lo anterior, y como V. I. sin duda conoce, ese mismo precepto establece que en los supuestos de presentación de solicitudes y recogida de visado de estancia, tránsito y residencia por reagrupación familiar de menores, ambos trámites podrán realizarse mediante representante debidamente acreditado.

De este modo, la legislación de extranjería actualmente en vigor exige que la representación que se confiera para formular peticiones de

visado que afecten a menores de edad se encuentre debidamente otorgada, sin que no obstante se imponga ninguna otra exigencia respecto de la persona que libremente designen los progenitores del menor, ni se limite el derecho de representación a los familiares cercanos o con los que exista algún vínculo de consanguinidad.

En este mismo sentido, y como V. I. también sabe, el artículo 162 del Código Civil dispone que los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. En consecuencia, y dado que los titulares del derecho de representación son los propios progenitores, no existe ningún obstáculo legal para que éstos deleguen la efectiva realización de los trámites y gestiones administrativas pertinentes en aquellas personas que de forma voluntaria determinen sobre la base de una relación de confianza, independientemente de que con las mismas existan o no vínculos familiares.

De otro lado y con carácter subsidiario, el artículo 32 de la Ley Orgánica 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que los interesados con capacidad de obrar podrán actuar por medio de representante, entendiéndose con éste las actuaciones administrativas, salvo manifestación en contra del interesado. En este mismo sentido, dicho texto normativo permite que la acreditación de la representación se lleve a cabo por cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado.

En relación con este mismo asunto, se quiere significar a V.I que esta Institución considera altamente positivo el hecho de que la Administración establezca mecanismos de prevención y control dirigidos a evitar que los interesados puedan ser objeto de fraudes y posibles abusos, si bien ello no puede suponer en modo alguno una limitación del derecho de los progenitores a conferir su representación legal a aquellas personas que libremente elijan, siempre que dicha representación se acredite otorgada en debida forma.

Por todo cuanto antecede, cabe concluir que la exigencia de que la representación legal de los visados de estancia, tránsito y residencia por reagrupación familiar de menores se lleve a cabo por algún familiar de los mismos, no tiene amparo legal en la vigente legislación y en consecuencia, no puede ser aceptada por esta Institución.

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

Dirección General se impartan las oportunas instrucciones a fin de que en las misiones diplomáticas u oficinas consulares españolas se admitan las solicitudes de visado de estancia, tránsito y residencia por reagrupación familiar de menores cuando éstas se formulen por medio de representante debidamente acreditado, sin que en ningún caso se exija que dicha representación se confiera necesariamente a un familiar directo con vínculos de consanguinidad, por no encontrarse recogida tal exigencia en la vigente Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ni resultar de aplicación en virtud de lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; todo ello por entender que la referida actuación administrativa supone una restricción injustificada del derecho de los progenitores para la libre designación de representante».

Por último, y en lo que se refiere al caso concreto que afecta a la Sra. (...) se desearía conocer si finalmente se otorgaron por el Consulado de España en Bogotá los visados de estancia solicitados para los tres hijos de la reclamante.

Madrid, 24 de agosto de 2004.

Recomendación dirigida al Director General de Asuntos y Asistencia Consulares.

Recomendación 62/2004, de 24 de agosto, sobre el control de los contenidos informativos de las páginas web de los consulados y su actualización periódica.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 451.)

Se ha recibido en esta Institución escrito de la Asociación (...) que ha quedado registrado con el número arriba indicado.

En dicha carta la citada Asociación manifiesta haber detectado la existencia de algunas anomalías en las páginas web de distintos consulados, en las que según los comparecientes se está facilitando una información defectuosa en materia de extranjería.

La prolija información elaborada por esa Asociación ha sido examinada con detenimiento por esta Institución, observándose que en algunas de las páginas referenciadas ya han sido introducidas las debidas correcciones.

No obstante, se aprecia igualmente que continúan figurando distintos puntos en los que no se facilita a los usuarios una información veraz, y en algunos casos los datos reseñados no han sido oportunamente adaptados conforme a las previsiones introducidas por la última Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

A la vista de lo anterior, se ha estimado conveniente dar cuenta a V. I. de los errores detectados en las citadas páginas web, que a continuación se detallan:

En <http://www.mae.es/consulados/bogota>

Se hace mención expresa a la última modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 14/2003.

No obstante, en la citada página web se siguen exigiendo los mismos requisitos para solicitar los diferentes tipos de visado que antes de la entrada en vigor de dicha Ley.

— Visado de residencia por trabajo.

Se establece como plazo para solicitar este visado un periodo de tres meses a contar desde el momento en el que se presenta la oferta de empleo en la respectiva Delegación o Subdelegación del Gobierno en España (con NEV), cuando en el artículo 36 de la Ley Orgánica 4/2000 modificada por la Ley Orgánica 14/2003 se establece expresamente que el visado se solicitará en el periodo máximo de un mes, a contar desde la notificación al empresario de la concesión de la autorización administrativa para trabajar.

Se indica la posibilidad de que los familiares de solicitante de visado por cuenta ajena como alto directivo/cuenta ajena y familiares de inversionistas (cónyuges e hijos menores de 18 años sobre los que se posea la patria potestad), puedan solicitar visado de residencia para trabajar, aportando la oferta de empleo que previamente habrá presentado dicho familiar.

Esta posibilidad no se contempla en ningún momento en la Ley Orgánica 4/2000 modificada por la Ley Orgánica 14/2003, sino que se trata de un supuesto más de reagrupación familiar, siendo preciso para ello que el reagrupante haya residido legalmente un año en España y tenga residencia para residir al menos otro año.

— Otros visados de residencia: exceptuación al permiso de trabajo.

Igualmente se establece que el visado se deberá solicitar dentro de los tres meses siguientes a la fecha de registro de la solicitud de «exención de permiso de trabajo y residencia» que se haya presentado en España. «No se debe esperar a la resolución de la autoridad laboral española». Se establece expresamente la posibilidad de solicitar el visado mediante representante.

En <http://www.mae.es/consulados/mexico>

— Visado de residencia para sacerdotes y religiosas.

Se plantea como un supuesto especial, sin ningún tipo de referencia a los visados de residencia con excepción a la autoridad de trabajo, tal y

como se establece en el artículo 41 de la Ley Orgánica 4/2000 modificada por la Ley Orgánica 14/2003.

— Visado de residencia para trabajar.

1. Por cuenta ajena.

Establecen la posibilidad de que en el caso de altos cargos pueda solicitarse un visado de acompañante para su cónyuge e hijos menores de 18 años, presentándose personalmente con los pasaportes, cuatro fotos de frente, certificados médicos de buena salud y certificado de no penales en su caso. En el momento de la concesión del visado, el interesado se tendrá que presentar personalmente, con su familia si es el caso. Este supuesto no se contempla en ningún momento por la Ley Orgánica 4/2000 modificada por la Ley Orgánica 14/2003, ya que se trataría de un caso de reagrupación familiar del artículo 17 de dicho cuerpo legal.

2. Para inversionistas o propietarios de empresa.

Se exige que aporte certificado expedido por la banca española que acredite que el interesado tiene una inversión de 100.000 dólares americanos; en la Ley Orgánica 4/2000 modificada por la Ley Orgánica 14/2003 no se exige en ningún momento una cantidad mínima a invertir para la concesión de dicho visado y autorización de trabajo y residencia, únicamente se indica que ésta tendrá que ser suficiente.

Si el solicitante lo desea puede solicitar visado para su cónyuge e hijo, en este caso, deberá contar con 15.000 dólares adicionales por cada familiar; supuesto no contemplado en la Ley Orgánica 4/2000 modificada por la Ley Orgánica 14/2003.

En <http://www.mae.es/consulados/caracas>

En un primer momento, destaca que, entre los documentos a presentar para solicitar cualquier tipo de visado, hay que aportar impreso «información del solicitante», además del «impreso» de solicitud de visado.

— Visados de residencia para trabajar.

1. Por cuenta propia.

Entre los documentos a presentar, hay que incluir una «oferta de trabajo para ciudadanos extranjeros obtenida en España» algo totalmente incongruente teniendo en cuenta que se solicita visado de residencia para trabajar por cuenta propia.

En la <http://www.mae.es/consulados/montevideo>

No existe mención a la última reforma de la Ley de extranjería, los trámites y requisitos exigidos son los establecidos en la legislación anterior.

— Visados de residencia para trabajar.

1. Por cuenta propia.

Además de exigir que se presenten los mismos documentos que para solicitar la autorización de trabajo y residencia por cuenta propia (proyecto empresarial, acreditación de medios económicos, acreditación de haber solicitado licencias y autorizaciones...), con lo que están obligando a presentar los mismos documentos dos veces, también exigen presentar «referencias españolas y uruguayas que conozcan al solicitante en Uruguay y España (nombre, domicilio, teléfono)», requisito que no se exige en ningún momento en la Ley Orgánica 4/2000 modificada por la Ley Orgánica 14/2003.

— Visados de reagrupación familiar.

1. Comunitaria.

Igualmente se exige que el reagrupado presente referencias españolas y uruguayas que conozcan al solicitante en Uruguay y España, lo cual no se establece en ningún momento en la Ley Orgánica 4/2000 modificada por la Ley Orgánica 14/2003, ni en el Real Decreto 178/2003.

En <http://www.mae.es/consulados/lahabana>

No existe mención a la reforma de la Ley de extranjería, por lo que, todos los trámites y requisitos están adaptados a la ley anterior.

— Visados de residencia para reagrupación familiar.

1. No comunitario.

Se pide copia registrada y sellada por la Subdelegación del Gobierno de la provincia donde reside el reagrupante, de la solicitud de informe gubernativo sobre las condiciones del reagrupante (este documento tiene que remitirlo el familiar residente en España al solicitante de visado, quien lo adjuntará a la solicitud de visado).

— Visado visita médica, tratamiento y trasplantes en Cuba.

Acreditación de las autoridades sanitarias «peruanas» de que el solicitante del visado necesita un trasplante, de que tales trasplantes no se realizan en «Perú», y en todo caso, de que la sanidad «peruana» no tiene acuerdo con otros países para realizar tales trasplantes a sus ciudadanos.

Acreditación de que la valoración para trasplante no puede ser realizada en «Perú».

En <http://www.mae.es/consulados/lima>

— Visados para miembros de órdenes religiosas trasladados a congregaciones en España, para actividad religiosa o completar formación.

A pesar de tratarse de autorizaciones de residencia con excepción a la autorización para trabajar, le dan un tratamiento diferenciado ya que no se exige que previamente se presente dicha solicitud de autorización en España.

En <http://www.mae.es/consulados/santiagodechile>

No existe mención a la última reforma de la Ley de extranjería.

— Visado de residencia con oferta de trabajo por cuenta ajena.

Se establece expresamente lo siguiente.

«Si el trabajador se encuentra en España puede dar poder de representación para iniciar las gestiones de solicitud de visado a otra persona residente en Chile. Sin embargo, la retirada del visado una vez sea concedido deberá hacerse personalmente.»

La disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 14/2003 establece con carácter preceptivo que el visado se solicitará y recogerá personalmente por el solicitante.

Por todo lo anterior, esta Institución, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a V. I. la siguiente recomendación: «Que por ese centro directivo se impartan las oportunas instrucciones a fin de que se subsane la información defectuosa contenida en las páginas web de los consulados más arriba reseñados, así como que se adopten las medidas para adecuar de manera ágil y periódica dicha información al contenido de las reformas normativas que se vayan produciendo en materia de extranjería».

Madrid, 24 de agosto de 2004.

Recomendación dirigida al Director General de Asuntos y Asistencia Consulares.

Recomendación 63/2004, de 24 de agosto, sobre regulación de la nueva Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en lo referido a la aplicación del mínimo familiar por descendientes minusválidos.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 432.)

Se ha recibido el informe de V. E., registro de salida nº 1255, de fecha 24 de junio de 2004, referente a la queja formulada por don (...), que fue registrada en esta Institución con el número arriba indicado.

Examinado el contenido del citado informe, se observa que, efectivamente, el artículo 97 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, establece la formalidad de la obligación de presentar declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de forma objetiva, sin tener en cuenta si realmente existiría obligación de ingreso de tales rentas motivado, entre otras razones, por la función de control de las rentas de los contribuyentes que debe realizar la Administración tributaria.

Esta medida resulta claramente injusta en el caso de pérdidas patrimoniales en que se puede impedir a los ascendientes del contribuyente aplicar el mínimo familiar por hijo, contraviniendo el sentido de la norma que pretende gravar la renta disponible.

Y aunque la función de control de las rentas de los contribuyentes podría ser una razón que imponga la obligación de presentar la declaración, esta función puede llevarse a cabo por otros medios de los que dispone la Administración tributaria.

A este respecto, se le recuerda que el propio Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid ha declarado que «existe una des-

coordinación legal entre la búsqueda por parte de la Administración de la evitación de situaciones de fraude, basada en el disfrute doble de beneficios fiscales y el fin social de compensación al grupo familiar que convive con un enfermo minusválido, puesto que no se han previsto situaciones como la que nos ocupa, en las que la formalidad de la obligación de presentación de autoliquidación se impone de forma objetiva a tenor de la naturaleza de las rentas obtenidas, sin tener en cuenta si realmente existiría obligación de ingreso de tales rentas, descoordinación que a la vista del expediente despoja al administrado de sus derechos básicos y que tanto la propia Administración como los Tribunales deben modificar a la vista de situaciones claramente injustas en las que las normas no tienen en cuenta las excepciones que la realidad exige».

Hay que recordar que estamos en presencia de un impuesto personal en el que la obligación de declarar no surge aisladamente sino por el hecho de la obtención de rentas que pongan de manifiesto una capacidad económica.

En consecuencia, y a la vista de las manifestaciones expresadas, se ha considerado oportuno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta Institución, formular a V. E. la siguiente recomendación: «Que se modifique el límite que fija la obligación de declarar en el caso de pérdidas patrimoniales, de forma que se eviten situaciones como la presente».

Madrid, 24 de agosto de 2004.

Recomendación dirigida al Secretario de Estado de Hacienda y Presupuestos.

Recomendación 64/2004, de 25 de agosto, sobre la forma en la que deben realizarse los internamientos terapéuticos y el control de los mismos.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 441.)

Como consecuencia del escrito recibido en esta Institución por parte de la Coordinadora de Barrios de Madrid, se inició una investigación en la que se solicitó la colaboración de esa Consejería y del Fiscal General del Estado, para conocer las circunstancias que habían concurrido en el internamiento terapéutico del menor (...) durante los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2003 en el centro «El Seranil» de Málaga.

Una vez finalizada esa investigación, se han podido obtener las siguientes conclusiones:

1.º Durante cuatro meses (...), permaneció internado en un centro de salud mental a 544 kilómetros de distancia de la ciudad en la que residían sus padres.

En relación con este hecho el artículo 56.2.e) de la Ley Orgánica 5/2000 establece que los menores internados tienen entre otros el derecho a estar en el centro más cercano a su domicilio, de acuerdo a su régimen de internamiento, y a no ser trasladados fuera de su Comunidad autónoma.

Se da la circunstancia que además del menor citado, en el mes de mayo de 2004, otros dos menores de la Comunidad de Madrid, se encontraban también internados en el centro «El Seranil».

2.º En los casi cuatro meses durante los cuales permaneció internado el menor, el Instituto Madrileño del Menor y la Familia, ha recibido desde el centro tres informes escritos de fecha 1 de octubre, 11 y 19

de diciembre de 2003, en los que se comunicaba la evolución, antecedentes, exploración, diagnóstico y tratamiento del menor. También se han mantenido comunicaciones telefónicas semanales con los responsables del centro «El Seranil».

El apartado 3º del artículo 45 de la Ley Orgánica 5/2000, establece que las comunidades autónomas pueden establecer convenios o acuerdos con entidades privadas para la ejecución de las medidas, si bien corresponde a la Administración que esa ejecución se realice «bajo su directa supervisión, sin que ello suponga en ningún caso la cesión de la titularidad y responsabilidad derivada de dicha ejecución».

En el presente caso no consta que ningún responsable de esa Consejería haya supervisado personalmente las condiciones en las que se desarrollaba el internamiento judicial decretado respecto de (...).

3.º Según se hacía constar en el escrito inicial de queja, el menor durante el tiempo que permaneció en el centro «El Seranil» compartió durante algunos días dormitorio con pacientes adultos, uno de ellos con dificultades para andar y otro que por la noche se quitaba la dentadura para dormir.

El artículo 54.3º de la Ley Orgánica 5/2000, establece que los centros estarán divididos en módulos adecuados a la edad, madurez, necesidades y habilidades sociales de los menores internados.

En el presente caso no se ha respetado tal previsión legal, ya que esa misma Consejería en su informe admite que durante unos días compartió habitación con pacientes adultos. Ni siquiera es justificable la razón que se ofrece para tal hecho, en el escrito que ha remitido V. E., ya que si (...) mantuvo relaciones de abuso sobre otros menores a los que coaccionaba y amenazaba, lo que procedía era aplicar al mismo el régimen disciplinario previsto en el artículo 60 de esa Ley, nunca trasladarle a un dormitorio con dos personas adultas con problemas de salud mental.

4.º En el escrito inicial recibido se hacía constar que cuando se imponía a algún menor una sanción de separación de grupo, su duración era de 10 días, durante los cuales permanecían «amarrados» con sujeción mecánica a la cama, utilizando para ello unas correas de tela. Se añadía que en esa posición se les solía poner un pañal para defecar y así no tener que levantarles.

A este punto se ha contestado desde esa Consejería, que dadas las características específicas de la intervención terapéutica en salud mental, las decisiones y los criterios de intervención con respecto al menor

mencionado, durante su estancia en la clínica «El Seranil» han sido de carácter médico-psiquiátrico, de acuerdo con lo estipulado por el psiquiatra responsable del caso.

Esta Institución no puede compartir el criterio mantenido por V. E. ya que las «decisiones y los criterios de intervención» aunque tengan carácter médico y hayan sido adoptadas por un profesional de la medicina especialista en salud mental, no están excluidas del régimen las garantías que para los menores establece la Ley Orgánica 5/2000. En concreto la sanción de separación de grupo, está recogida en el apartado 6 del artículo 60 y la forma en la que debe cumplirse no puede quedar supe- ditada a un criterio médico, sino que las garantías y requisitos para cumplir tal sanción son los que recoge ese artículo y no otros.

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

«1.º Que esa Consejería adopte las medidas necesarias para que los menores sancionados con medidas de internamiento de carácter te- rapéutico que tienen a sus familias en la Comunidad de Madrid, cumplan esa sanción en centros ubicados en dicha Comunidad autónoma. En todo caso de no ser posible esa posibilidad para todos los menores, que los convenios o acuerdos de colaboración que se firmen con entidades pri- vadas, se realicen con aquellas que tengan su sede en alguna de las pro- vincias limítrofes a la Comunidad de Madrid, evitando que los interna- mientos se produzcan a 544 kms. del lugar en el que residen las familias.

2.º Que en todos los casos con independencia del lugar en el que se interne al menor, esa Consejería a través del personal competente su- pervise, de manera directa, las condiciones en las que se desarrolla el in- ternamiento terapéutico, evitando de esa forma que el centro incumpla alguno de los derechos que para los menores internados establece el ar- tículo 56 de la Ley Orgánica 5/2000.

3.º Que el régimen disciplinario de los menores internados en cen- tros terapéuticos se lleve a efecto con los requisitos y garantías que es- tablece el artículo 60 de la Ley Orgánica 5/2000.»

Madrid, 25 de agosto de 2004.

Recomendación dirigida a la Consejera de Familia y Asun- tos Sociales de la Comunidad de Madrid.

Recomendación 65/2004, de 30 de agosto, sobre la conveniencia de incorporar al Reglamento de Extranjería la exigencia de que la notificación de la incoación de expedientes sancionadores, por el procedimiento preferente, se haga de forma directa y personal a los interesados.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 447.)

Esta Institución tuvo en su día conocimiento de que la Subdelegación del Gobierno en Cuenca había seguido con carácter general expedientes de expulsión por estancia ilegal contra personas a las que previamente había denegado permiso de trabajo y residencia, dentro del proceso de arraigo desarrollado al amparo de lo previsto en el artículo 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

De la información recabada se desprende que las notificaciones, de la incoación de expediente de expulsión, se realizaron por correo certificado al domicilio fijado a efectos de notificaciones en las solicitudes de permiso de residencia, que no era el domicilio de los interesados, sino el de una organización no gubernamental, concretamente el domicilio de Cruz Roja en Pedroñeras (Cuenca).

Algunos de los extranjeros afectados por dicha resolución no la conocieron en plazo para formular alegaciones, por lo que se dictaron resoluciones sancionadoras, también notificadas por correo al mismo domicilio, Cruz Roja, que fueron conocidas una vez firmes.

Más allá de cuestiones de Derecho positivo, el Defensor del Pueblo debe en primer lugar poner de manifiesto su preocupación con el modo de actuar de la Subdelegación del Gobierno en Cuenca, ya que en este caso se ha utilizado la información facilitada voluntariamente y de buena fe por los interesados para obtener su documentación para iniciar en

su contra expedientes sancionadores por estancia irregular, sin que pueda obviarse la paradoja de que estas solicitudes se presentaron dentro de un proceso iniciado por la Administración precisamente para la documentación de extranjeros y cuya premisa era su situación irregular en España.

A juicio de esta Institución, esta actuación no puede considerarse acorde con el principio de buena fe que debe regir las relaciones entre la Administración y los administrados y, obviamente, su generalización generaría seguramente reticencias para la formulación de solicitudes de documentación de extranjeros que legítimamente consideren reunir los requisitos exigidos para la obtención de permiso de residencia, ante el temor de ver no sólo rechazadas sus solicitudes, sino también decretada su inmediata expulsión.

Descendiendo a los concretos antecedentes del asunto planteado, esta Institución ha puesto de manifiesto a la Subdelegación del Gobierno en Cuenca su disconformidad con el procedimiento seguido en estos expedientes, indicando, entre otras cuestiones, que las dependencias de Cruz Roja en Las Pedroñeras, organismo al que se han notificado las distintas resoluciones en estos expedientes de expulsión, no constituyen ni han sido nunca el domicilio de las personas afectadas por estos expedientes, sino simplemente la sede del organismo que fijaron como domicilio precisamente para la notificación de las resoluciones recaídas en el proceso de arraigo. Cruz Roja no era representante legal de los interesados en dicho proceso de arraigo y, desde luego, no ha quedado acreditada su representación legal de los interesados en los procedimientos de expulsión. Por ello, dichas notificaciones no se ajustan a lo previsto en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y deben considerarse contrarias a Derecho.

La Subdelegación del Gobierno en Cuenca ha mantenido la corrección de su actuación, entendiendo adecuada la forma en que se han practicado estas notificaciones, tanto en lo que se refiere al lugar en el que se han practicado, que estima adecuado, en los términos a los que se refiere el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como a haberlas cursado por correo certificado. Se acompaña copia del informe remitido al respecto por la citada Subdelegación.

1.º En lo que se refiere al lugar en el que se han practicado las notificaciones, esta Institución estima que la notificación de incoación de un expediente a un domicilio que no es el lugar donde reside el expedientado, fijado a los solos efectos de notificaciones en un procedimiento distinto, no puede considerarse ajustada a Derecho, por más que se intente argumentar por la Subdelegación del Gobierno en Cuenca, que se trata de un lugar adecuado a tal fin.

A este respecto, ha de señalarse que la argumentación de la Subdelegación del Gobierno en Cuenca respecto de que el artículo 59 ya citado a falta de domicilio fijado en el expediente permite la notificación en «cualquier lugar adecuado a tal fin» resulta falaz, ya que omite que esa previsión está referida exclusivamente a los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, y no a los procedimientos sancionadores, en los cuales, la garantía del derecho de defensa exige tener constancia de la recepción del acuerdo de incoación por parte de los interesados o de sus representantes.

Estas defectuosas notificaciones sólo pueden surtir efecto cuando los interesados realicen actuaciones que supongan el conocimiento de la resolución o acto objeto de la notificación. Por ello, a juicio de esta Institución, no puede aceptarse el criterio de la Subdelegación del Gobierno en Cuenca de mantener la vigencia de órdenes de expulsión dictadas en procedimientos en los que no existe constancia de que se haya notificado a los interesados las correspondientes resoluciones de incoación de expedientes de expulsión, ni las resoluciones acordando su expulsión, que en muchos casos han sido conocidas una vez firmes.

2.º En lo que respecta a la notificación de las resoluciones de incoación de expediente de expulsión por correo certificado, ha de señalarse que, ciertamente, el ejercicio de la potestad sancionadora por la comisión de infracciones previstas en la Ley de extranjería ha de ajustarse a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y es de aplicación supletoria el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se establece el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (artículos 50 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y 92 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio).

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en su actual redacción, no establece expresamente ninguna excepción a las normas generales sobre notificación de resoluciones contenidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por lo que, en principio, las resoluciones de incoación de expedientes de expulsión deben practicarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 de este texto legal, siendo válidas las notificaciones cursadas por correo certificado al domicilio del interesado.

No obstante, los procedimientos administrativos que pueden llevar a la expulsión del territorio español presentan una esencial especialidad respecto al resto de los procedimientos administrativos regulados en el ordenamiento jurídico español, cual es el derecho a la asistencia jurídica gratuita, enunciado en el artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero).

El derecho a la asistencia jurídica gratuita se explicita y reitera en el artículo 63 de la misma ley, por el que se regula el procedimiento preferente, aplicable, entre otros supuestos, a los casos en los que la causa de expulsión es la contemplada en el apartado *a*) del número 1 del artículo 53 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (encontrarse irregularmente en territorio español).

Dicho precepto regula para los supuestos de tramitación de procedimiento preferente el derecho de asistencia letrada, que se proporcionará de oficio, «en su caso», como un derecho no vinculado a la situación de detención preventiva del extranjero, sino con la misma iniciación del expediente que puede llevar a la expulsión. Esta conclusión podía deducirse de una interpretación integrada de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, antes de su última modificación, y queda claramente establecida en la actual redacción del artículo 63 de dicho texto, realizada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

Sentado lo anterior, parece que la notificación por correo de las resoluciones de incoación de expedientes de expulsión por el procedimiento preferente sólo pueden considerarse ajustadas a Derecho cuando garanticen la asistencia letrada en la fase de alegaciones, bien mediante el letrado libremente designado por el expedientado, bien mediante letrado del turno de oficio, siendo en todo caso obligado que el acuerdo de iniciación recoja el derecho a asistencia jurídica gratuita (artículo 116 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio).

En estas circunstancias, el ejercicio por parte del expedientado del derecho a asistencia jurídica gratuita obligaría a poner en marcha el procedimiento para la designación de abogado de oficio previsto en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita. El interesado debería instar el reconocimiento del derecho al Colegio de Abogados correspondiente a su domicilio (artículo 12 de la ley) y acreditar que cumple con los requisitos para recibir esta asistencia, entre otros, su insuficiencia de recursos económicos (artículo 13), tramitándose el correspondiente procedimiento para el reconocimiento o denegación del derecho.

Resulta obvio que la tramitación de este procedimiento haría inviable la posibilidad de que el interesado formulara alegaciones en el procedimiento de expulsión en el plazo máximo de 48 horas previsto en el artículo 63 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, por lo que sería necesario que paralelamente instara de la autoridad gubernativa la suspensión de dicho plazo, en tanto se sustanciara el procedimiento para designación de abogado de oficio. Esta suspensión debería ser necesariamente concedida, a fin de evitar la indefensión del afectado en el ex-

pediente y llevaría aparejada la imposibilidad, en la generalidad de los casos, de tramitar el procedimiento de expulsión en los plazos reducidos que determina la ley y que lo configuran como procedimiento preferente y sumario.

De lo anterior se puede colegir que, si bien la notificación por correo certificado no está expresamente prohibida en los procedimientos administrativos que pueden llevar aparejada la expulsión, la propia configuración legal de estos procedimientos, y concretamente el procedimiento preferente regulado en los artículos 63 y siguientes de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se compadece mal con la notificación por correo al domicilio del interesado (evidentemente con mayor razón se puede afirmar lo mismo respecto de la notificación edictal de la incoación), y parece exigir la notificación personal al interesado, a fin de que éste pueda disponer en un breve lapso de tiempo de letrado de turno de oficio que le asista en la formulación de alegaciones dentro del plazo de 48 horas previsto en la ley.

Los expedientes en los que la infracción que se atribuye al expedientado es precisamente la estancia ilegal en territorio español, requieren que la irregularidad de la estancia se verifique en el momento inmediatamente previo a la iniciación del expediente sancionador, lo que parece exigir con mayor motivo la notificación personal interesado. La notificación por los trámites del artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de la incoación de un expediente de expulsión por estancia ilegal llevaría a la paradoja de que el extranjero al que se le imputara la estancia ilegal y voluntariamente hubiera abandonado España (en cumplimiento, por ejemplo de una orden previa de salida obligatoria) no podría alegar la improcedencia de continuar con el procedimiento porque nunca conocería la acusación, por lo que el expediente continuaría con las correspondientes notificaciones edictales, dictándose resolución sancionadora con prohibición de entrada.

Resulta por tanto evidente que el conocimiento cierto e indubitado de que los interesados se encuentran en España es un presupuesto esencial para la iniciación de un expediente de expulsión por estancia irregular, y esta certeza la garantiza la notificación personal, sin que quede garantizada con carácter general por los medios de notificación previstos en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Por todo cuanto antecede, esta Institución ha valorado la necesidad de dirigir a V. E. la siguiente recomendación, al amparo de lo previsto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril: «Que por esa Secretaría de Estado se estudie la procedencia de incorporar al Reglamento de extranjería actualmente en fase de elaboración una previsión

respecto de la necesidad de que en el procedimiento preferente, y concretamente en los supuestos incoados al amparo de lo dispuesto en el apartado a) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, la notificación de la resolución de incoación del procedimiento sancionador se practique directa y personalmente al expedientado.

Asimismo, esta Institución ha considerado necesario elevar a esa Secretaría de Estado los antecedentes de la presente investigación, a fin de que, en el marco de sus competencias, se evalúe la procedencia de impartir instrucciones a la Subdelegación del Gobierno en Cuenca, a fin de dejar sin efecto las resoluciones que traen causa de los procedimientos iniciados en la forma que aquí ha quedado expuesta, así como sobre la manera de practicar notificaciones en los procedimientos que pueden llevar aparejada la expulsión, al objeto de evitar que vuelvan a repetirse actuaciones como la detectada en la presente investigación».

Madrid, 30 de agosto de 2004.

Recomendación dirigida a la Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración.

Recomendación 66/2004, de 8 de septiembre, sobre deber de residencia.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 429.)

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1 y 9 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, le comunico a V. E. que se ha resuelto iniciar una actuación de oficio, registrada con el número arriba indicado, ante las diversas quejas que se han venido presentando ante esta Institución en las que los interesados, funcionarios pertenecientes a las distintas administraciones públicas, mostraban su disconformidad con las desestimaciones de sus peticiones de autorización para residir en municipios diferentes a aquellos en los que desempeñaban sus trabajos.

Debemos indicar, en primer lugar, que tales quejas no se han admitido a trámite porque, desde el punto de vista estrictamente legal, no se observaba una actuación de la Administración que implicase una infracción del ordenamiento jurídico que pudiera legitimar la intervención del Defensor del Pueblo.

En efecto, como es sabido, la Administración del Estado viene aplicando el artículo 77 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, que dispone textualmente lo siguiente:

«1. Los funcionarios deberán residir en el término municipal donde radique la oficina, dependencia o lugar donde presten sus servicios.

2. Por causas justificadas, el Subsecretario del Departamento podrá autorizar la residencia en lugar distinto, siempre y cuando ello sea compatible con el exacto cumplimiento de las tareas propias del cargo.»

Aunque dicho precepto no tiene el carácter de básico de la Función Pública, tanto las entidades que conforman la Administración local como

muchas comunidades autónomas lo aplican supletoriamente a la hora de fundamentar las resoluciones sobre las solicitudes que formulan sus respectivos funcionarios.

Además de tenerse en cuenta esa norma actualmente vigente o, en su caso, las dictadas por algunas comunidades autónomas con un contenido similar, esta Institución también ha tenido presente que el Tribunal Constitucional ha descartado que ese deber de residencia sea contrario al derecho a elegir libremente la residencia, reconocido a los españoles en el artículo 19 de la Constitución Española así como que la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1985, 16 de diciembre de 1985 y 16 de junio de 1986, entre otras) ha rechazado la pretensión del recurrente de residir en otro municipio diferente al que radica su oficina o dependencia ya que su condición de funcionario, se funda en un acto voluntario de acceso a la función pública que implica la asunción de las obligaciones derivadas de su Estatuto, entre ellas la obligación de residir no donde libremente quiera, sino en el lugar en el que fuere destinado, precisamente para el desempeño de su función. También se ha argumentado que ese deber de residencia viene impuesto por la exigencia que dimana de la prestación de un servicio público que resulta siempre prevalente a los intereses personales de los funcionarios públicos.

En definitiva, esta Institución ha venido considerando que la limitación de ese derecho fundamental de elegir libremente su residencia que tiene el funcionario, se basaba en una justificación razonable como es la necesidad de cumplir fiel y puntualmente las obligaciones de su cargo.

Así, se comprende que la exigencia de ese deber sea mayor en determinados casos como sucede con aquellos funcionarios que accedieron a la Función Pública aceptando las bases de una convocatoria en las que ya se establecía la obligación de residir en un determinado edificio porque les correspondía su conservación y mantenimiento y, como contraprestación, se les facilitaba el alojamiento gratuito en el mismo o con los supuestos de los empleados públicos que acceden al disfrute de una vivienda por razón del trabajo o cargo desempeñado o el caso que afecta a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad a los que, por la naturaleza, condiciones y alcance de la relación de servicio que efectúan, se les puede imponer restricciones para alcanzar la mayor perfección de la misma en su efectividad, ya que la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, en su artículo 4 establece como principio básico de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad el de la dedicación profesional al prescribir que deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo in-

tervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la ley y de la seguridad ciudadana, lo que implica una especial disponibilidad.

Ahora bien, a esta Defensoría le preocupa que, dados los conceptos jurídicos indeterminados y la cierta discrecionalidad que amparan las decisiones de no autorizar la residencia en otros lugares, en alguna ocasión se haya producido, o se pueda ocasionar, una actuación administrativa alejada de la verdadera necesidad del servicio o ajena al interés público o que únicamente haya supuesto un perjuicio para el funcionario sin ninguna mejora en el ejercicio normal de sus funciones.

Sin que se haya constatado la producción de una desviación de poder o una arbitrariedad, lo cierto es que la actual regulación de ese deber de residencia, en alguna ocasión, ha dado lugar a una sensación de injusticia en aquellos funcionarios que ven que a otros compañeros se les ha autorizado residir en otras localidades y a ellos no.

En este sentido, es preciso tener en cuenta evidente que la sociedad española ha cambiado de forma muy sustancial desde el año 1964 en que se aprobó el citado artículo 77 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado. De ahí que resultaría preciso que se redactase de forma más acorde con las circunstancias sociales actuales tal y como ya lo han venido haciendo las comunidades autónomas que ha regulado este deber de sus funcionarios.

Así, podemos citar como ejemplos las siguientes normas:

La Ley 3/1985, de 26 diciembre, sobre ordenación de la Función Pública del Principado de Asturias en cuyo artículo 84 se dispone que «Son deberes de los funcionarios de la Administración del Principado de Asturias: h) Residir en el término municipal en que preste sus funciones o en cualquier otro dentro del territorio de la Comunidad Autónoma que permita el estricto cumplimiento del horario de trabajo sin menoscabo de las tareas asignadas al funcionario».

El artículo 54 del Decreto Legislativo 1/1990, de 26 julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Extremadura y el artículo 48 del Decreto Legislativo de 24 octubre de 1995, por el que se aprueba el texto refundido sobre la Función Pública de la Generalidad Valenciana que establecen como deber del funcionario «Residir en el término municipal donde preste su función o en cualquier otro que permita el estricto cumplimiento del horario de trabajo sin menoscabo de las tareas asignadas al funcionario».

El Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se refunden en un texto único los preceptos de determinados textos legales vigentes en la materia de Función Pública de la Generalidad de Cataluña en cuyo artículo 108, dedicado a los deberes del personal de la Generalidad, se dispone que «3. El personal al servicio de la Generalidad no estará obligado a residir en la localidad donde desempeñe su trabajo, salvo en los casos en que, por razón de servicio, la obligación de residencia sea necesaria. Ello no podrá ser obstáculo para el estricto cumplimiento de la jornada y el horario de trabajo».

El Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Función Pública de la Región de Murcia en cuyo artículo 78 regulador de los deberes de los funcionarios dispone el de «g) Residir en el término municipal donde preste su función, o en cualquier otro que permita el estricto cumplimiento del horario de trabajo sin menoscabo de las tareas que tenga asignadas».

Como se puede apreciar, las leyes más recientes que regulan esta materia parten del principio de que estaría autorizada la residencia en otro municipio salvo excepciones: cuando no se pueda cumplir con el horario de trabajo o con las tareas asignadas al funcionario. El principio que subyace en la norma del año 1964 es más bien el contrario: se prohíbe residir en otro municipio, salvo que expresamente se autorice, porque se asegure que se va a cumplir con el horario y demás funciones inherentes al puesto de trabajo desempeñado.

Parece claro que la razón principal, de la existencia de ese deber de residencia y de que se exija a los funcionarios, es la de asegurar «el exacto cumplimiento de las tareas propias del cargo» así como el horario establecido.

Por ello, esta Institución entiende que en la actualidad no se debería seguir exigiendo el citado deber de residencia, sino que sería suficiente la exigencia de la observancia de los otros deberes que también tienen los funcionarios: el exacto cumplimiento del horario establecido; de todas las tareas derivadas del puesto de trabajo así como de las funciones inherentes al cargo. Dado que el lugar donde se reside no puede servir nunca de justificación para la vulneración de estos últimos deberes, bastaría con que la Administración hiciese uso de su potestad disciplinaria para corregir posibles incumplimientos, con lo que esos funcionarios quedarían situados en el mismo plano de exigencia de esos deberes que los que viven en la localidad en la que se halla la oficina o dependencia.

Si el funcionario cumple fielmente esos deberes, es indiferente el lugar donde resida. Tendrá que asumir tanto los mayores inconvenien-

tes como las mejores ventajas que para él se puedan derivar. Aquí hay que tener presente que últimamente se están aprobando normas encaminadas a la conciliación de la vida laboral y familiar y que en un amplio sector de la Administración pública existe un horario flexible que facilita su cumplimiento por el funcionario.

Además de ello, las actuales redes de comunicación son mucho más tupidas y rápidas que las que había en el año 1964, de la misma forma que los medios de transporte colectivo tienen una mayor frecuencia de paso que entonces o que el parque de vehículos privados se ha incrementado, de tal modo que la movilidad de las personas está asumida como parte de la vida normal.

Por otro lado, la pretensión de un funcionario de residir en una localidad determinada que no sea donde presta sus servicios puede obedecer también a que los precios de las viviendas sean inferiores, a que tenga más instalaciones sociales, culturales, educativas, de ocio, etc., que puedan aprovechar él mismo y su familia.

Aquí hay que recordar que el artículo 67 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado establece que «el Estado facilitará a sus funcionarios adecuada asistencia social, fomentando la construcción de viviendas, residencias de verano, instalaciones deportivas, instituciones educativas, sociales, cooperativas y recreativas y cuanto contribuya al mejoramiento de su nivel de vida, condiciones de trabajo y formación profesional y social». Pues bien, si en la actualidad el Estado no puede cumplir con las previsiones contenidas con ese precepto, al menos debería facilitar que los funcionarios pudiesen obtener de forma particular esas prestaciones

Aunque se puede invocar que las normativas por las que se regulan son totalmente distintas, no hay que olvidar que los trabajadores al servicio de la Administración pública o de una empresa privada no tienen ese deber de residencia y, sin embargo, también han de cumplir con los horarios establecidos y con las tareas propias de los puestos de trabajo que ocupan.

Esta Institución considera que aunque el deber de residencia venga siendo contemplado con bastante amplitud, flexibilidad o tolerancia y que la Administración entienda que se cumple cuando el domicilio o residencia se encuentra en un área relativamente cercana, sin embargo, se debe evitar que se produzcan situaciones injustas o que dependan del criterio subjetivo de quien tenga que valorar si el funcionario cumplirá o no con el horario o con sus funciones porque resida en otra localidad.

Aunque hay muchas sentencias que han considerado ajustadas a la normativa aplicable las no autorizaciones a residir en otro municipio

porque la redacción actual del citado artículo 77 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado amparaba el criterio de la Administración, sin embargo, no hay que olvidar que otros órganos judiciales, en su labor interpretativa de esas mismas leyes, han llegado a considerar que no eran ajustadas a Derecho algunas denegaciones de la autorización.

Como ejemplo de ello tenemos la Sentencia de 22 septiembre de 1995 de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que aceptó la tesis del recurrente de que «... la distancia geográfica entre ambas localidades, aproximada en términos relativos a la que existe entre Nanclares de la Oca (Álava) y Burgos habida cuenta que las actuales vías de comunicación entre Asturias y León y los modernos medios de transporte facilitan los rápidos desplazamientos entre ambos lugares, no constituye ningún obstáculo que impida el estricto cumplimiento por el funcionario recurrente de las tareas propias de su cargo, por lo que la finalidad del artículo 77 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, que establece este deber funcional, puede cumplirse hoy día sin menoscabo alguno ampliando el deber de residencia del municipio a otro concepto jurídico o geográfico más acorde con la realidad para evitar las situaciones injustas que podría provocar el mantenimiento en sus estrictos términos de este deber para un gran número de funcionarios que tienen su domicilio en municipios diferentes de aquel en el que tiene su sede el órgano administrativo, ya que la decisión discrecional favorable o desfavorable a la autorización de residencia en lugar distinto de donde radique la Oficina, Dependencia o lugar donde presten sus servicios aquellos puede hacerse depender como en este caso de una simple circunstancia o factor geográfico sin valorar las facilidades de desplazamiento y los demás elementos concurrentes, con el subsiguiente menoscabo de los principios de seguridad e igualdad si las condiciones a comparar fueren relativamente coincidentes, como en el caso que se enjuicia».

Lo que preocupa a esta Institución es la posibilidad de que haya otros muchos funcionarios que por no solicitar el amparo judicial se hayan quedado con la sensación de que sufrían una injusticia por una aplicación estricta o subjetiva de ese precepto normativo.

Por todo lo anteriormente expuesto, estimamos que es de aplicación lo previsto en el artículo 28.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, que contempla que «si como consecuencia de sus investigaciones llegase al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de la norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, podrá sugerir al órgano legislativo competente o a la Administración la modificación de la misma».

En consecuencia, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, procedemos a formular la siguiente recomendación: «Que por ese Ministerio se adopten las medidas oportunas que permitan la modificación del artículo 77 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, para que no se exija a los funcionarios el deber de residir en la localidad donde desempeñen su trabajo, salvo en aquellos casos excepcionales en que así lo exija la naturaleza del servicio o del cargo que se desempeñe. La posibilidad de residir en otro municipio diferente no podrá servir de justificación alguna para el estricto cumplimiento de la jornada y el horario de trabajo ni podrá implicar menoscabo de las tareas asignadas al funcionario».

Madrid, 8 de septiembre de 2004.

Recomendación dirigida al Ministro de Administraciones Públicas.

Recomendación 67/2004, de 8 de septiembre, sobre deber de residencia.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág 466.)

Ha comparecido ante esta Institución don (...), con domicilio en la calle (...), de Espinosa de los Monteros (Burgos), presentando queja que ha quedado registrada con el número arriba indicado.

En la misma sustancialmente expone que es funcionario de carrera perteneciente al cuerpo de agentes medioambientales de esa Consejería de Medio Ambiente, con destino en la localidad de Espinosa de los Monteros por estar adscrito al Servicio Territorial de Burgos, y que el pasado 16 de diciembre se le ha desestimado el recurso de reposición que interpuso contra la denegación de la solicitud, que había presentado el 3 de abril de 2003, para que se le permitiera cambiar su residencia a la ciudad de Burgos para así conciliar su vida familiar con la profesional.

De la información facilitada por el interesado parece desprenderse que esa denegación del cambio de localidad se ha basado en un informe del jefe de servicio en el que se alega que hay más de 100 kms. de distancia entre Espinosa de los Monteros y Burgos por malas carreteras y que se tarda una hora y media en el desplazamiento.

Sin embargo, el formulante de la queja rebate esas razones alegando que «hay escasos 80 kms. entre la comarca de Espinosa y Burgos, durando el viaje escasos 50 minutos, que colectivos de la Administración autonómica que trabajan en la localidad de Espinosa como médicos, ATS, farmacéuticos, veterinarios, maestros, ingenieros técnicos agrícolas, administrativos, etc., diverso personal laboral y otros funcionarios de ámbito estatal se desplazan a diario desde la capital, e incluso, que los ingenieros, técnicos y funcionarios del Servicio Territorial de Medio Ambiente de Burgos, se desplazan casi todos sus días laborales por esas

mismas carreteras, recorriendo incluso distancias superiores, no cuestionándose en ningún caso su correcta prestación del servicio, realizando estos desplazamientos con los vehículos oficiales, con conductor, generando además las correspondientes comisiones de servicio y computándose el tiempo empleado en el mismo como jornada laboral, situación ésta, que yo realizaría como es lógico, por mis propios medios, hasta la comarca de destino.

En relación con el problema planteado en esta queja, queremos poner en conocimiento de esa Consejería que esta Institución ha considerado que la actual redacción del artículo 77 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, puede producir situaciones injustas o perjudiciales para los funcionarios, por lo que se ha resuelto iniciar una actuación de oficio ante el Ministerio de Administraciones Públicas, para que se proceda a su modificación y ello al amparo de lo previsto el artículo 28.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, que contempla que «si como consecuencia de sus investigaciones llegase al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de la norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, podrá sugerir al órgano legislativo competente o a la Administración la modificación de la misma».

Por la misma razón, se ha considerado procedente recomendar a esa Consejería que proceda a modificar el contenido de ese artículo 14 del Decreto 136/2002, de 26 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento que regula la escala de agentes medioambientales del cuerpo de ayudantes facultativos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y la estructura básica de la organización de sus puestos de trabajo, sobre la base de los siguientes fundamentos:

Primero. El referido artículo 14, textualmente dispone lo siguiente:

«Artículo 14. Residencia.

1. Teniendo en cuenta las características del servicio que prestan los agentes medioambientales y las funciones que en este Reglamento se les asigna, como criterio general, el personal de la escala deberá residir en la comarca en la que se encuentre ubicado su puesto de trabajo.

2. El Secretario General de la Consejería de Medio Ambiente podrá autorizar, previo informe del Jefe de Servicio Territorial correspondiente, la residencia en comarca distinta a la del puesto de trabajo, siempre que ello no implique perjuicio alguno para el servicio público y sobre la base de razones de índole familiar, social o económica.

3. Igualmente, mediante Resolución del Secretario General de la Consejería de Medio Ambiente se podrá autorizar, con carácter general, la residencia de los agentes medioambientales en una comarca distinta a aquella en la que tienen su destino en la Relación de Puestos de Trabajo, asegurando en todo momento la adecuada prestación del Servicio Público. Para ello se establecerá un proceso negociador con los representantes sindicales de los agentes medioambientales, en el que se determinen los criterios y condiciones mínimas necesarias para la residencia en la comarca de destino asegurando la adecuada prestación del servicio.

La regulación a la que hace referencia este punto, lo será con carácter general para todos los puestos de trabajo y tendrá una especial consideración con los puestos de trabajo ubicados en las comarcas de la periferia de la Comunidad autónoma, facilitando la residencia en los (sic) números urbanos cercanos que dispongan de una mayor dotación de servicios dentro de esas comarcas y sus límites.

4. Sin perjuicio de la libertad de residencia dentro de la comarca asignada, en la correspondiente Relación de Puestos de Trabajo se determinará la existencia en cada comarca de una o varias localidades de destino, desde las que deberá comenzar y terminar la prestación de servicios.

5. Sea cual fuera el lugar de residencia, en los días de guardia de incendios, el personal deberá permanecer en la comarca de destino.

6. La residencia en localidad distinta del puesto de destino no generará derecho a indemnización alguna, debiendo realizarse el desplazamiento a la misma por medios propios.»

Segundo. Aunque en el Reglamento del Cuerpo de Agentes Medioambientales de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha aprobado por Decreto 17/2000, de 1 de febrero, no se haga mención alguna al deber de residencia de esos funcionarios (siendo que tienen asignadas las mismas funciones y que desarrollan su trabajo en idénticas circunstancias), en la presente queja debemos limitar nuestro estudio a contrastar la actuación de esa Administración autonómica con la normativa aplicable.

En principio, esta Institución considera que no se ha producido una vulneración del ordenamiento jurídico en la decisión adoptada ya que, como se ha visto, el Decreto 136/2002, de 26 diciembre, de esa Junta de Castilla y León, dispone en su artículo 14 que «teniendo en cuenta las características del servicio que prestan los agentes medioambientales y las funciones que en este Reglamento se les asigna, como criterio gene-

ral, el personal de la escala deberá residir en la comarca en la que se encuentre ubicado su puesto de trabajo», así como que «el Secretario General de la Consejería de Medio Ambiente podrá autorizar, previo informe del Jefe de Servicio Territorial correspondiente, la residencia en comarca distinta a la del puesto de trabajo, siempre que ello no implique perjuicio alguno para el servicio público y sobre la base de razones de índole familiar, social o económica».

Dado que esos preceptos atribuyen a las autoridades competentes una cierta discrecionalidad en la interpretación de ese criterio general por el que, en principio, estos funcionarios deben residir en la comarca en la que se encuentre ubicado su puesto de trabajo, y como quiera que la resolución adoptada también se encuadra en el ejercicio de la potestad de autoorganización que tiene reconocida esa Administración autonómica, esta Institución entiende que no se ha producido una actuación arbitraria o una desviación de poder que legitimaría el inicio de una investigación al respecto.

Tercero. Además de ello, también tenemos presente que el Tribunal Constitucional ha descartado que ese deber de residencia que se exige a los funcionarios sea contrario al derecho a elegir libremente la residencia, reconocido a los españoles en el artículo 19 de la Constitución Española así como que la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1985, 16 de diciembre de 1985 y 16 de junio de 1986, entre otras) ha rechazado la pretensión del recurrente de residir en otro municipio diferente al que radica su oficina o dependencia ya que su condición de funcionario, se funda en un acto voluntario de acceso a la función pública que implica la asunción de las obligaciones derivadas de su Estatuto, entre ellas la obligación de residir no donde libremente quiera, sino en el lugar en el que fuere destinado, precisamente para el desempeño de su función. También se ha argumentado que ese deber de residencia viene impuesto por la exigencia que dimana de la prestación de un servicio público que resulta siempre prevalente a los intereses personales de los funcionarios públicos.

Cuarto. Aunque se considere que la limitación de ese derecho fundamental de elegir libremente su residencia que tiene el funcionario, se basa en una justificación razonable como es la necesidad de cumplir fiel y puntualmente las obligaciones de su cargo, sin embargo, debemos señalar que a esta Institución le preocupa que, dados los conceptos jurídicos indeterminados contenidos en esas normas y la cierta discrecionalidad que se confiere a los órganos competentes (lo que ampara las decisiones de no autorizar la residencia en otros lugares), en alguna ocasión se haya producido, o se pueda ocasionar, una actuación administra-

tiva alejada de la verdadera necesidad del servicio o ajena al interés público o que únicamente haya supuesto un perjuicio para el funcionario sin ninguna mejora en el ejercicio normal de sus funciones.

Por ello, sin que se haya constatado la producción de una desviación de poder o una arbitrariedad, lo cierto es que la actual regulación de ese deber de residencia en el artículo 77 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado o en el artículo 14 del citado Decreto, puede dar lugar, en alguna ocasión, a una sensación de injusticia en aquellos funcionarios que ven que a otros compañeros se les ha autorizado residir en otras localidades y a ellos no.

Si examinamos la regulación de este deber de residencia en las disposiciones aprobadas por algunas comunidades autónomas se observa que se parte del principio de que está autorizada la residencia en otro municipio salvo excepciones: cuando no se pueda cumplir con el horario de trabajo o con las tareas asignadas al funcionario en vez de partir del principio que subyace en la norma del año 1964 que es más bien lo contrario: se prohíbe residir en otro municipio salvo que expresamente se autorice porque se asegure que se va a cumplir con el horario y demás funciones inherentes al puesto de trabajo desempeñado.

Es evidente que la razón principal de la existencia de ese deber de residencia y de que se exija a los funcionarios es la de asegurar «el exacto cumplimiento de las tareas propias del cargo» así como el horario establecido.

Por ello, esta Institución entiende que, en la actualidad, no se debería seguir exigiendo el deber de residencia sino que es suficiente con la exigencia de la observancia de los otros deberes que también tienen los funcionarios: el exacto cumplimiento del horario establecido; de todas las tareas derivadas del puesto de trabajo así como de las funciones inherentes al cargo. Como el lugar donde se reside no puede servir nunca de justificación para la vulneración de estos últimos deberes, bastaría con que la Administración hiciese uso de su potestad disciplinaria para corregir esos posibles incumplimientos, con lo que esos funcionarios quedarían situados en el mismo plano de exigencia de esos deberes que los que viven en la localidad en la que se halla la oficina o dependencia.

Si el funcionario cumple fielmente esos deberes, es indiferente el lugar donde resida. Tendrá que asumir tanto los mayores inconvenientes como las mejores ventajas que para él se puedan derivar. Aquí hay que tener presente que últimamente se están aprobando normas encaminadas a la conciliación de la vida laboral y familiar y que en un amplio sec-

tor de la Administración pública existe un horario flexible que facilita su cumplimiento por el funcionario.

Además de ello, las actuales redes de comunicación, las frecuencias de paso de los medios de transporte colectivo o la generalizada utilización de vehículos privados han hecho que la movilidad de las personas esté asumida como parte de la vida normal.

Por otro lado, la pretensión de un funcionario de residir en una localidad determinada, que no sea donde presta sus servicios, puede obedecer también a que tenga más instalaciones sociales, culturales, educativas, de ocio, etc., que puedan aprovechar él mismo y su familia.

Esta Institución considera que aunque el deber de residencia venga siendo contemplado con bastante amplitud, flexibilidad o tolerancia y que la Administración entienda que se cumple cuando el domicilio o residencia se encuentra en un área relativamente cercana, sin embargo, se debe evitar que se produzcan situaciones injustas o que dependan del criterio subjetivo de quien tenga que valorar si el funcionario cumplirá o no con el horario o con sus funciones porque resida en otra localidad.

Aunque hay muchas sentencias que han considerado ajustadas a la normativa aplicable las no autorizaciones a residir en otro municipio porque la redacción actual del citado artículo 77 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado amparaba el criterio de la Administración, sin embargo, no hay que olvidar que otros órganos judiciales, en su labor interpretativa de esas mismas leyes, han llegado a considerar que no eran ajustadas a Derecho algunas denegaciones de la autorización.

Como ejemplo de ello tenemos la sentencia de 22 de septiembre de 1995 de la sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que aceptó la tesis del recurrente de que «la distancia geográfica entre ambas localidades, aproximada en términos relativos a la que existe entre Nancrales de la Oca (Álava) y Burgos habida cuenta que las actuales vías de comunicación entre Asturias y León y los modernos medios de transporte facilitan los rápidos desplazamientos entre ambos lugares, no constituye ningún obstáculo que impida el estricto cumplimiento por el funcionario recurrente de las tareas propias de su cargo, por lo que la finalidad del artículo 77 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, que establece este deber funcional, puede cumplirse hoy día sin menoscabo alguno ampliando el deber de residencia del municipio a otro concepto jurídico o geográfico más acorde con la realidad para evitar las situaciones injustas que podría provocar el mantenimiento en sus estrictos términos de este deber para un gran número de funcionarios que tienen su domicilio en municipios dife-

rentes de aquel en el que tiene su sede el órgano administrativo, ya que la decisión discrecional favorable o desfavorable a la autorización de residencia en lugar distinto de donde radique la oficina, dependencia o lugar donde presten sus servicios aquéllos puede hacerse depender como en este caso de una simple circunstancia o factor geográfico sin valorar las facilidades de desplazamiento y los demás elementos concurrentes, con el subsiguiente menoscabo de los principios de seguridad e igualdad si las condiciones a comparar fueren relativamente coincidentes, como en el caso que se enjuicia».

Lo que preocupa a esta Institución es la posibilidad de que haya otros muchos funcionarios que, por no solicitar el amparo judicial, se hayan quedado con la sensación de que sufrían una injusticia por una aplicación estricta o subjetiva de ese precepto normativo.

Por todo lo anteriormente expuesto, estimamos que es de aplicación lo previsto el artículo 28.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, que dice:

«Si como consecuencia de sus investigaciones llegase al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de la norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, podrá sugerir al órgano legislativo competente o a la Administración la modificación de la misma.»

En consecuencia, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, procedemos a formular la siguiente recomendación: «Que por esa Consejería de Medio Ambiente se adopten las medidas oportunas que permitan la modificación del artículo 14 del Decreto 136/2002, de 26 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento que regula la escala de agentes medioambientales del cuerpo de ayudantes facultativos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y la estructura básica de la organización de sus puestos de trabajo, para que no se exija a dichos funcionarios la obligación de residir en la comarca en la que se encuentren ubicados sus puestos de trabajo. Evidentemente, la posibilidad de residir en otro lugar diferente no podrá servir de justificación alguna para el estricto cumplimiento de la jornada y el horario de trabajo ni podrá implicar menoscabo de las tareas que les sean asignadas».

Además de dicha recomendación, y mientras se aprueba ese cambio normativo, también consideramos oportuno formular a esa Consejería la siguiente sugerencia, de conformidad con lo dispuesto en los citados artículos 28 y 30 de nuestra Ley Orgánica 3/1981: «Que, en el supuesto de

que otros funcionarios autonómicos o estatales vengan desplazándose desde Burgos hasta Espinosa de los Monteros para prestar sus servicios en esta última localidad, se reconsidere la decisión anteriormente adoptada por la Secretaría General de esa Consejería de no autorizar el cambio de residencia solicitado por el interesado y se le permita que viva en Burgos para que pueda conciliar su trabajo con su vida familiar y sin que ello suponga menoscabo alguno del estricto cumplimiento estricto del horario establecido y de las funciones que se le han encomendado».

Madrid, 8 de septiembre de 2004.

Recomendación dirigida a la Consejera de Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León.

Recomendación 68/2004, de 14 de septiembre, sobre la habilitación en la notificación informática de las denuncias, de todos los campos que se refieran a los datos que, según lo dispuesto en el artículo 73.5 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, deben constar en las denuncias por hechos de circulación.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 455.)

Agradecemos su atento escrito, en el que nos contesta a la queja planteada por don (...), registrada con su referencia MA/aj.

En el escrito que nos ha remitido se señala que en relación a la causa concreta por la que no fue posible detener el vehículo para notificar la denuncia en el acto, dicha causa aparece recogida en el boletín de denuncia (por no existir espacio adecuado para poder detener el vehículo en condiciones de seguridad), pero que al informatizarla, por error, no se hizo constar en el hecho denunciado, por lo que en la notificación posterior que la Jefatura trasladó al interesado, no se le comunicó dicha causa.

Por lo que se refiere a la identificación del agente que formuló la denuncia, se manifiesta que su número de identificación aparece en el boletín de denuncia, pero que no existe campo habilitado para consignarlo en la notificación informática que la Jefatura traslada al interesado, por lo que de manera habitual no se facilita esta información al interesado.

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

El artículo 75.3 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial establece que en las denuncias por hechos de circulación deberá constar: la identificación del vehículo con el que se hubiese cometido la supuesta infracción, la identidad del denunciado, si

fuere conocida, una relación circunstanciada del hecho, con expresión del lugar, fecha y hora y el nombre, profesión y domicilio del denunciante. Cuando éste sea un agente de la autoridad podrán sustituirse estos datos por su número de identificación.

El hecho de que la denuncia no haya sido notificada en el acto al denunciado por concurrir alguno de los supuestos previstos en el artículo 77 de la citada Ley no afecta a la obligación de hacer constar en la misma todos los datos mencionados en el artículo 75.3, entre los que se encuentran los relativos a la identidad del denunciante, que en el caso de ser un agente de la autoridad podrán sustituirse por su número de identificación.

Por otra parte, el Reglamento de procedimiento sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, en su artículo 5, reitera lo dispuesto en el artículo 73.5 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial y en su artículo 10, tras señalar que por razones justificadas que deberán constar en las propias denuncias, podrán notificárseles las mismas con posterioridad, dispone que las denuncias formuladas por los agentes de la autoridad sin parar a los denunciados no serán válidas a menos que consten en las mismas y se les notifique las causas concretas y específicas por las que no fue posible detener el vehículo.

Por todo cuanto antecede, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, hemos considerado conveniente recomendar a V. I. que habilite en la notificación informática de las denuncias todos los campos que se refieran a los datos que, según lo dispuesto en el artículo 73.5 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial deben constar en las denuncias por hechos de circulación.

Asimismo, por lo que se refiere al caso concreto que afecta al compareciente, al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, hemos considerado conveniente sugerir a V. I. que revoque la sanción que se impuso al interesado ya que, según lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento de procedimiento sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, las denuncias formuladas por los agentes de la autoridad sin parar a los denunciados no serán válidas a menos que consten en las mismas y se les notifique las causas concretas y específicas por las que no fue posible detener el vehículo.

Madrid, 14 de septiembre de 2004.

Recomendación dirigida al Director General de Tráfico.

Recomendación 69/2004, de 17 de septiembre, sobre el cierre del Centro de Internamiento de Menores sito en la ciudad de Melilla.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 477.)

Como continuación a la visita realizada al Centro educativo de menores infractores de esa Ciudad autónoma, por parte de dos asesores de esta Institución, nos dirigimos nuevamente a V. E. en orden a plantear la siguiente cuestión:

Esta Institución considera que, a pesar de la profesionalidad y los esfuerzos que realiza el personal que trabaja en ese Centro, el mismo no cumple con los requisitos mínimos exigidos a las instalaciones destinadas a centros de internamiento: las habitaciones de los menores cuentan con poca luz aunque están bien ventiladas, no se dispone de instalaciones deportivas y la cocina es de reducidísimas dimensiones. El edificio ofrece un aspecto descuidado y, aunque aparentemente parecen cumplirse las medidas de seguridad exigidas, se producen numerosos intentos de fuga. Un buen número de los cristales de las ventanas se encontraban rotos y en una de esas ventanas que contaba con un doble cristal, los menores habían depositado gran cantidad de desperdicios, los cuales no podían ser limpiados por su dificultad para acceder a los mismos.

El Defensor del Pueblo es consciente del problema existente en la Ciudad autónoma en lo que a la búsqueda de superficie para edificar otro centro se refiere. Sin embargo el lamentable estado en el que se encuentra el edificio hace necesario plantear el cierre del mismo, ya que no es posible en las dependencias actuales cumplir las previsiones que establece la Ley Orgánica 5/2000, para la medida de internamiento.

A la vista de lo expuesto, esta Institución al amparo del artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida en que la cuestión ex-

puesta afecta a derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, ha valorado la conveniencia de dar traslado a V. E. de la siguiente recomendación:

«Que se proceda al cierre del actual Centro de internamiento de menores ubicado en el “Baluarte de San Pedro” y se construya un nuevo centro cuyas características principales se acomoden a las que puso de manifiesto esta Institución en las recomendaciones realizadas con objeto de la elaboración del monográfico *El primer año de vigencia de la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, y que se resumen en:

El diseño del centro debe hacerse en función del destino al que vaya a dedicarse, de forma que sea la finalidad la que determine su arquitectura y no al contrario.

La dimensión del centro debe ser reducida, evitando grandes centros que reproduzcan la arquitectura y estética tradicionales.

La ubicación debería ser en zonas urbanas, procurando que la edificación se integre en el lugar en el que se encuentra.

Las habitaciones, con carácter general deberían ser individuales, aunque sería positivo contar con algunas dobles para los casos que así lo requieran.»

Madrid, 17 de septiembre de 2004.

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

Recomendación 70/2004, de 21 de septiembre, sobre el tratamiento a los extranjeros en situación irregular que acuden a la policía para denunciar haber sido víctimas de delito.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 446.)

Con motivo de distintas quejas tramitadas por esta Institución, se ha tenido conocimiento de que cuando personas extranjeras en situación irregular en España que han sido víctimas de delitos han acudido a la Comisaría de Policía a presentar la correspondiente denuncia se les ha permitido presentarla, para seguidamente iniciar en su contra el correspondiente expediente sancionador por estancia irregular, al amparo de lo previsto en el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

Ciertamente, una de las funciones del Ministerio del Interior es la persecución de las infracciones que puedan cometerse en materia de extranjería, y los titulares de las comisarías de policía tienen atribuida la competencia para incoar los procedimientos sancionadores por hechos que puedan constituir infracciones a los preceptos de la Ley de extranjería. Por ello, en principio, parecería que el correcto desempeño de sus funciones exigiría que ante la constatación de la existencia de una persona en situación irregular se procediera a incoar el correspondiente procedimiento administrativo sancionador.

No obstante, no puede obviarse que esta práctica trae como consecuencia que los extranjeros en situación irregular víctimas de delito, en muchos casos, no acuden a presentar en la Comisaría de Policía la denuncia, ante el temor de que su comparecencia ante las autoridades policiales tenga como consecuencia la incoación de un expediente sancionador y su expulsión de España.

La falta de denuncia les impide el acceso al proceso penal y a los mecanismos de protección a la víctima que ofrece el derecho penal, les hace

más vulnerables ante otros posibles delitos, y permite que el culpable del ilícito penal permanezca en una situación de impunidad.

De este modo, el afán por la persecución de un ilícito administrativo, como es la estancia ilegal, provoca que el extranjero en situación irregular se retraiga de acudir a la Comisaría, lo que trae como consecuencia que finalmente no se conozca su situación irregular, pero tampoco se conozca la comisión del ilícito penal. Paradójicamente, el empeño en la persecución de la conducta de menor gravedad (ilícito administrativo) impide a las autoridades policiales cumplir con su principal misión de prevención y persecución del delito, pese a ser ésta la conducta antijurídica que por su mayor gravedad en relación con el ilícito administrativo, ha merecido por parte del legislador sanción penal.

A juicio de esta Institución, la valoración de los bienes jurídicos afectados exige, como criterio general, que la persecución del ilícito administrativo ceda ante la mayor gravedad del ilícito penal, lo que exige eliminar los obstáculos que puedan dificultar la realización de las funciones de prevención y persecución de los delitos que tienen encomendadas las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado para el mantenimiento de la paz ciudadana y la seguridad pública.

De hecho, como complemento de cuanto se ha dicho, debe referirse igualmente que el Defensor del Pueblo considera que la primacía que debe otorgarse a la persecución penal de los delitos no sólo aconseja, en supuestos como el aquí expuesto, la autolimitación de los efectivos de ese cuerpo en lo que al ejercicio de sus competencias en materia de extranjería se refiere, sino que además precisaría del desarrollo normativo de determinadas previsiones que permitieran incluso la regularización de aquellos extranjeros que permitan la persecución de delitos por medio de su testimonio como víctimas, perjudicados o testigos.

Así se ha hecho patente a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por medio de una reciente recomendación en la que se insistía en la necesidad de que la Administración cuente con los mejores incentivos como un instrumento más de lucha contra las diversas formas de criminalidad, particularmente de aquellas que por su gravedad, alevosía o carácter antisocial despiertan en la sociedad mayor rechazo y hacen que los ciudadanos reclamen de los poderes públicos una actuación más enérgica, al tiempo que se alentaba a ese centro directivo a que recogiera estas previsiones en el Reglamento de desarrollo de la Ley de extranjería actualmente en preparación.

Debe repararse a este respecto que las situaciones de marginalidad y riesgo social, a las que se ven abocados en algunas ocasiones los ex-

tranjeros que permanecen en nuestro país en situación de irregularidad, contribuyen a asegurar la impunidad de ciertos tipos de delitos —y particularmente de aquellos que se apoyan sobre una situación de desprotección material de la víctima—, o al menos dificultar su persecución de manera notable.

En opinión de esta Institución constitucional, la posibilidad de que los extranjeros que se encuentran en una situación como la descrita acudan ante las autoridades españolas, sin tener, cuando menos, la esperanza de que su colaboración pueda reportarles algún tipo de beneficio, se ha demostrado como escasamente realista. Esa misma posibilidad se torna mera quimera si, a falta de un incentivo a la colaboración, se extiende la opinión entre este colectivo de que, con independencia de la gravedad y lesividad del delito denunciado, lo que pueden esperar es la incoación de un procedimiento de expulsión.

Por esta razón, el Defensor del Pueblo entiende que resulta necesario que en el desarrollo de la Ley de extranjería se dé cabida a alguna disposición que permita la regularización de aquellas personas que presten una colaboración similar a la descrita en el artículo 59 de la vigente Ley de extranjería, pero sin que esta se haya de ver circunscrita a la persecución de redes organizadas, sino que pueda emplearse respecto de cualquier tipo delictivo.

Tal posibilidad no sólo no choca con las previsiones legales, sino que las desarrolla en forma más precisa, pues ha de repararse en que junto al tantas veces citado artículo 59, la Ley Orgánica 4/2000, tras la reforma operada por medio de la Ley Orgánica 14/2003, indica en su artículo 31.3 que la Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal, entre otras razones, por colaboración con la Justicia.

Es en ese marco global en el que ha de situarse la posición mantenida por esta Institución que no pretende sino evitar que por mor de las insuficiencias normativas o, en el caso ahora analizado, de unas prácticas excesivamente mecanicistas, se contribuya por acción u omisión a aumentar los márgenes de impunidad en los que puedan moverse los autores de ciertos delitos. Estas personas, lógicamente, estarán muy interesadas en difundir una versión de la actuación policial que disuada a víctimas y testigos de presentar su denuncia ante las fuerzas y cuerpos de seguridad.

En esa tesitura, y ante colectivos que, por falta de información, diferencias culturales o escasa adaptación a los hábitos mayoritarios en la sociedad española, pueden ser manipulados con facilidad, interesa especialmente transmitir como pedagogía sustancial la idea de que las fuer-

zas y cuerpos policiales están, antes que nada y sobre toda otra cosa, para perseguir delitos y procurar la puesta a disposición de los que aparezcan como culpables de los mismos. Cabe esperar de todo ello la generación de un clima de confianza entre víctimas y fuerzas de seguridad, fruto del cual las tergiversaciones o los recelos que quieran alentar los victimarios no sean en modo alguno efectivos.

Por todo cuanto antecede, esta Institución ha valorado la oportunidad de dirigir a V. E. la siguiente recomendación, al amparo de lo previsto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril: «Que por esa Dirección General se impartan las instrucciones oportunas a fin de que no se incoe expediente administrativo sancionador, al amparo de la Ley de extranjería, a los extranjeros en situación irregular que acudan a las comisarías de policía para denunciar haber sido víctimas de delito».

Madrid, 21 de septiembre de 2004.

Recomendación dirigida al Director General de la Policía.

Recomendación 71/2004, de 6 de octubre, sobre reserva de destino durante la excedencia por cuidado de un hijo.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 452.)

Nos ponemos en contacto con ese departamento ministerial con motivo de la comparecencia ante esta Institución de doña (...), capitán del cuerpo de intendencia del ejército del aire, cuya queja ha sido registrada con el número arriba indicado.

La interesada sustancialmente pone de manifiesto que en el mes de septiembre de 2003, dio a luz a gemelos, indicando que, cuando finalizó el período de baja por maternidad, con fecha 1 de febrero de 2004, solicitó disfrutar de la excedencia voluntaria para el cuidado de uno de sus hijos, por un período de seis meses para no perder su destino, que finalizó el pasado 31 de julio. La compareciente expone que solicitó en el mes de mayo anterior disfrutar de excedencia voluntaria para el cuidado de su segundo hijo gemelo durante otros seis meses y que le ha sido notificada, con fecha 13 de agosto la resolución de fecha 6 de agosto, denegatoria de su solicitud de disfrutar del citado nuevo período de seis meses de excedencia voluntaria para el cuidado de su segundo hijo gemelo.

Analizada la expresada resolución desestimatoria, esta Institución considera necesario realizar una serie de consideraciones al respecto:

El artículo 141.1.e) de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, establece que los militares de carrera y los militares profesionales de tropa y marinería que mantienen una relación de servicios de carácter permanente, pasarán a la situación de excedencia voluntaria cuando lo soliciten para atender al cuidado de los hijos, por naturaleza o adopción. En este supuesto tendrán derecho a un período de excedencia voluntaria no superior a tres años para aten-

der al cuidado de cada hijo, a contar desde la fecha de nacimiento de éste. Los sucesivos hijos darán derecho a un nuevo período de excedencia que, en su caso, pondrá fin al que vinieran disfrutando. Este derecho no podrá ser ejercido por el padre y la madre simultáneamente.

En relación con el contenido del punto 2 de los antecedentes de hecho de la citada resolución, en el que se pone de manifiesto que el citado artículo 141.1.e), no reconoce el derecho a tantos períodos de excedencia por razón de cuidado de hijos como número de hijos nacidos de un parto múltiple, sino un único período de excedencia cuya duración máxima no puede exceder de tres años, esta Institución considera que tal interpretación pudiera ser restrictiva del derecho reconocido en el citado precepto, pues con la misma se estaría limitando el ejercicio del derecho a disfrutar del período de excedencia voluntaria para atender al cuidado de los hijos por uno solo de los hijos nacidos de un parto múltiple cuando, a nuestro juicio, y de acuerdo con el contenido del citado artículo, cada uno de los hijos da derecho a disfrutar de esa modalidad de excedencia, pues el sujeto causante del derecho es el hijo y no la madre, si bien el ejercicio del mismo tiene el límite del plazo de tres años desde la fecha de su nacimiento.

Continuando con el análisis del informe de la Asesoría Jurídica del Cuartel General del Ejército del Aire en el que se basa la citada resolución, en el punto tercero se indica que la Dirección General de Personal de ese departamento ministerial ha señalado que en los supuestos de partos múltiples la reserva de destino se produce desde la fecha inicial del parto, sin que las sucesivas peticiones de pase a situación de excedencia por cuidado de hijos nacidos en el mismo parto múltiple generen nuevos derechos a reserva de destino o modifiquen la fecha de arranque de sus efectos legales.

A este respecto, esta Defensoría estima necesario señalar que el Real Decreto 431/2002, de 10 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Destinos del Personal Militar Profesional, establece en su artículo 19 apartado c), como causa de cese en los destinos, con carácter general, el pasar a la situación de excedencia voluntaria. Cuando el pase a dicha situación sea por las causas a) o e) del apartado 1 del artículo 141 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, se reservará el destino por un tiempo de seis meses. Quien cese en esta situación dentro de este plazo se reincorporará a su destino.

Es decir, que en el supuesto de excedencia voluntaria para atender al cuidado de un hijo se reserva el puesto de trabajo, o destino, durante los seis primeros meses en los que la solicitante o el solicitante se encuentran en dicha situación, o sea desde que se comienza a disfrutar de

esta modalidad de excedencia voluntaria, y no desde la fecha inicial del parto como se interpreta en el citado informe.

A mayor abundamiento, en este orden de cosas, esta Institución ha tenido acceso a la respuesta que el Ministerio de Administraciones Públicas emitió a la consulta formulada por una funcionaria pública respecto a si, en el supuesto de parto gemelar, cabría iniciar una nueva situación de excedencia por cuidado de hijos con reserva de puesto de trabajo una vez finalizado el período de excedencia de un año con reserva al puesto.

El citado departamento ministerial ponía de manifiesto que la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, dictada para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, reforma en su artículo 19 la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, la cual tiene carácter supletorio para todo el personal al servicio del Estado y de las administraciones públicas no incluido en su ámbito de aplicación, estableciendo que los funcionarios tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción o acogimiento permanente o preadoptivo, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.

Asimismo, se afirmaba que el citado precepto establece que el período de excedencia será único por cada sujeto causante. Cuando un nuevo sujeto causante diera origen a una nueva excedencia, el inicio del período de la misma pondrá fin al que se viniera disfrutando.

En su último párrafo dispone que el período de permanencia en esta situación será computable a efectos de trienios, consolidación de grado personal y derechos pasivos. Durante el primer año, los funcionarios tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaban. Transcurrido este período, dicha reserva lo será al puesto en la misma localidad y de igual nivel y retribución.

De lo anterior se desprende, por una parte, que el inicio del derecho a disfrutar de esta modalidad de excedencia coincide con la fecha de nacimiento del hijo/os y se agota una vez transcurridos tres años desde esa fecha; por otra parte, que el período de excedencia queda vinculado a cada sujeto causante y, por último, que el derecho a reserva del puesto se refiere a que del mismo se haga uso durante el período de tres años a que da lugar el período de duración de la excedencia.

El derecho a disfrutar del período de excedencia voluntaria en esta modalidad se computa desde el momento del nacimiento del hijo/os has-

ta que finalice el transcurso de tres años, por lo que, a juicio de esta Defensoría, en el supuesto de parto múltiple cada uno de los hijos genera el citado derecho desde su nacimiento hasta que transcurran tres años y el ejercicio de tal derecho queda vinculado a cada sujeto causante es decir, a cada uno de los hijos y, por tanto, el derecho a la reserva del puesto se refiere a que del mismo se haga uso durante el período de tres años a que da lugar el período de duración de la excedencia.

En consecuencia con lo anterior, en el caso que nos ocupa, el período de excedencia que ha venido disfrutando la compareciente está vinculado a uno solo de los hijos, por lo que ese período de reserva de destino a que tiene derecho la compareciente corresponde a uno de ellos y, en consecuencia, el segundo hijo gemelo tiene igual derecho a generar un nuevo período de reserva en aplicación de esta modalidad de excedencia voluntaria, con el límite del transcurso de tres años desde la fecha de su nacimiento.

Así pues, habida cuenta de que la compareciente ha presentado en tiempo y forma recurso de alzada ante V. I., conociendo esta Institución que es preocupación constante de ese departamento ministerial establecer condiciones que faciliten la conciliación de la vida familiar y laboral de los militares profesionales, se ha resuelto formularle la siguiente sugerencia, de acuerdo con los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo: «Que en vía de recurso se resuelva la petición formulada por la interesada en el sentido de que le sea reservado su destino durante el período correspondiente al disfrute de la modalidad de excedencia voluntaria para el cuidado de su segundo hijo».

Asimismo, y en aras de los mismos preceptos legales de nuestra Ley Orgánica reguladora, se ha resuelto formular a ese departamento ministerial la siguiente recomendación: «Que en los supuestos de parto múltiple se reconozcan tantos períodos de reserva de destino como hijos nacidos en ese parto cuando se disfrute de la modalidad de excedencia voluntaria para cuidado de hijos, pues el derecho a la misma lo genera cada hijo, iniciándose el cómputo del ejercicio de tal derecho con la fecha de nacimiento y agotándose una vez transcurridos tres años desde esa fecha».

Habida cuenta de la evidente relación del asunto planteado en esta queja con la recomendación formulada a V. I. en la Q0412836, de la que recientemente ha sido formulado un primer requerimiento, respecto a que se dicten las instrucciones oportunas para que se amplíe a un año el período por el que se reserva el destino a los militares profesionales que soliciten pasar a la situación de excedencia voluntaria para cuidado de

un hijo, debiendo modificarse, en consecuencia, la redacción del artículo 19 del Real Decreto 431/2002, de 10 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Destinos del Personal Militar Profesional, solicitamos que a la mayor brevedad se remitan los informes solicitados por esta Defensoría al respecto en ese expediente.

Por último, de la documentación remitida por la compareciente se desprende que el plazo de seis meses con reserva de puesto por disfrutar de la excedencia por su hija gemela finalizaba el pasado 31 de julio, no habiéndole sido notificada la resolución administrativa desestimatoria de su solicitud hasta el 6 de agosto, por lo que solicitamos que se aclare este extremo.

Madrid, 6 de octubre de 2004.

Recomendación dirigida al Subsecretario del Ministerio de Defensa.

Recomendación 72/2004, de 6 de octubre, para que se habiliten dependencias policiales, en las que los abogados puedan entrevistarse reservadamente con los inmigrantes a los que asisten.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 455.)

Nos ponemos nuevamente en contacto con V. E. como continuación a anteriores comunicaciones, en relación con la queja cuyo número de referencia se cita al margen.

Como sin duda le consta, en su momento esta Institución tras la comparecencia de distintos abogados, ejercientes en la ciudad de Valencia, valoró la oportunidad de iniciar una investigación con el ánimo de conocer la veracidad de distintas prácticas que se habían detectado por parte de estos profesionales, en el ejercicio diario del derecho de defensa a los extranjeros y más en concreto en relación a la posible vulneración de la confidencialidad y reserva de las entrevistas entre abogado y defendido.

En este sentido se dio traslado a V. E. de los hechos expuestos, solicitando un informe de esa Dirección general, con el ánimo de constatar si se tenía conocimiento de la situación descrita en cuanto a estas prácticas, así como si las mismas tenían un carácter aislado, únicamente realizadas en la ciudad de Valencia, poniéndose de manifiesto en este último supuesto qué medidas se preveía adoptar para suprimir las mismas.

Una vez recibido el oportuno informe de ese organismo se dio traslado del contenido de la contestación remitida por V. E. y, dentro del marco de la legalidad vigente, a los promoventes de esta queja quienes han formulado las pertinentes alegaciones.

En base a la investigación llevada a cabo por el Defensor del Pueblo, y estudiada detenidamente toda la documentación que obra en la

presente queja, hay una serie de consideraciones respecto a la importancia del derecho de defensa que nos permitimos trasladar a V. E.

Tanto las normas procesales como las reguladoras de la profesión de abogado establecen con carácter primordial la entrevista reservada entre abogado y cliente, como punto de partida de la relación de confianza que les tiene que vincular.

La entrevista reservada forma parte esencial de la asistencia letrada, hasta el punto que la reciente Ley 38/2002, de 24 de octubre, al referirse a las diligencias previas en el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal expresamente determina que «tanto antes como después de prestar declaración se le permitirá entrevistarse reservadamente con su abogado...».

En este sentido se ha pronunciado claramente nuestro Tribunal Constitucional que ha resuelto esta cuestión recogiendo la trascendental relevancia respecto de la confianza y la correlativa confidencia —secreto profesional— como elementos que forman parte del núcleo esencial del derecho de defensa. En su Sentencia 110/1984, de 26 de noviembre, indica que:

«La confianza y la confidencia son, pues, dos requisitos inseparables del asesoramiento técnico del abogado defensor, forman para del “núcleo esencial” del derecho de defensa y no concurren cuando se impone un abogado que no aporta al justiciable la intimidad imprescindible para que haya una comunicación recíproca entre ambos que, además, debe quedar reservada, pues de lo contrario, no se manifestaría: quedaría cortada, limitada y cercenada, lo que significa una mutilación de la propia asistencia letrada. El apartado 2.3.1 del Código Deontológico aprobado por la CCBE (Colegio de Abogados de la Comunidad Europea) el 28 de octubre de 1988 confirma que «forma parte de la naturaleza misma de la misión del Abogado que éste sea depositario de los secretos de su cliente y destinatario de comunicaciones confidenciales.»

No basta para tutelar el derecho de defensa la designación de los correspondientes profesionales, sino que la realización efectiva del derecho de defensa requiere, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las sentencias de 1 de octubre de 1979, 14 de mayo de 1990 y 25 de abril de 1983, proporcionar asistencia letrada real y operativa.

Por su parte el Código Deontológico, aprobado por Acuerdo del Pleno del Consejo General de la Abogacía el 27 de septiembre de 2002 (para adaptarlo al Estatuto General de la Abogacía Española), y modificado

por Acuerdo de 10 de diciembre de 2002, contiene también las siguientes previsiones:

«Artículo 4. Confianza e integridad:

1. La relación entre el cliente y su abogado se fundamenta en la confianza y exige de éste una conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente.

2. El abogado, está obligado a no defraudar la confianza de su cliente y a no defender intereses en conflicto con los de aquél.

Artículo 5. Secreto profesional:

1. La confianza y confidencialidad en las relaciones entre cliente y abogado, ínsita en el derecho de aquél a su intimidad y a no declarar en su contra, así como en derechos fundamentales de terceros, impone al abogado el deber y le confiere el derecho de guardar secreto respecto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, sin que pueda ser obligado a declarar sobre los mismos como reconoce el artículo 437.2 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. El deber y derecho al secreto profesional del abogado comprende las confidencias y propuestas del cliente, las del adversario, las de los compañeros y todos los hechos y documentos de que haya tenido noticia o haya recibido por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional.

4. Las conversaciones mantenidas con los clientes, los contrarios o sus abogados, de presencia o por cualquier medio telefónico o telemático, no podrán ser grabadas sin previa advertencia y conformidad de todos los intervinientes y en todo caso quedarán amparadas por el secreto profesional.

6. En todo caso, el abogado deberá hacer respetar el secreto profesional a su personal y a cualquier otra persona que colabore con él en su actividad profesional.

7. Estos deberes de secreto profesional permanecen incluso después de haber cesado en la prestación de los servicios al cliente, sin que estén limitados en el tiempo.

8. El secreto profesional es un derecho y deber primordial de la Abogacía. En los casos excepcionales de suma gravedad en los que, la obligada preservación del secreto profesional, pudiera causar perjuicios irreparables o flagrantes injusticias, el Decano del Colegio aconsejará al Abogado con la finalidad exclusiva de orientar y, si fuera posible, deter-

minar medios o procedimientos alternativos de solución del problema planteado ponderando los bienes jurídicos en conflicto. Ello no afecta a la libertad del cliente, no sujeto al secreto profesional, pero cuyo consentimiento por sí solo no excusa al Abogado de la preservación del mismo.»

A la vista de lo expuesto, esta Institución al amparo del artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida en que la cuestión expuesta afecta a derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, ha valorado la conveniencia de dar traslado a V. E. de la siguiente recomendación: «Que se habilite un lugar adecuado en todas las dependencias policiales, en el que se haga compatible el derecho del ciudadano extranjero a entrevistarse reservadamente con su letrado y al mismo tiempo sea posible adoptar las medidas básicas de seguridad que impidan la fuga de la persona cuya custodia tienen encomendada los funcionarios policiales».

Madrid, 6 de octubre de 2004.

Recomendación dirigida al Director General de la Policía.

Recomendación 73/2004, de 6 de octubre, para la equiparación de las parejas de hecho a los matrimonios, en lo referido a las autorizaciones de residencia.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 439.)

Esta Institución ha recibido distintas quejas de ciudadanos españoles a los que la Administración española no ha reconocido su relación de pareja estable con un nacional de un tercer país, a efectos de la aplicación de la legislación de extranjería.

Así, a título de ejemplo puede señalarse el caso de un ciudadano español nacido en el extranjero y residente en Australia que se casó y divorció en ese país, contrayendo matrimonio posteriormente con otra persona también extranjera. Cuando decidió fijar su residencia en España su segunda mujer acudió a los servicios consulares españoles para obtener un visado que le permitiera vivir en España con su marido, denegándose el visado de residencia por no ser cónyuge, y el de estancia, por entender que la intención real era residir en España. La concesión del visado de residencia se supeditó al reconocimiento de la sentencia de divorcio por los tribunales españoles, sin tomar en consideración las grandes demoras que sufre en España este tipo de procedimientos, pese a que en ningún momento se cuestionó el verdadero consentimiento en dicha relación matrimonial (Q0208892).

En otro supuesto, un ciudadano español residente en Argentina decidió fijar la residencia en España junto con su pareja de hecho, de nacionalidad argentina, con la que podía acreditar una relación estable de varios años y tenía una hija común. El Consulado de España en Argentina denegó el visado de residencia a esta persona por no ser cónyuge del ciudadano español, optando ésta por viajar a España con su pareja española y su hija como turista (Q0307518).

En otros casos, la pareja de hecho estable de ciudadano español ha solicitado permiso de residencia por reagrupación familiar en régimen comunitario y le ha sido denegado, ofreciendo la posibilidad de obtener el permiso de residencia en régimen general.

De los antecedentes que han llegado a esta Institución parece desprenderse que, con carácter general, la Administración española no asimila la situación de pareja de hecho estable a la de cónyuge, a efectos de conceder visados de residencia por reagrupación familiar y las correspondientes autorizaciones de residencia.

De hecho en el pasado informe que se elevó a las Cortes Generales se indicaba lo siguiente:

«... ha de dejarse constancia de la recepción de algunas quejas que ponen en cuestión la vinculación de los visados de reagrupación familiar a las uniones matrimoniales que actualmente se hace por parte de la legislación de extranjería. Los promotores de estas quejas consideran que los nuevos modelos familiares que están aflorando en la sociedad deberían tener acceso a la posibilidad de optar a las reagrupaciones familiares. Habida cuenta de que esta decisión exigiría una modificación legal, el Defensor del Pueblo entiende oportuno comunicárselo así a las Cortes Generales por medio de este informe, a fin de que pueda ser considerada por las cámaras si así lo estiman preciso.»

En relación con esta cuestión ha de señalarse que, como V. E. conoce, la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre, del Consejo de la Unión Europea, sobre derecho a la reagrupación familiar, dispone en el punto 3 de su artículo 4 que «Los Estados miembros podrán, por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada y la residencia, de conformidad con la presente directiva y siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el capítulo IV, de la pareja no casada nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una relación estable debidamente probada, o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 5, y de los hijos menores no casados, incluidos los adoptivos, de estas personas, así como de los hijos mayores solteros de estas personas, cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud».

Esta Directiva europea establece como potestad de cada Estado la equiparación de la pareja de hecho al cónyuge a efectos de autorización de entrada y residencia, no como obligación, por lo que las legislaciones internas de cada Estado miembro pueden regular de modo diferente la materia.

El artículo 17 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificada con posterioridad a la Directiva a la que se ha hecho mención, se refiere únicamente a la reagrupación del cónyuge, y en el mismo sentido está regulada la cuestión en el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. De todo ello cabe inferirse que el legislador, dentro de las opciones que ofrece el marco normativo europeo para regular esta materia, ha optado por limitar el derecho a la reagrupación familiar al cónyuge del residente legal, no equiparando a estos efectos la relación de pareja.

No obstante, ha de señalarse que el Tribunal Supremo, en su importante sentencia de 6 de junio de 2000 (recurso de casación 2267/1996), realizó una interpretación extensiva de esta cuestión, equiparando a efectos de reagrupación familiar la situación de cónyuge y la de pareja de hecho estable y acreditada.

Dicha sentencia señala que «como se dijo en la sentencia de esta Sala de 1 de junio de 1999, la distinción entre el cónyuge y el conviviente de hecho tiene justificación en la determinación de su régimen jurídico, dado que el matrimonio desde el punto de vista jurídico-formal no es equiparable a las uniones de hecho, pero no puede considerarse justificada la distinción cuando se trata de atender únicamente a aspectos relacionados con la situación de hecho de convivencia y afecto en la pareja».

Continúa sosteniendo el Tribunal Supremo en su sentencia que «de acuerdo con estos principios, a partir del auto de 7 de julio de 1989, dictado en el recurso 941/1988 (que no figura en las recopilaciones de jurisprudencia), esta Sala viene admitiendo que la existencia de una unión de hecho estable y continuada análoga a la conyugal permite apreciar la existencia de perjuicios irreparables inherentes a la expulsión derivados del arraigo en España de solicitante, por razón de la ruptura de la agrupación familiar, suficiente según la jurisprudencia para integrar el presupuesto que exige el artículo 122 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 (v. gr., sentencias de 11 de octubre de 1999 y de 15 de noviembre de 1999).

En las resoluciones citadas de esta Sala se declara, pues, que la interrupción de la relación caracterizada por la existencia de vínculos afectivos y de convivencia derivados de la unión de hecho estable entre dos personas, aun cuando no hayan contraído matrimonio, derivan perjuicios irreparables para los afectados (consistentes, como dice el auto primeramente citado, «en la ruptura de las relaciones personales que mantiene la pareja»). Debe deducirse, por concurrir identidad de razón,

que la voluntad de mantener o restaurar la agrupación familiar de la pareja estable constituye una causa suficiente o circunstancia excepcional que justifica la exención del visado de residencia para quien acredita hallarse en tales circunstancias en aplicación del artículo de la Ley 7/1985 y concordantes del Reglamento antes citado».

Ciertamente, la sentencia parcialmente transcrita se refiere a un supuesto anterior a la determinación en norma de rango legal del cónyuge como reagrupable, excluyendo la mención de la pareja de hecho. No obstante, la propia sentencia realiza un análisis de constitucionalidad de la norma reglamentaria aplicable al caso (el Reglamento de extranjería aprobado en el año 1996, de contenido idéntico al actual en lo que se refiere al aspecto examinado), y su integración en el ordenamiento jurídico español, determinando que «dicha situación normativa, por lo demás, puede ser objeto de discusión desde el punto de vista de la adecuación del Reglamento a la Ley y a la Constitución, en la medida en que la asimilación de las situaciones de hecho y de derecho en determinadas circunstancias y dentro de ciertos límites puede constituir una exigencia del principio de igualdad, como hemos apreciado en la sentencia de 1 de junio de 1999, a los efectos de indemnización por fallecimiento en acto de terrorismo».

Esta Institución comparte plenamente el criterio mantenido por el Tribunal Supremo en la sentencia que se ha transcrito parcialmente. El plazo para dar cumplimiento a la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre, del Consejo de la Unión Europea, finaliza el 3 de octubre de 2005. No obstante, dado que en la actualidad se encuentra en fase de elaboración el nuevo Reglamento de extranjería y está siendo objeto de debate por los distintos interlocutores sociales el modo en que deben regularse los distintos aspectos a los que debe referirse esta norma, se ha considerado oportuno dar traslado a V. E. de las anteriores consideraciones y del criterio de esta Institución, al amparo de lo previsto en la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, a fin de dirigir a esa Secretaría de Estado la siguiente recomendación: «Que se proceda a realizar las reformas legales o reglamentarias necesarias para posibilitar la entrada y la obtención de permiso de residencia a la pareja de hecho del residente legal, en los mismos términos en los que se permite la reagrupación familiar del cónyuge, en desarrollo de la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre, del Consejo de la Unión Europea, y siguiendo los criterios enunciados por el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de junio de 2000».

Madrid, 6 de octubre de 2004.

Recomendación dirigida a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

Recomendación 74/2004, de 6 de octubre, sobre la necesidad de revisar el contenido de los certificados genéricos que emite el Servicio Regional de Empleo.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 470.)

Agradecemos sus atentos escritos, uno de ellos de la antigua Consejería de Trabajo, en los que nos contestaba a las quejas relacionadas con los números de referencia arriba indicados.

De la documentación remitida a esta Institución se desprende que, al menos durante el año 2003, la certificación de los servicios públicos de empleo emitida conforme a lo prevenido en el párrafo segundo de la letra *b)* del apartado 1 del artículo 70 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, esto es, los certificados genéricos «sobre la inexistencia de trabajadores disponibles para ocupar determinados puestos de trabajo, teniendo en cuenta el resultado de la gestión de ofertas similares en los tres meses anteriores», ha consistido en certificar únicamente el número de puestos ofertados y el porcentaje de ofertas que se han cubierto tras la gestión de las mismas por el Servicio Regional de Empleo.

Los certificados genéricos emitidos por los servicios regionales de empleo de la Comunidad de Madrid contienen una información insuficiente para conocer si existen o no trabajadores extranjeros disponibles para el concreto puesto ofertado en un determinado sector cuya gestión se solicita, ya que no señalan que la razón de la cobertura parcial de las ofertas presentadas sea la falta de demandantes de empleo para el determinado sector en el que se formula la oferta.

Además, ha de señalarse que el artículo 70 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, encomienda a los servicios públicos de empleo la obligación de valorar los resultados de las gestiones de las ofertas de empleo y certificar si existen o no trabajadores disponibles para atender

las concretas ofertas presentadas. Estos certificados no cumplen con esta obligación, por lo que la valoración de la existencia o inexistencia de trabajadores para atender la concreta oferta de que se trate la realiza el órgano competente para la resolución de la autorización de trabajo, lo que no resulta acorde con las previsiones reglamentarias.

A este respecto, esta Institución estima que en una interpretación integradora de la Ley y el Reglamento de extranjería y respetuosa con el principio de motivación de las resoluciones administrativas, la gestión de las ofertas de empleo concluidas con resultado positivo no queda satisfecha con la emisión de un certificado en el que se indique que existen trabajadores demandantes de empleo en un determinado sector. Más bien resulta necesaria una gestión real e individual de la oferta, durante la cual quede acreditado que existen demandantes de empleo que puedan ocupar o desempeñar el puesto de trabajo, como ha declarado el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia (sentencias de 13 de febrero, 20 de marzo y 18 de junio de 2003, entre otras).

A contrario *sensu*, parece que la Administración sólo puede quedar eximida de su obligación de gestionar individualmente una oferta cuando, durante los dos meses anteriores, haya constatado la imposibilidad o dificultad de gestionar ofertas similares. Sólo en este supuesto puede considerarse adecuada la emisión de un certificado genérico, que, obviamente, certifica que el resultado de la gestión de la oferta ha sido negativo.

El criterio de la Delegación del Gobierno en la Comunidad de Madrid no coincide con el mantenido por esta Institución, ya que a partir de los certificados genéricos emitidos por los servicios regionales de empleo de la Comunidad de Madrid en los que se indica que la cobertura de puestos ofertados es parcial, está procediendo a inadmitir los permisos o autorizaciones de trabajo solicitados, por considerar que el certificado acredita una cobertura mayoritaria de las ofertas presentadas.

Por todo lo anterior, esta Institución, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a V. E. la siguiente recomendación: «Que por esa Consejería se revise el contenido de los certificados genéricos emitidos al amparo de lo previsto en el párrafo segundo de la letra b) del número 1 del artículo 70 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, a fin de adecuar dicho contenido a las previsiones reglamentarias, en el sentido expuesto en el cuerpo de este escrito».

Madrid, 6 de octubre de 2004.

Recomendación dirigida al Consejero de Empleo y Mujer de la Comunidad de Madrid.

Recomendación 75/2004, de 8 de octubre, sobre acceso a los exámenes realizados.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 430.)

Ante esta Institución se han venido presentando diversas quejas en las que sus formulantes exponían que los respectivos tribunales calificadores de los procesos selectivos para acceder a la función pública (estatal, autonómica o local) les habían denegado sus solicitudes de ver los exámenes que habían realizado ya que, al estar disconformes con las puntuaciones otorgadas, querían obtener más información sobre los criterios seguidos en las calificaciones de sus ejercicios para así poder articular de forma más adecuada los recursos que, en su caso, pudieran interponer.

Cuando, de conformidad con lo dispuesto en nuestra Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, nos hemos dirigido a la Administración convocante de las respectivas pruebas para esclarecer los hechos expuestos por los formulantes de las quejas, en dichas investigaciones se ha tenido en cuenta que el Tribunal Supremo tiene establecido que los tribunales calificadores de los procesos selectivos gozan de amplia discrecionalidad técnica, dada la presunta imparcialidad de sus componentes, especialización de sus conocimientos e intervención directa en las pruebas realizadas por lo que únicamente se ha incidido en las desestimaciones de tales solicitudes de ver los ejercicios y no en cómo se corrigieron y valoraron los mismos.

Con el fin de que el criterio que viene sosteniendo esta Institución tenga un mayor ámbito y no se circunscriba a cada uno de los procesos selectivos supervisados, se ha considerado procedente iniciar la presente investigación de oficio ante esa Secretaría General la cual ha quedado registrada con el número arriba indicado.

Como ejemplo de lo anteriormente expuesto, podemos citar la queja registrada en esta Institución con el número Q0411071 en la que su promotor expuso que había participado en las pruebas selectivas para el ingreso por el turno libre en el cuerpo general auxiliar de la Administración del Estado, que fueron convocadas mediante Orden de 21 de abril de 2003 (*BOE* de 26 de abril de 2003) y que, realizado el primer ejercicio el 20 de julio de 2003, el 16 de octubre se publicó la resolución de la Comisión Permanente de Selección por la que se aprobó la relación de opositores que habían superado tal ejercicio, entre los que él no se encontraba, razón por la que el 6 de noviembre formuló un recurso de alzada contra dicha resolución en el que, además de cuestionar la calificación que se le había otorgado, solicitaba que, en todo caso, se le permitiese acceder a su examen y al expediente administrativo en su totalidad, con el fin de poder tener cumplida información sobre los criterios seguidos por dicha Comisión de Selección a la hora de calificar su examen para así poder articular de forma más adecuada su defensa. Igualmente expuso que su recurso fue desestimado por resolución de la Directora General de la Función Pública, de 8 de enero de 2004.

A la vista de lo alegado por el interesado, se iniciaron actuaciones ante la citada Comisión Permanente de Selección a la cual se indicó desde el primer momento que «en la resolución de admitir a trámite la presente queja se ha tenido en cuenta, como no puede ser de otra forma, que el Tribunal Supremo tiene establecido que los tribunales calificadoros de los procesos selectivos gozan de amplia discrecionalidad técnica, dada la presunta imparcialidad de sus componentes, especialización de sus conocimientos e intervención directa en las pruebas realizadas (Sentencias de 22 de noviembre de 1983; 18 de enero de 1990; 27 de abril de 1990; 13 de marzo de 1991 y 20 de octubre de 1992) y que esta Institución no puede convertirse en un segundo tribunal calificador que revise los concursos y oposiciones sobre los que se presenten quejas, sustituyendo sus criterios de calificación por los propios.

No obstante, del mismo modo que está admitida la posibilidad de revisar judicialmente las actuaciones de los tribunales calificadoros en ciertos casos en que concurren defectos formales sustanciales o cuando se ha producido indefensión, arbitrariedad o desviación de poder, también es admisible la supervisión de esta Institución en esos casos, por lo que debe quedar claro que la presente investigación no versa sobre cómo se corrigieron las preguntas contenidas en el examen que realizó el interesado, sino sobre la desestimación de su solicitud de acceso a dicho examen, que se hizo al amparo de lo dispuesto en el artículo 35.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

Por ello, únicamente se solicitó que se nos informara sobre «los motivos jurídicos o de otra índole que fundamentaron la decisión de no facilitar la vista de su examen por el interesado».

Con el fin de que V. I. tenga el más completo conocimiento del contenido del informe que nos ha remitido la citada Comisión Permanente de Selección, a continuación se transcriben literalmente los argumentos jurídicos en los que se ha basado esa decisión administrativa:

«Los procesos selectivos que lleva a cabo la Comisión Permanente de Selección son convocados por la orden ministerial que para cada año se elabora, en cumplimiento de lo establecido en el Real Decreto por el que se aprueba la oferta de empleo público correspondiente a cada año. Esta Comisión actúa cumpliendo lo establecido por la legislación aplicable a la selección constituida por la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, el Real Decreto 364/1995 por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y provisión de puestos de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y las propias normas contenidas en la convocatoria anual.

Durante el ejercicio 2003 se han llevado a cabo 13 procesos selectivos concernientes a 82.000 opositores. Para cada uno de los ejercicios correspondientes a cada cuerpo se ha utilizado un cuestionario diferente o la prueba selectiva que corresponda, de acuerdo con lo establecido en las bases de la convocatoria. La elaboración de estos cuestionarios se lleva a cabo cuidando en todo momento la idoneidad de las preguntas y respuestas y en colaboración con expertos asesores.

Una vez corregidos los exámenes y hechos públicos los resultados, si los opositores están en desacuerdo con los mismos, la Comisión Permanente de Selección dirige a cada uno de ellos una comunicación en la que les informa, después de efectuar la revisión individual de cada ejercicio, de las puntuaciones obtenidas, incluyendo los errores, aciertos y respuestas en blanco.»

En este caso el interesado solicita el 11 de noviembre de 2003 resolución motivada en relación con la calificación obtenida en el primer ejercicio y «acceso a examen y expediente administrativo en su totalidad».

De acuerdo con lo expuesto por el Excmo. Sr. Adjunto Segundo del Defensor del Pueblo, «está admitida la posibilidad de revisar (...) las actuaciones de los tribunales calificadores en ciertos casos que concurren defectos formales sustanciales o cuando se ha producido indefensión, arbitrariedad o desviación de poder».

En este supuesto, la resolución del procedimiento cuestionado se realizó respetando las normas de procedimiento establecidas, sin que el interesado alegue y menos aún pruebe la existencia razonable de dolo, fraude, coacción, o quiebra del procedimiento establecido fijado, lo que de conformidad con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, confirmada también por el Tribunal Constitucional, limita la posibilidad de combatir las actuaciones de los tribunales de oposiciones en materia de calificación de exámenes. Concretamente, en este caso, el interesado alega, primero en un procedimiento de solicitud de información y posteriormente mediante interposición de recurso de alzada, «error (en la calificación), pues de las 90 preguntas que conformaban el examen, en el peor de los casos, el que suscribe contestó bien 62, mal 17 y dejó 10 sin contestar».

Ante estas alegaciones que argumentan la existencia de error en la calificación, el 27 de noviembre de 2003 el Presidente de la Comisión Permanente de Selección le remite escrito informativo en el que le informa de la realización de una revisión individualizada de su ejercicio, en la que se comprueba que no existe error alguno en la corrección efectuada inicialmente, proporcionándole los datos resultantes de la misma, así como el mínimo de puntuación establecido para superar el ejercicio.

Posteriormente, el 8 de enero de 2004 se resuelve por la Directora General de la Función Pública el recurso de alzada interpuesto por el interesado en el que se le confirman las puntuaciones que obtuvo en el ejercicio por él realizado. Contra esta resolución el reclamante podría haber interpuesto el correspondiente recurso contencioso-administrativo. No habiéndose alegado dolo, fraude, coacción o quiebra del procedimiento y habiéndose informado de la inexistencia de error por los órganos competentes, una vez llevada a cabo una revisión individualizada del ejercicio, cabe examinar la desestimación de solicitud de acceso a la totalidad del expediente y al examen realizado.

La jurisprudencia ha realizado en diferentes sentencias una integración de los derechos recogidos en la Ley 30/1992 en relación con el desarrollo de los procesos selectivos ahora examinados.

Así, por ejemplo, se ha reconocido la facultad de no aportar parte de la documentación del expediente como son las plantillas que contienen las respuestas correctas ya que «la Comisión sólo tiene las facultades y obligaciones consiguientes, en cuanto a las reclamaciones de los participantes en el proceso, establecidas en la convocatoria, que son en el caso que nos ocupa, las previstas en la norma final de la convocatoria que se remite a la Ley 30/1992 (artículos 114 y siguientes) a efectos de la revisión de los actos de la Comisión, sin que la comunicación de las respuestas sea una de

ellas, más allá de la motivación de la falta de superación del ejercicio por el número concreto de puntos obtenidos, máxime teniendo en cuenta que en materia concreta de conocimientos de los aspirantes la Administración tiene discrecionalidad al apreciar la idoneidad del candidato, únicamente revisables por el orden jurisdiccional en los supuestos de potestades regladas o errores burdos» (Sentencia 1117 de la sala de lo contencioso-administrativo de Madrid, de 9 de octubre de 2001).

Igualmente, y en relación con otro derecho fundamental, como es el trámite de audiencia, ha venido a integrar estos derechos reconocidos a los ciudadanos en función de las alegaciones suscitadas por las partes. Así, la Sentencia n° 307 de la Sección Sexta del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 16 de marzo de 2001, ha venido a determinar que en los términos en que se planteaba la cuestión no se justificaba la existencia de un trámite de audiencia al margen de las posibilidades que la Ley concede para reaccionar frente a la actuación administrativa, es decir, de la posibilidad de recurrir el acto que la parte entiende lesivo y de la cual, por cierto, ha hecho uso el interesado. Es decir, realizado el ejercicio, producida su corrección, interpuesto el recurso correspondiente y resuelto éste, previo informe motivado del órgano de selección, puede decirse que el derecho que reconoce el artículo 24.2 de la Constitución ha sido plenamente garantizado en un procedimiento que no prevé además la audiencia de los interesados al margen de los referidos trámites».

Del mismo modo, a continuación trasladamos literalmente a V. I. las consideraciones que nos ha merecido el contenido del informe antes transcrito:

Primera. Como se indicó en nuestro anterior escrito, el formulante de la queja interpuso un recurso de alzada contra la resolución de esa Comisión Permanente de Selección de 16 de octubre de 2003, por la que se aprobó la relación de opositores que habían superado dicho primer ejercicio en el que, además de cuestionar la calificación que se le había otorgado, también solicitaba al final del escrito que «se ponga de manifiesto al que suscribe su examen y todo el expediente administrativo con el objeto de poder tener cumplida información sobre los criterios seguidos por el tribunal calificador para la corrección y puntuación de los exámenes».

En la resolución del referido recurso de alzada, dictada por la Directora General de la Función Pública el pasado 8 de enero, se confirmó la puntuación obtenida y se desestimó la petición que se acaba de transcribir si bien se debe indicar que la misma fue considerada como subsidiaria de la revisión del examen.

Segunda. Como ya avanzamos entonces, esta investigación no versa sobre la procedencia o no de la desestimación del referido recurso en el que el interesado pretendía que se le incluyera en la lista de los aprobados porque se rectificase la corrección de algunas preguntas.

En el ejercicio de la competencia que nos ha sido atribuida por el artículo 54 de la Constitución y por la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, de supervisar la actuación de las administraciones públicas para el esclarecimiento de sus actos y resoluciones relacionados con los ciudadanos, a la luz de lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución, esta Institución inició la presente investigación, únicamente, al objeto de contrastar las alegaciones formuladas por el interesado porque se le había desestimado su petición de ver su examen y el resto del expediente.

Como bien se indica en el informe recibido, esta Defensoría da por hecho que las decisiones adoptadas por la Comisión Permanente de Selección están basadas en la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en el Real Decreto 364/1995 por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y provisión de puestos de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado así como en las bases de la respectiva convocatoria.

De igual modo consideramos que la citada Comisión no ha vulnerado los preceptos normativos concretos que existen en la legislación reguladora de esta materia sobre la motivación de sus actuaciones.

Aunque no haya una disposición específica en la regulación del acceso a la función pública que imponga a ese órgano seleccionador la obligación de permitir que los opositores vean sus exámenes, sin embargo, esta Institución no puede compartir plenamente las razones dadas en el informe que se nos ha remitido para denegar la vista solicitada. A este respecto, no se debe olvidar que, en el supuesto de que a lo largo de la celebración de un proceso de selección se plantee alguna cuestión que no esté contemplada en esas normas legales directamente aplicables ni en las bases de la convocatoria, se debe tener en cuenta supletoriamente lo dispuesto en el resto del ordenamiento jurídico ya que toda la actuación de los tribunales de selección debe estar sometida al principio de legalidad.

De acuerdo con ello, entendemos que el pronunciamiento sobre la petición expresa de un opositor de ver el examen que ha realizado, no entra dentro de la discrecionalidad técnica que tienen reconocida los tribunales calificadores ya que el acceso o no a ese documento que forma parte de un expediente en el que ha participado el solicitante, no entra-

ña en sí misma un pronunciamiento sobre el contenido de ese examen o una revisión de la calificación dada por el tribunal de selección o una refutación de los criterios adoptados por éste en determinar el nivel mínimo exigido para considerar aprobada la prueba.

Tercera. Con independencia de la sentencia que nos ha facilitado para justificar el criterio sostenido por esa Comisión Permanente que, como no puede ser de otra forma, merece nuestro mayor respeto aunque no se pueda considerar como jurisprudencia, esta Institución entiende que cuando un ciudadano forma parte de un procedimiento selectivo también le asisten los derechos reconocidos por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Esta Defensoría estima que el aspirante tiene el derecho a ver su ejercicio ya que es «dueño» de los documentos que ha presentado y entregado en el proceso selectivo.

El que la vista del examen no esté prevista en las normas jurídicas que regulan esta materia ni en las bases de la convocatoria, no puede admitirse como justificación jurídica ya que tampoco lo estaba el que los participantes de algunas convocatorias pudiesen quedarse con los cuestionarios de las preguntas y, a pesar de ello, esa Comisión Permanente y otros tribunales calificadores decidieron que no era precisa su devolución.

Cuando un opositor presenta un escrito formulando la petición de ver su examen, dado que todavía no ha finalizado el procedimiento que se tramita a lo largo de ese proceso selectivo, está amparado por lo dispuesto en el artículo 35 de la citada Ley en cuyo apartado *a)* se dispone que en sus relaciones con las administraciones públicas, los ciudadanos tienen derecho «a conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados y obtener copias de los documentos contenidos en ellos».

Aunque este precepto normativo concreto no establezca de forma expresa que el interesado tiene «derecho a ver» un determinado documento, sin embargo, como dispone que sí tiene derecho a «obtener copias» de los documentos contenidos en los procedimientos, no resulta lógico que se conceda este derecho si se desconoce con exactitud el contenido del expediente. Parece que el derecho a conocer el estado de tramitación (que es distinto del de audiencia regulado en el artículo 84 de la citada Ley 30/1992) comprende también el del acceso a la totalidad de lo actuado, para así poder solicitar las copias con mayor conocimiento de causa. Por otra parte, si en un trámite posterior, como es el de au-

diciencia al interesado, se puede examinar el expediente, no cabría hacer objeción a que también se muestre en otro trámite anterior máxime cuando por las peculiaridades del procedimiento de que se trate se pueden causar perjuicios difíciles de subsanar al interesado.

En el procedimiento de selección en el que la no superación de una prueba por un aspirante determina su desvinculación del proceso, el derecho de vista del examen que ha realizado el suspendido coincide con su derecho de audiencia ya que la publicación de la lista de aprobados y suspensos es un acto administrativo que para él tiene el carácter de definitivo (aunque para los aspirantes aprobados sea de trámite), es decir, para el eliminado el ejercicio y su calificación es un acto final y determinante ya que no puede seguir o continuar en el procedimiento. De ahí que los suspensos puedan interponer recursos contra el contenido de esas listas.

Cuarta. El acceso al examen también ha de encuadrarse en el principio general de transparencia que, como preceptúa el apartado 5 del artículo 3 de la mencionada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, debe observarse en toda actuación administrativa. Asimismo se puede considerar como una plasmación concreta de los principios de buena fe y de confianza legítima que están igualmente consagrados en el apartado 1 de ese mismo artículo 3 y que son fundamentales en todo proceso selectivo ya que si dicha confianza ya es necesaria desde el acto de la composición del Tribunal, también ha de seguir existiendo en su actuación y funcionamiento posterior.

Está claro que la solicitud de acceder a su examen se tiene que hacer mediante una petición formal y que el ejercicio de este derecho tendría las limitaciones previstas para el acceso a la información administrativa por lo que, por ejemplo, no podría ver los exámenes de otros opositores.

Quinta. Por otro lado, si el propio Tribunal no facilita a un opositor la vista del examen solicitada, no podrá obtener la información que precisa sobre las preguntas que han sido calificadas como erróneas o sobre las contestaciones decididas por dicho Tribunal como acertadas por lo que los recursos que pudiera presentar contra la nota obtenida no podrán contener todos los argumentos jurídicos, documentos científicos y las demás pruebas que podrían apoyar sus alegaciones.

De otra parte, si bien es cierto que el interesado puede tener acceso al expediente completo cuando le sea puesto de manifiesto por el órgano judicial que conozca del recurso contencioso-administrativo que interponga (artículo 48.5 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Ad-

ministrativa), es evidente que no es necesario llegar hasta ese momento para que pueda ver un documento concreto u obtener copia del mismo ya que, de haberse entregado en el momento de la tramitación del expediente administrativo en que lo hubiere solicitado, no sólo podría haberle hecho desistir de presentar un recurso administrativo ante el órgano que nombró al presidente sino que también se podría evitar que tuviera que recurrir a la vía judicial.

Por ello, y observando el principio de economía procesal, si en las bases de la convocatoria no está prohibido el que se pueda acceder al examen realizado, el tribunal calificador, haciendo uso del ejercicio de su facultad de interpretación de las bases, debería proceder a atender las solicitudes que se le cursen aplicando así las previsiones que se contienen al respecto en nuestro ordenamiento jurídico.

Aunque, esta Institución ya ha tenido ocasión de apreciar que en algunos procesos selectivos los correspondientes tribunales seleccionadores han permitido que los opositores puedan ver sus exámenes y obtener copia de los mismos, sin embargo, consideramos que podría convertirse en una práctica generalizada toda vez que resulta beneficioso para los aspirantes que así controlarían mejor cómo han hecho el examen, además de servir para aumentar su formación para futuras pruebas. También sería beneficiosa esa práctica para la Administración ya que evitaría posibles reclamaciones y peticiones de información a la vez que serviría para que la selección de los mejores candidatos se haga en un proceso más transparente».

Si bien esta Institución ha remitido a la Comisión Permanente de Selección una resolución en forma de sugerencia que se circunscribe al caso particular del formulante de la queja, sin embargo, con el fin de que el criterio sostenido por esta Defensoría tenga un mayor ámbito de incidencia, en el supuesto de que sea compartido por esa Administración, se ha considerado conveniente dirigir a V. I. la siguiente recomendación al amparo de lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo: «Que esa Secretaría General imparta las instrucciones oportunas para que en los procesos selectivos de acceso a la Función Pública del Estado puedan ver los exámenes realizados aquellos opositores que expresamente lo soliciten».

Aunque a la vista de los documentos examinados se observa que esta previsión no está establecida en ninguna norma concreta de forma expresa, ni los tribunales de justicia han obligado a actuar así cuando han ejercido su función interpretativa de las leyes, sin embargo, se considera que facilitando el acceso de los opositores a sus exámenes se cum-

ple con el principio de información administrativa consagrado en el artículo 105 de la Constitución, con lo dispuesto en el artículo 35 *a*) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y con los principios a los que debe sujetarse todo el actuar administrativo de transparencia, buena fe y confianza legítima establecidos en los apartados 1 y 5 del artículo 3 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Madrid, 8 de octubre de 2004.

Recomendación dirigida al Secretario General para la Administración Pública.

Recomendación 76/2004, de 14 de octubre, sobre tramitación de proyecto de Real Decreto.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 439.)

Acusamos recibo del escrito de fecha 1 de junio de 2004 (s/ref.: 497, de fecha 01.06.04) del Director de su Gabinete Técnico, con el que se contesta a la petición de información que directamente formulamos a V. I. en relación con la queja presentada por un grupo de funcionarios que en su momento pertenecieron a la extinguida Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración (MUNPAL) y que fueron adscritos a la Administración de la Seguridad Social, que consideran que se produce un agravio comparativo entre ellos y el resto de los funcionarios de la Administración de la Seguridad Social cuando se encuentran en la situación de incapacidad temporal, ya que sus retribuciones se ven mermadas a partir del tercer mes, a diferencia de lo que sucede con el resto de los funcionarios.

Agradecemos el detallado informe elaborado por la Subdirección General de Ordenación y Desarrollo de los Recursos Humanos de los Organismos Autónomos y de la Seguridad Social, así como los anexos que al mismo se acompañan y que demuestran el interés que tiene dicha Subdirección General en alcanzar una solución al problema antes citado que afecta a ese colectivo de funcionarios.

Estudiado el contenido de la amplia información facilitada, la cual damos por reproducida en aras a la brevedad y porque esa Administración ya tiene un profundo conocimiento de la cuestión planteada, esta Institución estima conveniente manifestar las siguientes consideraciones:

Primera. Se ha podido apreciar que los diversos órganos administrativos que han estudiado el problema expuesto en esta queja, coinci-

den en reconocer que dichos funcionarios vienen sufriendo graves perjuicios económicos cuando llegan al cuarto mes en su incapacidad temporal ya que, a partir de entonces, dejan de percibir el 100 por 100 de sus retribuciones como venían haciendo para pasar a cobrar el 75 por 100 de la base reguladora de cotización.

Como existe un vacío legal en la aplicación del Real Decreto 480/1993, de 2 de abril, y el Real Decreto 2664/1986, de 19 de diciembre, que no ha sido suplido con una interpretación favorable a tales funcionarios de los cuerpos de la extinguida MUNPAL, esos mismos órganos administrativos proponen que se adopte la medida necesaria que subsane la situación de desigualdad que vienen teniendo desde el año 1993, respecto del resto de los funcionarios de la Administración Civil del Estado y de los funcionarios de la Administración de la Seguridad Social.

Si bien es verdad que a lo largo de los últimos años se han elaborado diversos estudios e informes sobre la cuestión planteada en esta queja, no es menos cierto que no se ha alcanzado la solución esperada porque se han producido discrepancias sobre el rango que debía tener la norma que amparase esa solución, sobre el órgano competente para dictarla o sobre otros aspectos meramente formales.

Segunda. Como quiera que los funcionarios que en su momento pertenecieron a la extinguida Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración (MUNPAL) en la actualidad no solamente están prestando servicios en las entidades de la Administración de la Seguridad Social sino que hay otros que también están adscritos a órganos de la Administración General del Estado, esta Institución considera que la solución que se adopte tiene que comprender a todos ellos para que ninguno quede excluido y siga, por tanto, sufriendo esa desprotección.

Por esta razón, no sería aconsejable que, como se ha propuesto en algunos informes, se dictase una resolución de esa Subsecretaría por la que se estableciera la extensión de la disposición adicional octava del Real Decreto 2664/1986, al personal procedente de la extinguida MUNPAL y que cotizaba a dicha mutualidad, ya que únicamente se aplicaría a las 114 personas que han pasado a prestar sus servicios en la Administración de la Seguridad Social con lo que quedarían excluidos los 15 funcionarios destinados en la Administración General del Estado.

De la misma forma que la adopción de una resolución no es conveniente por razones de seguridad jurídica, dada la materia que se pretende regular, tampoco es aconsejable que la norma a dictar tenga el rango de Ley por ser éste excesivo como ha venido indicando la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas.

Por tanto, y como se ha propuesto en algunos de los informes emitidos a lo largo de los últimos años, esta Institución considera que el rango más adecuado de la norma que ha de dictarse es el de Real Decreto ya que nos encontramos ante un reconocimiento de derechos respecto de un colectivo de funcionarios que están prestando sus servicios tanto en la Administración General del Estado como en la de la Seguridad Social.

Tercera. Dado que ya han existido intentos de introducir alguna disposición adicional en proyectos de Reales Decretos que solucionarían este problema que no han llegado a ser aprobados, parece que lo más aconsejable sería seguir la indicación que hizo la Dirección General de la Función Pública en el informe que emitió el pasado 9 de febrero, de que ese Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales tomase la iniciativa de tramitar un proyecto de Real Decreto nuevo o de modificación del Real Decreto 2664/1986, de 19 de diciembre, con el fin de que todos los funcionarios de la extinta MUNPAL perciban el 100 por 100 de sus retribuciones cuando se encuentren en situación de incapacidad temporal.

La tramitación subsiguiente sería la misma que se dio en su momento al citado Real Decreto 2664/1986 lo que conllevará que esa modificación sea asumida por el Ministerio de Administraciones Públicas quien la propondría al Consejo de Ministros tras los informes de la Comisión Superior de Personal y del Consejo de Estado.

Dado que ya están hechos la memoria justificativa de esa modificación y los estudios relativos al personal que quedaría afectado por la misma, así como la cuantificación económica que ello supondría, esta Institución considera que se podría iniciar rápidamente el correspondiente procedimiento para que así cesase esa situación de desprotección que se viene produciendo desde el año 1993.

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

«Que, con la mayor celeridad posible, ese Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales inicie la tramitación del proyecto de un nuevo Real Decreto o de la modificación del Real Decreto 2664/1986, de 19 de diciembre, que regula la homologación del régimen de los funcionarios de la Administración de la Seguridad Social con el del personal de la Administración Civil del Estado y ordena sus cuerpos, para que los funcionarios pertenecientes a cuerpos de la extinguida Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local (MUNPAL) que prestaban servi-

cios en dicha Mutuality y que actualmente estén destinados en cualquiera de ambas administraciones, perciban el 100 por 100 de sus retribuciones cuando se encuentren en situación de incapacidad temporal.

Que, una vez que se haya adoptado esta iniciativa, el referido proyecto de Real Decreto sea remitido al Ministerio de Administraciones Públicas para que, previos los informes necesarios, eleve la correspondiente propuesta de aprobación al Consejo de Ministros.»

Madrid, 14 de octubre de 2004.

Recomendación dirigida a la Subsecretaria del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Recomendación 77/2004, de 14 de octubre, sobre comprobación de hechos denunciados y apertura de procedimiento sancionador, con adopción de medidas cautelares.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 478.)

Se ha recibido escrito de ese Ayuntamiento, registro de salida n.º 9951, referente a la queja arriba referenciada, formulada por don (...).

Esta Institución agradece el informe municipal y comparte plenamente sus premisas e incluso la valoración del resultado de la celebración de las fiestas locales. No eran éstos sin embargo los puntos objeto de la queja. El reclamante no adujo en la queja, tampoco esta Institución, que las celebraciones deberían ser suprimidas, ni que tengan sólo efectos nocivos frente a terceros. Se trata más bien de dilucidar si puede conseguirse el equilibrio, mencionado por ese Ayuntamiento, entre ocio y descanso. Este equilibrio, inobjetable y no objetado, no existe sin embargo si las inevitables molestias —inevitables porque es imposible que un evento festivo no sea ruidoso— son previamente evaluadas y, en consonancia con la evaluación, a continuación quedan corregidas.

La selección por ese Ayuntamiento de un modelo que integra los eventos en el casco urbano, opción plenamente legítima y tampoco discutible en sí misma, sin duda ayuda a evitar los problemas de seguridad derivados de las grandes aglomeraciones. Origina otros, sin embargo, sobre los que ese Ayuntamiento no hace mención alguna, como son los de contaminación ambiental y ciertas dificultades con que se encontraron algunos vecinos para acceder a los garajes por ocupación de la vía pública por los bares. Por ejemplo, la imposibilidad durante los días festivos del descanso por los vecinos que habitan los alrededores distorsiona la vida cotidiana. Sin embargo ese Ayuntamiento no ha incluido en las bases de 3 de mayo de 2003 ningún condicionante ambiental, como lími-

tes de sonido u horarios de emisión musical. Éste es el objeto de la queja, la falta de previsión de los efectos contaminantes que van a sufrir quienes, durante pocos días, tendrán a escasos metros de su vivienda unos altavoces; así como los problemas de accesibilidad a las viviendas.

No puede aceptar esta Defensoría que ese Ayuntamiento se haya preocupado por la obtención de equilibrio entre ocio y descanso si resulta que el ocio queda garantizado pero el descanso no. Esto es más bien una situación de desequilibrio. No se oculta la dificultad de conseguir solucionarlo y reequilibrar las cargas, por ejemplo mediante limitaciones de intensidad del sonido, horarias u otras. Pero evidentemente el control de la contaminación acústica no sería una función municipal si consistiera en una función sencilla y al alcance de cualquiera, pues entonces no sería necesario el Ayuntamiento. Las administraciones públicas existen porque hay problemas difíciles de resolver que los particulares no pueden por sí solos acometer.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formular la siguiente recomendación: «Que con arreglo a la normativa ambiental estatal y autonómica incluya en las normas y bases sobre los diversos eventos que vayan a celebrarse durante las fiestas locales, las necesarias alusiones a que durante su transcurso sean respetadas las limitaciones sobre contaminación acústica contenidas en la Ley 37/2003 del Ruido y en el Decreto 78/1999 de protección contra la contaminación acústica de la Comunidad de Madrid, con indicación de la necesidad de una previa evaluación de si las instalaciones serán presumiblemente molestas para terceros y, en su caso, la necesidad de adoptar medidas correctoras de aislamiento, horarios restringidos y zonas que deben quedar exentas de saturación por ruido».

Madrid, 14 de octubre de 2004.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Getafe (Madrid).

Recomendación 78/2004, de 20 de octubre, para que se establezca en el Reglamento de Extranjería una previsión que contemple la posibilidad del traslado de toda la unidad familiar en el momento que se conceda a los padres una autorización inicial de residencia.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 447.)

Ante la próxima aprobación del nuevo Reglamento de Extranjería, esta Institución quiere someter a la consideración de V. E. una cuestión que ha motivado distintas quejas y que, según hemos podido apreciar, no se aborda específicamente en el proyecto de Reglamento que ha llegado a nuestro poder.

Como V. E. conoce, el derecho a la vida en familia de los extranjeros residentes en España se articula esencialmente a través de la reagrupación familiar, si bien para adquirir el derecho a reagrupar a sus familiares los interesados deben cumplir determinados requisitos, tanto desde el punto de vista documental (tarjeta de residencia renovada) como desde el económico y social (vivienda y situación financiera suficiente).

De tal regulación queda fuera una situación concreta, la de los padres con hijos menores —en algunos casos muy pequeños— que habiendo obtenido visado de residencia lucrativa, que les autoriza a trasladar su residencia a España con el fin de realizar un trabajo por cuenta propia o ajena, ven, sin embargo, cercenada la posibilidad de fijar la misma junto a sus hijos menores, por no permitirse la entrada de estos a la vez que la de sus progenitores.

En las quejas recibidas, los interesados manifiestan que no se admite a trámite el visado para sus hijos, siendo informados de que deben aguardar obligatoriamente a la reagrupación familiar, una vez que cumplan los requisitos previstos para ello, lo que les obliga a dejar a

sus hijos al menos dos años en manos de otros familiares u otras personas.

Tal solución resulta cuanto menos sorprendente: por un lado, la unidad familiar se ve disgregada sin posibilidad de acudir a otra solución y, por otro, se pretende utilizar una figura pensada para que el extranjero residente pueda reunir en España a su familia, cuando él se encuentra ya residiendo y su familia no.

A criterio de esta Institución la aplicación al caso planteado de la figura de la reagrupación familiar con carácter excluyente de cualquiera otra opción no resulta adecuada, dado que la familia en cuestión ya se encuentra reunida en su país de origen y con esta solución lo que se consigue justamente es desintegrarla. Sin embargo, la ausencia de normas tanto en el Reglamento anterior como en el borrador, hasta ahora conocido, permite que se produzcan situaciones en las que, de hecho, se genera una lesión injustificada a la unidad familiar dado que la única alternativa práctica que se ofrece es la separación temporal de la misma o, en último caso, la renuncia de los progenitores a su proyecto emigratorio.

Considera el Defensor del Pueblo que no existen normas que prohíban el viaje de los menores junto con sus padres desde un primer momento. El problema expuesto parece más bien derivado de una praxis administrativa, seguida particularmente por los Consulados, que aplicando de forma rigorista la normativa en materia de extranjería se niegan a realizar trámites que no vienen expresamente previstos en el Reglamento, dando la errónea impresión de que lo que no está previsto está prohibido.

Es cierto que las autoridades administrativas españolas deben conocer previamente el número de personas que van a fijar su residencia en España dado que, al igual que en el sistema de la reagrupación familiar, ha de evaluarse cada situación concreta con el fin de conocer si las perspectivas laborales del padre o padres son suficientes para mantener al conjunto de la familia que se va a establecer en España. Sin embargo, podrían arbitrarse sistemas para que las familias no sean necesariamente desintegradas. Tal sería, por ejemplo, la posibilidad de vincular los visados de residencia de los hijos menores a los de los padres, al del padre o la madre, a fin de considerar globalmente si la situación económica de la unidad familiar permitiría el viaje de todos sus integrantes.

Parece, pues, conveniente y necesario plantearse esta cuestión a fin de que se incluya una norma en el Reglamento cuyos trabajos se encuentran en proceso de finalización, para que de esta forma se disipen

las dudas entre los diversos operadores jurídicos y quede establecido el cauce procedimental a seguir en estos casos.

Por todo lo anterior, esta Institución, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a V. E. la siguiente recomendación: «Que se incluya en el Reglamento de Extranjería una previsión que contemple la posibilidad de que los hijos menores viajen junto a sus padres para establecer su residencia en España desde la concesión de la autorización inicial, siempre que pueda acreditarse la viabilidad económica del traslado del grupo familiar completo».

Madrid, 20 de octubre de 2004.

Recomendación dirigida a la Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración.

Recomendación 79/2004, de 20 de octubre, para la adopción de criterios de gestión más racionales en relación con la exigencia de personación directa de los interesados para la presentación de solicitudes de extranjería.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, págs. 430 y 460.)

Como V. E./I. conoce, esta Institución viene mostrando su preocupación en los distintos informes que eleva a las Cortes Generales por la situación en la que se encuentran los ciudadanos extranjeros en nuestro país y, en concreto, por la salvaguarda de los derechos que, con independencia de su situación de legalidad o irregularidad les están legalmente reconocidos.

A este respecto, ha de indicarse que la redacción actual de la Ley de extranjería dispone, en su disposición adicional tercera, que 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. Asimismo en los procedimientos en los que el sujeto legitimado fuera un empleador, las solicitudes podrán ser presentadas por éste o por quien válidamente ostente la representación legal empresarial.

Al hilo de lo anterior, se estima preciso poner en conocimiento de V. E./I. que esta Institución, desde la fecha de entrada en vigor de la norma antes referida, ha venido recibiendo numerosos escritos de queja en los que se exponía la problemática existente en las distintas Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno a fin de dar cumplimiento a lo previsto en la disposición antes citada.

Las comunicaciones remitidas por parte de los interesados evidenciaban que la obligatoriedad de la personación, no se había visto com-

plementada con la implementación de medios materiales, técnicos y humanos por parte de la Administración.

Asimismo los escritos recibidos reiteraban la queja de los ciudadanos por la falta de agilidad en la actuación administrativa en aquellos procedimientos que, por su premura, no admitían las dilaciones que se venían produciendo; circunstancia que era especialmente preocupante en el caso de las autorizaciones de regreso.

Por todo lo anterior, se estimó conveniente solicitar los informes oportunos a las Delegaciones del Gobierno en Madrid, Valencia y Cantabria así como a las Subdelegaciones del Gobierno en Barcelona y Málaga.

De conformidad con dichas peticiones, esta Institución ha recibido las comunicaciones requeridas.

Descendiendo al caso concreto, en primer lugar, en lo relativo a la Delegación del Gobierno en Madrid, ha de ponerse de manifiesto que a lo largo del presente año han sido adoptadas una serie de medidas tendentes a paliar la situación de colapso existente, habida cuenta del elevado número de ciudadanos extranjeros que precisaban la consecución de una cita.

A este respecto, y en lo tocante al Área de Trabajo y Asuntos Sociales de la referida Delegación, en el informe se indicó que se había ampliado el horario de atención telefónica a los solicitantes de cita, así como que se había procedido a habilitar un nuevo número de teléfono. No obstante lo anterior, de esa información parecía deducirse que la ampliación del servicio había tenido carácter temporal, por lo que se estima conveniente indicar que esta mejora del servicio al ciudadano habría de consolidarse.

Del mismo modo, desde aquellas dependencias se dispuso, en primer término, que los colegios profesionales y sindicatos más representativos solicitaran cita previa mediante correo electrónico. A partir del mes de mayo este sistema se hizo extensivo al resto de los interesados.

De otro lado, se indicaba que para los casos de inminencia en la caducidad de las autorizaciones, se había permitido la presentación directa sin necesidad de cita previa. Sobre este aspecto ha de señalarse que, si bien esta posibilidad da solución a la problemática indicada en numerosas quejas, dirigidas a esta Institución, de ciudadanos que manifiestan su preocupación por la premura en la caducidad de su autorización y por la imposibilidad de obtener la cita oportuna, sería conveniente disponer de un número de teléfono o fax específico para dar solución a estos casos que podrían ser calificados como urgentes.

Por su parte en lo relativo a la Brigada Provincial de Extranjería, en el informe se indicaba que el edificio de Los Madrazo se encontraba al límite de sus posibilidades en cuanto a espacio, líneas telefónicas y red informática, por lo que las previsiones de mejora pasarían por la puesta en servicio del nuevo edificio de la Avda. de las Regiones s/n, si bien, no se concretaba fecha para este traslado.

Ha de hacerse especial referencia al hecho de que desde la Delegación en Madrid se advirtió de que el lapso de tiempo que mediaba, entre que el interesado solicitaba la cita y la fecha en la que ésta era definitivamente atendida, era de dos meses. Este plazo se considera del todo excesivo y no respeta el principio de eficacia que ha de constituir el norte de toda la actuación de la Administración.

Asimismo, resultó especialmente preocupante la comunicación remitida desde aquella Delegación, en la que se exponía que cuando el solicitante de cita declaraba que el ciudadano extranjero, a favor del cual se iba a solicitar una autorización de trabajo y residencia, se encontraba en situación irregular, se habían transmitido instrucciones a la empresa prestadora del servicio para que la cita no fuera adjudicada, y se informara al solicitante de lo dispuesto en la disposición adicional cuarta, supuesto séptimo, de la vigente Ley de extranjería.

Desde esta Institución se estimó preciso incidir en que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla, cualquiera que sea su forma de iniciación.

La actuación administrativa antes referida impide que se inicie el procedimiento administrativo pretendido, por lo que no se obtiene la resolución correspondiente y, por consiguiente, en caso de que la resolución hubiera resultado negativa a los intereses del solicitante, éste queda privado de su derecho a recurrir la decisión adoptada.

A este respecto, ha de manifestarse que desde esta Institución se formuló, a la vista del procedimiento seguido desde la Delegación del Gobierno en Madrid sobre el aspecto anteriormente referido, un recordatorio de deberes legales, habida cuenta de que en el procedimiento referido no se respeta lo previsto normativamente en lo relativo a la actuación que debe seguirse por parte de la Administración.

Por otra parte, y dada la imposibilidad de consecución de cita para la realización de determinados trámites, diversos ciudadanos han contactado con esta Institución a fin de que desde el Defensor del Pueblo

fueran realizadas las gestiones pertinentes ante esa Delegación para la pronta resolución de las solicitudes de las autorizaciones de regreso presentadas, a la vista de la inminencia en el viaje a realizar y, por tanto, de la urgencia en obtener una resolución.

Igualmente, ha de indicarse que se han venido recibiendo diversos escritos en los que los interesados manifestaban su queja sobre el sistema telefónico, dispuesto en la Delegación del Gobierno en Madrid para solicitar la cita. Según señalaban este sistema estaba suponiendo un desembolso económico del todo excesivo para los interesados.

En concreto, los remitentes indicaban que, una vez obtenida línea en el número de teléfono 902 111 144, una locución les informaba que habían de permanecer unos instantes en espera hasta que su llamada pudiera ser atendida y que, tras aguardar durante un tiempo, se cortaba la comunicación, por lo que esta llamada además de infructuosa, resultaba gravosa para el ciudadano.

A este respecto, ha de indicarse que la puesta a disposición del número de teléfono 902 supone para el interesado un coste de llamada que puede resultar excesivo, cuando dicho número no está en condiciones de prestar el servicio con la adecuada agilidad. Por ello se estima preciso que se adopten otras fórmulas económicamente menos gravosas para el ciudadano: así, que el coste de la llamada más allá de un determinado lapso de tiempo considerado como admisible, fuera de cargo de la Administración o al menos compartido entre ésta y el interesado; alternativamente, que la llamada fuera cobrada únicamente cuando se lograra la comunicación pretendida y, consiguientemente, la cita requerida.

De otro lado, y en lo referente a la situación en la Delegación del Gobierno en la Comunidad Valenciana, además de la mayoría de los temas ya abordados en las páginas precedentes, se han recibido diversas quejas referentes a la imposibilidad de los interesados en contactar con dichas dependencias, a fin de que les fuera modificada la fecha de la cita que en un principio les había sido señalada, cuando por razones debidamente justificadas les era imposible acudir el día indicado.

Sobre este particular, se considera que deben quedar previstas aquellas incidencias, debidamente justificadas, que pudieran surgir en la tramitación de los expedientes, por lo que sería preciso establecer algún procedimiento para dar cobertura a estos supuestos, y de esta forma proporcionar a las personas que lo precisen, y en el momento en el que así lo requieran, la posibilidad de contactar con el órgano administrativo competente a fin de solicitar la modificación de la fecha que en un principio les fue concedida.

Por otra parte, y a la vista de la comunicación recibida desde la Subdelegación del Gobierno en Málaga, ha de manifestarse que su situación de atención al ciudadano es en términos comparativos con otras Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno aceptable. No obstante, desde el Defensor del Pueblo se instó a esa Subdelegación para que, a la mayor brevedad posible dispusiera de un número de fax o dirección de correo electrónico, complementarios del contacto telefónico, que hasta la fecha del presente informe era la única posibilidad prevista para solicitar cita.

Por su parte, en la Subdelegación del Gobierno en Barcelona se habían advertido problemas similares a los referidos anteriormente. Dicha Subdelegación significó que para poder mejorar la calidad de la atención prestada, se había autorizado por parte del Ministerio de Administraciones Públicas la contratación de 35 auxiliares y 4 ordenanzas.

Asimismo se indicó que en trámites como los relativos a las solicitudes de renovación de las autorizaciones, se había procedido a habilitar como registros competentes las oficinas de Trabajo de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

Al hilo de lo anterior, desde aquellas dependencias se señaló que, a la vista de que en la actualidad se venían concediendo citas para unas fechas muy lejanas, se había solicitado autorización a esa Secretaría de Estado para que las solicitudes de reagrupación familiar, así como las solicitudes de residencia de hijos nacidos en España, pudieran presentarse también en las oficinas de los Centros de Atención e Información de la Seguridad Social. Solución que desde esta Institución se valora de forma satisfactoria, a la vista de que en la actualidad se está procediendo a citar a los interesados con una demora de un año.

A este respecto, y considerando que el número de registros competentes habilitados para la presentación de las solicitudes de autorización se ha visto ampliado a lo largo del año, a consecuencia de la situación generada por la aplicación de la presente Ley de extranjería, ha de manifestarse que desde esta Institución se estima precisa la publicación de una instrucción, a fin de que se conozca de una forma clara y pormenorizada cuáles son los distintos organismos que quedan habilitados como registros competentes en materia de extranjería, concretando en todo caso esta información por comunidades autónomas, y por tipos de autorización que pueden ser presentados en cada uno de los registros. Asimismo sería necesario que esta información se reflejara en los distintos medios habilitados por parte de la Administración para dar a conocer a los ciudadanos los centros que se encuentran a su disposición, y que se fuera actualizando a medida que se produjeran modificaciones.

De otro lado, ha de indicarse que en diversas quejas en las que los ciudadanos manifestaban su preocupación por la falta de contestación a los correos electrónicos remitidos a la Subdelegación antes aludida, en los que se solicitaba la cita correspondiente, se ha podido constatar que por parte de aquel organismo se indicó que la cita requerida sería materializada a mediados del año 2005. Esta situación se considera inaceptable y requiere de la adopción de las medidas correspondientes de manera inminente.

En lo relativo al informe remitido por parte de la Delegación del Gobierno en Cantabria, ha de señalarse que el plazo que media entre que el interesado solicita la cita que precisa, y la fecha en la que ésta finalmente se materializa, es de 15 días.

Por otra parte, en la comunicación recibida desde aquella Delegación del Gobierno, se participa que en las próximas fechas se pondrá en funcionamiento la posibilidad de solicitar cita mediante correo electrónico.

Asimismo se indica que en aquella oficina de extranjeros se reserva diariamente una franja horaria, a fin de cubrir las eventualidades que pudieran surgir en lo relativo a las peticiones de carácter urgente que hayan de ser presentadas por parte de los ciudadanos extranjeros.

Por último, desde esta Institución ha de hacerse especial mención al hecho de que el cumplimiento de lo previsto en la legislación, no ha de redundar en detrimento de los servicios que han de ser prestados al ciudadano. La Administración ha de estar al servicio del ciudadano y, por tanto, el establecimiento de una normativa particularmente rigurosa en lo que a la presentación de solicitudes de autorización se refiere, como es el caso de lo previsto en la Ley de extranjería, debe verse siempre complementado con la disposición de los medios humanos, técnicos y materiales necesarios para tal fin, o al menos por la sustancial reorganización de los ya existentes.

Por todo lo anteriormente expuesto, esta Institución, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a V. E./I. la siguiente recomendación:

«Que a la vista de la información trasladada por parte de las distintas Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, cuyas copias se acompañan, se proceda a adoptar las medidas que resulten precisas en el ámbito de las competencias de ese centro directivo, para que la actuación administrativa de las mismas se adecue al principio de eficacia que debe presidir el funcionamiento de las administraciones públicas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 103 de nuestro Texto Constitucional.

En concreto, esta Institución considera necesario que por parte de esa (...) se adopten en el marco de sus competencias las siguientes medidas:

— Deberá, cuando menos, reservarse diariamente una franja horaria a fin de dar cobertura a las diversas incidencias que pudieran presentarse, en la tramitación de las solicitudes en las que sea necesaria la directa personación del interesado y se acrediten razones de urgencia o especial necesidad.

— Como medio complementario de la medida anterior, debería arbitrase un mecanismo que facilitara la cita previa a las personas necesitadas de esta atención preferente, bien mediante la puesta en funcionamiento de un número de teléfono específico, una dirección de correo electrónico, o de un número de fax.

— En lo referente a autorizaciones de regreso, se estima que el Reglamento actualmente en preparación debería establecer como previsión general, que estas autorizaciones se extendieran de forma automática en el momento de presentar la solicitud de renovación y mantuvieran su vigencia hasta tanto sea entregada la tarjeta correspondiente.

— Para el resto de las autorizaciones de regreso, el futuro Reglamento deberá insistir en la necesidad de resolverlas con carácter de urgencia. A estos efectos, debe considerarse la posibilidad de que en los trabajos preparatorios de esta norma, en su Disposición Adicional Undécima, se incorporen las autorizaciones de regreso a los expedientes, cuya tramitación debe considerarse preferente.

— Que se considere que en los supuestos de presentación de solicitudes de renovación de las autorizaciones de residencia en cualquiera de sus tipos, se estime la no exigencia de comparecencia personal del interesado, por cuanto que de la lectura de la disposición adicional cuarta, apartado 5, del borrador de Reglamento, no queda clara la directriz que se seguirá por parte de los Organismos competentes sobre este particular.

— Que en los casos en los que los interesados hayan presentado sus solicitudes de autorización, y se les requiera posteriormente para que la realización de cualquier trámite complementario relativo a la solicitud ya presentada, tales como aportación de documentos o subsanación de deficiencias, puedan acudir a las dependencias administrativas sin necesidad de cita.

— Que se dicte la instrucción oportuna a fin de dar publicidad sobre los registros habilitados para la realización de los distintos trámites en

materia de extranjería, así como que la misma sea incorporada a la información que se viene proporcionando por parte de la Administración, y que se actualice a medida que se produzcan modificaciones.

— Que se otorgue la cita pretendida a los que así la requieran, sin perjuicio de que con posterioridad, y en caso de que el interesado se encuentre en algunos de los supuestos previstos en la disposición adicional cuarta de la vigente Ley de extranjería, sea inadmitida a trámite, dictándose en tal supuesto la resolución oportuna y procediéndose a su notificación de la forma prevista normativamente.

— Que para la concertación telefónica de cita se establezcan sistemas que no resulten especialmente gravosos desde el punto de vista económico para los ciudadanos, adoptándose medidas para disminuir el costo de los servicios de línea 902 o estableciendo otros sistemas alternativos, algunos de los cuales han quedado reflejados en el cuerpo de esta resolución.

— Que, con carácter general, se guarde registro de la fecha de la solicitud de la cita, especificando el medio por el que se ha presentado. Asimismo que se facilite al solicitante un recibo a fin de que éste pueda acreditar la petición cursada, el trámite que pretende realizar y la fecha en la que la ha solicitado.

— Que, a la vista de que la situación generada no puede considerarse como de carácter temporal, se estudie el incremento de dotación con carácter permanente de los medios humanos, materiales y técnicos adscritos a las oficinas de extranjeros, sin perjuicio de dotar con carácter urgente a aquellos organismos que soportan mayor carga de trabajo.»

Madrid, 20 de octubre de 2004.

Recomendación dirigida a la Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración, al Secretario General para la Administración Pública y al Director General de la Policía.

Recomendación 80/2004, de 26 de octubre, para la inmediata puesta en libertad de los extranjeros internados en centros cuando conste que la expulsión no podrá materializarse.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 458.)

Esta Institución ha recibido distintas quejas de letrados representantes de ciudadanos extranjeros internos por orden judicial, a los que no se había procedido a poner en libertad pese a la existencia de autos de la jurisdicción contencioso-administrativa que declaraban la suspensión de la ejecución de las órdenes de expulsión acordadas contra sus representados, por la única causa de estancia irregular en territorio español.

Así, a título de ejemplo, cabe señalar que el pasado mes de julio se tuvo conocimiento de que una ciudadana de nacionalidad colombiana se encontraba interna en el Centro de internamiento de extranjeros de Madrid, en virtud de auto del Juzgado de Instrucción número 6 de Majadahonda (Madrid), de 14 de junio de 2004, pese a haberse acordado por el juzgado de lo contencioso-administrativo número 11 de Madrid, en fecha 18 de junio de 2004, la suspensión del decreto de expulsión dictado por la Delegación del Gobierno en la Comunidad de Madrid por estancia irregular, en la que apreciaba *in limine litis* la caducidad del procedimiento sancionador, a resultas del cual se autorizó dicho internamiento.

Por tal motivo, el Defensor del Pueblo dirigió una sugerencia a la citada Delegación del Gobierno. En dicha sugerencia se ponía de manifiesto que una adecuada ponderación de los intereses en conflicto aconsejaba que por parte de aquel centro directivo se procediera con urgencia a dejar sin efecto la medida cautelar de internamiento o, cuanto menos, se solicitara del Juzgado de Instrucción número 6 de los de Majadahonda la inmediata puesta en libertad de la afectada, por resul-

tar evidente que la expulsión proyectada pendía ya de una decisión judicial cuyo sentido sólo se conocería en fecha posterior al plazo final del internamiento, que cumplía el 23 de julio del año en curso.

La Delegación del Gobierno en la Comunidad de Madrid elaboró un informe en el que indicaba que en la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación no se había recibido ningún auto judicial del Juzgado de Instrucción número 6 de los de Majadahonda, que fue el que autorizó la medida de internamiento, entendiéndose ese centro directivo que dicho juzgado había tenido conocimiento del auto de suspensión y que, por tanto, era el único competente para el revocamiento del internamiento y disposición de puesta en libertad de la interna.

Finalmente, tras permanecer durante treinta y nueve días en el Centro de internamiento de extranjeros de Madrid, el 22 de julio de 2004, se puso en libertad a esta ciudadana por orden judicial, al no poderse materializar su expulsión ante la imposibilidad de obtener billetes de viaje con dirección a Colombia, y todo ello aun a pesar de que la propia Administración tenía conocimiento de que la ejecución de dicha expulsión se encontraba suspendida judicialmente desde el día 18 de junio de ese mismo año; esto es, treinta y cinco días antes de que la interesada consiguiera quedar en libertad.

El mismo supuesto se planteó en el mes de septiembre de 2004, al dirigirse a la Institución un letrado que alegaba que su representada permanecía en el Centro de internamiento de extranjeros de Madrid a resultas de un decreto de expulsión dictado por la Subdelegación del Gobierno en Zaragoza, de conformidad con lo previsto en el artículo 53 *a*) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

El citado letrado afirmaba que, a la vista de las especiales circunstancias de arraigo concurrentes en el caso, el juzgado de lo contencioso-administrativo número 6 de Madrid había decretado la suspensión de la citada orden de expulsión, y se lamentaba de que aquella Subdelegación no hubiese comunicado dicha circunstancia al Juzgado de Instrucción que acordó el internamiento.

También en esta ocasión se dictó una sugerencia urgiendo la pronta adopción de las medidas necesarias para la inmediata puesta en libertad de la persona afectada. La Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Aragón contestó que dicho auto le fue comunicado a esa Administración mediante fax de fecha 13 de septiembre de 2004, acordando el Juzgado de Instrucción número 8 de Zaragoza dejar sin efecto

el internamiento el 14 de septiembre de 2004, esto es, un día después de notificada dicha resolución.

En otros casos, se ha podido constatar la incoación de procedimientos sancionadores por estancia irregular a personas que posteriormente demuestran que tenían reconocido legalmente su derecho a residir en territorio español. También en estos supuestos se ha apreciado la existencia de demoras en la puesta en libertad de los reclamantes, debido a que la autoridad gubernativa espera al pronunciamiento del juez de instrucción para dejar en libertad al ciudadano, pese a obrar en poder de la Administración documentos y datos que, de modo determinante, desvirtúan la causa de expulsión.

Las situaciones anteriormente expuestas tienen una especial relevancia ya que afectan de modo directo al contenido esencial del artículo 17 de la Constitución, que como V. E. conoce sobradamente, consagra el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad, sin que pueda ningún ciudadano ser privado de su libertad, sino en los casos y en la forma previstos en la ley.

El internamiento de un extranjero se configura en la legislación de extranjería como una medida de carácter cautelar y preventiva, previa autorización judicial, teniendo como única finalidad la de asegurar la eficacia de la resolución que finalmente pudiera recaer en el expediente sancionador.

A este respecto, resulta preciso recordar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en su sentencia 115/1997, de 7 de julio, dictada en el recurso de inconstitucionalidad número 880/1985 interpuesto por el Defensor del Pueblo contra determinados artículos de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, donde se advierte claramente que la intervención judicial en la medida de internamiento, como medida cautelar, y en suma que la intervención judicial en todo procedimiento sancionador en materia de extranjería, es una garantía para el extranjero, pero nunca puede convertirse en un impedimento para la puesta en libertad del mismo.

Asimismo, la sentencia aludida se pronuncia en su fundamento jurídico primero sobre el carácter de esta medida de internamiento, indicando que el internamiento del extranjero «debe regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar», y alude a otro pronunciamiento del Tribunal Constitucional de 12 de marzo de 1987, en el que se sostiene que este carácter excepcional exige la aplicación del criterio hermenéutico *favor libertati*.

Por su parte, el artículo 62 de la vigente Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y

su Integración Social, establece que «el internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, sin que en ningún caso pueda exceder de cuarenta días ni acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previas en un mismo expediente».

En este mismo sentido, el apartado 3 del artículo 127 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la citada Ley Orgánica 4/2000, determina que el ingreso del extranjero en un centro de internamiento de carácter no penitenciario no podrá prolongarse «por más tiempo del imprescindible para la práctica de la expulsión».

El apartado 5 de ese mismo artículo señala la obligación de la autoridad gubernativa de solicitar de la autoridad judicial la puesta en libertad del extranjero cuando, con anterioridad al transcurso del plazo máximo de cuarenta días, se tenga constancia de que la práctica de la expulsión no podrá llevarse a cabo.

De la lectura de este precepto parece deducirse la exigencia de que sea el propio juez de instrucción, que acordó sobre el internamiento, el que determine igualmente sobre la puesta en libertad del extranjero.

Ahora bien, a juicio de esta Institución dicho apartado debería interpretarse en favor de la libertad del interno, sin que nada impida que la propia autoridad gubernativa ponga en libertad al extranjero, comunicando posteriormente tal decisión a la autoridad judicial, cuando en el curso del procedimiento sancionador se constate que no va a poderse llevar a efecto dicha expulsión, bien porque se haya dictado un auto contencioso-administrativo que suspenda tal medida, o bien porque siguiendo la evolución del expediente y las vicisitudes de éste se tenga conocimiento de cualquier otra circunstancia que imposibilite su ejecución.

Según criterio del Defensor del Pueblo, el artículo 127.5 del citado Reglamento de extranjería no puede suponer, en modo alguno, una traba o impedimento para poder lograr la inmediata libertad del interno, y dado el carácter excepcionalísimo del internamiento, desde el momento en que la propia Administración es conocedora de que no podrá procederse a la expulsión de un ciudadano, debería cesar el internamiento del extranjero con posterior comunicación al juez, evitando con ello prolongar una detención de forma injustificada.

La disponibilidad sobre la pérdida de libertad del extranjero es sin lugar a dudas una medida de carácter judicial, si bien como señala la sentencia del Tribunal Constitucional más arriba reseñada, «el órgano judicial habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las

circunstancias que concurren en el caso concreto, en el bien entendido no las relativas a la decisión de expulsión en sí misma (sobre la que el Juez no ha de pronunciarse en este procedimiento), sino las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión».

Queda con ello claro que la decisión última sobre la expulsión y la ejecución de la misma tiene carácter administrativo, sin que resulte por tanto justificado que la autoridad gubernativa se vea en la obligación de esperar a la autorización de la autoridad judicial para dejar en libertad al interno, una vez desaparecidas las causas que motivaron la incoación del procedimiento sancionador o resulte judicialmente suspendida la medida de expulsión.

Tal demora supondría, en consecuencia, una lesión desproporcionada del derecho a la libertad del extranjero, máxime cuando la decisión del juez de instrucción que aprobó el internamiento va a limitarse a ratificar la decisión de la Administración, al no serle dado entrar a conocer sobre las circunstancias de la propia expulsión.

Ha de repararse especialmente en el hecho de que el internamiento judicial en los supuestos de extranjería no puede constituir un fin en sí mismo, sino que tiene un carácter meramente instrumental, al objeto de asegurar la materialización de la expulsión que pueda eventualmente acordarse por la autoridad administrativa. En esa lógica la intervención judicial, en tanto que salvaguarda el derecho fundamental a la libertad, debe extenderse a conocer si hay causa bastante para proceder a perturbar esa libertad, así como a ejercer la supervisión material y jurídica de las condiciones en las que el internamiento se desarrolla; de ahí que, muy acertadamente, la legislación prevea que se pondrá en conocimiento del juez que autorizó el internamiento todas las incidencias que se produzcan en el transcurso del mismo.

Ahora bien, la cuestión central está en determinar si desde el punto de vista material la exigencia reglamentariamente prevista de instar de la autoridad judicial la puesta en libertad de los internados, una vez que se tenga conocimiento por parte de la autoridad administrativa que la expulsión proyectada no podrá llevarse a cabo, constituye o no alguna garantía.

La siempre necesaria interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, obliga aquí a cuestionar el sentido de una norma reglamentaria que no introduce ninguna garantía material, sino que, bien al contrario,

en la práctica resulta un mero obstáculo formal para la ágil recuperación de la libertad. A este respecto, debe repararse en la situación, por lo demás frecuente, de los extranjeros internados respecto de los que la Administración tiene noticia un viernes de que no va resultar posible la expulsión y, con arreglo al referido precepto, deben aguardar como mínimo hasta el lunes a fin de que se cumplimente el trámite formal de instar la libertad al juez autorizante del internamiento.

Entiende esta Institución que al no constituir el internamiento, como ha quedado ya expuesto, una finalidad en sí misma, sino una mera medida cautelar, nada impide que la decisión de poner fin al mismo sea adoptada por la autoridad administrativa —directamente conocedora de la realidad del expediente y las posibilidades de que la expulsión pueda o no materializarse— y luego comunicada al juez autorizante de la misma.

En esa línea y como precedente, puede citarse lo previsto en el artículo 763.4 último párrafo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que cuando regula los internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico, señala:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán de alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente.»

Como corolario puede indicarse que, a criterio de esta Institución, siendo la libertad la condición natural de todo ser humano, lo único que tiene sentido es establecer la intervención judicial como garantía material en el momento en que está en cuestión la pérdida de la misma, pero que no resulta necesario, ni implica garantía alguna, establecer un cauce similar para la recuperación de ese *estatus* que, debe insistirse, ha de ser el natural de las personas.

Tan sólo en el caso en que el expediente de expulsión traiga causa de una sustitución de condena o medida de seguridad, acordadas conforme a los artículos 89 y 108 del Código Penal, cabría plantearse teóricamente la necesidad de supeditar la puesta en libertad a la autorización judicial. No obstante el tenor de los preceptos indicados resulta suficiente para despejar, también en este caso, la duda, puesto que en ambos preceptos se indica que si una vez acordada la sustitución ésta no pudiera llevarse a efectos se procederá al cumplimiento de la pena o medida originariamente impuesta.

A la vista de todo cuanto antecede, y dado que en la actualidad se encuentra en su fase última la elaboración de un nuevo Reglamento de

Extranjería, se ha considerado oportuno dar traslado a V. E. de las anteriores argumentaciones y del criterio de esta Institución, a fin de que se tenga en consideración la siguiente recomendación: «Que en el Reglamento, actualmente en preparación, se elimine una referencia de similar tenor a la contenida en el inciso «debiéndose solicitar de al autoridad judicial la puesta en libertad del extranjero cuando con anterioridad al transcurso de este plazo se tenga constancia de que la práctica de la expulsión no podrá llevarse a cabo», que figura en el párrafo 5 del artículo de la norma aprobada por Real Decreto 861/2001, de 20 de julio, de modo que, con carácter general, sea responsabilidad de la autoridad administrativa acordar la libertad de los extranjeros sometidos a medida de internamiento cuando se conozca que la expulsión proyectada no podrá materializarse por cualquier causa, disponiéndose solamente la obligación de los centros de internamiento de comunicar a la autoridad judicial esta circunstancia a la mayor brevedad posible».

Madrid, 26 de octubre de 2004.

Recomendación dirigida a la Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración.

Recomendación 81/2004, de 27 de octubre, sobre la situación de los militares profesionales que finalizan su compromiso con las Fuerzas Armadas estando de baja médica.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 451.)

Se agradece su informe (s/ref. 401/010/04 número 2491, de fecha 22 de septiembre pasado), en relación con la queja que tiene planteada ante esta Institución don (...), registrada con el número arriba indicado.

Analizado su contenido, y con independencia de que nos informe cuanto antes, habida cuenta de la urgente solución que requiere el caso concreto planteado, de la respuesta que el Servicio Público de Empleo Estatal remita respecto a la posibilidad de que el interesado perciba las correspondientes prestaciones por desempleo, se considera preciso, dadas las circunstancias concurrentes, realizar una serie de observaciones ante ese departamento ministerial.

En primer lugar, es necesario resaltar nuevamente la grave situación que padece el compareciente, pues en las continuas comunicaciones que mantiene con esta Defensoría manifiesta el desamparo en el que se encuentra, ya que, como ha expuesto esta Institución con anterioridad ante V. I., desde el pasado mes de diciembre no percibe ningún ingreso.

Respecto a la afirmación contenida en el informe remitido de que el interesado instó, el 29 de enero de 200, la apertura de un expediente de pérdida de condiciones psicofísicas por las lesiones sufridas como consecuencia del accidente, lo que impide la aplicación del artículo 157.3 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, que hubiese permitido prorrogar su compromiso con las Fuerzas Armadas antes de su finalización, hasta la conclusión del citado

expediente de pérdida de condiciones psicofísicas, esta Institución considera que si la lesión se produjo el 27 de diciembre de 2003 difícilmente, al quedar cuatro días para la finalización del compromiso y encontrándose en zona de operaciones, podía haber instado antes la apertura del citado expediente.

Por otra parte, en relación con la responsabilidad de ese departamento en la solución del problema que afecta al interesado y a otros militares que, de acuerdo con las quejas recibidas, se encuentran o se han encontrado en similar situación, puesto que como se señala en su informe, el Instituto Social de las Fuerzas Armadas no se hace cargo de estas situaciones, ya que, en lo que afecta al compareciente, fue dado de baja en el Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas con fecha 31 de diciembre de 2003, como consecuencia de la finalización de su compromiso, de conformidad con lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio.

En este sentido, esta Defensoría considera necesario resaltar e insistir de nuevo en el hecho de que el señor (...) cuando finalizó su relación de servicios profesionales con las Fuerzas Armadas se encontraba de baja médica para el servicio por haber sufrido el accidente antes descrito que, sin duda, parece que se produjo en acto de servicio, sin haber podido ejercer los derechos que le correspondían.

De lo anterior se desprende que en el ámbito de ese departamento no hay una solución legal para estas situaciones en las que un militar de baja médica finaliza, al llegar a término, su relación de servicios profesionales con las Fuerzas Armadas y queda desamparado, al no poder ejercitar los derechos que pudieran corresponderle lo que, a nuestro juicio, supone la existencia de un vacío legal a este respecto.

Habida cuenta de lo anteriormente expuesto, y en virtud de la capacidad reconocida a esta Institución en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, puesto que el reseñado vacío legal está produciendo que el cumplimiento riguroso de las normas existentes provoque una situación, a nuestro juicio, injusta y perjudicial para los afectados, se ha resuelto formular a esa Subsecretaría la siguiente recomendación: «Que se realicen por ese departamento, en el ámbito de sus competencias, las actuaciones necesarias que permitan, en el plazo más breve posible, la aprobación de una nueva normativa o la modificación de la actualmente vigente, a fin de que se posibilite que los militares, que estando de baja médica por insuficiencia temporal de condiciones psicofísicas finalicen su compromiso con las Fuerzas Armadas, puedan percibir las prestaciones a las

que tienen derecho de conformidad con la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, y no queden, tras años de prestación de servicios profesionales, en situación de desamparo».

Madrid, 27 de octubre de 2004.

Recomendación dirigida al Subsecretario del Ministerio de Defensa.

Recomendación 82/2004, de 27 de octubre, sobre el trámite de subsanación de defectos.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 449.)

Se acusa recibo de su informe de fecha 14 de julio de 2004 (s/ref.: 28132/1932, de 19.07.04), en relación con la queja presentada ante esta Institución por don (...), registrada con el número arriba indicado.

Del contenido de su informe se desprende que ese departamento no considera aplicable la normativa general de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al procedimiento al que se refiere la convocatoria del concurso de traslados, puesto que se afirma que nos encontramos ante un proceso de concurrencia competitiva que se rige por las normas establecidas en la propia convocatoria.

Sin embargo, al margen de los motivos posiblemente razonables que hayan conducido a esa Administración a incluir en la citada base 12 de la convocatoria esa cláusula limitativa, que hace perder el derecho de participar en el concurso de traslados al funcionario que ha consignado erróneamente el código correspondiente, no puede olvidarse que el trámite de la subsanación en cualquier procedimiento administrativo es una garantía que se encuentra prevista en una norma legal y, por lo tanto, opera para la Administración como un deber que se traduce en facilitar al interesado la posibilidad de rectificar una solicitud, cuando se advierte que la misma adolece de defectos de los requisitos necesarios para alcanzar su finalidad.

En el caso concreto en el que esa Administración ha decidido sustraer parte del contenido del citado derecho, a esta Institución le preocupa que sobre la base de dicha atribución se añadieran otras cláusulas en las que pudiera excluirse al concursante por no haber consignado el

lugar y la fecha en su instancia, o por no haber firmado su solicitud o, incluso, por no haber señalado el órgano o centro al que se dirige.

Debe recordarse al respecto que el concurso de traslados es un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva, al que se refiere el artículo 71.2 de la Ley 30/1994, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y cuya limitación, en cuanto a la posibilidad de subsanación —frente a otro tipo de procedimientos— sólo se encuentra en que el plazo no puede ser ampliado en cinco días más de los diez inicialmente previstos en el citado artículo 71.

Por otra parte, si bien es cierto que el régimen jurídico de los procedimientos selectivos, se rige por las bases de convocatoria, que son la ley del concurso, sus previsiones no pueden contradecir el artículo 71.1 de la LPC dado que la citada Ley obliga a interpretar la petición del interesado en el sentido más favorable a su admisión y a la producción de los efectos que le son propios, habida cuenta de que está inspirada en un principio antiformalista y *pro actione* que debe tender a la consecución de un resultado final de eficacia tuitiva de los derechos e intereses en juego.

Avala esta posición la Sentencia de 4 de febrero de 2003, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por la que se fija doctrina legal sobre la aplicación del trámite de subsanación de defectos en procedimientos de concurrencia competitiva a que se refiere el artículo 71 de la Ley 30/1992, mereciendo destacar a los efectos que interesan, el siguiente fundamento jurídico:

«SEXTO En consecuencia, resulta aplicable en la cuestión examinada el artículo 71 de la Ley 30/1992, como antes exigía el antiguo artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo en la redacción de 1958, pues se impone en ambos preceptos el deber de la Administración de requerir al interesado para que se subsanen las deficiencias cuando se aprecie que el mismo no cumple los requisitos que exige el ordenamiento en vigor y como señala en este punto el Ministerio Fiscal, la redacción del apartado segundo del artículo 71 excluye los procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva para la ampliación prudencial hasta cinco días del plazo cuando la aportación presente dificultades especiales, luego si se prohíbe dicha ampliación, es claro que el precepto autoriza la concesión del plazo de los diez días cuando se trate de un procedimiento selectivo de concurrencia competitiva, como es el caso planteado.»

En definitiva, esta Institución considera que la base 12ª de la Resolución citada podría conculcar las previsiones contenidas en los artículos

70, 71.1 y 76.2 de la LPC, por lo que, de acuerdo con la anterior doctrina legal, concurrirían las circunstancias previstas en el artículo 62.2 de la citada Ley 30/1992.

En consecuencia, por lo anteriormente expuesto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he acordado formular la siguiente recomendación: «Que por ese Departamento se den las instrucciones oportunas para que, en lo sucesivo y a la luz de la más reciente doctrina legal y jurisprudencial, el trámite de subsanación de defectos a que se refiere el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sea rigurosamente aplicado en los procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva convocados por ese Departamento».

Madrid, 27 de octubre de 2004.

Recomendación dirigida al Consejero de Cultura, Educación y Deporte de la Generalidad Valenciana.

Recomendación 83/2004, de 28 de octubre, sobre asignación de destino.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 435.)

Ha comparecido ante esta Institución don (...), en situación de activo, pendiente de asignación de destino en la Comandancia de Pontevedra, solicitando nuestra intervención.

Sustancialmente expone que en virtud de la Sentencia número 222/2003, de 4 de diciembre de 2003, del Juzgado central de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, se anuló la resolución adoptada por el Ministro de Defensa de 16 de junio de 2003, dictada en el expediente de insuficiencia de condiciones psicofísicas 402/14/PM/2B, por no ser conforme al ordenamiento jurídico, y por la que se disponía la utilidad del interesado para el servicio pero con limitación para ocupar destinos que requiriesen la realización de esfuerzos físicos y cargar pesos en base al acta y propuesta de utilidad emitida por el tribunal médico militar de la zona marítima del Cantábrico, de 25 de abril de 2002.

El interesado, mediante escrito de 11 de diciembre de 2003, solicitó a ese Centro directivo, habida cuenta de la sentencia dictada, ser reincorporado a su anterior situación, motorista perteneciente al Destacamento de Tráfico de la Guardia Civil de Vilaboia, Subsector de Tráfico de Pontevedra, pues la resolución por la que se acordó su cese se basaba en el contenido de la citada acta del tribunal médico de la zona marítima del Cantábrico, de 25 de abril de 2002, cuando con posterioridad el mencionado tribunal efectuó un nuevo reconocimiento médico el 29 de septiembre de 2003, dictando una nueva acta por la que se declaraba al interesado útil y apto para el servicio.

La solicitud del compareciente fue desestimada por resolución de V. I. de 26 de febrero de 2004, motivándose dicha desestimación en que la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, una vez finalizado el expediente de insu-

ficiencia de condiciones psicofísicas no habiendo pasado a retirado, no establece otra consecuencia que la de obtener destino de conformidad con el Reglamento de provisión de destinos del personal del cuerpo de la guardia civil, aprobado mediante Real Decreto 1250/2001, de 19 de noviembre, no contemplándose la reposición en el anterior destino que se ocupaba.

A la queja remitida a esta Institución por el interesado se acompaña el informe elaborado al respecto con fecha 22 de junio de 2004 por la Subdirección General de Personal, Secretaría Técnica, Área de Asuntos Legales, en el que, tras un relato cronológico de los hechos, respecto a la solicitud del interesado de ser repuesto en su destino se indica que se acordó inadmitir la petición al versar sobre materia reglada.

Analizada la respuesta dada al señor (...) a su citada solicitud, y con independencia de que dicha resolución haya devenido firme en caso de que no haya interpuesto contra la misma en tiempo y forma recurso contencioso-administrativo, cabe señalar que, a juicio de esta Institución, en el caso planteado la única forma de ejecutar la Sentencia número 222/2003, de 4 de diciembre de 2003, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, sería restituir al afectado en el servicio que venía realizando con anterioridad al cese en su destino, pues, una vez dictada la Sentencia aludida, la consecuencia lógica y razonable sería reparar los perjuicios que la resolución anulada causó al interesado, en este caso, la reposición al anterior destino que ocupaba.

Así pues, si el Tribunal de Justicia ha dictaminado que no existe insuficiencia de condiciones psicofísicas ni a efectos de limitación para ocupar determinados destinos ni tampoco para el pase a retiro, esta Defensoría estima que, si así lo desea el interesado, debería ser repuesto al destino que estaba ocupando con anterioridad, por lo que si la resolución desestimatoria se motiva en que no se contempla esta posibilidad en la norma, deberían arbitrarse fórmulas que, en la medida de lo posible, repararan los perjuicios causados al afectado bien mediante una comisión de servicios, una ampliación de plantilla o la creación de una plaza *ad hoc*, en el citado destino.

Sobre la base de lo anterior, se ha acordado recomendar a ese Centro directivo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 29 de la citada Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos: «Que se estudien fórmulas para que, como en el caso planteado, y si así lo desea el afectado, se le pueda restituir en su anterior destino y con ello reparar, en la medida de lo posible, los perjuicios familiares y profesionales causados».

Madrid, 28 de octubre de 2004.

Recomendación dirigida al Director General de la Guardia Civil.

Recomendación 84/2004, de 18 de noviembre, sobre cómputo de cotizaciones efectuadas al Montepío Marítimo Nacional, a efectos de acreditar el periodo de 1.800 días de cotización exigido para el reconocimiento de las prestaciones del seguro obligatorio de vejez e invalidez.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 448.)

Mediante escrito n.º 0151722, de fecha 3 de diciembre de 2001, esta Institución formuló a esa Dirección General una recomendación¹ relacionada con las actuaciones seguidas con motivo de la queja planteada por don (...), con domicilio en Lima (Perú) (...), sobre el cómputo de cotizaciones efectuadas al Montepío Marítimo Nacional, a efectos de poder causar las pensiones del seguro obligatorio de vejez e invalidez, del siguiente tenor:

«Que, a efectos de acreditar el periodo de 1.800 días de cotización exigido para el reconocimiento de las prestaciones del seguro obligatorio de vejez e invalidez, sean computadas las cotizaciones efectuadas al Montepío Marítimo Nacional, siempre que éstas no se hayan tenido en cuenta para la adquisición del derecho a otra pensión o para la determinación de su importe.»

Asimismo en el último párrafo del escrito señalado, se significan los efectos que se pudieran derivar en relación con el objeto de la queja del interesado.

Por escrito de ese Instituto de fecha 13 de mayo de 2002, se remitió el informe elaborado, en relación con la mencionada recomendación, sin que fuera aceptada la misma, formulando al respecto una serie de consi-

¹ Texto completo de la recomendación en la n.º 115/2001, del volumen correspondiente al año 2001 de esta serie.

deraciones de las que se derivaba el criterio de que en aplicación de la normativa reguladora del citado Seguro se exige, entre otros requisitos, el de acreditar 1.800 días de cotización al repetido Régimen, sin que puedan tenerse en cuenta otras cotizaciones como las efectuadas al Montepío Marítimo Nacional.

De acuerdo con la información facilitada con posterioridad por esa Dirección General, el criterio adoptado se basaba en el informe emitido por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social (Subdirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social).

Del resultado de las actuaciones practicadas, en relación con la queja se dio el oportuno traslado al interesado, al mismo tiempo de dejar constancia de las mismas en el Informe de la Institución a las Cortes Generales, correspondiente al año 2002.

Al margen de lo expuesto, por sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de fecha 5 de julio de 2004, se ha desestimado el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por ese Instituto, reconociendo que las cotizaciones efectuadas al Montepío Marítimo Nacional con anterioridad a 1 de enero de 1967 deben producir un efecto equivalente a la propia cotización al SOVI, a efectos de cómputo para causar las prestaciones del mismo, teniendo en cuenta el carácter sustitutorio que dicho Montepío tenía y su posterior integración en la Seguridad Social.

A la vista de la doctrina sentada en la mencionada sentencia y de acuerdo con las competencias atribuidas a esta Institución, en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se ha considerado pertinente plantear de nuevo a esa Dirección General la repetida recomendación, por si se considera procedente el cambio de criterio mantenido con anterioridad, así como, en caso afirmativo, los efectos que pudieran derivarse, en relación con la cuestión planteada en la queja de don (...).

Madrid, 18 de noviembre de 2004.

Recomendación dirigida al Director General del Instituto Social de la Marina.

Recomendación 85/2004, de 18 de noviembre, sobre derecho de participación.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 465.)

Se acusa recibo de su informe de fecha 7 de julio de 2004, remitido a través de la Consejería de Presidencia y Administración Territorial, en relación con la queja presentada por don (...), registrada con el número arriba indicado.

Del contenido del citado informe se desprende que, una vez que se ha realizado una información reservada, esa Administración no encuentra indicios evidentes de que las actividades denunciadas por el interesado puedan ser constitutivas de falta disciplinaria.

Debe recordarse al respecto que esta Institución no pretendía entrar en los aspectos ya abordados por ese departamento al declarar la inexistencia de responsabilidades de tipo disciplinario, habida cuenta de que lo que se solicitaba era que se emitiera un informe acerca de los motivos por los que fueron retirados los citados carteles y objetos artísticos que habían sido expuestos, dado que se apreciaba que el periodo en que habían estado visibles había sido escaso, si se tiene en cuenta de forma estimativa, el tiempo y la dedicación empleados en los trabajos realizados, así como la loable finalidad de dicha exposición, centrada esencialmente en la defensa del medio ambiente y de la paz.

Sin embargo, ese departamento ha justificado su actuación sobre la base de que en el borrador del acta del Consejo Escolar no se especificaba el periodo de mantenimiento de dichos carteles y de que la limpieza del centro en periodo de vacaciones es práctica común en los centros, circunstancias que a nuestro juicio y, aun cuando hayan permitido a esa Administración enervar cualquier responsabilidad de tipo disciplinario, no eximen a la dirección del centro educativo del deber de una actuación más diligente dirigida, tanto a preservar durante un tiempo razonable la

indicada exposición —al parecer sólo permaneció cinco días— como a la de ofertar que los trabajos realizados pudieran ser recogidos por sus autores antes de que hubieran sido destruidos, ya que, desafortunadamente han sido considerados por esa Administración como artículos de deshecho o como elementos a integrar en la limpieza habitual que el centro realiza en el periodo citado de vacaciones.

En definitiva, esta Institución considera que la actuación del director del centro y del equipo directivo, al haber tolerado o justificado los hechos que se denuncian y que se tienen por ciertos, es el resultado de una interpretación, restrictiva o «menos favorable» del derecho básico de participación que contemplan las normas fundamentales del sistema educativo, teniendo en cuenta que dicha legislación, siguiendo la orientación inexcusable del artículo 23.1 de la Constitución, insta a las administraciones educativas a reforzar el citado mecanismo de participación (artículo 2.2 *in fine* LOPEG) y reconoce al tiempo, a los alumnos, los derechos básicos a participar en el funcionamiento y en la vida del centro [artículo 2.2.e) LOCE].

En este marco, aun cuando el Defensor del Pueblo carece de los elementos necesarios que, a partir del momento en que fueron retirados los carteles, permitirían graduar la posible quiebra de los derechos fundamentales a la libertad de expresión, de cátedra o libertad de enseñanza, en el sentido propuesto por los comparecientes, sí resulta evidente que la desconsideración con la que han sido retirados estos trabajos, ha interrumpido de forma sobrevenida la finalidad pacífica de dicha exposición, lo que, a nuestro juicio, ha provocado una disminución objetiva de la efectividad pretendida y, por lo tanto, un debilitamiento del derecho de participación en los términos expresados anteriormente.

Por todo ello, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formular la siguiente recomendación: «Que por esa Consejería de Educación, se den las instrucciones oportunas al director del IES «Julián Marías» de Valladolid para que, en lo sucesivo, desautorice hechos como los que han sido denunciados en esta queja por una significativa representación de 14 profesores y de 15 alumnos de dicho centro educativo; evitando que cualquier oscuridad, vaguedad o imprecisión contenida en las actas del Consejo Escolar, favorezcan a quien haya causado la incertidumbre, o que se quiebre el recto sentido interpretativo del derecho de participación que permite deducirse de la naturaleza de las cosas».

Madrid, 18 de noviembre de 2004.

Recomendación dirigida al Consejero de Educación de la Junta de Castilla y León.

Recomendación 86/2004, de 18 de noviembre, para que se evite la utilización del padrón municipal de habitantes para fines diferentes de los previstos en la legislación vigente en la materia.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 478.)

En el curso de las actuaciones llevadas a cabo en el expediente Q0310875, que tenía como origen el uso de los datos del padrón municipal de ese Ayuntamiento para confeccionar listas de participantes en determinados eventos de las fiestas de esa localidad, remitió usted un escrito a esta Institución en el que, entre otras afirmaciones, se daba cuenta de la orden de proceder a la retirada de dichas listas y a la aseveración de que en ningún caso se había actuado con «mala fe, e incluso a lo mejor... con ignorancia, no llegando a comprender el alcance de la acción».

Con dicha información se procedió al archivo de aquel expediente por considerar que lo actuado evitaría que en el futuro se repitiesen actuaciones como las que habían dado lugar a la tramitación de la queja. Sin embargo, nuevamente se ha recibido un escrito de queja, remitido por doña (...), con domicilio en esa localidad, según el cual otra vez con motivo de las fiestas anuales se han utilizado las listas del censo por parte de la comisión de fiestas para confeccionar listas y remitir comunicaciones, al menos a las personas mayores de 65 años residentes en la localidad, para informarles de su selección para participar en un determinado concurso.

Resulta, pues, necesario reiniciar las actuaciones llevadas a cabo en su momento por cuanto nuevamente parece haberse producido una utilización irregular de los datos del padrón municipal en contra de la voluntad o, cuando menos, sin el consentimiento de los titulares de los da-

tos personales allí contenidos. El artículo 53 del vigente Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, define al padrón municipal como el registro administrativo donde constan los vecinos del municipio, constituyendo sus datos prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo. El apartado 2 del precepto citado autoriza la cesión de datos del padrón municipal a otras administraciones públicas y, sin consentimiento previo del afectado, únicamente cuando tales datos les sean necesarios a dichas administraciones públicas para el ejercicio de sus respectivas competencias y exclusivamente para asuntos en los que la residencia o el domicilio sean datos relevantes. En todos los demás supuestos (al margen de servir para elaborar estadísticas oficiales sometidas al secreto estadístico), los datos del padrón son «confidenciales» y el acceso a los mismos ha de regirse por lo establecido en la vigente Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

De acuerdo con todo ello, la cesión de datos personales contenidos en el padrón para fines distintos de los expresamente autorizados por la legislación vigente en la materia requiere inexcusablemente el consentimiento de los titulares de dichos datos, convirtiéndose automáticamente en ilícitas cuantas actuaciones no cumplan con este requisito. Como quiera que ello es lo que parece haber sucedido en los supuestos en los que ha tenido ocasión de intervenir esta Institución constitucional, se formula a ese Ayuntamiento la siguiente recomendación: «Que en lo sucesivo se evite la utilización de los datos incluidos en el padrón municipal de habitantes para fines diferentes de los previstos en la legislación vigente en la materia, adoptándose las medidas precautorias necesarias para que no se infrinjan los preceptos de la legislación de régimen local y de protección de datos personales que garantizan a los titulares de los datos personales que éstos no serán usados para finalidades distintas de las previstas en la ley y de aquellas para las que tales datos hubieran sido recabados».

Madrid, 18 de noviembre de 2004.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Mérida (Toledo).

Recomendación 87/2004, de 22 de noviembre, sobre reinterpretación de resolución sobre a quién corresponde asumir los gastos de una medición de ruido.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 477.)

Se ha recibido informe de V. E., de fecha 26 de agosto de 2004, registro de salida n.º 2045, relativo al expediente de queja arriba referenciado, promovido por doña (...).

En un nuevo escrito la interesada adjunta copia de la resolución de la Consejería a que se refiere ésta en su informe. Desea manifestar respetuosamente que la resolución le parece injusta.

Esta Institución encuentra que, ante dos informes periciales de parte, mutuamente contradictorios, la decisión de esa Consejería ha podido ser la correcta: proceder a la elaboración de un tercer informe dirimente, que resolverá la contradicción en términos de independencia e imparcialidad. Es preciso hacer notar no obstante que su decisión es adoptada bajo la premisa de que el titular del restaurante cumplimenta en enero de 2004 el requerimiento de esa Consejería dictado en septiembre de 2002, es decir unos doce meses después de haber vencido el plazo de tres que le otorgó el requerimiento, lo que no es exactamente cumplir «de conformidad» la Orden 818 de 28 de septiembre de 2002.

Por otra parte, cuando la reclamante alega que la resolución le parece injusta no debe de referirse a lo anterior sino a que la Consejería, en aplicación del artículo 54.1 de la Ordenanza sobre ambiente acústico, exigirá que los gastos ocasionados por la contrata a la Administración melillense sean satisfechos por la parte a quien perjudiquen los resultados. Esta Institución considera que la reclamante puede estar en lo cierto: el mencionado artículo no establece en modo alguno que serán de cargo de la denunciante (ni del denunciado, que no es siquiera men-

cionado en el precepto) los gastos que origine la inspección según sea su resultado, desfavorable respectivamente para una u otro. Lo que este artículo establece, de forma muy razonable, es que los gastos serán a cargo de la «denunciante» si, y sólo si, la denuncia está «temerariamente infundada». Parece evidente, vistos los antecedentes, que la denuncia está fundada en un informe técnico efectuado por titulado competente y con visado colegial, es decir tiene fundamento y no puede decirse además que sea temerario; todavía más, puede deducirse que la denuncia siempre tuvo fundamento (suficiente o insuficiente, ésa es una cuestión distinta) y no fue nunca temeraria. De obtenerse en el tercer informe por realizar un resultado contrario al obtenido por el técnico encargado por la denunciante, ésta tendrá que atenerse a tal resultado y quizá exigir responsabilidad «civil» al profesional a quien contrató. Pero el tercer informe no ha sido propuesto ni encargado por ella, sino que lo ha sido por la Consejería, y ello porque el órgano de la Ciudad autónoma no ha podido por sus propios medios dirimir la contradicción, siendo como es el órgano encargado de velar por el orden ambiental acústico de la Ciudad. Es decir, podemos no estar estrictamente ante un instrumento de prueba solicitado por la denunciante —aunque la Consejería dice que sí lo ha solicitado, pero ella ya presentó el suyo, a su costa— e implica gastos de los que puede tener que soportar la administración de la Ciudad.

Esa Consejería no ha señalado, al menos todavía, que el informe técnico de la denunciante sea irrazonable, fantástico o parta de presupuestos irreales ni falsos, ni que muestre indicios de grosera incompetencia profesional. Es decir, puede ser un informe erróneo, pero no hay por el momento señal alguna de que sea «temerario», vale decir imprudente o inmotivado, ni por tanto que tampoco lo sea la pretensión de la denunciante. En todo caso, y a resultas del tercer informe que se realice, debería la Consejería a juicio de esta Institución reinterpretar su resolución en el sentido antes indicado, que es además el del artículo 81.3 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; es decir, que al aplicar la resolución parta del principio de que la Administración carga con el coste de la prueba propuesta de oficio.

Por el contrario y añadidura, el artículo 22 del Reglamento de la potestad sancionadora aprobado por Real Decreto 1398/1993 impone el deber de requerir al sancionado en firme que indemnice a la Administración por los daños y perjuicios que le hubiera causado, haya habido o no temeridad. Esa Consejería sabrá valorar si, a resultas del procedimiento que tramite, puede resarcirse por esta vía, que sí tiene respaldo normativo.

Por otra parte, la denunciante-reclamante ha de tener en cuenta que la intervención de esta Defensoría no interrumpe los plazos para recurrir, de modo que si considera injusta la resolución debe impugnarla según indica el pie de recurso contenido al final de ésta.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formular la siguiente recomendación : «Que reinterprete su resolución del 23 de agosto de 2004 en consonancia con el tenor literal del artículo 54.1 de la Ordenanza de protección del medio ambiente frente a la contaminación por ruidos y vibraciones, aprobada por Decreto de la Presidencia publicado en el *BOCME* n.º 7, de 25 de mayo de 2001; y concordando con el artículo 81.3 de la Ley 30/1992 de Procedimiento Común, según el cual la Administración puede exigir el pago de los gastos, incluso anticipado, sólo en el caso de que deban efectuarse pruebas a petición del interesado».

Asimismo rogamos a la Consejería información sucinta del resultado del tercer informe y de la resolución final del procedimiento, una vez se produzca.

Madrid, 22 de noviembre de 2004.

Recomendación dirigida al Consejero de Medio Ambiente de la Ciudad Autónoma de Melilla.

Recomendación 88/2004, de 2 de diciembre, sobre la impartición de instrucciones para que los acuerdos de sobreseimiento de expedientes sancionadores se notifiquen a los interesados.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 456.)

Se acusa recibo a su atento escrito, de fecha 22 de octubre del presente año, en el que nos contesta a la queja planteada por don (...) y registrada con el número arriba indicado.

En el informe de referencia, entre otras consideraciones, se manifiesta que debido al volumen de trabajo de la Jefatura Provincial de Tráfico de Cádiz, los acuerdos de sobreseimiento de expedientes sancionadores no se notifican a los interesados, salvo en los casos en que puedan reclamar la devolución del importe de la sanción y todo ello en aras de agilizar al máximo la tramitación de los procedimientos.

Esta Institución aun comprendiendo el volumen de trabajo de las unidades de sanciones de ciertas Jefatura Provinciales de Tráfico, no puede compartir el criterio de esa Dirección General, en lo que se refiere a la falta de notificación del sobreseimiento de los expedientes sancionadores, pues ello entrañaría una situación de inseguridad jurídica, contraria a lo establecido en el artículo 9.3 de la Constitución Española, al desconocer el interesado si la falta de notificación se debe al sobreseimiento, a un error en la notificación, a su ausencia del domicilio en el momento de intentarse aquella o a cualquier otra circunstancia.

Por otra parte, el artículo 41 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece la adopción de las medidas necesarias para la eliminación de cualquier anomalía en la tramitación de los procedimientos y el artículo 42 de la misma norma, establece la

obligación de dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarlos.

Por su parte el artículo 15 del Real Decreto 320/94, de 25 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento Sancionador en materia de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, también establece la obligación de que se dicte y notifique la resolución que proceda, bien sea procediendo a la imposición de una sanción o declarando la inexistencia de responsabilidad por la infracción.

Por ello y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se ha valorado la conveniencia de formular a V. I. la siguiente recomendación: «Que por esa Dirección General se dicten las instrucciones oportunas para que los acuerdos de sobreseimiento de expedientes sancionadores se notifiquen a los interesados, de acuerdo con las consideraciones expuestas en el cuerpo de este escrito».

Madrid, 2 de diciembre de 2004.

Recomendación dirigida al Director General de Tráfico.

Recomendación 89/2004, de 2 de diciembre, sobre declaración de zona acústica especial y aplicación de las medidas correspondientes.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 477.)

Se ha recibido escrito de ese Ayuntamiento, de fecha 11 de octubre de 2004 (S/rf. 2004/2289), referente a la queja arriba referenciada, formulada por don (...).

Esta Institución agradece las atentas indicaciones de ese Ayuntamiento, y comprende las razones expuestas, todas atinadas y completas, salvo en un punto: no hay menciones en el informe recibido a posibles medidas de previsión y corrección del ruido. Ni la queja ni su admisión por esta Defensoría ponen en duda la necesidad, conveniencia y utilidad social de la instalación ruidosa, sino que sólo se refiere a sus efectos contaminantes. Por ejemplo, si el artículo 6 de la Orden de 1994 de Gobernación faculta a los alcaldes para modificar los horarios, ello no puede tener lugar sin simultáneamente tomar en consideración sus posibles efectos. Este precepto no es, no puede ser, un título legitimador del exceso de ruido. La necesaria ponderación de intereses en conflicto no puede resultar sólo a favor de quienes se benefician de la modificación de los horarios, sino que ha de llevar consigo —en justo equilibrio— la adopción de medidas de previsión y corrección del ruido excesivo que la modificación de horarios lleve consigo. En otro caso, el conflicto de intereses, del que es claramente consciente el Ayuntamiento, queda resuelto sólo a favor de unos y en contra de los demás, es decir de forma desequilibrada e inequitativa.

Por tanto y sin más trámite, e independientemente de que con el traslado físico de la carpa se logre atajar definitivamente el problema objeto de la queja, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28

y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formular la siguiente recomendación: «Que en aplicación de los artículos 8, 10 y siguientes, 16, 21.2.e), 32.1 y concordantes, todos de la Ley 16/2002 de la Generalidad, de protección contra la contaminación acústica, declare que el entorno del lugar es zona acústica de régimen especial (ZARE) como área en la que se produce una elevada contaminación acústica a causa de la presencia de numerosas actividades, de la naturaleza que sean, y del ruido producido a su alrededor; en su caso previa evaluación de la contaminación existente o previsible en sus niveles de emisión e inmisión en las viviendas afectadas; eventualmente con la promulgación de una ordenanza al efecto, y con la suspensión de actividades excesivamente ruidosas hasta que se logre la debida insonorización o la desaparición del foco de ruido».

Madrid, 2 de diciembre de 2004.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Canet de Mar (Barcelona).

Recomendación 90/2004, de 13 de diciembre, sobre acoso laboral.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 468.)

Acusamos recibo de su nuevo informe, de fecha 15 de octubre de 2004 (s/ref.: 200410000017302, de 19-10-04), en relación con la queja formulada por don (...), en nombre y representación de doña (...), la cual quedó registrada en esta Institución con el número arriba indicado, y que versa sobre el grave problema laboral que está sufriendo en su actual puesto de trabajo como jefa de negociado de espectáculos de la Dirección Territorial de la Junta de Extremadura en Cáceres.

Estudiado el contenido del citado informe enviado por esa Consejería así como los documentos que obran en el expediente de esta queja, facilitados tanto por esa Administración como por la propia interesada, se estima necesario exponer las siguientes consideraciones:

Primera. El 27 de febrero pasado esta Institución se dirigió por primera vez a esa Consejería, dándole cuenta de la queja presentada por la interesada e iniciando así una investigación para contrastar los hechos alegados por ella.

En aquel escrito pusimos en su conocimiento que la afectada nos había aportado una copia de la abundante correspondencia que hasta entonces había mantenido con la Dirección Territorial en Cáceres de esa Consejería, con la Dirección General de Administración Local e Interior, con la Presidencia de esa Comunidad Autónoma de Extremadura, con la Secretaría de Relaciones con los Ciudadanos, con el Servicio de Salud y Riesgos Laborales, con la Dirección General de Coordinación e Inspección (DGCI) y, por último, con el Servicio Extremeño de Salud (SES).

Por ser el documento que tiene una fecha más antigua de todos los

que nos había remitido, merece destacarse el escrito que envió al Director Territorial en Cáceres de esa Consejería, el día 21 de abril de 2003, en cuyo primer párrafo la interesada ya decía literalmente lo siguiente:

«Como usted ya sabe, por las conversaciones que hemos mantenido en varias ocasiones, la última el pasado miércoles 9 de abril, el clima en el que vengo desempeñando mi trabajo desde el pasado verano se hace insoportable. El vacío y el acoso que vengo sufriendo están afectando a mi estabilidad emocional, hasta el punto de tener que estar recibiendo tratamiento médico. Y todo ello derivado, como causa principal, de la injusta distribución de trabajo y responsabilidades que genera la estructura administrativa de la Unidad de Interior en la que presto servicios.»

También cabe destacarse que cuando esta Institución se dirigió a esa Consejería por primera vez con motivo de esta queja, expusimos nuestra creencia de que «en la Unidad de Interior del Servicio Territorial de la Consejería de Presidencia en Cáceres se ha detectado la existencia de un clima enrarecido en las relaciones personales que se manifiesta específicamente en el trato de los integrantes de la misma con la formulante de la queja y, al parecer, de ésta con los demás, de forma tal que se vislumbra en ambas direcciones» lo que había «provocado en la formulante de la queja una situación tal que ha afectado a su salud hasta el punto que ha dado lugar a su incapacidad laboral transitoria por padecer un «trastorno adaptativo con sintomatología ansioso-depresiva y estrés laboral» (informe médico de urgencias de 13-05-2003)».

Segunda. De los documentos obrantes en esta queja se desprende que la interesada no había tenido ningún problema laboral antes de su reincorporación a su trabajo en agosto de 2001 (tras la baja que tuvo por haber sufrido un accidente de tráfico) y que durante el año siguiente continuaron siendo adecuadas las relaciones con sus compañeros y desempeñando de manera normal sus funciones.

Igualmente se desprende que sus problemas laborales empezaron a surgir en el mes de septiembre de 2002. Dado que en su vida personal y extralaboral no había habido ninguna variación, habría que pensar que esos problemas se debieron a la variación que sí se había producido en su ámbito de trabajo, con motivo de la incorporación de un nuevo titular superior en el mes de julio anterior. «Esto no supone problemas para (...), pero sí podría suponer la reestructuración en ciertas funciones que se estaban desempeñando hasta ese momento» según afirmación de la psicóloga doña (...) contratada como «perito independiente» por esa Consejería, ya que los informes emitidos por otros expertos a los que acudió la interesada no fueron debidamente tenidos en cuenta. Aunque esa Consejería hace mención al dictamen pericial emitido por la referi-

da psicóloga, ha sido la propia interesada la que nos ha facilitado una copia de su contenido completo.

Asimismo, de los documentos existentes en la presente queja también se observa que, a partir del mes de septiembre de 2002, empezó la señora (...) a quejarse a sus superiores del exceso de trabajo que debía soportar, así como de la situación conflictiva que se estaba generando con sus compañeros y de que éstos habían dejado de tener el trato normal anterior pasando a hacerle el vacío.

Toda esta situación produjo en la formulante de la queja una gran tensión que fue expuesta tanto a sus compañeros como a sus superiores de forma verbal y mediante diversos escritos y, como no se consiguió una mejora en la reestructuración de las funciones a realizar, dio lugar a que el 21 de abril de 2003 solicitara formalmente un traslado a otro puesto de trabajo en comisión de servicios y, como tampoco esa Administración accedió a esta vía de solución, su estado de salud siguió empeorando hasta tal punto que tuvo que solicitar la baja médica en el mes de junio de 2003 en la que continúa en la actualidad.

Tercera. Esta Defensoría tiene presente que, con bastante frecuencia, se suelen hacer diagnósticos incorrectos del acoso psicológico en el trabajo debido a que son aún muy pocos los especialistas formados en el tratamiento de este problema que tiene su origen en la propia organización en la que trabaja el paciente y no en su personalidad o en factores psicológicos constitucionales previos. Esto suele producirse cuando la víctima acude al médico de empresa, al médico de la Seguridad Social (véase los informes de su asistencia en urgencias de fechas 13 y 29 de mayo de 2003) o, como también ha sucedido en este caso, cuando interviene la Inspección de Servicios de la Dirección Territorial en Cáceres (basta examinar su informe de 19 de junio de 2003) o el Servicio de Salud de Riesgos Laborales (véase también el informe que se emitió el 17 de octubre de 2003 sobre la evaluación de cargas de trabajo).

No obstante lo anterior, y aunque el dictamen pericial solicitado por esa Consejería lo fue con la finalidad de obtener un juicio clínico sobre la calificación de los posibles padecimientos psicológicos de la interesada y para conseguir un diagnóstico sobre sus posibles causas, conviene indicar que en dicho dictamen se define a la compareciente como «alguien muy inteligente, seria y cuidadosa en lo que emprende, atenta a las normas, cumplidora y formal. Por otro lado, suele aceptar acuerdos y ceder fácilmente ante los demás. No se muestra reprimida, sino que sigue sus impulsos, de modo que su autocontrol es pobre». De acuerdo con la bibliografía existente sobre el acoso psicológico en el trabajo, es-

tas características coinciden con las personas que pueden ser víctimas del mismo.

Por otro lado, de los documentos que nos han sido facilitados tanto por esa Administración como por la propia interesada también se desprende que «es inadecuada, desde el punto de vista orgánico y administrativo la estructura de la Unidad de Interior de Cáceres». Esta afirmación ya se hizo constar en el informe emitido por la Inspectora de Servicios de la Dirección Territorial de la Junta de Extremadura en Cáceres de 19 de junio de 2003 siendo ratificado dicho diagnóstico por el Servicio de Salud y Riesgos Laborales en el informe que emitieron sus técnicos en aquel mismo mes así como por el informe pericial emitido por la psicóloga antes citada de fecha 26 de julio de 2004.

Hay que reconocer que esa Administración autonómica adoptó alguna actuación encaminada a mejorar la situación organizativa detectada para lo cual se encargó de que se llevara a cabo un estudio «de cargas de trabajo de la Dirección Territorial de Cáceres, analizando las funciones y tareas que tenían asignadas el personal que prestaba servicios en dicho órgano, incluyendo un análisis documental de los diferentes expedientes que se tramitaban en la Dirección Territorial, previa consulta a la totalidad del personal destinado en dicho Centro».

A pesar de ello, no se comparte la afirmación contenida en el apartado 3º del punto segundo de los hechos en los que se fundamenta la resolución, dictada el pasado 13 de octubre por el Secretario General de esa Consejería, de que «en modo alguno puede llegarse a la conclusión de la concurrencia de ese acoso laboral por parte de los trabajadores de la Unidad de Interior respecto de la señora (...)».

Nuestra discrepancia se fundamenta tanto en dichos antecedentes como en las características que identifican la existencia del fenómeno conocido como *mobbing* o acoso psicológico. Para ello es significativo que en el informe pericial encargado por esa Consejería, cuando hace referencia al test de LIPT (*Leynman Inventory of Psychological Terrorism*) que justamente es el que se ha usado para determinar la existencia o no del *mobbing*, se afirme textualmente que «A través de la aplicación del LIPT se obtuvo la información necesaria para resumir que las conductas de (...) percibe de sus compañeros, son principalmente actividades de acoso para reducir sus posibilidades de comunicarse adecuadamente con personas de su entorno laboral (negación de su presencia física, no hablar con ella, evitar su contacto, criticar su vida privada)» y que «las causas posibles del anterior padecimiento sería un conflicto laboral no resuelto, agudizado por la readaptación que supuso para (...) «la incorporación del nuevo titulado superior, con las modifica-

ciones laborales y personales que conlleva. Esto, sumado al hecho de que (...) se reincorporaba de una larga baja médica con las consecuencias tanto físicas como psicológicas que pueden suponer para cualquier persona (sic), hizo que el conflicto inicial fue derivando en una situación estresante y ansiógena para la paciente, lo que fue repercutiendo de forma negativa en sus quehaceres diarios, así como en sus relaciones interpersonales. De este modo, el resto de sus compañeros se fueron alejando y evitando el contacto con ella, lo que la llevó a entrar en el círculo de la depresión, motivo por el que solicita la baja laboral.

Es importante señalar que el conflicto al que se hace mención se ha producido a causa de una deficiente organización en el reparto de tareas».

Cuarta. Llegados a este punto, esta Institución debe poner en conocimiento de esa Consejería la percepción de que no se han adoptado las medidas necesarias para hacer cesar el acoso psicológico que estaba sintiendo la interesada con la celeridad y la eficacia requeridas, bien accediendo a la comisión de servicios que solicitó en abril de 2003 bien incidiendo en los otros funcionarios que así estaban actuando.

Por el contrario, esa Administración ha iniciado y tramitado expedientes administrativos en los que se han sobrepasado los plazos establecidos y se han seguido unas actuaciones que más bien parecían buscar la constatación técnica de que eran correctas las cargas de trabajo y la estructura organizativa de esa unidad de trabajo y que, de existir un conflicto, ello era imputable a problemas psicológicos de la propia interesada ajenos al mundo laboral. Esto último, que es otra de las características propias que se dan cuando se produce el *mobbing*, se puede vislumbrar del contenido de las aclaraciones que se solicitaron a la psicóloga que ha emitido el informe pericial independiente así como del contenido de la parte relativa a los hechos de la citada resolución de la Secretaría General de esa Consejería de 13 de octubre último.

Parte de esas actuaciones burocráticas desarrolladas han sido seguidas de forma paralela por esta Defensoría. A este respecto, hay que señalar que, desde que esta Institución inició la presente investigación en la que, como se indicó al principio de este escrito, se partió del conocimiento del contenido de numerosos documentos ya existentes, han transcurrido 8 meses hasta que esa Consejería ha adoptado una resolución como la de su Secretaría General, de 13 de octubre último, en la que se desestima la pretensión de la interesada de cambio de puesto de trabajo y, a cambio, se accede a que continúe haciendo las mismas funciones si bien en un centro de trabajo diferente siguiendo así la recomendación de la psicóloga contratada para que emitiera su dictamen pericial independiente.

Así, ha resultado que, transcurridos dos años desde que la interesada empezó a denunciar el acoso psicológico y las disfunciones organizativas existentes en esa Unidad de Interior, y después de los diversos escritos que esta Institución ha venido remitiendo a esa Consejería instando la adopción de las decisiones procedentes con la celeridad exigida, se ha adoptado una resolución con la que se considera que se va a encontrar la subsanación del problema siendo que esa misma propuesta ya había sido recomendada en el informe médico de 31 de octubre de 2003 emitido por el médico de atención primaria del Centro de Salud «Manuel Encinas» de Cáceres.

Además de ello, en relación con esa resolución adoptada, esta Defensoría debe mostrar su preocupación porque se pueden producir disfunciones al separar físicamente a la jefa de un negociado del resto de funcionarios adscritos al mismo así como de sus superiores jerárquicos, toda vez que son necesarias las comunicaciones entre todos ellos y las interacciones en la tramitación de los correspondientes expedientes que le estén asignados por razón de la materia con lo que seguirá habiendo las relaciones personales que han provocado esta situación. En este caso, tal vez hubiera sido mejor haber atendido la petición que formuló la interesada en el mes de abril de 2003, concediéndole una comisión de servicios u otro tipo de adscripción provisional a un puesto de trabajo diferente hasta que se convoque el correspondiente concurso de traslados en el que ella pudiese participar.

Por otro lado, debemos advertir a esa Consejería que el informe pericial solicitado concluye con el siguiente punto que textualmente se transcribe:

«Es fácil que en el futuro puedan aparecer otros conflictos a causa del déficit en la organización del trabajo y a la indefinición en la asignación de tareas.»

Por ello, consideramos que la situación laboral de la Unidad de Interior en Cáceres no se va a solucionar sólo con el traslado a otro lugar de la funcionaria que ha sido víctima de *mobbing* (lo cual es otra característica que prueba su existencia), sino que esa Administración debería adoptar otras decisiones de índole organizativo y personal para que no vuelva a repetirse un caso como el estudiado en esta queja.

Quinta. Como resumen de todo lo anteriormente expuesto, creemos oportuno señalar que en el *Libro blanco sobre los riesgos psicosociales en la Administración* que contiene el «Barómetro Cisneros V sobre violencia en el entorno laboral de las Administraciones públicas», se manifiesta literalmente lo siguiente:

«Es muy frecuente que las víctimas de *mobbing* cumplan un papel muy “saludable” para algunas organizaciones “tóxicas” como chivos expiatorios. Con ello, las situaciones de caos, desorganización, crisis, antagonismos personales, competitividad, luchas o guerras internas, ofrecen un lapso de paz o tregua en el que todos pueden unirse “contra” la víctima de *mobbing*.

Se explica entonces el fenómeno conocido como cadáveres en el armario que consiste en que allí donde hay una víctima de *mobbing*, encontramos anteriormente otras, que en otras épocas han cumplido el mismo papel como chivos expiatorios, acreditándose así un funcionamiento histórico verdaderamente patológico de la organización en cuestión.

Cuando los casos de acoso psicológico llegan al paroxismo, el entorno de la víctima suele reclamar casi unánimemente la búsqueda de una solución traumática para la víctima que resuelva, cortando por lo sano, el problema.

Se produce entonces la intervención de la línea jerárquica, que hace que se convierta el caso de *mobbing* en el caso de la víctima acosada, y no en el caso del acosador o acosadores. Ello se explica gracias al proceso de estigmatización de la víctima, anterior a la intervención de la dirección. Con la satanización de la víctima, la percepción común es que es ella misma, y no el acosador, la culpable de toda la situación que se ha generado.

La línea jerárquica suele cerrar filas y tiende a aceptar y a hacer propios los prejuicios y estereotipos proyectados malévolamente por el acosador desde las primeras fases.

En el sector privado es muy frecuente intentar terminar rápidamente con el “problema”, “dando carpetazo” lo que suele significar dar por terminada la relación laboral con la persona acosada. En el sector público la dirección intenta la apertura de expediente, la sanción o el traslado forzoso de la víctima.

En muy pocas ocasiones las medidas contempladas afectan a los agresores, frecuentemente instalados en un determinado *statu quo* que los protege o los hace “intocables”.

En ambos casos, el resultado práctico suele consistir en el atropello de los derechos de quien es la víctima del acoso y en la consolidación, perversa para el futuro de la organización, de quienes acosan a otros y hacen de ello una herramienta de *management* o de promoción personal.

La investigación del caso por parte de la dirección suele completar

la estigmatización como “oveja negra” del trabajador afectado debido a que los canales que utiliza la propia dirección para informarse del caso suelen estar afectados e “infectados” por la propia acción en que la estigmatización consiste.»

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

«Que esa Consejería dispense de manera inmediata a su funcionaria doña (...) la defensa y protección que viene requiriendo desde hace tiempo ya que se considera que no es adecuada la solución adoptada de trasladarla a otra dependencia manteniendo el mismo puesto de trabajo y funciones porque, ello le obligará a seguir relacionándose con el resto de los compañeros de la Unidad de Interior con lo que persistirá el problema planteado y, además, no se conseguirá un correcto funcionamiento del servicio público encomendado a ese departamento.

Que, a la vista de los hechos acontecidos en la Unidad de Interior en Cáceres de esa Consejería, en adelante, en situaciones como la que nos ocupa, se soliciten con prontitud los servicios de un experto en *mobbing* que pueda determinar el grado de implicación de los denunciados en situaciones de acoso psicológico en el ámbito laboral para que, en su caso, se depuren las correspondientes responsabilidades disciplinarias.

Que, con el fin de evitar que se produzcan otras situaciones similares en el futuro, se adopten de inmediato las medidas necesarias para que la estructura organizativa de la Unidad de Interior de esa Consejería sea la adecuada.

Por último, que se elabore un protocolo de prevención *antimobbing* que evite que esa Administración autonómica sea caldo de cultivo idóneo para la impunidad de estas prácticas, que pueden conllevar la destrucción psicológica o la pérdida de la salud física y psicológica de los funcionarios víctimas de acoso psicológico.»

Madrid, 13 de diciembre de 2004.

Recomendación dirigida a la Consejera de Presidencia de la Junta de Extremadura.

Recomendación 91/2004, de 21 de diciembre, sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 456.)

Como consecuencia de un escrito presentado en esta Institución por la Confederación Estatal de (...) se inició una investigación a nivel nacional para conocer cuál era en nuestro país la situación en la que se encontraba la mediación familiar y los puntos de encuentro. Esa iniciativa se enmarca dentro de las actuaciones que se vienen realizando de manera permanente para plantear propuestas que puedan contribuir a evitar o a reducir los conflictos de convivencia que se producen dentro de las familias.

Es evidente que el concepto de familia actual ha experimentado una transformación respecto del esquema tradicional en el que se establecía la vida en familia. En muchas ocasiones resulta difícil lograr que las relaciones interpersonales dentro de las unidades familiares sean verdaderamente afectivas y satisfactorias. Parece por ello evidente que la sociedad actual precisa de nuevas formas para dar solución a los conflictos, de manera que se evite el enfrentamiento abierto entre las personas que mantienen o que han mantenido una convivencia, evitando así también los costes y el desgaste que supone el derivar esos conflictos siempre a la Administración de justicia.

Dos recomendaciones del Consejo de Europa (12/1986 y 1/1998) han puesto de manifiesto la importancia de promover, reformar y profundizar la mediación familiar. Una vez recibidos casi en su totalidad los distintos informes recabados a las distintas comunidades autónomas, se puede afirmar que aunque el trato normativo que se da a la mediación familiar es muy desigual (sólo cuatro comunidades autónomas cuentan

con leyes que desarrollen esta figura), sin embargo buena parte de las administraciones coinciden en destacar las múltiples ventajas que presenta esta manera de abordar los conflictos y que en esencia se puede concretar en los siguientes puntos:

a) Se incrementa el protagonismo de las partes en la solución de un problema que ellas mismas han creado.

b) Se da mayor estabilidad a los acuerdos, los cuales a su vez se cumplen de manera voluntaria, sin tener que recurrir a la vía coactiva.

c) Las personas que intervienen reciben un aprendizaje social que les permitirá, por la experiencia recibida, abordar otros conflictos aplicando las técnicas aprendidas en el caso que les afecta.

De igual forma que las ventajas, los diferentes informes ponen de manifiesto una serie de principios o características que en opinión de la mayoría de las comunidades autónomas, tienen que reunir todo proceso mediador en el ámbito familiar. Estos principios serían:

1. Voluntariedad. Son las partes las primeras que tienen que querer someterse a ese proceso, descartándose por ello la mediación preceptiva u obligatoria. Debido a ello, a los poderes públicos les corresponde facilitar el acceso a programas de mediación, dando a conocer a los interesados que existen iniciativas, distintas de las que tradicionalmente conocemos, para resolver pacíficamente tanto los conflictos, bien en el ámbito de la pareja o bien los de carácter intergeneracional que se producen en las crisis de comunicación entre los distintos miembros de la unidad familiar.

2. Imparcialidad y neutralidad. El mediador no defenderá nunca los intereses de una de las partes, es más, el éxito de su intervención vendrá en buena parte propiciada por la manera en la que sepa tratar y garantizar de manera similar los intereses de las dos partes, proponiendo soluciones y nunca imponiendo acuerdos.

3. Profesionalidad del mediador. La obtención de un resultado óptimo en un proceso mediador en el ámbito familiar pasa, en buena medida, por la capacitación adecuada de la persona que realiza la mediación, la cual deberá contar con unas competencias y unos conocimientos específicos para llevar a cabo su trabajo con las familias.

4. Confidencialidad. Se trata de un principio esencial de toda mediación. Sólo teniendo garantizadas las partes ese deber de secreto que afecta al mediador, podrán hablar y reconocer de manera clara los problemas que tratan de solucionar mediante esa mediación.

Además de los datos obtenidos respecto a la mediación familiar, la investigación se hizo también extensiva a los llamados «puntos de encuentro» como lugares en los que se trata de normalizar las relaciones paterno/materno/filiales, cuando las rupturas de convivencia se producen de manera poco pacífica o bien, en los casos de menores tutelados por la Administración, cuando los menores se encuentran sometidos a algún tipo de intervención social (guardas, acogimientos o desamparos) y existe algún tipo de conflicto entre los adultos implicados. Hace ahora 10 años que se abrió el primer punto de encuentro en nuestro país, desde entonces han venido sucediéndose diferentes iniciativas, a favor de ir constituyendo nuevos puntos de encuentro, si bien no existe uniformidad ni en cuanto a su implantación en todo el territorio nacional ni en cuanto a su organización y funcionamiento. Además existe una constante en las diferentes comunidades autónomas, ninguna de ellas cuenta con un marco normativo en el que se regulen esos puntos de encuentro.

A pesar de ello todos los informes recibidos señalan la necesidad de que existan esos puntos de encuentro, ya que son necesarios para mantener y favorecer el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores, al mismo tiempo evitan la aparición de conflictos al tratarse de lugares neutros que cuentan con profesionales debidamente capacitados.

Toda la información y los datos obtenidos en la investigación realizada por el Defensor del Pueblo, serán tratados de manera concreta en el próximo informe de gestión correspondiente al año 2004 que se presentará al Parlamento.

En opinión de esta Institución, los poderes públicos están obligados a buscar fórmulas que faciliten las relaciones paternofiliales, bien cuando exista conflicto en la unidad familiar o bien cuando la Administración haya tenido que desplegar su función tuitiva, y, en este sentido, existen diversas normas jurídicas (artículo 39.1º y 2º de la Constitución, artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, artículos 94 y 103 del Código Civil, y los artículos 2 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero), que hacen necesario el contar con un marco jurídico en el que se determine el funcionamiento, ubicación, competencias, prestaciones y cualificación profesional de las personas que trabajen en los puntos de encuentro familiar, más todavía, si se tiene en cuenta que, en muchas ocasiones, la utilización de esas dependencias viene precedida por una resolución judicial que resuelve sobre el régimen de visitas de los progenitores.

Partiendo de cuanto se acaba de exponer y, sobre todo, teniendo en cuenta que tanto la mediación familiar como los «puntos de encuentro

familiar» tienen en nuestro país un tratamiento normativo nada homogéneo y en muchas ocasiones inexistente, esta Institución ha considerado oportuno hacer llegar a ese Ministerio esa situación con objeto de que dentro de la iniciativa legislativa que tiene asignada ese departamento, y especialmente teniendo en cuenta el reciente proyecto de ley presentado en el Parlamento para reformar el derecho de familia, se aproveche esa ocasión para introducir en la legislación del Estado, hasta donde ello sea posible competencialmente, una normativa básica mínima que sirva para homogeneizar y al mismo tiempo para regular todos aquellos aspectos que afectan a la mediación familiar y a los puntos de encuentro, teniendo en cuenta para ello las consideraciones que se contienen en este escrito.

A la vista de lo expuesto, esta Institución al amparo del artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida en que la cuestión expuesta afecta a derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, ha valorado la conveniencia de dar traslado a V. E. de la siguiente recomendación: «Que aprovechando la reciente iniciativa presentada en el Parlamento para reformar determinados aspectos del derecho de familia, se introduzcan las previsiones legales oportunas, en orden a establecer una normativa básica mínima que sirva para homogeneizar y al mismo tiempo para regular todas aquellas materias que afectan a la mediación familiar y a los puntos de encuentro, teniendo en cuenta para ello las consideraciones mencionadas en el presente escrito».

Madrid, 21 de diciembre de 2004.

Recomendación dirigida al Ministro de Justicia.

Recomendación 92/2004, de 21 de diciembre, sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 460.)

Como consecuencia de un escrito presentado en esta Institución por la Confederación Estatal de (...) se inició una investigación a nivel nacional para conocer cuál era en nuestro país la situación en la que se encontraba la mediación familiar y los puntos de encuentro. Esa iniciativa se enmarca dentro de las actuaciones que se vienen realizando, de manera permanente, para plantear propuestas que puedan contribuir a evitar o a reducir los conflictos de convivencia que se producen dentro de las familias.

Es evidente que el concepto de familia actual ha experimentado una transformación respecto del esquema tradicional en el que se establecía la vida en familia. En muchas ocasiones resulta difícil lograr que las relaciones interpersonales dentro de las unidades familiares sean verdaderamente afectivas y satisfactorias. Parece por ello evidente que la sociedad actual precisa de nuevas formas para dar solución a los conflictos, de manera que se evite el enfrentamiento abierto entre las personas que mantienen o que han mantenido una convivencia, evitando así también los costes y el desgaste que supone el derivar esos conflictos siempre a la Administración de justicia.

Dos recomendaciones del Consejo de Europa (12/1986 y 1/1998) han puesto de manifiesto la importancia de promover, reformar y profundizar la mediación familiar. Una vez recibidos casi en su totalidad los distintos informes recabados a las distintas comunidades autónomas, se puede afirmar que aunque el trato normativo que se da a la mediación familiar es muy desigual (sólo cuatro comunidades autónomas cuentan

con leyes que desarrollen esta figura), sin embargo buena parte de las administraciones coinciden en destacar las múltiples ventajas que presenta esta manera de abordar los conflictos y que en esencia se puede concretar en los siguientes puntos:

- a) Se incrementa el protagonismo de las partes en la solución de un problema que ellas mismas han creado.
- b) Se da mayor estabilidad a los acuerdos, los cuales a su vez se cumplen de manera voluntaria, sin tener que recurrir a la vía coactiva.
- c) Las personas que intervienen reciben un aprendizaje social que les permitirá, por la experiencia recibida, abordar otros conflictos aplicando las técnicas aprendidas en el caso que les afecta.

De igual forma que las ventajas, los diferentes informes ponen de manifiesto una serie de principios o características que, en opinión de la mayoría de las comunidades autónomas, tienen que reunir todo proceso mediador en el ámbito familiar. Estos principios serían:

1. Voluntariedad. Son las partes las primeras que tienen que querer someterse a ese proceso, descartándose por ello la mediación preceptiva u obligatoria. Debido a ello, a los poderes públicos les corresponde facilitar el acceso a programas de mediación, dando a conocer a los interesados que existen iniciativas, distintas de las que tradicionalmente conocemos, para resolver pacíficamente tanto los conflictos, bien en el ámbito de la pareja o bien los de carácter intergeneracional que se producen en las crisis de comunicación entre los distintos miembros de la unidad familiar.
2. Imparcialidad y neutralidad. El mediador no defenderá nunca los intereses de una de las partes, es más, el éxito de su intervención vendrá en buena parte propiciada por la manera en la que sepa tratar y garantizar de manera similar los intereses de las dos partes, proponiendo soluciones y nunca imponiendo acuerdos.
3. Profesionalidad del mediador. La obtención de un resultado óptimo en un proceso mediador en el ámbito familiar pasa, en buena medida, por la capacitación adecuada de la persona que realiza la mediación, la cual deberá contar con unas competencias y unos conocimientos específicos para llevar a cabo su trabajo con las familias.
4. Confidencialidad. Se trata de un principio esencial de toda mediación. Sólo teniendo garantizadas las partes ese deber de secreto que afecta al mediador, podrán hablar y reconocer de manera clara los problemas que tratan de solucionar mediante esa mediación.

Además de los datos obtenidos respecto a la mediación familiar, la investigación se hizo también extensiva a los llamados «puntos de encuentro» como lugares en los que se trata de normalizar las relaciones paterno/materno/filiales, cuando las rupturas de convivencia se producen de manera poco pacífica o bien, en los casos de menores tutelados por la Administración, cuando los menores se encuentran sometidos a algún tipo de intervención social (guardas, acogimientos o desamparos) y existe algún tipo de conflicto entre los adultos implicados. Hace ahora 10 años que se abrió el primer punto de encuentro en nuestro país, desde entonces han venido sucediéndose diferentes iniciativas, a favor de ir constituyendo nuevos puntos de encuentro, si bien no existe uniformidad ni en cuanto a su implantación en todo el territorio nacional ni en cuanto a su organización y funcionamiento. Además existe una constante en las diferentes comunidades autónomas, ninguna de ellas cuenta con un marco normativo en el que se regulen esos puntos de encuentro.

A pesar de ello todos los informes recibidos señalan la necesidad de que existan esos puntos de encuentro, ya que son necesarios para mantener y favorecer el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores, al mismo tiempo evitan la aparición de conflictos al tratarse de lugares neutros que cuentan con profesionales debidamente capacitados.

Toda la información y los datos obtenidos en la investigación realizada por el Defensor del Pueblo, serán tratados de manera concreta en el próximo informe de gestión correspondiente al año 2004 que se presentará al Parlamento.

En el caso concreto de esa Comunidad Autónoma se ha podido constatar cómo desde septiembre de 2001 la Dirección General de Infancia y Familia puso en marcha en Granada el primer programa de mediación familiar. Progresivamente todas las provincias de Andalucía han ido contando, durante el año 2003, con programas de mediación, habiendo supuesto dichos programas un coste total de 421.585,11 euros. La asistencia a esos programas ha sido voluntaria y gratuita y los destinatarios han sido tanto parejas con hijos menores que están decididas a separarse o divorciarse como padres, madres, tutores o abuelos que se han visto implicados en conflictos intergeneracionales con deterioro de las relaciones familiares. En opinión de esa Comunidad la mediación es un medio adecuado para la resolución o reducción de conflictos que ayuda a las familias a resolver situaciones en las que han existido déficit de comunicación.

La principal carencia que se observa es la inexistencia de un marco legal en el que se regulen las características de estos programas, los re-

quisitos para acceder a los mismos, la cualificación profesional de las personas que intervienen como mediadores y las materias que pueden ser susceptibles de mediación. En este sentido sería deseable que el anteproyecto de Ley de mediación familiar que se menciona en el informe remitido por esa Consejería fuera finalmente aprobado y que en dicho texto legal se regulen las cuestiones que se acaban de citar.

En cuanto a los «puntos de encuentro familiar», al igual que en el caso anterior esa Administración ha sabido ofertar un recurso cuya demanda es cada vez más necesario. Según los datos que aparecen en su informe, todas las provincias cuentan con programas de orientación «puntos de encuentro familiar», habiéndose destinado para esos programas 753.309,12 euros.

De la información recibida se deduce que esos programas, no se limitan a poner a disposición de los progenitores y del menor un espacio físico que sirva para albergar a los interesados durante el tiempo que dura el derecho de visitas, sino que además durante el desarrollo de las visitas se detecta cualquier situación que pueda atentar contra los intereses de los menores y que dificulte el desarrollo integral de los mismos. Al mismo tiempo se realizan intervenciones técnicas y de orientación que permiten adoptar pautas educativas ofreciendo a los progenitores directrices sobre la atención que han de prestar a los hijos y cómo pueden mejorar las habilidades parentales.

Al igual que sucede con la mediación familiar las actuaciones emprendidas desde esa Comunidad autónoma han ido por delante de las previsiones normativas. En esta materia teniendo en cuenta que los «puntos de encuentro», son lugares utilizados para hacer efectivo el «derecho de visitas» y que éste, en la mayoría de las ocasiones, se lleva a efecto tras la intervención de un órgano judicial, parece necesario que la normativa reguladora de ese servicio sea aprobada tras el correspondiente debate en el órgano en el que reside la soberanía popular, no se considera suficiente que todos los aspectos que afectan a los programas de orientación «puntos de encuentro familiar» se encuentren recogidos en las «normas básicas de funcionamiento general del Programa de Orientación Puntos de Encuentro Familiar» que ha elaborado la Dirección General de Infancia y Familia. En opinión de esta Institución los poderes públicos están obligados a buscar fórmulas que faciliten las relaciones paternofiliales, bien cuando exista conflicto en la unidad familiar o bien cuando la Administración haya tenido que desplegar su función tuitiva, en este sentido existen diferentes normas jurídicas (artículo 39.1º y 2º de la Constitución de 1978, artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre

de 1989, artículos 94 y 103 del Código Civil y artículos 2 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero) que hacen necesario el contar con un marco jurídico en el que se determine el funcionamiento, la ubicación, las competencias, las prestaciones y la cualificación profesional de las personas que trabajen en esos «puntos de encuentro», más todavía si se tiene en cuenta que en muchas ocasiones la utilización de ese servicio viene precedida por una resolución judicial en la que se resuelve sobre el «derecho de visitas».

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

«1. Que teniendo en cuenta los principios básicos enumerados en la presente recomendación se apruebe la correspondiente ley de mediación familiar, para que partiendo de la experiencia existente en esa Comunidad Autónoma se determine en dicha norma cuáles deben ser las características de los procesos de mediación, indicando los requisitos para acceder a los mismos, la cualificación profesional de las personas que intervienen como mediadores y las materias que son susceptibles de ser tratadas a través de esa mediación.

2. Que partiendo de la regulación básica existente en esa Comunidad autónoma y respetando los objetivos generales que se están aplicando en los programas de «puntos de encuentro familiar», se apruebe por el Parlamento de esa Comunidad la correspondiente Ley en la que se regulen todos los aspectos que afectan a esa clase de servicio.»

Madrid, 21 de diciembre de 2004.

Recomendación dirigida al Consejero para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía.

Recomendación 93/2004, de 21 de diciembre, sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 461.)

Como consecuencia de un escrito presentado en esta Institución por la Confederación Estatal de (...) se inició una investigación a nivel nacional para conocer cuál era en nuestro país la situación en la que se encontraba la mediación familiar y los puntos de encuentro. Esa iniciativa se enmarca dentro de las actuaciones que se vienen realizando, de manera permanente, para plantear propuestas que puedan contribuir a evitar o a reducir los conflictos de convivencia que se producen dentro de las familias.

Es evidente que el concepto de familia actual ha experimentado una transformación respecto del esquema tradicional en el que se establecía la vida en familia. En muchas ocasiones resulta difícil lograr que las relaciones interpersonales dentro de las unidades familiares sean verdaderamente afectivas y satisfactorias. Parece por ello evidente que la sociedad actual precisa de nuevas formas para dar solución a los conflictos, de manera que se evite el enfrentamiento abierto entre las personas que mantienen o que han mantenido una convivencia, evitando así también los costes y el desgaste que supone el derivar esos conflictos siempre a la Administración de justicia.

Dos recomendaciones del Consejo de Europa (12/1986 y 1/1998) han puesto de manifiesto la importancia de promover, reformar y profundizar la mediación familiar. Una vez recibidos casi en su totalidad los distintos informes recabados a las distintas comunidades autónomas, se puede afirmar que aunque el trato normativo que se da a la mediación familiar es muy desigual (sólo cuatro comunidades autónomas cuentan

con leyes que desarrollen esta figura), sin embargo buena parte de las administraciones coinciden en destacar las múltiples ventajas que presenta esta manera de abordar los conflictos y que en esencia se puede concretar en los siguientes puntos:

- a) Se incrementa el protagonismo de las partes en la solución de un problema que ellas mismas han creado.
- b) Se da mayor estabilidad a los acuerdos, los cuales a su vez se cumplen de manera voluntaria, sin tener que recurrir a la vía coactiva.
- c) Las personas que intervienen reciben un aprendizaje social que les permitirá, por la experiencia recibida, abordar otros conflictos aplicando las técnicas aprendidas en el caso que les afecta.

De igual forma que las ventajas, los diferentes informes ponen de manifiesto una serie de principios o características que en opinión de la mayoría de las comunidades autónomas, tienen que reunir todo proceso mediador en el ámbito familiar. Estos principios serían:

1. Voluntariedad. Son las partes las primeras que tienen que querer someterse a ese proceso, descartándose por ello la mediación preceptiva u obligatoria. Debido a ello, a los poderes públicos les corresponde facilitar el acceso a programas de mediación, dando a conocer a los interesados que existen iniciativas, distintas de las que tradicionalmente conocemos, para resolver pacíficamente tanto los conflictos, bien en el ámbito de la pareja o bien los de carácter intergeneracional que se producen en las crisis de comunicación entre los distintos miembros de la unidad familiar.

2. Imparcialidad y neutralidad. El mediador no defenderá nunca los intereses de una de las partes, es más, el éxito de su intervención vendrá en buena parte propiciada por la manera en la que sepa tratar y garantizar de manera similar los intereses de las dos partes, proponiendo soluciones y nunca imponiendo acuerdos.

3. Profesionalidad del mediador. La obtención de un resultado óptimo en un proceso mediador en el ámbito familiar pasa, en buena medida, por la capacitación adecuada de la persona que realiza la mediación, la cual deberá contar con unas competencias y unos conocimientos específicos para llevar a cabo su trabajo con las familias.

4. Confidencialidad. Se trata de un principio esencial de toda mediación. Sólo teniendo garantizadas las partes ese deber de secreto que afecta al mediador, podrán hablar y reconocer de manera clara los problemas que tratan de solucionar mediante esa mediación.

Además de los datos obtenidos respecto a la mediación familiar, la investigación se hizo también extensiva a los llamados «puntos de encuentro» como lugares en los que se trata de normalizar las relaciones paterno/materno/filiales, cuando las rupturas de convivencia se producen de manera poco pacífica o bien, en los casos de menores tutelados por la Administración, cuando los menores se encuentran sometidos a algún tipo de intervención social (guardas, acogimientos o desamparos) y existe algún tipo de conflicto entre los adultos implicados. Hace ahora 10 años que se abrió el primer punto de encuentro en nuestro país, desde entonces han venido sucediéndose diferentes iniciativas, a favor de ir constituyendo nuevos puntos de encuentro, si bien no existe uniformidad ni en cuanto a su implantación en todo el territorio nacional ni en cuanto a su organización y funcionamiento. Además existe una constante en las diferentes comunidades autónomas, ninguna de ellas cuenta con un marco normativo en el que se regulen esos puntos de encuentro.

A pesar de ello todos los informes recibidos señalan la necesidad de que existan esos puntos de encuentro, ya que son necesarios para mantener y favorecer el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores, al mismo tiempo evitan la aparición de conflictos al tratarse de lugares neutros que cuentan con profesionales debidamente capacitados.

Toda la información y los datos obtenidos en la investigación realizada por el Defensor del Pueblo, serán tratados de manera concreta en el próximo informe de gestión correspondiente al año 2004 que se presentará al Parlamento.

En el caso concreto de esa Comunidad autónoma se ha podido constatar que se viene apoyando a las familias en situaciones especiales, ofreciéndoles diferentes programas de mediación, en función del organismo del que dependen (Instituto Aragonés de la Mujer, Ayuntamiento de Zaragoza y Servicio de Menores).

Lamentamos que la información recibida sea tan escueta ya que es prácticamente imposible realizar una evaluación del servicio en esa Comunidad autónoma. La dotación económica destinada a este servicio, los distintos programas de mediación que se llevan a cabo, la cualificación profesional del personal que trabaja en el servicio, el número de parejas que acuden, el porcentaje de acuerdos obtenidos y los objetivos que se persiguen, son datos esenciales para poder evaluar esta cuestión en Aragón y, desgraciadamente, esos datos no constan en la información recibida.

Asimismo, se observa la inexistencia de un marco legal en el que se regulen los requisitos que tiene que reunir todo proceso de mediación, objetivos a conseguir, acceso por parte de los ciudadanos al servicio, cualificación profesional del personal y materias susceptibles de ser abordadas a través de la mediación.

Dada la trascendencia cada vez mayor de la mediación familiar como forma de solucionar los conflictos y la obligación que el artículo 39 de la Constitución impone a los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, el Defensor del Pueblo considera que debe ser el Parlamento de esa Comunidad el que regule por ley todos esos aspectos, sin perjuicio de celebrar cuantos convenios sean necesarios con entidades privadas una vez que exista una normativa básica que permita a todos los ciudadanos el conocer la existencia del servicio.

Respecto a los «puntos de encuentro familiar», llama la atención la inexistencia de convenios con las entidades privadas que prestan ese servicio, a pesar de que las mismas reciben subvenciones desde la Administración.

Al igual que sucede con la mediación familiar, las actuaciones emprendidas por esa Comunidad autónoma han ido por delante de la previsión normativa, habiéndose ofertado a los ciudadanos una serie de servicios, aun sin contar con una normativa básica que regule esa materia. En opinión de esta Institución los poderes públicos están obligados a buscar fórmulas que faciliten las relaciones paternofiliales, bien cuando exista conflicto en la unidad familiar o bien cuando la Administración haya tenido que desplegar su función tuitiva; en este sentido existen diferentes normas jurídicas (artículo 39.1º y 2º de la Constitución de 1978, artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, artículos 94 y 103 del Código Civil y artículos 2 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero) que hacen necesario el contar con un marco jurídico en el que se determine el funcionamiento, la ubicación, las competencias, las prestaciones y la cualificación profesional de las personas que trabajen en esos «puntos de encuentro», más todavía si se tiene en cuenta que en muchas ocasiones la utilización de ese servicio viene precedida por una resolución judicial en la que se resuelve sobre el «derecho de visitas».

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

«1. Que teniendo en cuenta los principios básicos enumerados en la presente recomendación se apruebe la correspondiente ley de mediación familiar, para que partiendo de la experiencia existente en esa Comunidad Autónoma se determine en dicha norma cuáles deben ser las características de los procesos de mediación, indicando los requisitos para acceder a los mismos, la cualificación profesional de las personas que intervienen como mediadores y las materias que pueden ser susceptibles de ser tratadas a través de la mediación.

2. Que teniendo en cuenta la experiencia adquirida por esa Consejería en la prestación del servicio de «puntos de encuentro familiar», se elabore la correspondiente ley en la que se recojan todos los aspectos que afecten a la prestación del mencionado servicio, supervisando esa Administración dichos «puntos de encuentro» cuando los mismos son gestionados por entidades privadas que reciben fondos públicos.»

Madrid, 21 de diciembre de 2004.

Recomendación dirigida al Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales de la Diputación General de Aragón.

Recomendación 94/2004, de 21 de diciembre, sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 462.)

Como consecuencia de un escrito presentado en esta Institución por la Confederación Estatal de (...) se inició una investigación a nivel nacional para conocer cuál era en nuestro país la situación en la que se encontraba la mediación familiar y los puntos de encuentro. Esa iniciativa se enmarca dentro de las actuaciones que se vienen realizando, de manera permanente, para plantear propuestas que puedan contribuir a evitar o a reducir los conflictos de convivencia que se producen dentro de las familias.

Es evidente que el concepto de familia actual ha experimentado una transformación respecto del esquema tradicional en el que se establecía la vida en familia. En muchas ocasiones resulta difícil lograr que las relaciones interpersonales dentro de las unidades familiares sean verdaderamente afectivas y satisfactorias. Parece por ello evidente que la sociedad actual precisa de nuevas formas para dar solución a los conflictos, de manera que se evite el enfrentamiento abierto entre las personas que mantienen o que han mantenido una convivencia, evitando así también los costes y el desgaste que supone el derivar esos conflictos siempre a la Administración de justicia.

Dos recomendaciones del Consejo de Europa (12/1986 y 1/1998) han puesto de manifiesto la importancia de promover, reformar y profundizar la mediación familiar. Una vez recibidos casi en su totalidad los distintos informes recabados a las distintas comunidades autónomas, se puede afirmar que aunque el trato normativo que se da a la mediación familiar es muy desigual (sólo cuatro comunidades autónomas cuentan

con leyes que desarrollen esta figura), sin embargo buena parte de las administraciones coinciden en destacar las múltiples ventajas que presenta esta manera de abordar los conflictos y que en esencia se puede concretar en los siguientes puntos:

- a) Se incrementa el protagonismo de las partes en la solución de un problema que ellas mismas han creado.
- b) Se da mayor estabilidad a los acuerdos, los cuales a su vez se cumplen de manera voluntaria, sin tener que recurrir a la vía coactiva.
- c) Las personas que intervienen reciben un aprendizaje social que les permitirá por la experiencia recibida abordar otros conflictos aplicando las técnicas aprendidas en el caso que les afecta.

De igual forma que las ventajas, los diferentes informes ponen de manifiesto una serie de principios o características que, en opinión de la mayoría de las comunidades autónomas, tienen que reunir todo proceso mediador en el ámbito familiar. Estos principios serían:

1. Voluntariedad. Son las partes las primeras que tienen que querer someterse a ese proceso, descartándose por ello la mediación preceptiva u obligatoria. Debido a ello, a los poderes públicos les corresponde facilitar el acceso a programas de mediación, dando a conocer a los interesados que existen iniciativas, distintas de las que tradicionalmente conocemos, para resolver pacíficamente tanto los conflictos, bien en el ámbito de la pareja o bien los de carácter intergeneracional que se producen en las crisis de comunicación entre los distintos miembros de la unidad familiar.
2. Imparcialidad y neutralidad. El mediador no defenderá nunca los intereses de una de las partes, es más, el éxito de su intervención vendrá en buena parte propiciada por la manera en la que sepa tratar y garantizar de manera similar los intereses de las dos partes, proponiendo soluciones y nunca imponiendo acuerdos.
3. Profesionalidad del mediador. La obtención de un resultado óptimo en un proceso mediador en el ámbito familiar pasa, en buena medida, por la capacitación adecuada de la persona que realiza la mediación, la cual deberá contar con unas competencias y unos conocimientos específicos para llevar a cabo su trabajo con las familias.
4. Confidencialidad. Se trata de un principio esencial de toda mediación. Sólo teniendo garantizadas las partes ese deber de secreto que afecta al mediador, podrán hablar y reconocer de manera clara los problemas que tratan de solucionar mediante esa mediación.

Además de los datos obtenidos respecto a la mediación familiar, la investigación se hizo también extensiva a los llamados «puntos de encuentro» como lugares en los que se trata de normalizar las relaciones paterno/materno/filiales, cuando las rupturas de convivencia se producen de manera poco pacífica o bien, en los casos de menores tutelados por la Administración, cuando los menores se encuentran sometidos a algún tipo de intervención social (guardas, acogimientos o desamparos) y existe algún tipo de conflicto entre los adultos implicados. Hace ahora 10 años que se abrió el primer punto de encuentro en nuestro país, desde entonces han venido sucediéndose diferentes iniciativas, a favor de ir constituyendo nuevos puntos de encuentro, si bien no existe uniformidad ni en cuanto a su implantación en todo el territorio nacional ni en cuanto a su organización y funcionamiento. Además existe una constante en las diferentes comunidades autónomas, ninguna de ellas cuenta con un marco normativo en el que se regulen esos puntos de encuentro.

A pesar de ello todos los informes recibidos señalan la necesidad de que existan esos puntos de encuentro, ya que son necesarios para mantener y favorecer el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores, al mismo tiempo evitan la aparición de conflictos al tratarse de lugares neutros que cuentan con profesionales debidamente capacitados.

Toda la información y los datos obtenidos en la investigación realizada por el Defensor del Pueblo, serán tratados de manera concreta en el próximo informe de gestión correspondiente al año 2004 que se presentará al Parlamento.

En el caso concreto de esa Comunidad autónoma se ha podido constatar cómo desde el año 2000 se viene apoyando a las familias en situaciones especiales, ofreciéndoles un servicio de mediación intergeneracional a través de un convenio con la Asociación ADHOC (Asociación para el Desarrollo de Habilidades de Organización y Comunicación). Este programa se ve reforzado por otra iniciativa que el Instituto Asturiano de Atención Social a la Infancia, Familia y Adolescencia desarrolla en colaboración con la Asociación «De Familia». Tal iniciativa incluye programas de orientación, terapia y mediación, en los que se presta atención preferente a la infancia y adolescencia en situación de riesgo.

Debido a que la información recibida es tan escueta no es posible realizar una evaluación del servicio en esa Comunidad autónoma. La dotación económica destinada a este servicio, los distintos programas de mediación que se llevan a cabo, la cualificación profesional del personal que trabaja en el servicio, el número de parejas que acuden, el porcen-

taje de acuerdos obtenidos y los objetivos que se persiguen, son datos esenciales para poder evaluar esta cuestión y, desgraciadamente, esos datos no constan en la información recibida.

La principal carencia que se observa es la inexistencia de un marco legal en el que se regulen los requisitos que tiene que reunir todo proceso de mediación, quiénes pueden acceder al mismo y la cualificación profesional de las personas que intervienen como mediadores. Dada la trascendencia cada vez mayor que tiene la mediación familiar como forma de solucionar conflictos y la obligación que el artículo 39 de la Constitución impone a los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, el Defensor del Pueblo considera que debe ser el Parlamento del Principado de Asturias el que regule por ley todos esos aspectos, sin perjuicio de celebrar cuantos convenios sean necesarios con entidades privadas una vez exista una normativa básica que permita a todos los ciudadanos el conocer la existencia de ese servicio.

De toda la documentación recabada esta Institución tiene conocimiento de que en el año 2003 se destinaron 76.546,89 euros al programa de mediación, aunque en su informe no se detalla ningún dato al respecto.

Respecto a los puntos de encuentro familiar, se aprecia en la información recibida que, desde el año 2000, existe un servicio de puntos de encuentro familiar gestionado por la Asociación Asturiana Alternativa para el Menor.

Al igual que sucede con la mediación familiar, las actuaciones emprendidas desde esa Comunidad autónoma han ido por delante de las previsiones normativas. En opinión de esta Institución los poderes públicos están obligados a buscar fórmulas que faciliten las relaciones paternofiliales, bien cuando exista conflicto en la unidad familiar o bien cuando la Administración haya tenido que desplegar su función tuitiva, en este sentido existen diferentes normas jurídicas (artículo 39.1º y 2º de la Constitución de 1978, artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, artículos 94 y 103 del Código Civil y artículos 2 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero) que hacen necesario el contar con un marco jurídico en el que se determine el funcionamiento, la ubicación, las competencias, las prestaciones y la cualificación profesional de las personas que trabajen en esos «puntos de encuentro», más todavía si se tiene en cuenta que en muchas ocasiones la utilización de ese servicio viene precedida por una resolución judicial en la que se resuelve sobre el «derecho de visitas».

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

«1. Que teniendo en cuenta los principios básicos enumerados en la presente recomendación se apruebe la correspondiente ley de mediación familiar, para que partiendo de la experiencia existente en esa Comunidad Autónoma se determine en dicha norma cuáles deben ser las características de los procesos de mediación, indicando los requisitos para acceder a los mismos, la cualificación profesional de las personas que intervienen como mediadores y las materias susceptibles de ser abordadas a través de la mediación.

2. Que teniendo en cuenta la experiencia acumulada por esa Consejería en la prestación del servicio de «puntos de encuentro familiar», se elabore la correspondiente ley en la que se recojan todos los aspectos que afectan al servicio.»

Madrid, 21 de diciembre de 2004.

Recomendación dirigida a la Consejera de Vivienda y Bienestar Social del Gobierno del Principado de Asturias.

Recomendación 95/2004, de 21 de diciembre, sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 462.)

Como consecuencia de un escrito presentado en esta Institución por la Confederación Estatal de (...) se inició una investigación a nivel nacional para conocer cuál era en nuestro país la situación en la que se encontraba la mediación familiar y los puntos de encuentro. Esa iniciativa se enmarca dentro de las actuaciones que se vienen realizando, de manera permanente, para plantear propuestas que puedan contribuir a evitar o a reducir los conflictos de convivencia que se producen dentro de las familias.

Es evidente que el concepto de familia actual ha experimentado una transformación respecto del esquema tradicional en el que se establecía la vida en familia. En muchas ocasiones resulta difícil lograr que las relaciones interpersonales dentro de las unidades familiares sean verdaderamente afectivas y satisfactorias. Parece por ello evidente que la sociedad actual precisa de nuevas formas para dar solución a los conflictos, de manera que se evite el enfrentamiento abierto entre las personas que mantienen o que han mantenido una convivencia, evitando así también los costes y el desgaste que supone el derivar esos conflictos siempre a la Administración de justicia.

Dos recomendaciones del Consejo de Europa (12/1986 y 1/1998) han puesto de manifiesto la importancia de promover, reformar y profundizar la mediación familiar. Una vez recibidos casi en su totalidad los distintos informes recabados a las distintas comunidades autónomas, se puede afirmar que aunque el trato normativo que se da a la mediación familiar es muy desigual (sólo cuatro comunidades autónomas cuentan

con leyes que desarrollen esta figura), sin embargo buena parte de las administraciones coinciden en destacar las múltiples ventajas que presenta esta manera de abordar los conflictos y que en esencia se puede concretar en los siguientes puntos:

a) Se incrementa el protagonismo de las partes en la solución de un problema que ellas mismas han creado.

b) Se da mayor estabilidad a los acuerdos, los cuales a su vez se cumplen de manera voluntaria, sin tener que recurrir a la vía coactiva.

c) Las personas que intervienen reciben un aprendizaje social que les permitirá, por la experiencia recibida, abordar otros conflictos aplicando las técnicas aprendidas en el caso que les afecta.

De igual forma que las ventajas, los diferentes informes ponen de manifiesto una serie de principios o características que en opinión de la mayoría de las comunidades autónomas, tienen que reunir todo proceso mediador en el ámbito familiar. Estos principios serían:

1. Voluntariedad. Son las partes las primeras que tienen que querer someterse a ese proceso, descartándose por ello la mediación preceptiva u obligatoria. Debido a ello, a los poderes públicos les corresponde facilitar el acceso a programas de mediación, dando a conocer a los interesados que existen iniciativas, distintas de las que tradicionalmente conocemos, para resolver pacíficamente tanto los conflictos, bien en el ámbito de la pareja o bien los de carácter intergeneracional que se producen en las crisis de comunicación entre los distintos miembros de la unidad familiar.

2. Imparcialidad y neutralidad. El mediador no defenderá nunca los intereses de una de las partes, es más, el éxito de su intervención vendrá en buena parte propiciada por la manera en la que sepa tratar y garantizar de manera similar los intereses de las dos partes, proponiendo soluciones y nunca imponiendo acuerdos.

3. Profesionalidad del mediador. La obtención de un resultado óptimo en un proceso mediador en el ámbito familiar, pasa en buena medida, por la capacitación adecuada de la persona que realiza la mediación, la cual deberá contar con unas competencias y unos conocimientos específicos para llevar a cabo su trabajo con las familias.

4. Confidencialidad. Se trata de un principio esencial de toda mediación. Sólo teniendo garantizadas las partes ese deber de secreto que afecta al mediador, podrán hablar y reconocer de manera clara los problemas que tratan de solucionar mediante esa mediación.

Además de los datos obtenidos respecto a la mediación familiar, la investigación se hizo también extensiva a los llamados «puntos de encuentro» como lugares en los que se trata de normalizar las relaciones paterno/materno/filiales, cuando las rupturas de convivencia se producen de manera poco pacífica o bien en los casos de menores tutelados por la Administración, cuando los menores se encuentran sometidos a algún tipo de intervención social (guardas, acogimientos o desamparos) y existe algún tipo de conflicto entre los adultos implicados. Hace ahora 10 años que se abrió el primer punto de encuentro en nuestro país, desde entonces han venido sucediéndose diferentes iniciativas, a favor de ir constituyendo nuevos puntos de encuentro, si bien no existe uniformidad ni en cuanto a su implantación en todo el territorio nacional ni en cuanto a su organización y funcionamiento. Además existe una constante en las diferentes comunidades autónomas, ninguna de ellas cuenta con un marco normativo en el que se regulen esos puntos de encuentro.

A pesar de ello todos los informes recibidos señalan la necesidad de que existan esos puntos de encuentro, ya que son necesarios para mantener y favorecer el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores, al mismo tiempo evitan la aparición de conflictos al tratarse de lugares neutros que cuentan con profesionales debidamente capacitados.

Toda la información y los datos obtenidos en la investigación realizada por el Defensor del Pueblo, serán tratados de manera concreta en el próximo informe de gestión correspondiente al año 2004 que se presentará al Parlamento.

En el caso concreto de esa Comunidad autónoma debo participar a V. E. que ha sido la única Administración de todas a las que se ha solicitado información que no ha colaborado con esta Institución, motivo por el cual se dejará constancia de esa falta de colaboración en el próximo informe anual.

La información obtenida desde el Defensor del Pueblo, respecto de la situación en la mediación familiar en esa Comunidad, nos ha permitido conocer que la Comunidad Autónoma de Canarias, es una de las cuatro comunidades que cuentan con una ley específica que regula esa materia, incluso en estos momentos existe una proposición de Ley en el Parlamento de Canarias para modificar algunos aspectos de la Ley 15/2003. La principal carencia apreciada en relación con esta cuestión, es la inexistencia de un Reglamento que desarrolle esa ley, ya que de esa forma se facilitaría la aplicación práctica de la misma.

En cuanto a los puntos de encuentro, esta Institución considera que los poderes públicos están obligados a buscar fórmulas que faciliten las relaciones paternofiliales, bien cuando exista conflicto en la unidad familiar o bien cuando la Administración haya tenido que desplegar su función tuitiva, y, en este sentido, existen diversas normas jurídicas (artículo 39.1º y 2º de la Constitución, artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, artículos 94 y 103 del Código Civil, y los artículos 2 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero), que hacen necesario el contar con un marco jurídico en el que se determine el funcionamiento, ubicación, competencias, prestaciones y cualificación profesional de las personas que trabajen en esos «puntos de encuentro», más todavía si se tiene en cuenta que en muchas ocasiones la utilización de esas dependencias viene precedida por una resolución judicial en la que se resuelve sobre el «derecho de visitas».

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

1. Que se desarrolle reglamentariamente la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar, con objeto de que la misma pueda ser aplicada en toda su integridad.
2. Que se apruebe la correspondiente ley en la que se regulen los denominados «puntos de encuentro» estableciendo sus normas de funcionamiento, su ubicación, sus competencias, sus prestaciones y la cualificación profesional de las personas que trabajen en esos «puntos de encuentro».

Madrid, 21 de diciembre de 2004.

Recomendación dirigida al Consejero de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno de Canarias.

Recomendación 96/2004, de 21 de diciembre, sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 463.)

Como consecuencia de un escrito presentado en esta Institución por la Confederación Estatal de (...) se inició una investigación a nivel nacional para conocer cuál era en nuestro país la situación en la que se encontraba la mediación familiar y los puntos de encuentro. Esa iniciativa se enmarca dentro de las actuaciones que se vienen realizando, de manera permanente, para plantear propuestas que puedan contribuir a evitar o a reducir los conflictos de convivencia que se producen dentro de las familias.

Es evidente que el concepto de familia actual ha experimentado una transformación respecto del esquema tradicional en el que se establecía la vida en familia. En muchas ocasiones resulta difícil lograr que las relaciones interpersonales dentro de las unidades familiares sean verdaderamente afectivas y satisfactorias. Parece por ello evidente que la sociedad actual precisa de nuevas formas para dar solución a los conflictos, de manera que se evite el enfrentamiento abierto entre las personas que mantienen o que han mantenido una convivencia, evitando así también los costes y el desgaste que supone el derivar esos conflictos siempre a la Administración de justicia.

Dos recomendaciones del Consejo de Europa (12/1986 y 1/1998) han puesto de manifiesto la importancia de promover, reformar y profundizar la mediación familiar. Una vez recibidos casi en su totalidad los distintos informes recabados a las distintas comunidades autónomas, se puede afirmar que aunque el trato normativo que se da a la mediación familiar es muy desigual (sólo cuatro comunidades autónomas cuentan

con leyes que desarrollen esta figura), sin embargo buena parte de las administraciones coinciden en destacar las múltiples ventajas que presenta esta manera de abordar los conflictos y que en esencia se puede concretar en los siguientes puntos:

- a) Se incrementa el protagonismo de las partes en la solución de un problema que ellas mismas han creado.
- b) Se da mayor estabilidad a los acuerdos, los cuales a su vez se cumplen de manera voluntaria, sin tener que recurrir a la vía coactiva.
- c) Las personas que intervienen reciben un aprendizaje social que les permitirá, por la experiencia recibida, abordar otros conflictos aplicando las técnicas aprendidas en el caso que les afecta.

De igual forma que las ventajas, los diferentes informes ponen de manifiesto una serie de principios o características que en opinión de la mayoría de las comunidades autónomas, tienen que reunir todo proceso mediador en el ámbito familiar. Estos principios serían:

1. Voluntariedad. Son las partes las primeras que tienen que querer someterse a ese proceso, descartándose por ello la mediación preceptiva u obligatoria. Debido a ello, a los poderes públicos les corresponde facilitar el acceso a programas de mediación, dando a conocer a los interesados que existen iniciativas, distintas de las que tradicionalmente conocemos, para resolver pacíficamente tanto los conflictos, bien en el ámbito de la pareja o bien los de carácter intergeneracional que se producen en las crisis de comunicación entre los distintos miembros de la unidad familiar.
2. Imparcialidad y neutralidad. El mediador no defenderá nunca los intereses de una de las partes, es más, el éxito de su intervención vendrá en buena parte propiciada por la manera en la que sepa tratar y garantizar de manera similar los intereses de las dos partes, proponiendo soluciones y nunca imponiendo acuerdos.
3. Profesionalidad del mediador. La obtención de un resultado óptimo en un proceso mediador en el ámbito familiar pasa, en buena medida, por la capacitación adecuada de la persona que realiza la mediación, la cual deberá contar con unas competencias y unos conocimientos específicos para llevar a cabo su trabajo con las familias.
4. Confidencialidad. Se trata de un principio esencial de toda mediación. Sólo teniendo garantizadas las partes ese deber de secreto que afecta al mediador, podrán hablar y reconocer de manera clara los problemas que tratan de solucionar mediante esa mediación.

Además de los datos obtenidos respecto a la mediación familiar, la investigación se hizo también extensiva a los llamados «puntos de encuentro» como lugares en los que se trata de normalizar las relaciones paterno/materno/filiales, cuando las rupturas de convivencia se producen de manera poco pacífica o bien, en los casos de menores tutelados por la Administración, cuando los menores se encuentran sometidos a algún tipo de intervención social (guardas, acogimientos o desamparos) y existe algún tipo de conflicto entre los adultos implicados. Hace ahora 10 años que se abrió el primer punto de encuentro en nuestro país; desde entonces han venido sucediéndose diferentes iniciativas, a favor de ir constituyendo nuevos puntos de encuentro, si bien no existe uniformidad ni en cuanto a su implantación en todo el territorio nacional ni en cuanto a su organización y funcionamiento. Además existe una constante en las diferentes comunidades autónomas, ninguna de ellas cuenta con un marco normativo en el que se regulen esos puntos de encuentro.

A pesar de ello todos los informes recibidos señalan la necesidad de que existan esos puntos de encuentro, ya que son necesarios para mantener y favorecer el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores, al mismo tiempo evitan la aparición de conflictos al tratarse de lugares neutros que cuentan con profesionales debidamente capacitados.

Toda la información y los datos obtenidos en la investigación realizada por el Defensor del Pueblo, serán tratados de manera concreta en el próximo informe de gestión correspondiente al año 2004 que se presentará al Parlamento.

En el caso concreto de esa Comunidad autónoma se ha podido constatar que desde el año 2000 se viene apoyando a las familias en situaciones especiales, ofreciéndoles un servicio de mediación a través de un convenio suscrito con la Fundación Pública Marqués de Valdecilla, aunque en sus inicios, el servicio fue prestado en colaboración con el Centro de Orientación Familiar, dependiente del Obispado de Santander. La documentación recibida en esta Institución pone claramente de manifiesto el esfuerzo que se realiza por parte de esa Administración para ofrecer un servicio cuya demanda va en aumento.

Lamentamos que en la documentación recibida no consten datos esenciales para poder evaluar correctamente el servicio de mediación familiar en esa Comunidad autónoma. La dotación económica destinada a este servicio, los distintos programas de mediación que se llevan a cabo, la cualificación profesional del personal que trabaja en el servicio, el número de parejas que acuden, y el porcentaje de acuerdos obtenidos, son datos esenciales para poder evaluar esta cuestión en Cantabria y,

desgraciadamente, esos datos no constan en el informe remitido por esa Consejería.

La principal carencia que se observa es la inexistencia de un marco legal en el que se regulen los requisitos que tiene que reunir todo proceso de mediación, el acceso por parte de los ciudadanos al mismo, la cualificación profesional del personal, y las materias que pueden ser objeto de mediación.

Dada la trascendencia cada vez mayor de la mediación familiar como forma para solucionar los conflictos y la obligación que el artículo 39 de la Constitución impone a los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, el Defensor del Pueblo considera necesario que se realice la pertinente regulación normativa y la puesta en marcha del servicio por parte de esa Consejería.

Respecto a los puntos de encuentro familiar, felicitamos a esa Administración por la puesta en marcha del servicio aunque consideramos imprescindible que se haga extensivo al cumplimiento del régimen de visitas, establecido por resolución judicial en los casos de separación y divorcio y no se centre únicamente en los menores con expediente de protección abierto.

A tenor del número de conflictos familiares que aparecen durante y después de la separación de los cónyuges, es necesario que esa Comunidad disponga de un lugar «neutral» donde el progenitor no custodio pueda ejercer el derecho de visitas establecido bajo la supervisión de personal especializado, y con la sensibilidad que estas situaciones requieren. Las obligaciones que el artículo 26 de la Ley 7/1999 de esa Comunidad Autónoma impone a esa Administración respecto al apoyo que debe prestar a la familia y en especial a la infancia, hacen que en los casos de separación y divorcio deba ofrecerse a las familias de esa Comunidad el recurso de los «puntos de encuentro».

Al igual que sucede con la mediación familiar, las actuaciones emprendidas por esa Comunidad autónoma han ido por delante de sus previsiones normativas, sin que, por el momento, se haya procedido a la regulación de esta materia. En opinión de esta Institución los poderes públicos están obligados a buscar fórmulas que faciliten las relaciones paternofiliales, bien cuando exista conflicto en la unidad familiar o bien cuando la Administración haya tenido que desplegar su función tuitiva, en este sentido existen diferentes normas jurídicas (artículo 39.1º y 2º de la Constitución de 1978, artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, artículos 94 y 103 del Código Civil y artículos 2 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de

enero) que hacen necesario el contar con un marco jurídico en el que se determine el funcionamiento, la ubicación, las competencias, las prestaciones y la cualificación profesional de las personas que trabajen en esos «puntos de encuentro», más todavía si se tiene en cuenta que en muchas ocasiones la utilización de ese servicio viene precedida por una resolución judicial en la que se resuelve sobre el «derecho de visitas».

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

«1. Que teniendo en cuenta los principios básicos enumerados en la presente recomendación se apruebe la correspondiente ley de mediación familiar, para que partiendo de la experiencia existente en esa Comunidad Autónoma se determine en dicha norma cuáles deben ser las características de los procesos de mediación, indicando los requisitos para acceder a los mismos, la cualificación profesional de las personas que intervienen como mediadores y las materias que pueden ser susceptibles de ser tratadas a través de la mediación.

2. Que teniendo en cuenta la experiencia que esa Consejería ha adquirido en la prestación del servicio de «puntos de encuentro», se elabore la correspondiente ley en la que se recojan todos los aspectos relativos al funcionamiento de ese servicio, haciendo extensivo el mismo a los casos de separaciones y divorcios en los que se presenten incidencias relacionadas con el cumplimiento de regímenes de visitas.

3. Que, con independencia de la aprobación de la ley que se solicita en el anterior punto, se proceda, con carácter de urgencia, a habilitar un punto de encuentro familiar en el que se pueda hacer efectivo el derecho de visitas establecido por resolución judicial al progenitor no custodio.»

Madrid, 21 de diciembre de 2004.

Recomendación dirigida al Consejero de Sanidad y Servicios Sociales del Gobierno de Cantabria.

Recomendación 97/2004, de 21 de diciembre, sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 464.)

Como consecuencia de un escrito presentado en esta Institución por la Confederación Estatal de (...) se inició una investigación a nivel nacional para conocer cuál era en nuestro país la situación en la que se encontraba la mediación familiar y los puntos de encuentro. Esa iniciativa se enmarca dentro de las actuaciones que se vienen realizando, de manera permanente, para plantear propuestas que puedan contribuir a evitar o a reducir los conflictos de convivencia que se producen dentro de las familias.

Es evidente que el concepto de familia actual ha experimentado una transformación respecto del esquema tradicional en el que se establecía la vida en familia. En muchas ocasiones resulta difícil lograr que las relaciones interpersonales dentro de las unidades familiares sean verdaderamente afectivas y satisfactorias. Parece por ello evidente que la sociedad actual precisa de nuevas formas para dar solución a los conflictos, de manera que se evite el enfrentamiento abierto entre las personas que mantienen o que han mantenido una convivencia, evitando así también los costes y el desgaste que supone el derivar esos conflictos siempre a la Administración de justicia.

Dos recomendaciones del Consejo de Europa (12/1986 y 1/1998) han puesto de manifiesto la importancia de promover, reformar y profundizar la mediación familiar. Una vez recibidos casi en su totalidad los distintos informes recabados a las distintas comunidades autónomas, se puede afirmar que aunque el trato normativo que se da a la mediación familiar es muy desigual (sólo cuatro comunidades autónomas cuentan

con leyes que desarrollen esta figura), sin embargo buena parte de las administraciones coinciden en destacar las múltiples ventajas que presenta esta manera de abordar los conflictos y que en esencia se puede concretar en los siguientes puntos:

a) Se incrementa el protagonismo de las partes en la solución de un problema que ellas mismas han creado.

b) Se da mayor estabilidad a los acuerdos, los cuales a su vez se cumplen de manera voluntaria, sin tener que recurrir a la vía coactiva.

c) Las personas que intervienen reciben un aprendizaje social que les permitirá, por la experiencia recibida, abordar otros conflictos aplicando las técnicas aprendidas en el caso que les afecta.

De igual forma que las ventajas, los diferentes informes ponen de manifiesto una serie de principios o características que, en opinión de la mayoría de las comunidades autónomas, tienen que reunir todo proceso mediador en el ámbito familiar. Estos principios serían:

1. Voluntariedad. Son las partes las primeras que tienen que querer someterse a ese proceso, descartándose por ello la mediación preceptiva u obligatoria. Debido a ello, a los poderes públicos les corresponde facilitar el acceso a programas de mediación, dando a conocer a los interesados que existen iniciativas, distintas de las que tradicionalmente conocemos, para resolver pacíficamente tanto los conflictos, bien en el ámbito de la pareja o bien los de carácter intergeneracional que se producen en las crisis de comunicación entre los distintos miembros de la unidad familiar.

2. Imparcialidad y neutralidad. El mediador no defenderá nunca los intereses de una de las partes, es más, el éxito de su intervención vendrá en buena parte propiciada por la manera en la que sepa tratar y garantizar de manera similar los intereses de las dos partes, proponiendo soluciones y nunca imponiendo acuerdos.

3. Profesionalidad del mediador. La obtención de un resultado óptimo en un proceso mediador en el ámbito familiar pasa, en buena medida, por la capacitación adecuada de la persona que realiza la mediación, la cual deberá contar con unas competencias y unos conocimientos específicos para llevar a cabo su trabajo con las familias.

4. Confidencialidad. Se trata de un principio esencial de toda mediación. Sólo teniendo garantizadas las partes ese deber de secreto que afecta al mediador, podrán hablar y reconocer de manera clara los problemas que tratan de solucionar mediante esa mediación.

Además de los datos obtenidos respecto a la mediación familiar, la investigación se hizo también extensiva a los llamados «puntos de encuentro» como lugares en los que se trata de normalizar las relaciones paterno/materno/filiales, cuando las rupturas de convivencia se producen de manera poco pacífica o bien, en los casos de menores tutelados por la Administración, cuando los menores se encuentran sometidos a algún tipo de intervención social (guardas, acogimientos o desamparos) y existe algún tipo de conflicto entre los adultos implicados. Hace ahora 10 años que se abrió el primer punto de encuentro en nuestro país, desde entonces han venido sucediéndose diferentes iniciativas, a favor de ir constituyendo nuevos puntos de encuentro, si bien no existe uniformidad ni en cuanto a su implantación en todo el territorio nacional ni en cuanto a su organización y funcionamiento. Además existe una constante en las diferentes comunidades autónomas, ninguna de ellas cuenta con un marco normativo en el que se regulen esos puntos de encuentro.

A pesar de ello todos los informes recibidos señalan la necesidad de que existan esos puntos de encuentro, ya que son necesarios para mantener y favorecer el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores, al mismo tiempo evitan la aparición de conflictos al tratarse de lugares neutros que cuentan con profesionales debidamente capacitados.

Toda la información y los datos obtenidos en la investigación realizada por el Defensor del Pueblo, serán tratados de manera concreta en el próximo informe de gestión correspondiente al año 2004 que se presentará al Parlamento.

En el caso concreto de esa Comunidad autónoma, de la escueta documentación remitida a esta Institución (2 folletos de divulgación del servicio), es difícil evaluar la gestión del servicio de mediación familiar en esa Comunidad Autónoma. Al parecer existen 5 centros en la Comunidad en los que se desarrollan diversos programas: mediación familiar, ruptura en parejas, orientación familiar e intervención familiar, a través de un convenio suscrito con la Asociación AMIFAM.

Lamentamos que la información recibida sea tan reducida, ya que es prácticamente imposible realizar una evaluación del servicio en esa Comunidad autónoma. La dotación económica destinada a este servicio, los distintos programas de mediación que se llevan a cabo, la cualificación profesional del personal que trabaja en el servicio, el número de parejas que acuden, el porcentaje de acuerdos obtenidos y los objetivos que se persiguen, son datos esenciales para poder evaluar esta cuestión en Castilla-La Mancha y, desgraciadamente, esos datos no constan en la información recibida.

Asimismo se observa la inexistencia de un marco legal en el que se regulen los requisitos que tiene que reunir todo proceso de mediación, el acceso al servicio por parte de las parejas, la cualificación profesional del personal y las materias susceptibles de ser abordadas a través de la mediación.

Dada la trascendencia cada vez mayor de la mediación como forma de solución de conflictos familiares y la obligación que el artículo 39 de la Constitución impone a los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, el Defensor del Pueblo considera que debe ser el Parlamento de esa Comunidad el que regule por ley todos esos aspectos, sin perjuicio de celebrar cuantos convenios sean necesarios con entidades privadas una vez que exista una normativa que permita a todos los ciudadanos el conocer la existencia de ese servicio. Esta futura ley vendría a desarrollar el reducido número de preceptos que actualmente regulan esa materia en esa Comunidad. Así el Decreto 38/2002, de 12 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de Malos Tratos y Protección a las Mujeres Maltratadas, menciona en su artículo 16 los programas de mediación familiar. Asimismo, la mencionada Ley 5/2001, de 17 de mayo, establece en su artículo 10 que «La Administración Regional, cuando exista una situación de deterioro de la convivencia familiar, ofrecerá gratuitamente programas de mediación familiar».

Respecto a los «puntos de encuentro familiar», se aprecia en la información recibida que, desde el año 2003, están funcionando 5 centros que ofrecen este servicio, prestándolo en colaboración con diversas Asociaciones en función de la provincia (AMIFAM en Albacete, COLABORA en Ciudad Real y Cuenca, ASIO en Toledo y AEDUCA en Guadalajara).

Al igual que sucede con la mediación familiar, las actuaciones emprendidas desde esa Consejería han ido por delante de las previsiones normativas, adaptándose a la demanda que, en la práctica, ha surgido de ese servicio. En opinión de esta Institución los poderes públicos están obligados a buscar fórmulas que faciliten las relaciones paternofiliales, bien cuando exista conflicto en la unidad familiar o bien cuando la Administración haya tenido que desplegar su función tuitiva, en este sentido existen diferentes normas jurídicas (artículo 39.1º y 2º de la Constitución de 1978, artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, artículos 94 y 103 del Código Civil y artículos 2 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero) que hacen necesario el contar con un marco jurídico en el que se determine el funcionamiento, la ubicación, las competencias, las prestaciones

y la cualificación profesional de las personas que trabajen en esos «puntos de encuentro», más todavía si se tiene en cuenta que en muchas ocasiones la utilización de ese servicio viene precedida por una resolución judicial en la que se resuelve sobre el «derecho de visitas».

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

«1. Que teniendo en cuenta los principios básicos enumerados en la presente recomendación se apruebe la correspondiente ley de mediación familiar, para que partiendo de la experiencia existente en esa Comunidad Autónoma se determine en dicha norma cuáles deben ser las características de los procesos de mediación, indicando los requisitos para acceder a los mismos, la cualificación profesional de las personas que intervienen como mediadores y las materias susceptibles de ser abordadas a través de la mediación.

2. Teniendo en cuenta la experiencia de esa Consejería en la prestación del servicio de «puntos de encuentro familiar», se elabore la correspondiente ley en la que se recojan todos los aspectos que afecten a este servicio: funcionamiento, ubicación, prestaciones que ofrecerán, acceso al servicio y cualificación profesional del personal que trabaje en dichos puntos de encuentro.»

Madrid, 21 de diciembre de 2004.

Recomendación dirigida al Consejero de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Recomendación 98/2004, de 21 de diciembre, sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 465.)

Como consecuencia de un escrito presentado en esta Institución por la Confederación Estatal de (...) se inició una investigación a nivel nacional para conocer cuál era en nuestro país la situación en la que se encontraba la mediación familiar y los puntos de encuentro. Esa iniciativa se enmarca dentro de las actuaciones que se vienen realizando, de manera permanente, para plantear propuestas que puedan contribuir a evitar o a reducir los conflictos de convivencia que se producen dentro de las familias.

Es evidente que el concepto de familia actual ha experimentado una transformación respecto del esquema tradicional en el que se establecía la vida en familia. En muchas ocasiones resulta difícil lograr que las relaciones interpersonales dentro de las unidades familiares sean verdaderamente afectivas y satisfactorias. Parece por ello evidente que la sociedad actual precisa de nuevas formas para dar solución a los conflictos, de manera que se evite el enfrentamiento abierto entre las personas que mantienen o que han mantenido una convivencia, evitando así también los costes y el desgaste que supone el derivar esos conflictos siempre a la Administración de justicia.

Dos recomendaciones del Consejo de Europa (12/1986 y 1/1998) han puesto de manifiesto la importancia de promover, reformar y profundizar la mediación familiar. Una vez recibidos casi en su totalidad los distintos informes recabados a las distintas comunidades autónomas, se puede afirmar que aunque el trato normativo que se da a la mediación familiar es muy desigual (sólo cuatro comunidades autónomas cuentan

con leyes que desarrollen esta figura), sin embargo buena parte de las administraciones coinciden en destacar las múltiples ventajas que presenta esta manera de abordar los conflictos y que en esencia se puede concretar en los siguientes puntos:

- a) Se incrementa el protagonismo de las partes en la solución de un problema que ellas mismas han creado.
- b) Se da mayor estabilidad a los acuerdos, los cuales a su vez se cumplen de manera voluntaria, sin tener que recurrir a la vía coactiva.
- c) Las personas que intervienen reciben un aprendizaje social que les permitirá por la experiencia recibida abordar otros conflictos aplicando las técnicas aprendidas en el caso que les afecta.

De igual forma que las ventajas, los diferentes informes ponen de manifiesto una serie de principios o características que en opinión de la mayoría de las comunidades autónomas tienen que reunir todo proceso mediador en el ámbito familiar. Estos principios serían:

1. Voluntariedad. Son las partes las primeras que tienen que querer someterse a ese proceso, descartándose por ello la mediación preceptiva u obligatoria. Debido a ello, a los poderes públicos les corresponde facilitar el acceso a programas de mediación, dando a conocer a los interesados que existen iniciativas, distintas de las que tradicionalmente conocemos, para resolver pacíficamente tanto los conflictos, bien en el ámbito de la pareja o bien los de carácter intergeneracional que se producen en las crisis de comunicación entre los distintos miembros de la unidad familiar.
2. Imparcialidad y neutralidad. El mediador no defenderá nunca los intereses de una de las partes, es más, el éxito de su intervención vendrá en buena parte propiciada por la manera en la que sepa tratar y garantizar de manera similar los intereses de las dos partes, proponiendo soluciones y nunca imponiendo acuerdos.
3. Profesionalidad del mediador. La obtención de un resultado óptimo en un proceso mediador en el ámbito familiar pasa, en buena medida, por la capacitación adecuada de la persona que realiza la mediación, la cual deberá contar con unas competencias y unos conocimientos específicos para llevar a cabo su trabajo con las familias.
4. Confidencialidad. Se trata de un principio esencial de toda mediación. Sólo teniendo garantizadas las partes ese deber de secreto que afecta al mediador, podrán hablar y reconocer de manera clara los problemas que tratan de solucionar mediante esa mediación.

Además de los datos obtenidos respecto a la mediación familiar, la investigación se hizo también extensiva a los llamados «puntos de encuentro» como lugares en los que se trata de normalizar las relaciones paterno/materno/filiales, cuando las rupturas de convivencia se producen de manera poco pacífica o bien en los casos de menores tutelados por la Administración, cuando los menores se encuentran sometidos a algún tipo de intervención social (guardas, acogimientos o desamparos) y existe algún tipo de conflicto entre los adultos implicados. Hace ahora 10 años que se abrió el primer punto de encuentro en nuestro país, desde entonces han venido sucediéndose diferentes iniciativas, a favor de ir constituyendo nuevos puntos de encuentro, si bien no existe uniformidad ni en cuanto a su implantación en todo el territorio nacional ni en cuanto a su organización y funcionamiento. Además existe una constante en las diferentes comunidades autónomas, ninguna de ellas cuenta con un marco normativo en el que se regulen esos puntos de encuentro.

A pesar de ello todos los informes recibidos señalan la necesidad de que existan esos puntos de encuentro, ya que son necesarios para mantener y favorecer el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores, al mismo tiempo evitan la aparición de conflictos al tratarse de lugares neutros que cuentan con profesionales debidamente capacitados.

Toda la información y los datos obtenidos en la investigación realizada por el Defensor del Pueblo, serán tratados de manera concreta en el próximo informe de gestión correspondiente al año 2004 que se presentará al Parlamento.

En el caso concreto de esa Comunidad autónoma se ha podido constatar la carencia de un marco legal en el que se regulen los requisitos que tiene que reunir el proceso de mediación, quiénes pueden acceder al mismo, la cualificación profesional de las personas que intervienen como mediadores y las materias susceptibles de ser abordadas a través de la mediación. De la información recopilada por esta Institución se deduce que ha habido algunas iniciativas legislativas sin que finalmente se haya aprobado ningún texto definitivo.

Se observa que tanto en el año 2002 como en el 2003 se han celebrado sendos congresos, en relación a esta materia, con el objetivo de avanzar en la implantación de la mediación familiar en esa Comunidad.

La información recibida ha sido tan escueta que no es posible realizar una evaluación del servicio en esa Comunidad autónoma. La dotación económica destinada a este servicio, los distintos programas de mediación que se llevan a cabo, la cualificación profesional del personal que

trabaja en el servicio, el número de parejas que acuden, el porcentaje de acuerdos obtenidos y los objetivos que se persiguen, son datos esenciales para poder evaluar esta cuestión en Castilla y León y, desgraciadamente, esos datos no constan en la información recibida.

Dada la trascendencia cada vez mayor que tiene la mediación como forma de resolución de conflictos y la obligación que el art. 39 de la Constitución impone a los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, el Defensor del Pueblo considera que el Parlamento de la Junta de Castilla y León debe regular por ley todos los aspectos de la mediación familiar, sin perjuicio de celebrar cuantos convenios sean necesarios con entidades privadas y poner en funcionamiento todos los mecanismos para dar a conocer a los ciudadanos la existencia de ese servicio.

De la documentación recabada por esta Institución se tiene conocimiento de un convenio suscrito entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y la Comunidad Autónoma de Castilla y León, de fecha 10 de diciembre de 2003, por el que se destinaron 224.806,83 euros a un programa de orientación y/o mediación familiar.

En lo que se refiere a los puntos de encuentro familiar se aprecia que, desde el año 2000, se está prestando este servicio en colaboración con APROME (Asociación para la protección del menor en los procesos de separación de sus progenitores). Tal y como se pone de manifiesto en el informe remitido por esa Comunidad, las actuaciones emprendidas han ido por delante de las previsiones normativas. En opinión de esta Institución los poderes públicos están obligados a buscar fórmulas que faciliten las relaciones paternofiliales, bien cuando exista conflicto en la unidad familiar o bien cuando la Administración haya tenido que desplegar su función tuitiva, en este sentido existen diferentes normas jurídicas (artículo 39.1º y 2º de la Constitución de 1978, artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, artículos 94 y 103 del Código Civil y artículos 2 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero) que hacen necesario el contar con un marco jurídico en el que se determine el funcionamiento, la ubicación, las competencias, las prestaciones y la cualificación profesional de las personas que trabajen en esos «puntos de encuentro», más todavía si se tiene en cuenta que en muchas ocasiones la utilización de ese servicio viene precedida por una resolución judicial en la que se resuelve sobre el «derecho de visitas».

A la vista de lo expuesto, esta Institución al amparo del artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida en que la cuestión expuesta afecta a derechos fundamentales constitucionalmente reconoci-

dos, ha valorado la conveniencia de dar traslado a V. E. de la siguiente recomendación:

«1. Que teniendo en cuenta los principios básicos enumerados en la presente recomendación, se apruebe la correspondiente ley de mediación familiar en la que se determinen cuáles deben ser las características de los procesos de mediación, requisitos para acceder a los mismos, cualificación profesional de las personas que intervienen como mediadores y materias susceptibles de ser tratadas a través de la mediación.

2. Que teniendo en cuenta los trabajos previos que a esa Consejería ha facilitado la Asociación APROME, con experiencia en esa Comunidad en la prestación del servicio de «puntos de encuentro», se elabore la correspondiente ley en la que se recojan todos los aspectos que afectan a este servicio.»

Madrid, 21 de diciembre de 2004.

Recomendación dirigida a la Consejera de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León.

Recomendación 99/2004, de 21 de diciembre, sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 466.)

Como consecuencia de un escrito presentado en esta Institución por la Confederación Estatal de (...) se inició una investigación a nivel nacional para conocer cuál era en nuestro país la situación en la que se encontraba la mediación familiar y los puntos de encuentro. Esa iniciativa se enmarca dentro de las actuaciones que se vienen realizando, de manera permanente, para plantear propuestas que puedan contribuir a evitar o a reducir los conflictos de convivencia que se producen dentro de las familias.

Es evidente que el concepto de familia actual ha experimentado una transformación respecto del esquema tradicional en el que se establecía la vida en familia. En muchas ocasiones resulta difícil lograr que las relaciones interpersonales dentro de las unidades familiares sean verdaderamente afectivas y satisfactorias. Parece por ello evidente que la sociedad actual precisa de nuevas formas para dar solución a los conflictos, de manera que se evite el enfrentamiento abierto entre las personas que mantienen o que han mantenido una convivencia, evitando así también los costes y el desgaste que supone el derivar esos conflictos siempre a la Administración de justicia.

Dos recomendaciones del Consejo de Europa (12/1986 y 1/1998) han puesto de manifiesto la importancia de promover, reformar y profundizar la mediación familiar. Una vez recibidos casi en su totalidad los distintos informes recabados a las distintas comunidades autónomas, se puede afirmar que aunque el trato normativo que se da a la mediación familiar es muy desigual (sólo cuatro comunidades autónomas cuentan

con leyes que desarrollen esta figura), sin embargo buena parte de las administraciones coinciden en destacar las múltiples ventajas que presenta esta manera de abordar los conflictos y que en esencia se puede concretar en los siguientes puntos:

- a) Se incrementa el protagonismo de las partes en la solución de un problema que ellas mismas han creado.
- b) Se da mayor estabilidad a los acuerdos, los cuales a su vez se cumplen de manera voluntaria, sin tener que recurrir a la vía coactiva.
- c) Las personas que intervienen reciben un aprendizaje social que les permitirá, por la experiencia recibida, abordar otros conflictos aplicando las técnicas aprendidas en el caso que les afecta.

De igual forma que las ventajas, los diferentes informes ponen de manifiesto una serie de principios o características que en opinión de la mayoría de las comunidades autónomas, tienen que reunir todo proceso mediador en el ámbito familiar. Estos principios serían:

1. Voluntariedad. Son las partes las primeras que tienen que querer someterse a ese proceso, descartándose por ello la mediación preceptiva u obligatoria. Debido a ello, a los poderes públicos les corresponde facilitar el acceso a programas de mediación, dando a conocer a los interesados que existen iniciativas, distintas de las que tradicionalmente conocemos, para resolver pacíficamente tanto los conflictos, bien en el ámbito de la pareja o bien los de carácter intergeneracional que se producen en las crisis de comunicación entre los distintos miembros de la unidad familiar.

2. Imparcialidad y neutralidad. El mediador no defenderá nunca los intereses de una de las partes, es más, el éxito de su intervención vendrá en buena parte propiciada por la manera en la que sepa tratar y garantizar de manera similar los intereses de las dos partes, proponiendo soluciones y nunca imponiendo acuerdos.

3. Profesionalidad del mediador. La obtención de un resultado óptimo en un proceso mediador en el ámbito familiar pasa, en buena medida, por la capacitación adecuada de la persona que realiza la mediación, la cual deberá contar con unas competencias y unos conocimientos específicos para llevar a cabo su trabajo con las familias.

4. Confidencialidad. Se trata de un principio esencial de toda mediación. Sólo teniendo garantizadas las partes ese deber de secreto que afecta al mediador, podrán hablar y reconocer de manera clara los problemas que tratan de solucionar mediante esa mediación.

Además de los datos obtenidos respecto a la mediación familiar, la

investigación se hizo también extensiva a los llamados «puntos de encuentro» como lugares en los que se trata de normalizar las relaciones paterno/materno/filiales, cuando las rupturas de convivencia se producen de manera poco pacífica o bien en los casos de menores tutelados por la Administración, cuando los menores se encuentran sometidos a algún tipo de intervención social (guardas, acogimientos o desamparos) y existe algún tipo de conflicto entre los adultos implicados. Hace ahora 10 años que se abrió el primer punto de encuentro en nuestro país, desde entonces han venido sucediéndose diferentes iniciativas, a favor de ir constituyendo nuevos puntos de encuentro, si bien no existe uniformidad ni en cuanto a su implantación en todo el territorio nacional ni en cuanto a su organización y funcionamiento. Además existe una constante en las diferentes comunidades autónomas, ninguna de ellas cuenta con un marco normativo en el que se regulen esos puntos de encuentro.

A pesar de ello todos los informes recibidos señalan la necesidad de que existan esos puntos de encuentro, ya que son necesarios para mantener y favorecer el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores, al mismo tiempo evitan la aparición de conflictos al tratarse de lugares neutros que cuentan con profesionales debidamente capacitados.

Toda la información y los datos obtenidos en la investigación realizada por el Defensor del Pueblo, serán tratados de manera concreta en el próximo informe de gestión correspondiente al año 2004 que se presentará al Parlamento.

En el caso concreto de esa Comunidad autónoma se ha podido constatar que fue la primera en regular por ley la mediación familiar, habiendo incluso desarrollado reglamentariamente en el año 2002, la Ley 1/2001, de 15 de marzo de mediación familiar de Cataluña. La experiencia acumulada por esa Administración, ha permitido conocer que con la debida regulación los profesionales que intervienen como mediadores han conseguido acabar con acuerdo un 72 por 100 de las mediaciones en las que intervinieron. A la vista de los datos ofrecidos y contando esa Comunidad autónoma con un marco normativo completo en el que se regulan todos los aspectos que afectan a la mediación familiar, no es necesario desde esta Institución realizar ninguna recomendación.

En cuanto a los puntos de encuentro, se observa que existen en esa Comunidad autónoma 8 lugares en los que el Servicio de Atención Familiar en colaboración con entidades especializadas en la atención a las familias, ofrece las prestaciones propias de lo que se ha venido a denominar como «puntos de encuentro», incluso se ofrece una orientación y atención personalizada a las familias que lo piden interviniendo también en los casos de trastornos alimentarios, de comportamiento y cuando se

consumen sustancias adictivas. La actividad desplegada por la red de Servicios de Atención Familiar ha afectado a 1.300 familias, habiendo intervenido en un 40 por 100 de los casos con problemas que afectan a hijos e hijas adolescentes, en un 25 por 100 a conflictos de pareja y en un 18 por 100 a relaciones familiares en conflicto.

Las actuaciones desarrolladas desde esa Administración ponen de manifiesto cómo ese departamento se ha adelantado a las previsiones normativas y aún sin contar con un marco legal que desarrolle cuál es la función de esos «puntos de encuentro» y qué profesionales deben ser los encargados de estar al frente de ese servicio, han ofrecido a los ciudadanos unos medios para hacer frente a unas necesidades que aparecen en el seno de las familias. En opinión de esta Institución los poderes públicos están obligados a buscar fórmulas que faciliten las relaciones paternofiliales, bien cuando exista conflicto en la unidad familiar o bien cuando la Administración haya tenido que desplegar su función tuitiva, en este sentido existen diferentes normas jurídicas (artículo 39.1º y 2º de la Constitución de 1978, artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, artículos 94 y 103 del Código Civil y artículos 2 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero) que hacen necesario el contar con un marco jurídico en el que se determine el funcionamiento, la ubicación, las competencias, las prestaciones y la cualificación profesional de las personas que trabajen en esos «puntos de encuentro», más todavía si se tiene en cuenta que en muchas ocasiones la utilización de ese servicio viene precedida por una resolución judicial en la que se resuelve sobre el «derecho de visitas».

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

«Para que, partiendo de la experiencia que en esa Comunidad autónoma tiene el Servicio de Atención Familiar, se apruebe la correspondiente ley en la que se regulen los denominados «puntos de encuentro» estableciendo sus normas de funcionamiento, su ubicación, sus competencias, sus prestaciones —manteniendo todas las que actualmente ofrece el citado servicio— y la cualificación profesional de las personas que trabajen en dichos puntos de encuentro.»

Madrid, 21 de diciembre de 2004.

Recomendación dirigida a la Consejera del Departamento de Bienestar Social y Familia de la Generalidad de Cataluña.

Recomendación 100/2004, de 21 de diciembre, sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 467.)

Como consecuencia de un escrito presentado en esta Institución por la Confederación Estatal de (...) se inició una investigación a nivel nacional para conocer cuál era en nuestro país la situación en la que se encontraba la mediación familiar y los puntos de encuentro. Esa iniciativa se enmarca dentro de las actuaciones que se vienen realizando de manera permanente, para plantear propuestas que puedan contribuir a evitar o a reducir los conflictos de convivencia que se producen dentro de las familias.

Es evidente que el concepto de familia actual ha experimentado una transformación respecto del esquema tradicional en el que se establecía la vida en familia. En muchas ocasiones resulta difícil lograr que las relaciones interpersonales dentro de las unidades familiares sean verdaderamente afectivas y satisfactorias. Parece por ello evidente que la sociedad actual precisa de nuevas formas para dar solución a los conflictos, de manera que se evite el enfrentamiento abierto entre las personas que mantienen o que han mantenido una convivencia, evitando así también los costes y el desgaste que supone el derivar esos conflictos siempre a la Administración de justicia.

Dos recomendaciones del Consejo de Europa (12/1986 y 1/1998) han puesto de manifiesto la importancia de promover, reformar y profundizar la mediación familiar. Una vez recibidos casi en su totalidad los distintos informes recabados a las distintas comunidades autónomas, se puede afirmar que aunque el trato normativo que se da a la mediación familiar es muy desigual (sólo cuatro comunidades autónomas cuentan

con leyes que desarrollen esta figura), sin embargo buena parte de las administraciones coinciden en destacar las múltiples ventajas que presenta esta manera de abordar los conflictos y que en esencia se puede concretar en los siguientes puntos:

- a) Se incrementa el protagonismo de las partes en la solución de un problema que ellas mismas han creado.
- b) Se da mayor estabilidad a los acuerdos, los cuales a su vez se cumplen de manera voluntaria, sin tener que recurrir a la vía coactiva.
- c) Las personas que intervienen reciben un aprendizaje social que les permitirá por la experiencia recibida abordar otros conflictos aplicando las técnicas aprendidas en el caso que les afecta.

De igual forma que las ventajas, los diferentes informes ponen de manifiesto una serie de principios o características que en opinión de la mayoría de las comunidades autónomas tienen que reunir todo proceso mediador en el ámbito familiar. Estos principios serían:

1. Voluntariedad. Son las partes las primeras que tienen que querer someterse a ese proceso, descartándose por ello la mediación preceptiva u obligatoria. Debido a ello, a los poderes públicos les corresponde facilitar el acceso a programas de mediación, dando a conocer a los interesados que existen iniciativas, distintas de las que tradicionalmente conocemos, para resolver pacíficamente tanto los conflictos, bien en el ámbito de la pareja o bien los de carácter intergeneracional que se producen en las crisis de comunicación entre los distintos miembros de la unidad familiar.
2. Imparcialidad y neutralidad. El mediador no defenderá nunca los intereses de una de las partes, es más, el éxito de su intervención vendrá en buena parte propiciada por la manera en la que sepa tratar y garantizar de manera similar los intereses de las dos partes, proponiendo soluciones y nunca imponiendo acuerdos.
3. Profesionalidad del mediador. La obtención de un resultado óptimo en un proceso mediador en el ámbito familiar pasa en buena medida por la capacitación adecuada de la persona que realiza la mediación, la cual deberá contar con unas competencias y unos conocimientos específicos para llevar a cabo su trabajo con las familias.
4. Confidencialidad. Se trata de un principio esencial de toda mediación. Sólo teniendo garantizadas las partes ese deber de secreto que afecta al mediador, podrán hablar y reconocer de manera clara los problemas que tratan de solucionar mediante esa mediación.

Además de los datos obtenidos respecto a la mediación familiar, la investigación se hizo también extensiva a los llamados «puntos de encuentro» como lugares en los que se trata de normalizar las relaciones paterno/materno/filiales, cuando las rupturas de convivencia se producen de manera poco pacífica o bien en los casos de menores tutelados por la Administración, cuando los menores se encuentran sometidos a algún tipo de intervención social (guardas, acogimientos o desamparos) y existe algún tipo de conflicto entre los adultos implicados. Hace ahora 10 años que se abrió el primer punto de encuentro en nuestro país, desde entonces han venido sucediéndose diferentes iniciativas, a favor de ir constituyendo nuevos puntos de encuentro, si bien no existe uniformidad ni en cuanto a su implantación en todo el territorio nacional ni en cuanto a su organización y funcionamiento. Además existe una constante en las diferentes comunidades autónomas, ninguna de ellas cuenta con un marco normativo en el que se regulen esos puntos de encuentro.

A pesar de ello todos los informes recibidos señalan la necesidad de que existan esos puntos de encuentro, ya que son necesarios para mantener y favorecer el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores, al mismo tiempo evitan la aparición de conflictos al tratarse de lugares neutros que cuentan con profesionales debidamente capacitados.

Toda la información y los datos obtenidos en la investigación realizada por el Defensor del Pueblo, serán tratados de manera concreta en el próximo informe de gestión correspondiente al año 2004 que se presentará al Parlamento.

En el caso concreto de esa Comunidad autónoma se ha podido constatar que desde el año 2000 se ofrece un servicio de mediación que se articula a través de convenios de colaboración entre esa Consejería y entidades privadas. Aunque en su informe no se han facilitado datos concretos sobre el número de familias que se han atendido y el porcentaje de acuerdos conseguidos, se puede afirmar que, en líneas generales, es un servicio cuya demanda va incrementándose.

De la información remitida por esa Consejería se observa la inexistencia de un marco legal en el que se regulen los requisitos que debe reunir todo proceso de mediación, quiénes pueden acceder al mismo, la cualificación profesional de los mediadores y qué materias son susceptibles de mediación. Por todo ello, el Defensor del Pueblo considera que, dada la trascendencia cada vez mayor de la mediación como forma de resolución de conflictos y la obligación que el artículo 39 de la Constitución impone a los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, debe ser el Parlamento de Extremadura el

que regule por ley todos esos aspectos, sin perjuicio de celebrar cuantos convenios sean necesarios con entidades privadas una vez que exista una normativa básica que permita a todos los ciudadanos el conocer la existencia de ese servicio.

Se observa con satisfacción que el horario de los servicios de mediación familiar existentes en Cáceres y Badajoz es lo suficientemente amplio para que cualquier pareja interesada pueda hacer uso del servicio, así como que en el convenio de colaboración firmado el 4 de diciembre de 2003, entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y esa Comunidad Autónoma para la realización de programas, de apoyo a familias en situaciones especiales, se han programado y sufragado con dinero público programas de orientación y de mediación familiar.

Respecto a los puntos de encuentro familiar, de la información remitida por esa Comunidad autónoma se aprecia que éstos vienen funcionando desde el año 2002. El servicio se extiende a cuatro puntos de encuentro distribuidos equitativamente en las dos provincias.

Al igual que lo que sucede en la mediación familiar, las actuaciones emprendidas por esa Comunidad autónoma han ido por delante de las previsiones normativas, habiéndose ofertado un servicio sin tener un marco legal básico que regule su creación, funcionamiento y las personas que pueden acceder al mismo.

Sería deseable tras conocer la información que ha remitido V. E., ampliar el horario de los puntos de encuentro haciéndolo extensivo a todos los días de la semana, teniendo en cuenta que, a día de hoy, los progenitores suelen desarrollar su trabajo profesional fuera del hogar familiar, y el servicio debe ofrecer todas las facilidades para garantizar que los padres puedan ejercer el derecho de visitas establecido. En opinión de esta Institución los poderes públicos están obligados a buscar fórmulas que faciliten las relaciones paternofiliales, bien cuando exista conflicto en la unidad familiar o bien cuando la Administración haya tenido que desplegar su función tuitiva, en este sentido existen diferentes normas jurídicas (artículo 39.1º y 2º de la Constitución de 1978, artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, artículos 94 y 103 del Código Civil y artículos 2 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero) que hacen necesario el contar con un marco jurídico en el que se determine el funcionamiento, la ubicación, las competencias, las prestaciones y la cualificación profesional de las personas que trabajen en esos «puntos de encuentro», más todavía si se tiene en cuenta que en muchas ocasiones la utilización de ese servicio viene precedida por una resolución judicial en la que se resuelve sobre el «derecho de visitas».

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

«1. Que teniendo en cuenta los principios básicos enumerados en la presente recomendación se apruebe la correspondiente ley de mediación familiar, para que partiendo de la experiencia existente en esa Comunidad Autónoma se determine en dicha norma cuáles deben ser las características de los procesos de mediación, indicando los requisitos para acceder a los mismos, la cualificación profesional de las personas que intervienen como mediadores y las materias que pueden ser susceptibles de mediación.

2. Que teniendo en cuenta la experiencia acumulada por esa Comunidad en la prestación del servicio de «puntos de encuentro», se elabore la correspondiente ley en la que se recojan todos los aspectos relativos a la prestación del servicio: funcionamiento, ubicación, cualificación profesional del personal y personas que pueden acceder a ese servicio.»

Madrid, 21 de diciembre de 2004.

Recomendación dirigida a la Consejera de Bienestar Social de la Junta de Extremadura.

Recomendación 101/2004, de 21 de diciembre, sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 468.)

Como consecuencia de un escrito presentado en esta Institución por la Confederación Estatal de (...) se inició una investigación a nivel nacional para conocer cuál era en nuestro país la situación en la que se encontraba la mediación familiar y los puntos de encuentro. Esa iniciativa se enmarca dentro de las actuaciones que se vienen realizando, de manera permanente, para plantear propuestas que puedan contribuir a evitar o a reducir los conflictos de convivencia que se producen dentro de las familias.

Es evidente que el concepto de familia actual ha experimentado una transformación respecto del esquema tradicional en el que se establecía la vida en familia. En muchas ocasiones resulta difícil lograr que las relaciones interpersonales dentro de las unidades familiares sean verdaderamente afectivas y satisfactorias. Parece por ello evidente que la sociedad actual precisa de nuevas formas para dar solución a los conflictos, de manera que se evite el enfrentamiento abierto entre las personas que mantienen o que han mantenido una convivencia, evitando así también los costes y el desgaste que supone el derivar esos conflictos siempre a la Administración de justicia.

Dos recomendaciones del Consejo de Europa (12/1986 y 1/1998) han puesto de manifiesto la importancia de promover, reformar y profundizar la mediación familiar. Una vez recibidos casi en su totalidad los distintos informes recabados a las distintas comunidades autónomas, se puede afirmar que aunque el trato normativo que se da a la mediación familiar es muy desigual (sólo cuatro comunidades autónomas cuentan

con leyes que desarrollen esta figura), sin embargo buena parte de las administraciones coinciden en destacar las múltiples ventajas que presenta esta manera de abordar los conflictos y que en esencia se puede concretar en los siguientes puntos:

- a) Se incrementa el protagonismo de las partes en la solución de un problema que ellas mismas han creado.
- b) Se da mayor estabilidad a los acuerdos, los cuales a su vez se cumplen de manera voluntaria, sin tener que recurrir a la vía coactiva.
- c) Las personas que intervienen reciben un aprendizaje social que les permitirá, por la experiencia recibida, abordar otros conflictos aplicando las técnicas aprendidas en el caso que les afecta.

De igual forma que las ventajas, los diferentes informes ponen de manifiesto una serie de principios o características que en opinión de la mayoría de las comunidades autónomas tienen que reunir todo proceso mediador en el ámbito familiar. Estos principios serían:

1. Voluntariedad. Son las partes las primeras que tienen que querer someterse a ese proceso, descartándose por ello la mediación preceptiva u obligatoria. Debido a ello, a los poderes públicos les corresponde facilitar el acceso a programas de mediación, dando a conocer a los interesados que existen iniciativas, distintas de las que tradicionalmente conocemos, para resolver pacíficamente tanto los conflictos, bien en el ámbito de la pareja o bien los de carácter intergeneracional que se producen en las crisis de comunicación entre los distintos miembros de la unidad familiar.
2. Imparcialidad y neutralidad. El mediador no defenderá nunca los intereses de una de las partes, es más, el éxito de su intervención vendrá en buena parte propiciada por la manera en la que sepa tratar y garantizar de manera similar los intereses de las dos partes, proponiendo soluciones y nunca imponiendo acuerdos.
3. Profesionalidad del mediador. La obtención de un resultado óptimo en un proceso mediador en el ámbito familiar pasa en buena medida por la capacitación adecuada de la persona que realiza la mediación, la cual deberá contar con unas competencias y unos conocimientos específicos para llevar a cabo su trabajo con las familias.
4. Confidencialidad. Se trata de un principio esencial de toda mediación. Sólo teniendo garantizadas las partes ese deber de secreto que afecta al mediador, podrán hablar y reconocer de manera clara los problemas que tratan de solucionar mediante esa mediación.

Además de los datos obtenidos respecto a la mediación familiar, la investigación se hizo también extensiva a los llamados «puntos de encuentro» como lugares en los que se trata de normalizar las relaciones paterno/materno/filiales, cuando las rupturas de convivencia se producen de manera poco pacífica o bien en los casos de menores tutelados por la Administración, cuando los menores se encuentran sometidos a algún tipo de intervención social (guardas, acogimientos o desamparos) y existe algún tipo de conflicto entre los adultos implicados. Hace ahora 10 años que se abrió el primer punto de encuentro en nuestro país, desde entonces han venido sucediéndose diferentes iniciativas, a favor de ir constituyendo nuevos puntos de encuentro, si bien no existe uniformidad ni en cuanto a su implantación en todo el territorio nacional ni en cuanto a su organización y funcionamiento. Además existe una constante en las diferentes comunidades autónomas, ninguna de ellas cuenta con un marco normativo en el que se regulen esos puntos de encuentro.

A pesar de ello todos los informes recibidos señalan la necesidad de que existan esos puntos de encuentro, ya que son necesarios para mantener y favorecer el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores, al mismo tiempo evitan la aparición de conflictos al tratarse de lugares neutros que cuentan con profesionales debidamente capacitados.

Toda la información y los datos obtenidos en la investigación realizada por el Defensor del Pueblo, serán tratados de manera concreta en el próximo informe de gestión correspondiente al año 2004 que se presentará al Parlamento.

En el caso concreto de esa Comunidad autónoma se ha podido constatar que es de las pioneras en lo que respecta a la regulación por ley de la mediación familiar. La Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar, tiene por objeto buscar una solución pactada a los conflictos que puedan surgir en los supuestos de ruptura matrimonial o de pareja.

Observamos que la Ley ha tenido su preceptivo desarrollo reglamentario con el Decreto 159/2003, de 31 de enero, por el que se regula la figura del mediador familiar, el Registro de Mediadores Familiares de Galicia y el reconocimiento de la mediación gratuita. La última normativa en relación con esta materia es de fecha 23 de junio de 2003 en la que se publicó la Orden de 12 de junio de 2003 en la que se fijaron las tarifas de la mediación familiar en Galicia.

A la vista de las numerosas iniciativas de esa Comunidad autónoma en materia de mediación familiar, el Defensor del Pueblo considera que no es necesario realizar ninguna recomendación para la mejora del servicio.

En lo que respecta a los Puntos de Encuentro Familiar, se viene ofreciendo un servicio desde 1999. En el año 2000 se creó una red de puntos de encuentro en toda la Comunidad Autónoma que están siendo gestionados a través de entidades colaboradoras de la Administración autonómica. El funcionamiento del servicio viene determinado por la Circular n.º 5 de 11 de noviembre de 2001.

Las actuaciones desarrolladas desde esa Administración ponen de manifiesto cómo ese Departamento se ha adelantado a las previsiones normativas y, aunque no cuente todavía con un marco legal que desarrolle cual es la función de los «puntos de encuentro familiar» y la cualificación profesional del personal que desempeña su trabajo en dicho servicio, desde esa Consejería se ha ofrecido a los ciudadanos una oferta de medios eficaz para hacer frente a las nuevas necesidades que surgen de los conflictos familiares.

En opinión de esta Institución, los poderes públicos están obligados a buscar fórmulas que faciliten las relaciones paternofiliales, bien cuando exista conflicto en la unidad familiar o bien cuando la Administración haya tenido que desplegar su función tuitiva, en este sentido existen diferentes normas jurídicas (artículo 39.1º y 2º de la Constitución, artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, artículos 94 y 103 del Código Civil, artículos 2 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero) que hacen necesario el contar con un marco jurídico en el que se determine el funcionamiento, ubicación, competencias, prestaciones y cualificación profesional de las personas que trabajen en los puntos de encuentro familiar, más todavía, si se tiene en cuenta que, en muchas ocasiones, la utilización de esas dependencias viene precedida por una resolución judicial que resuelve sobre el régimen de visitas de los progenitores.

A la vista de lo expuesto, esta Institución al amparo del artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida en que la cuestión expuesta afecta a derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, ha valorado la conveniencia de dar traslado a V. E. de la siguiente recomendación: «Que partiendo de la experiencia que esa Comunidad autónoma tiene en la prestación del servicio de puntos de encuentro familiar, se apruebe la correspondiente ley en la que se regulen todos los aspectos del servicio: funcionamiento, ubicación, competencias, prestaciones y cualificación profesional del personal».

Madrid, 21 de diciembre de 2004.

Recomendación dirigida a la Consejera de Familia, Juventud, Deporte y Voluntariado de la Junta de Galicia.

Recomendación 102/2004, de 21 de diciembre, sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 469.)

Como consecuencia de un escrito presentado en esta Institución por la Confederación Estatal de (...) se inició una investigación a nivel nacional para conocer cuál era en nuestro país la situación en la que se encontraba la mediación familiar y los puntos de encuentro. Esa iniciativa se enmarca dentro de las actuaciones que se vienen realizando, de manera permanente, para plantear propuestas que puedan contribuir a evitar o a reducir los conflictos de convivencia que se producen dentro de las familias.

Es evidente que el concepto de familia actual ha experimentado una transformación respecto del esquema tradicional en el que se establecía la vida en familia. En muchas ocasiones resulta difícil lograr que las relaciones interpersonales dentro de las unidades familiares sean verdaderamente afectivas y satisfactorias. Parece por ello evidente que la sociedad actual precisa de nuevas formas para dar solución a los conflictos, de manera que se evite el enfrentamiento abierto entre las personas que mantienen o que han mantenido una convivencia, evitando así también los costes y el desgaste que supone el derivar esos conflictos siempre a la Administración de justicia.

Dos recomendaciones del Consejo de Europa (12/1986 y 1/1998) han puesto de manifiesto la importancia de promover, reformar y profundizar la mediación familiar. Una vez recibidos casi en su totalidad los distintos informes recabados a las distintas comunidades autónomas, se puede afirmar que aunque el trato normativo que se da a la mediación familiar es muy desigual (sólo cuatro comunidades autónomas cuentan

con leyes que desarrolle esta figura), sin embargo buena parte de las administraciones coinciden en destacar las múltiples ventajas que presenta esta manera de abordar los conflictos y que en esencia se puede concretar en los siguientes puntos:

a) Se incrementa el protagonismo de las partes en la solución de un problema que ellas mismas han creado.

b) Se da mayor estabilidad a los acuerdos, los cuales a su vez se cumplen de manera voluntaria, sin tener que recurrir a la vía coactiva.

c) Las personas que intervienen reciben un aprendizaje social que les permitirá, por la experiencia recibida, abordar otros conflictos aplicando las técnicas aprendidas en el caso que les afecta.

De igual forma que las ventajas, los diferentes informes ponen de manifiesto una serie de principios o características que en opinión de la mayoría de las comunidades autónomas tienen que reunir todo proceso mediador en el ámbito familiar. Estos principios serían:

1. Voluntariedad. Son las partes las primeras que tienen que querer someterse a ese proceso, descartándose por ello la mediación preceptiva u obligatoria. Debido a ello a los poderes públicos les corresponde facilitar el acceso a programas de mediación, dando a conocer a los interesados que existen iniciativas, distintas de las que tradicionalmente conocemos, para resolver pacíficamente tanto los conflictos, bien en el ámbito de la pareja o bien los de carácter intergeneracional que se producen en las crisis de comunicación entre los distintos miembros de la unidad familiar.

2. Imparcialidad y neutralidad. El mediador no defenderá nunca los intereses de una de las partes, es más, el éxito de su intervención vendrá en buena parte propiciada por la manera en la que sepa tratar y garantizar de manera similar los intereses de las dos partes, proponiendo soluciones y nunca imponiendo acuerdos.

3. Profesionalidad del mediador. La obtención de un resultado óptimo en un proceso mediador en el ámbito familiar pasa en buena medida por la capacitación adecuada de la persona que realiza la mediación, el cual deberá contar con unas competencias y unos conocimientos específicos para llevar a cabo su trabajo con las familias.

4. Confidencialidad. Se trata de un principio esencial de toda mediación. Sólo teniendo garantizadas las partes ese deber de secreto que afecta al mediador, podrán hablar y reconocer de manera clara los problemas que tratan de solucionar mediante esa mediación.

Además de los datos obtenidos respecto a la mediación familiar, la investigación se hizo también extensiva a los llamados «puntos de encuentro» como lugares en los que se trata de normalizar las relaciones paterno/materno/filiares cuando las rupturas de convivencia se producen de manera poco pacífica o bien en los casos de menores tutelados por la Administración cuando los menores se encuentran sometidos a algún tipo de intervención social (guardas, acogimientos o desamparos) y existe algún tipo de conflicto entre los adultos implicados. Hace ahora 10 años que se abrió el primer punto de encuentro en nuestro país, desde entonces han venido sucediéndose diferentes iniciativas, a favor de ir constituyendo nuevos puntos de encuentro, si bien no existe uniformidad ni en cuanto a su implantación en todo el territorio nacional ni en cuanto a su organización y funcionamiento. Además existe una constante en las diferentes comunidades autónomas, ninguna de ellas cuenta con un marco normativo en el que se regulen esos puntos de encuentro.

A pesar de ello todos los informes recibidos señalan la necesidad de que existan esos puntos de encuentro, ya que son necesarios para mantener y favorecer el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores, al mismo tiempo evitan la aparición de conflictos al tratarse de lugares neutros que cuentan con profesionales debidamente capacitados.

Toda la información y los datos obtenidos en la investigación realizada por el Defensor del Pueblo, serán tratados de manera concreta en el próximo informe de gestión correspondiente al año 2004 que se presentará al Parlamento.

En el caso concreto de esa Comunidad autónoma se ha podido constatar cómo desde el año 2002 se viene apoyando a las familias en situaciones especiales, ofreciéndoles un servicio de mediación intergeneracional a través de un convenio de colaboración con entidades sin ánimo de lucro (como la Asociación para el desarrollo de la mediación familiar en el caso de Mallorca). La documentación recibida en esta Institución pone claramente de manifiesto el esfuerzo que se realiza desde esa Administración para hacer frente a una demanda que va en aumento. Además, en la información que ha remitido V. E. se constata el alto número de acuerdos alcanzados, en concreto en el Servicio de Mediación de Mallorca, el 81 por 100 de los casos acabaron con éxito. También debe dejarse constancia de la previsión económica que esa Administración ha dedicado a esta materia y que en el año 2003, ascendió a 141.253,69 euros.

El informe desglosa las diversas partidas destinadas a las islas de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera, así como los recursos humanos con los que se cuenta.

Valoramos positivamente la iniciativa de esa Consejería de financiar el I *Master* Universitario en Mediación Familiar impartido en la Universidad de las Illes Balears como una gran oportunidad para formar a los profesionales que en un futuro podrán prestar sus servicios en los diversos programas desarrollados por esa comunidad autónoma.

La principal carencia que se observa es la inexistencia de un marco legal en el que se regulen los requisitos que tiene que reunir todo proceso de mediación, los ciudadanos que pueden acceder al mismo, la cualificación profesional de las personas que intervienen como mediadores y las materias susceptibles de ser tratadas a través de la mediación, aunque, al parecer, la tramitación de la ley está en su recta final.

Dada la trascendencia cada vez mayor que tiene la mediación familiar como forma de resolver los conflictos y la obligación que el artículo 39 de la Constitución impone a los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, considera el Defensor del Pueblo que debe ser el Parlamento de esa Comunidad el que regule por ley todos esos aspectos, sin perjuicio de celebrar cuantos convenios sean necesarios con entidades privadas una vez que exista una normativa básica que permita a todos los ciudadanos conocer la existencia de ese servicio.

Respecto a los puntos de encuentro familiar, se aprecia en la información recibida que los mismos existen en todas las islas.

En Mallorca, parece recomendable la ampliación del servicio que se ofrece tanto en lo que a personal se refiere como al horario del mismo, ya que según se indica en el informe recibido el volumen de trabajo es muy elevado y la plantilla con la que cuenta el centro es claramente insuficiente.

Debe tenerse en cuenta que, por regla general, los progenitores desarrollan su actividad profesional fuera del hogar y el horario reducido a los sábados y domingos puede dificultar las relaciones entre padres e hijos.

En Ibiza y Formentera, por el contrario, el servicio está gestionado por ADEMIB (Asociació per al Desenvolupament de la Mediació a les Illes Balears) y el horario es más flexible, ya que comprende a todos los días de la semana. Además, y como dato positivo debe señalarse que en las dos islas que se acaban de citar, a diferencia de lo que sucede en Mallorca, se permite el acceso por vías diferentes a las del auto judicial,

bien por iniciativa de las partes o bien por derivación de otros servicios (sanitarios, sociales o educativos).

En el caso de la isla de Menorca, el servicio está integrado en el Programa de Mediación Familiar, sin que se ofrezcan datos más concretos que permitan evaluar adecuadamente la prestación del servicio.

Al igual que sucede con la mediación familiar, las actuaciones emprendidas desde esa Comunidad autónoma han ido por delante de las previsiones normativas. En opinión de esta Institución los poderes públicos están obligados a buscar fórmulas que faciliten las relaciones paternofiliales, bien cuando exista conflicto en la unidad familiar o bien cuando la Administración haya tenido que desplegar su función tuitiva, en este sentido existen diferentes normas jurídicas (artículo 39.1º y 2º de la Constitución de 1978, artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, artículos 94 y 103 del Código Civil y artículos 2 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero) que hacen necesario el contar con un marco jurídico en el que se determine el funcionamiento, la ubicación, las competencias, las prestaciones y la cualificación profesional de las personas que trabajen en esos «puntos de encuentro», más todavía si se tiene en cuenta que en muchas ocasiones la utilización de ese servicio viene precedida por una resolución judicial en la que se resuelve sobre el «derecho de visitas».

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

«1. Que teniendo en cuenta los principios básicos enumerados en la presente recomendación se apruebe la correspondiente ley de mediación familiar, para que partiendo de la experiencia existente en esa Comunidad Autónoma se determine en dicha norma cuáles deben ser las características de los procesos de mediación, indicando los requisitos para acceder a los mismos, la cualificación profesional de las personas que intervienen como mediadores y las materias que serían susceptibles de ser sometidas a mediación.

2. Teniendo en cuenta la experiencia acumulada por esa Comunidad autónoma para la prestación del servicio de «puntos de encuentro familiar», se elabore la correspondiente ley en la que se recojan todos los aspectos relativos al funcionamiento del servicio de esos puntos de encuentro.

3. Que, en el caso de Mallorca, se proceda a adecuar la oferta del servicio a la demanda existente, incrementando el personal, ampliando el horario durante el cual se presta ese servicio, así como la posibilidad de acceder al mismo aunque no se cuente con una resolución judicial.»

Madrid, 21 de diciembre de 2004.

Recomendación dirigida a la Consejera de Presidencia y Deportes del Gobierno de las Illes Balears.

Recomendación 103/2004, de 21 de diciembre, sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 470)

Como consecuencia de un escrito presentado en esta Institución por la Confederación Estatal de (...) se inició una investigación a nivel nacional para conocer cuál era en nuestro país la situación en la que se encontraba la mediación familiar y los puntos de encuentro. Esa iniciativa se enmarca dentro de las actuaciones que se vienen realizando, de manera permanente, para plantear propuestas que puedan contribuir a evitar o a reducir los conflictos de convivencia que se producen dentro de las familias.

Es evidente que el concepto de familia actual ha experimentado una transformación respecto del esquema tradicional en el que se establecía la vida en familia. En muchas ocasiones resulta difícil lograr que las relaciones interpersonales dentro de las unidades familiares sean verdaderamente afectivas y satisfactorias. Parece por ello evidente que la sociedad actual precisa de nuevas formas para dar solución a los conflictos, de manera que se evite el enfrentamiento abierto entre las personas que mantienen o que han mantenido una convivencia, evitando así también los costes y el desgaste que supone el derivar esos conflictos siempre a la Administración de justicia.

Dos recomendaciones del Consejo de Europa (12/1986 y 1/1998) han puesto de manifiesto la importancia de promover, reformar y profundizar la mediación familiar. Una vez recibidos casi en su totalidad los distintos informes recabados a las distintas comunidades autónomas, se puede afirmar que aunque el trato normativo que se da a la mediación familiar es muy desigual (sólo cuatro comunidades autónomas cuentan

con leyes que desarrollen esta figura), sin embargo buena parte de las administraciones coinciden en destacar las múltiples ventajas que presenta esta manera de abordar los conflictos y que en esencia se puede concretar en los siguientes puntos:

- a) Se incrementa el protagonismo de las partes en la solución de un problema que ellas mismas han creado.
- b) Se da mayor estabilidad a los acuerdos, los cuales a su vez se cumplen de manera voluntaria, sin tener que recurrir a la vía coactiva.
- c) Las personas que intervienen reciben un aprendizaje social que les permitirá, por la experiencia recibida, abordar otros conflictos aplicando las técnicas aprendidas en el caso que les afecta.

De igual forma que las ventajas, los diferentes informes ponen de manifiesto una serie de principios o características que, en opinión de la mayoría de las comunidades autónomas, tienen que reunir todo proceso mediador en el ámbito familiar. Estos principios serían:

1. Voluntariedad. Son las partes las primeras que tienen que querer someterse a ese proceso, descartándose por ello la mediación preceptiva u obligatoria. Debido a ello, a los poderes públicos les corresponde facilitar el acceso a programas de mediación, dando a conocer a los interesados que existen iniciativas, distintas de las que tradicionalmente conocemos, para resolver pacíficamente tanto los conflictos, bien en el ámbito de la pareja o bien los de carácter intergeneracional que se producen en las crisis de comunicación entre los distintos miembros de la unidad familiar.
2. Imparcialidad y neutralidad. El mediador no defenderá nunca los intereses de una de las partes, es más, el éxito de su intervención vendrá en buena parte propiciada por la manera en la que sepa tratar y garantizar de manera similar los intereses de las dos partes, proponiendo soluciones y nunca imponiendo acuerdos.
3. Profesionalidad del mediador. La obtención de un resultado óptimo en un proceso mediador en el ámbito familiar pasa, en buena medida, por la capacitación adecuada de la persona que realiza la mediación, la cual deberá contar con unas competencias y unos conocimientos específicos para llevar a cabo su trabajo con las familias.
4. Confidencialidad. Se trata de un principio esencial de toda mediación. Sólo teniendo garantizadas las partes ese deber de secreto que afecta al mediador, podrán hablar y reconocer de manera clara los problemas que tratan de solucionar mediante esa mediación.

Además de los datos obtenidos respecto a la mediación familiar, la investigación se hizo también extensiva a los llamados «puntos de encuentro» como lugares en los que se trata de normalizar las relaciones paterno/materno/filiales, cuando las rupturas de convivencia se producen de manera poco pacífica o bien, en los casos de menores tutelados por la Administración, cuando los menores se encuentran sometidos a algún tipo de intervención social (guardas, acogimientos o desamparos) y existe algún tipo de conflicto entre los adultos implicados. Hace ahora 10 años que se abrió el primer punto de encuentro en nuestro país, desde entonces han venido sucediéndose diferentes iniciativas, a favor de ir constituyendo nuevos puntos de encuentro, si bien no existe uniformidad ni en cuanto a su implantación en todo el territorio nacional ni en cuanto a su organización y funcionamiento. Además existe una constante en las diferentes comunidades autónomas, ninguna de ellas cuenta con un marco normativo en el que se regulen esos puntos de encuentro.

A pesar de ello todos los informes recibidos señalan la necesidad de que existan esos puntos de encuentro, ya que son necesarios para mantener y favorecer el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores, al mismo tiempo evitan la aparición de conflictos al tratarse de lugares neutros que cuentan con profesionales debidamente capacitados.

Toda la información y los datos obtenidos en la investigación realizada por el Defensor del Pueblo, serán tratados de manera concreta en el próximo informe de gestión correspondiente al año 2004 que se presentará al Parlamento.

En el caso concreto de esa Comunidad autónoma se ha podido constatar que se viene apoyando a las familias en situaciones especiales, ofreciéndoles un servicio de mediación a través de un convenio suscrito con entidades locales, como forma de solucionar los problemas surgidos en el seno familiar.

En el informe remitido a esta Institución se relacionan las localidades o zonas que quedan cubiertas por los programas de mediación, sin embargo, llama especialmente la atención que no se haga ninguna referencia a los existentes en Madrid capital.

Lamentamos que la información recibida sea tan escueta, ya que es prácticamente imposible realizar una evaluación del servicio en esa Comunidad autónoma. La dotación económica destinada a este servicio, los distintos programas de mediación que se llevan a cabo, la cualificación profesional del personal que trabaja en el servicio, el número de parejas que acuden, el porcentaje de acuerdos obtenidos y los objetivos que se

persiguen, son datos esenciales para poder evaluar esta cuestión en Madrid y, desgraciadamente, esos datos, no constan en la información recibida.

La principal carencia que se observa es la inexistencia de un marco legal en el que se regulen los requisitos que debe reunir todo proceso de mediación, el acceso al servicio por parte de los ciudadanos, la cualificación profesional del personal y las materias que podrían ser objeto de esa mediación. Dada la trascendencia cada vez mayor de la mediación como forma de resolución de conflictos y la obligación que el artículo 39 de la Constitución impone a los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, debe ser el Parlamento de la Comunidad de Madrid el que regule por ley todos esos aspectos, sin perjuicio de celebrar cuantos convenios sean necesarios con entidades privadas, una vez que exista una normativa básica que permita a todos los ciudadanos el conocer la existencia de ese servicio.

En lo que se refiere a los puntos de encuentro familiar, esta Institución considera que el horario debería ampliarse a todos los días de la semana. El servicio está gestionado por la Asociación Maci-Madrid, entidad de integración familiar.

Al igual que sucede con la mediación familiar, las actuaciones emprendidas desde esa Comunidad autónoma han ido por delante de las previsiones normativas. En opinión de esta Institución los poderes públicos están obligados a buscar fórmulas que faciliten las relaciones paternofiliales, bien cuando exista conflicto en la unidad familiar o bien cuando la Administración haya tenido que desplegar su función tuitiva, en este sentido existen diferentes normas jurídicas (artículo 39.1º y 2º de la Constitución de 1978, artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, artículos 94 y 103 del Código Civil y artículos 2 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero) que hacen necesario el contar con un marco jurídico en el que se determine el funcionamiento, la ubicación, las competencias, las prestaciones y la cualificación profesional de las personas que trabajen en esos «puntos de encuentro», más todavía si se tiene en cuenta que en muchas ocasiones la utilización de ese servicio viene precedida por una resolución judicial en la que se resuelve sobre el «derecho de visitas».

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

«1. Que teniendo en cuenta los principios básicos enumerados en la presente recomendación se apruebe la correspondiente ley de mediación familiar, para que partiendo de la experiencia existente en esa Comunidad autónoma se determine en dicha norma cuáles deben ser las características de los procesos de mediación, indicando los requisitos para acceder a los mismos, la cualificación profesional de las personas que intervienen como mediadores y las materias que pueden ser susceptibles de ser tratadas a través de la mediación.

2. Que teniendo en cuenta la experiencia acumulada por esa Consejería en la prestación del servicio de puntos de encuentro, se elabore la correspondiente ley en la que se recojan todos los aspectos que afectan a la prestación de ese servicio.»

Madrid, 21 de diciembre de 2004.

Recomendación dirigida al Consejero de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid.

Recomendación 104/2004, de 21 de diciembre, sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 472.)

Como consecuencia de un escrito presentado en esta Institución por la Confederación Estatal de (...) se inició una investigación a nivel nacional para conocer cuál era en nuestro país la situación en la que se encontraba la mediación familiar y los puntos de encuentro. Esa iniciativa se enmarca dentro de las actuaciones que se vienen realizando, de manera permanente, para plantear propuestas que puedan contribuir a evitar o a reducir los conflictos de convivencia que se producen dentro de las familias.

Es evidente que el concepto de familia actual ha experimentado una transformación respecto del esquema tradicional en el que se establecía la vida en familia. En muchas ocasiones resulta difícil lograr que las relaciones interpersonales dentro de las unidades familiares sean verdaderamente afectivas y satisfactorias. Parece por ello evidente que la sociedad actual precisa de nuevas formas para dar solución a los conflictos, de manera que se evite el enfrentamiento abierto entre las personas que mantienen o que han mantenido una convivencia, evitando así también los costes y el desgaste que supone el derivar esos conflictos siempre a la Administración de justicia.

Dos recomendaciones del Consejo de Europa (12/1986 y 1/1998) han puesto de manifiesto la importancia de promover, reformar y profundizar la mediación familiar. Una vez recibidos casi en su totalidad los distintos informes recabados a las distintas comunidades autónomas, se puede afirmar que aunque el trato normativo que se da a la mediación familiar es muy desigual (sólo cuatro comunidades autónomas cuentan

con leyes que desarrollen esta figura), sin embargo buena parte de las administraciones coinciden en destacar las múltiples ventajas que presenta esta manera de abordar los conflictos y que en esencia se puede concretar en los siguientes puntos:

- a) Se incrementa el protagonismo de las partes en la solución de un problema que ellas mismas han creado.
- b) Se da mayor estabilidad a los acuerdos, los cuales a su vez se cumplen de manera voluntaria, sin tener que recurrir a la vía coactiva.
- c) Las personas que intervienen reciben un aprendizaje social que les permitirá por la experiencia recibida abordar otros conflictos aplicando las técnicas aprendidas en el caso que les afecta.

De igual forma que las ventajas, los diferentes informes ponen de manifiesto una serie de principios o características que en opinión de la mayoría de las comunidades autónomas tienen que reunir todo proceso mediador en el ámbito familiar. Estos principios serían:

1. Voluntariedad. Son las partes las primeras que tienen que querer someterse a ese proceso, descartándose por ello la mediación preceptiva u obligatoria. Debido a ello, a los poderes públicos les corresponde facilitar el acceso a programas de mediación, dando a conocer a los interesados que existen iniciativas, distintas de las que tradicionalmente conocemos, para resolver pacíficamente tanto los conflictos, bien en el ámbito de la pareja o bien los de carácter intergeneracional que se producen en las crisis de comunicación entre los distintos miembros de la unidad familiar.
2. Imparcialidad y neutralidad. El mediador no defenderá nunca los intereses de una de las partes, es más, el éxito de su intervención vendrá en buena parte propiciada por la manera en la que sepa tratar y garantizar de manera similar los intereses de las dos partes, proponiendo soluciones y nunca imponiendo acuerdos.
3. Profesionalidad del mediador. La obtención de un resultado óptimo en un proceso mediador en el ámbito familiar pasa, en buena medida, por la capacitación adecuada de la persona que realiza la mediación, la cual deberá contar con unas competencias y unos conocimientos específicos para llevar a cabo su trabajo con las familias.
4. Confidencialidad. Se trata de un principio esencial de toda mediación. Sólo teniendo garantizadas las partes ese deber de secreto que afecta al mediador, podrán hablar y reconocer de manera clara los problemas que tratan de solucionar mediante esa mediación.

Además de los datos obtenidos respecto a la mediación familiar, la investigación se hizo también extensiva a los llamados «puntos de encuentro» como lugares en los que se trata de normalizar las relaciones paterno/materno/filiales, cuando las rupturas de convivencia se producen de manera poco pacífica o bien en los casos de menores tutelados por la Administración, cuando los menores se encuentran sometidos a algún tipo de intervención social (guardas, acogimientos o desamparos) y existe algún tipo de conflicto entre los adultos implicados. Hace ahora 10 años que se abrió el primer punto de encuentro en nuestro país, desde entonces han venido sucediéndose diferentes iniciativas, a favor de ir constituyendo nuevos puntos de encuentro, si bien no existe uniformidad ni en cuanto a su implantación en todo el territorio nacional ni en cuanto a su organización y funcionamiento. Además existe una constante en las diferentes comunidades autónomas, ninguna de ellas cuenta con un marco normativo en el que se regulen esos puntos de encuentro.

A pesar de ello todos los informes recibidos señalan la necesidad de que existan esos puntos de encuentro, ya que son necesarios para mantener y favorecer el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores, al mismo tiempo evitan la aparición de conflictos al tratarse de lugares neutros que cuentan con profesionales debidamente capacitados.

Toda la información y los datos obtenidos en la investigación realizada por el Defensor del Pueblo, serán tratados de manera concreta en el próximo informe de gestión correspondiente al año 2004 que se presentará al Parlamento.

En el caso concreto de esa Comunidad autónoma se ha podido constatar cómo desde el año 2000 se viene apoyando a las familias en situaciones especiales, ofreciéndoles un servicio de mediación intergeneracional a través de un convenio de colaboración con una entidad privada. La documentación recibida en esta Institución pone claramente de manifiesto el esfuerzo que se realiza por esa Administración para hacer frente a una necesidad que según aparece en su informe va en incremento.

La principal carencia que se observa es la inexistencia de un marco legal en el que se regulen los requisitos que tiene que reunir todo proceso de mediación, quiénes pueden acceder al mismo y la cualificación profesional de las personas que intervienen como mediadores. Buena parte de todo ello se contiene en el proyecto de creación de un «Servicio de Mediación Intergeneracional» que ha sido elaborado por la Asociación para la Mediación de la Región de Murcia. En opinión de esta Institución los poderes públicos están obligados a buscar fórmulas que

faciliten las relaciones paternofiliales, bien cuando exista conflicto en la unidad familiar o bien cuando la Administración haya tenido que desplegar su función tuitiva, en este sentido existen diferentes normas jurídicas (artículo 39,1º y 2º de la Constitución de 1978, artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, artículos 94 y 103 del Código Civil y artículos 2 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero) que hacen necesario el contar con un marco jurídico en el que se determine el funcionamiento, la ubicación, las competencias, las prestaciones y la cualificación profesional de las personas que trabajen en esos «puntos de encuentro», más todavía si se tiene en cuenta que en muchas ocasiones la utilización de ese servicio viene precedida por una resolución judicial en la que se resuelve sobre el «derecho de visitas».

Debe ser el Parlamento de esa Comunidad el que regule por ley todos esos aspectos, sin perjuicio de celebrar cuantos convenios sean necesarios con entidades privadas, una vez que exista una normativa básica que permita a todos los ciudadanos el conocer la existencia de ese servicio.

Respecto a los puntos de encuentro familiar, se aprecia en la información recibida que desde el año 2001 en esa Región existen lugares de esas características para casos de separación y divorcio, así como para los menores tutelados en situación de acogimiento residencial o familiar cuando se presentan situaciones de conflicto con los adultos. En concreto tal servicio se presenta mediante el convenio firmado entre esa Comunidad autónoma y la Asociación para la Mediación Familiar de la Región de Murcia.

Al igual que sucede con la mediación familiar las actuaciones emprendidas desde esa Comunidad autónoma han ido por delante de las previsiones normativas. Teniendo en cuenta que los «puntos de encuentros», son lugares utilizados para hacer efectivo el «derecho de visitas» y que éste, en la mayoría de las ocasiones, se lleva a efectos tras la intervención de un órgano judicial, parece necesario que la normativa reguladora de esta materia sea regulada por la ley, en la que podrían incluirse buena parte de los requisitos y objetivos que aparecen en el proyecto de creación de un «puntos de encuentro familiar» que perteneciente a la Asociación para la Mediación de la Región de Murcia que V. E. nos ha remitido, de esa forma en el futuro los convenios que se pudieran acordar con entidades privadas, podrían incluir también la posibilidad de orientar profesionalmente a los progenitores en la mejora de sus relaciones paternofiliales y en las habilidades de crianza de los hijos, aspecto éste que aparece en el citado proyecto y que no se recoge en el convenio que se firmó el 31 de octubre de 2002.

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

«1. Que teniendo en cuenta los principios básicos enumerados en la presente recomendación se apruebe la correspondiente ley de mediación familiar, para que partiendo de la experiencia existente en esa Comunidad autónoma se determinen en dicha norma cuáles deben ser las características de los procesos de mediación, indicando los requisitos para acceder a los mismos, la cualificación profesional de las personas que intervienen como mediadores y las materias que pueden ser susceptibles de ser tratadas a través de la mediación.

2. Que teniendo en cuenta los trabajos previos que a esa Consejería ha facilitado una Asociación con experiencia en esa Comunidad en la prestación del servicio de «puntos de encuentro» se elabora la correspondiente ley en la que se recojan todos los aspectos que afectan a esta clase de servicios, especialmente en cuanto a normas de funcionamiento, ubicación, acceso a los mismos por parte de los ciudadanos y cualificación profesional de las personas que trabajan en los mencionados puntos.»

Madrid, 21 de diciembre de 2004.

Recomendación dirigida a la Consejera de Trabajo, Consumo y Política Social de la Región de Murcia.

Recomendación 105/2004, de 21 de diciembre, sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 473.)

Como consecuencia de un escrito presentado en esta Institución por la Confederación Estatal de (...) se inició una investigación a nivel nacional para conocer cuál era en nuestro país la situación en la que se encontraba la mediación familiar y los puntos de encuentro. Esa iniciativa se enmarca dentro de las actuaciones que se vienen realizando, de manera permanente, para plantear propuestas que puedan contribuir a evitar o a reducir los conflictos de convivencia que se producen dentro de las familias.

Es evidente que el concepto de familia actual ha experimentado una transformación respecto del esquema tradicional en el que se establecía la vida en familia. En muchas ocasiones resulta difícil lograr que las relaciones interpersonales dentro de las unidades familiares sean verdaderamente afectivas y satisfactorias. Parece por ello evidente que la sociedad actual precisa de nuevas formas para dar solución a los conflictos, de manera que se evite el enfrentamiento abierto entre las personas que mantienen o que han mantenido una convivencia, evitando así también los costes y el desgaste que supone el derivar esos conflictos siempre a la Administración de justicia.

Dos recomendaciones del Consejo de Europa (12/1986 y 1/1998) han puesto de manifiesto la importancia de promover, reformar y profundizar la mediación familiar. Una vez recibidos casi en su totalidad los distintos informes recabados a las distintas comunidades autónomas, se puede afirmar que aunque el trato normativo que se da a la mediación familiar es muy desigual (sólo cuatro comunidades autónomas cuentan

con leyes que desarrollen esta figura), sin embargo buena parte de las administraciones coinciden en destacar las múltiples ventajas que presenta esta manera de abordar los conflictos y que en esencia se puede concretar en los siguientes puntos:

- a) Se incrementa el protagonismo de las partes en la solución de un problema que ellas mismas han creado.
- b) Se da mayor estabilidad a los acuerdos, los cuales a su vez se cumplen de manera voluntaria, sin tener que recurrir a la vía coactiva.
- c) Las personas que intervienen reciben un aprendizaje social que les permitirá, por la experiencia recibida, abordar otros conflictos aplicando las técnicas aprendidas en el caso que les afecta.

De igual forma que las ventajas, los diferentes informes ponen de manifiesto una serie de principios o características que en opinión de la mayoría de las comunidades autónomas tienen que reunir todo proceso mediador en el ámbito familiar. Estos principios serían:

1. Voluntariedad. Son las partes las primeras que tienen que querer someterse a ese proceso, descartándose por ello la mediación preceptiva u obligatoria. Debido a ello, a los poderes públicos les corresponde facilitar el acceso a programas de mediación, dando a conocer a los interesados que existen iniciativas, distintas de las que tradicionalmente conocemos, para resolver pacíficamente tanto los conflictos, bien en el ámbito de la pareja o bien los de carácter intergeneracional que se producen en las crisis de comunicación entre los distintos miembros de la unidad familiar.
2. Imparcialidad y neutralidad. El mediador no defenderá nunca los intereses de una de las partes, es más, el éxito de su intervención vendrá en buena parte propiciada por la manera en la que sepa tratar y garantizar de manera similar los intereses de las dos partes, proponiendo soluciones y nunca imponiendo acuerdos.
3. Profesionalidad del mediador. La obtención de un resultado óptimo en un proceso mediador en el ámbito familiar pasa en buena medida por la capacitación adecuada de la persona que realiza la mediación, la cual deberá contar con unas competencias y unos conocimientos específicos para llevar a cabo su trabajo con las familias.
4. Confidencialidad. Se trata de un principio esencial de toda mediación. Sólo teniendo garantizadas las partes ese deber de secreto que afecta al mediador, podrán hablar y reconocer de manera clara los problemas que tratan de solucionar mediante esa mediación.

Además de los datos obtenidos respecto a la mediación familiar, la investigación se hizo también extensiva a los llamados «puntos de encuentro» como lugares en los que se trata de normalizar las relaciones paterno/materno/filiales cuando las rupturas de convivencia se producen de manera poco pacífica o bien, en los casos de menores tutelados por la Administración, cuando los menores se encuentran sometidos a algún tipo de intervención social (guardas, acogimientos o desamparos) y existe algún tipo de conflicto entre los adultos implicados. Hace ahora 10 años que se abrió el primer punto de encuentro en nuestro país, desde entonces han venido sucediéndose diferentes iniciativas, a favor de ir constituyendo nuevos puntos de encuentro, si bien no existe uniformidad ni en cuanto a su implantación en todo el territorio nacional ni en cuanto a su organización y funcionamiento. Además existe una constante en las diferentes comunidades autónomas, ninguna de ellas cuenta con un marco normativo en el que se regulen esos puntos de encuentro.

A pesar de ello todos los informes recibidos señalan la necesidad de que existan esos puntos de encuentro, ya que son necesarios para mantener y favorecer el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores, al mismo tiempo evitan la aparición de conflictos al tratarse de lugares neutros que cuentan con profesionales debidamente capacitados.

Toda la información y los datos obtenidos en la investigación realizada por el Defensor del Pueblo, serán tratados de manera concreta en el próximo informe de gestión correspondiente al año 2004 que se presentará al Parlamento.

En el caso concreto de esa Comunidad autónoma se ha podido constatar que desde el año 2001 se viene apoyando a las familias en situaciones especiales, ofreciéndoles un servicio de mediación a través de un convenio de colaboración suscrito con la entidad Asociación Interdisciplinar Española de Estudios de la Familia, Delegación Navarra (AIE-EF-NA). La documentación recibida en esta Institución pone de manifiesto el esfuerzo que se realiza por esa Administración para hacer frente a esta necesidad.

Lamentamos que la información recibida sea tan escueta, ya que es prácticamente imposible realizar una evaluación del servicio en esa Comunidad autónoma. La dotación económica destinada a este servicio, los distintos programas de mediación que se llevan a cabo, la cualificación profesional del personal que trabaja en el servicio, el porcentaje de acuerdos obtenidos y los objetivos que se persiguen, son datos esenciales para poder evaluar esta cuestión en Navarra y, desgraciadamente, esos datos, no constan en la información recibida.

La principal carencia que se observa es la inexistencia de un marco legal en el que se regulen los requisitos que tiene que reunir todo proceso de mediación, quiénes pueden acceder al mismo, la cualificación profesional de las personas que intervienen como mediadores y las materias susceptibles de ser tratadas a través de la mediación. Dada la trascendencia cada vez mayor de la mediación como forma de resolver conflictos y la obligación que el artículo. 39 de la Constitución impone a los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, el Defensor del Pueblo considera que debe ser el Parlamento de esa Comunidad el que regule por ley todos los aspectos, sin perjuicio de celebrar los convenios necesarios con entidades privadas.

Se observa con satisfacción que en la Ley Foral 12/2003, de 7 de marzo, de Modificación de la Ley Foral 22/2003, de 2 de julio de 2002, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista, se hace especial mención a la mediación familiar (artículo 12 ter.). Sin embargo, esta Institución considera que es necesaria una regulación más concreta sobre esta materia que regule los aspectos anteriormente citados.

Respecto a los puntos de encuentro familiar, al igual que sucede con la mediación familiar, las actuaciones emprendidas desde la Comunidad foral no han sido precedidas de una regulación normativa. A pesar de ello esa Administración ha sabido dar en la práctica una respuesta a una demanda ciudadana que en esta materia a en aumento. En opinión de esta Institución los poderes públicos están obligados a buscar fórmulas que faciliten las relaciones paternofiliales, bien cuando exista conflicto en la unidad familiar o bien cuando la Administración haya tenido que desplegar su función tuitiva, en este sentido existen diferentes normas jurídicas (artículo 39.1º y 2º de la Constitución de 1978, artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, artículos 94 y 103 del Código Civil y artículos 2 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero) que hacen necesario el contar con un marco jurídico en el que se determine el funcionamiento, la ubicación, las competencias, las prestaciones y la cualificación profesional de las personas que trabajen en esos «puntos de encuentro», más todavía si se tiene en cuenta que en muchas ocasiones la utilización de ese servicio viene precedida por una resolución judicial en la que se resuelve sobre el «derecho de visitas».

Debido al incremento de la demanda de este servicio parece que sería adecuado proceder a la ampliación del mismo.

A la vista de lo expuesto, esta Institución al amparo del artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida en que la cuestión ex-

puesta afecta a derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, ha valorado la conveniencia de dar traslado a V. E. de la siguiente recomendación:

«1. Que teniendo en cuenta los principios básicos enumerados en la presente recomendación se apruebe la correspondiente ley de mediación familiar, para que partiendo de la experiencia existente en esa Comunidad foral se determine en dicha norma cuáles deben ser las características de los procesos de mediación, indicando los requisitos para acceder a los mismos, la cualificación profesional de las personas que intervienen como mediadores y las materias que pueden ser susceptibles de ser tratadas a través de la mediación.

2. Que teniendo en cuenta la experiencia acumulada por esa Consejería en la prestación del servicio de «puntos de encuentro familiar», se elabore la correspondiente ley en la que se regulen todos los aspectos referidos al funcionamiento, acceso, tipo de prestaciones que ofrecerán y cualificación profesional del personal que preste sus servicios en dichos puntos de encuentro.»

Madrid, 21 de diciembre de 2004.

Recomendación dirigida a la Consejera del Departamento de Bienestar Social, Deporte y Juventud del Gobierno de Navarra.

Recomendación 106/2004, de 21 de diciembre, sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 473.)

Como consecuencia de un escrito presentado en esta Institución por la Confederación Estatal de (...) se inició una investigación a nivel nacional para conocer cuál era en nuestro país la situación en la que se encontraba la mediación familiar y los puntos de encuentro. Esa iniciativa se enmarca dentro de las actuaciones que se vienen realizando, de manera permanente, para plantear propuestas que puedan contribuir a evitar o a reducir los conflictos de convivencia que se producen dentro de las familias.

Es evidente que el concepto de familia actual ha experimentado una transformación respecto del esquema tradicional en el que se establecía la vida en familia. En muchas ocasiones resulta difícil lograr que las relaciones interpersonales dentro de las unidades familiares sean verdaderamente afectivas y satisfactorias. Parece por ello evidente que la sociedad actual precisa de nuevas formas para dar solución a los conflictos, de manera que se evite el enfrentamiento abierto entre las personas que mantienen o que han mantenido una convivencia, evitando así también los costes y el desgaste que supone el derivar esos conflictos siempre a la Administración de justicia.

Dos recomendaciones del Consejo de Europa (12/1986 y 1/1998) han puesto de manifiesto la importancia de promover, reformar y profundizar la mediación familiar. Una vez recibidos casi en su totalidad los distintos informes recabados a las distintas comunidades autónomas, se puede afirmar que aunque el trato normativo que se da a la mediación familiar es muy desigual (sólo cuatro comunidades autónomas cuentan

con leyes que desarrollen esta figura), sin embargo buena parte de las administraciones coinciden en destacar las múltiples ventajas que presenta esta manera de abordar los conflictos y que en esencia se puede concretar en los siguientes puntos:

- a) Se incrementa el protagonismo de las partes en la solución de un problema que ellas mismas han creado.
- b) Se da mayor estabilidad a los acuerdos, los cuales a su vez se cumplen de manera voluntaria, sin tener que recurrir a la vía coactiva.
- c) Las personas que intervienen reciben un aprendizaje social que les permitirá, por la experiencia recibida, abordar otros conflictos aplicando las técnicas aprendidas en el caso que les afecta.

De igual forma que las ventajas, los diferentes informes ponen de manifiesto una serie de principios o características que en opinión de la mayoría de las comunidades autónomas tienen que reunir todo proceso mediador en el ámbito familiar. Estos principios serían:

1. Voluntariedad. Son las partes las primeras que tienen que querer someterse a ese proceso, descartándose por ello la mediación preceptiva u obligatoria. Debido a ello, a los poderes públicos les corresponde facilitar el acceso a programas de mediación, dando a conocer a los interesados que existen iniciativas, distintas de las que tradicionalmente conocemos, para resolver pacíficamente tanto los conflictos, bien el ámbito de la pareja o bien los de carácter intergeneracional que se producen en las crisis de comunicación entre los distintos miembros de la unidad familiar.
2. Imparcialidad y neutralidad. El mediador no defenderá nunca los intereses de una de las partes, es más, el éxito de su intervención vendrá en buena parte propiciada por la manera en la que sepa tratar y garantizar de manera similar los intereses de las dos partes, proponiendo soluciones y nunca imponiendo acuerdos.
3. Profesionalidad del mediador. La obtención de un resultado óptimo en un proceso mediador en el ámbito familiar pasa, en buena medida, por la capacitación adecuada de la persona que realiza la mediación, la cual deberá contar con unas competencias y unos conocimientos específicos para llevar a cabo su trabajo con las familias.
4. Confidencialidad. Se trata de un principio esencial de toda mediación. Sólo teniendo garantizadas las partes ese deber de secreto que afecta al mediador, podrán hablar y reconocer de manera clara los problemas que tratan de solucionar mediante esa mediación.

Además de los datos obtenidos respecto a la mediación familiar, la investigación se hizo también extensiva a los llamados «puntos de encuentro» como lugares en los que se trata de normalizar las relaciones paterno/materno/filiales, cuando las rupturas de convivencia se producen de manera poco pacífica o bien en los casos de menores tutelados por la Administración, cuando los menores se encuentran sometidos a algún tipo de intervención social (guardas, acogimientos o desamparos) y existe algún tipo de conflicto entre los adultos implicados. Hace ahora 10 años que se abrió el primer punto de encuentro en nuestro país, desde entonces han venido sucediéndose diferentes iniciativas, a favor de ir constituyendo nuevos puntos de encuentro, si bien no existe uniformidad ni en cuanto a su implantación en todo el territorio nacional ni en cuanto a su organización y funcionamiento. Además existe una constante en las diferentes comunidades autónomas, ninguna de ellas cuenta con un marco normativo en el que se regulen esos puntos de encuentro.

A pesar de ello todos los informes recibidos señalan la necesidad de que existan esos puntos de encuentro, ya que son necesarios para mantener y favorecer el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores, al mismo tiempo evitan la aparición de conflictos al tratarse de lugares neutros que cuentan con profesionales debidamente capacitados.

Toda la información y los datos obtenidos en la investigación realizada por el Defensor del Pueblo, serán tratados de manera concreta en el próximo informe de gestión correspondiente al año 2004 que se presentará al Parlamento.

En el caso concreto de esa Comunidad autónoma se ha podido constatar que se viene apoyando a las familias en situaciones especiales, ofreciéndoles distintos programas de mediación familiar que les ayuden a solucionar los problemas surgidos de la convivencia diaria.

Lamentamos que la información recibida sea tan reducida que es prácticamente imposible realizar una evaluación de ese servicio en esa Comunidad autónoma. La dotación económica destinada a este servicio, los distintos programas de mediación que se llevan a cabo, la cualificación profesional del personal que trabaja en el servicio, el número de parejas que acuden, el porcentaje de acuerdos obtenidos y los objetivos que se persiguen, son datos esenciales para poder evaluar esta cuestión en el País Vasco y, desgraciadamente, esos datos no constan en la información recibida.

En cualquier caso, es necesario remarcar la inexistencia de un marco legal en el que se regulen los requisitos que debe reunir todo proce-

so de mediación, el acceso por parte de los ciudadanos al servicio, los objetivos, cualificación del personal que interviene, y las materias que son susceptibles de ser resueltas a través de esa mediación.

Dada la trascendencia cada vez mayor de la mediación familiar como forma para solucionar los conflictos y la obligación que el artículo 39 de la Constitución impone a los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, el Defensor del Pueblo considera necesario que el Parlamento de esa Comunidad autónoma apruebe la correspondiente ley y ponga en marcha el servicio de mediación familiar, hecho que puede producirse en breves fechas, según se hace constar en el informe recibido.

En lo que respecta al servicio de «puntos de encuentro familiar» tampoco se ofrecen datos concretos del servicio. Únicamente, hay constancia de que existen varios puntos de encuentro funcionando en la Comunidad, a través de un convenio suscrito con entidades sociales. También se informa desde esa Administración que no se dispone de la necesaria regulación normativa. En opinión de esta Institución los poderes públicos están obligados a buscar fórmulas que faciliten las relaciones paterno/filiales, bien cuando exista conflicto en la unidad familiar o bien cuando la Administración haya tenido que desplegar su función tuitiva, en este sentido existen diferentes normas jurídicas (artículo 39.1º y 2º de la Constitución de 1978, artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, artículos 94 y 103 del Código Civil y artículos 2 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero) que hacen necesario el contar con un marco jurídico en el que se determine el funcionamiento, la ubicación, las competencias, las prestaciones y la cualificación profesional de las personas que trabajen en esos «puntos de encuentro», más todavía si se tiene en cuenta que en muchas ocasiones la utilización de ese servicio viene precedida por una resolución judicial en la que se resuelve sobre el «derecho de visitas».

Al igual que sucede con la mediación familiar, las actuaciones emprendidas desde esa Comunidad autónoma han ido por delante de las previsiones normativas, ya que aun sin contar con un marco normativo, se ha sabido ofertar a los ciudadanos una serie de servicios que cada vez son más demandados.

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

«1. Que teniendo en cuenta los principios básicos enumerados en la presente recomendación se apruebe la correspondiente ley de mediación familiar, para que partiendo de la experiencia existente en esa Comunidad autónoma se determine en dicha norma cuáles deben ser las características de los procesos de mediación, indicando los requisitos para acceder a los mismos, la cualificación profesional de las personas que intervienen como mediadores y las materias que pueden ser susceptibles de ser tratadas a través de la mediación.

2. Que teniendo en cuenta la experiencia adquirida por esa Consejería en relación con los «puntos de encuentro familiar», se elabore la correspondiente ley en la que se recojan todos los aspectos que afectan a la prestación de ese servicio, estableciendo sus normas de funcionamiento, ubicación, acceso a los mismos por parte de los ciudadanos, prestaciones y cualificación profesional de las personas que trabajen en los mencionados puntos.»

Madrid, 21 de diciembre de 2004.

Recomendación dirigida al Consejero del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco.

Recomendación 107/2004, de 21 de diciembre, sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 474.)

Como consecuencia de un escrito presentado en esta Institución por la Confederación Estatal de (...) se inició una investigación a nivel nacional para conocer cuál era en nuestro país la situación en la que se encontraba la mediación familiar y los puntos de encuentro. Esa iniciativa se enmarca dentro de las actuaciones que se vienen realizando, de manera permanente, para plantear propuestas que puedan contribuir a evitar o a reducir los conflictos de convivencia que se producen dentro de las familias.

Es evidente que el concepto de familia actual ha experimentado una transformación respecto del esquema tradicional en el que se establecía la vida en familia. En muchas ocasiones resulta difícil lograr que las relaciones interpersonales dentro de las unidades familiares sean verdaderamente afectivas y satisfactorias. Parece por ello evidente que la sociedad actual precisa de nuevas formas para dar solución a los conflictos, de manera que se evite el enfrentamiento abierto entre las personas que mantienen o que han mantenido una convivencia, evitando así también los costes y el desgaste que supone el derivar esos conflictos siempre a la Administración de justicia.

Dos recomendaciones del Consejo de Europa (12/1986 y 1/1998) han puesto de manifiesto la importancia de promover, reformar y profundizar la mediación familiar. Una vez recibidos casi en su totalidad los distintos informes recabados a las distintas comunidades autónomas, se puede afirmar que aunque el trato normativo que se da a la mediación familiar es muy desigual (sólo cuatro comunidades autónomas cuentan

con leyes que desarrollen esta figura), sin embargo buena parte de las administraciones coinciden en destacar las múltiples ventajas que presenta esta manera de abordar los conflictos y que en esencia se puede concretar en los siguientes puntos:

- a) Se incrementa el protagonismo de las partes en la solución de un problema que ellas mismas han creado.
- b) Se da mayor estabilidad a los acuerdos, los cuales a su vez se cumplen de manera voluntaria, sin tener que recurrir a la vía coactiva.
- c) Las personas que intervienen reciben un aprendizaje social que les permitirá, por la experiencia recibida, abordar otros conflictos aplicando las técnicas aprendidas en el caso que les afecta.

De igual forma que las ventajas, los diferentes informes ponen de manifiesto una serie de principios o características que en opinión de la mayoría de las comunidades autónomas tienen que reunir todo proceso mediador en el ámbito familiar. Estos principios serían:

1. Voluntariedad. Son las partes las primeras que tienen que querer someterse a ese proceso, descartándose por ello la mediación preceptiva u obligatoria. Debido a ello, a los poderes públicos les corresponde facilitar el acceso a programas de mediación, dando a conocer a los interesados que existen iniciativas, distintas de las que tradicionalmente conocemos, para resolver pacíficamente tanto los conflictos, bien en el ámbito de la pareja o bien los de carácter intergeneracional que se producen en las crisis de comunicación entre los distintos miembros de la unidad familiar.

2. Imparcialidad y neutralidad. El mediador no defenderá nunca los intereses de una de las partes, es más, el éxito de su intervención vendrá en buena parte propiciada por la manera en la que sepa tratar y garantizar de manera similar los intereses de las dos partes, proponiendo soluciones y nunca imponiendo acuerdos.

3. Profesionalidad del mediador. La obtención de un resultado óptimo en un proceso mediador en el ámbito familiar pasa en buena medida por la capacitación adecuada de la persona que realiza la mediación, la cual deberá contar con unas competencias y unos conocimientos específicos para llevar a cabo su trabajo con las familias.

4. Confidencialidad. Se trata de un principio esencial de toda mediación. Sólo teniendo garantizadas las partes ese deber de secreto que afecta al mediador, podrán hablar y reconocer de manera clara los problemas que tratan de solucionar mediante esa mediación.

Además de los datos obtenidos respecto a la mediación familiar, la investigación se hizo también extensiva a los llamados «puntos de encuentro» como lugares en los que se trata de normalizar las relaciones paterno/materno/filiales, cuando las rupturas de convivencia se producen de manera poco pacífica o bien en los casos de menores tutelados por la Administración, cuando los menores se encuentran sometidos a algún tipo de intervención social (guardas, acogimientos o desamparos) y existe algún tipo de conflicto entre los adultos implicados. Hace ahora 10 años que se abrió el primer punto de encuentro en nuestro país, desde entonces han venido sucediéndose diferentes iniciativas, a favor de ir constituyendo nuevos puntos de encuentro, si bien no existe uniformidad ni en cuanto a su implantación en todo el territorio nacional ni en cuanto a su organización y funcionamiento. Además existe una constante en las diferentes comunidades autónomas, ninguna de ellas cuenta con un marco normativo en el que se regulen esos puntos de encuentro.

A pesar de ello todos los informes recibidos señalan la necesidad de que existan esos puntos de encuentro, ya que son necesarios para mantener y favorecer el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores, al mismo tiempo evitan la aparición de conflictos al tratarse de lugares neutros que cuentan con profesionales debidamente capacitados.

Toda la información y los datos obtenidos en la investigación realizada por el Defensor del Pueblo, serán tratados de manera concreta en el próximo informe de gestión correspondiente al año 2004 que se presentará al Parlamento.

En el caso concreto de esa Comunidad autónoma, de la documentación remitida se observa con satisfacción que La Rioja, desde el año 2000, ofrece a las familias un servicio de mediación, a través de la Dirección General de Familia y Acción Social de esta Consejería de Juventud, Familia y Servicios Sociales. Los datos facilitados ponen de manifiesto que la demanda de este servicio va incrementándose, motivo por el cual fácilmente podrá cumplirse el objetivo fijado por esa Consejería de intervenir en el 10 por 100 de las separaciones que se formalizan anualmente en la Comunidad autónoma.

De la documentación recabada por esta Institución sobre el servicio de mediación familiar de la Comunidad Autónoma de La Rioja, valoramos positivamente la iniciativa de poder solicitar el servicio a través de su página web, debiendo para ello los ciudadanos rellenar el impreso que se facilita.

Se observa la inexistencia de un marco legal en que se regulen los requisitos que debe reunir el proceso de mediación, quienes pueden acceder al mismo, la cualificación profesional de los mediadores y las materias que pueden ser resueltas a través de esa mediación. Por todo ello, considera el Defensor del Pueblo que, dada la trascendencia cada vez mayor de la mediación en la resolución de conflictos y la obligación que el artículo 39 de la Constitución impone a los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, debe ser el Parlamento de La Rioja el que regule todos los aspectos relativos a la mediación familiar.

En relación a los puntos de encuentro familiar, aunque la competencia de los mismos haya sido asignada a la Consejería de Administraciones Públicas y Política Local sería recomendable que esa Consejería realizara un estrecho seguimiento del funcionamiento de los mismos en la medida que la existencia de esos «puntos de encuentro» y su funcionamiento afecta a las familias. Igualmente sería deseable que esa materia contara con un desarrollo normativo. En opinión de esta Institución los poderes públicos están obligados a buscar fórmulas que faciliten las relaciones paternofiliales, bien cuando exista conflicto en la unidad familiar o bien cuando la Administración haya tenido que desplegar su función tuitiva, en este sentido existen diferentes normas jurídicas (artículo 39.1º y 2º de la Constitución de 1978, artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, artículos 94 y 103 del Código Civil y artículos 2 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero) que hacen necesario el contar con un marco jurídico en el que se determine el funcionamiento, la ubicación, las competencias, las prestaciones y la cualificación profesional de las personas que trabajen en esos «puntos de encuentro», más todavía si se tiene en cuenta que en muchas ocasiones la utilización de ese servicio viene precedida por una resolución judicial en la que se resuelve sobre el «derecho de visitas».

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

«1. Que, teniendo en cuenta los principios básicos enumerados en la presente recomendación, se apruebe la correspondiente ley de mediación familiar, para que partiendo de la experiencia existente en esa Comunidad autónoma se determine en dicha norma cuáles deben ser las características de los procesos de mediación, indicando los requisitos

para acceder a los mismos, la cualificación profesional de las personas que intervienen como mediadores y las materias que pueden ser susceptibles de ser tratadas a través de la mediación.

2. Que partiendo de la experiencia de esa Comunidad autónoma en la prestación del servicio de puntos de encuentro familiar, se elabore una ley en la que se establezcan todos los aspectos que debe reunir ese servicio: funcionamiento, ubicación, competencias, y cualificación profesional de las personas que tienen que estar al frente de esos puntos.»

Madrid, 21 de diciembre de 2004.

Recomendación dirigida a la Consejera de Juventud, Familia y Servicios Sociales del Gobierno de La Rioja.

Recomendación 108/2004, de 21 de diciembre, sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 476.)

Como consecuencia de un escrito presentado en esta Institución por la Confederación Estatal de (...) se inició una investigación a nivel nacional para conocer cuál era en nuestro país la situación en la que se encontraba la mediación familiar y los puntos de encuentro. Esa iniciativa se enmarca dentro de las actuaciones que se vienen realizando, de manera permanente, para plantear propuestas que puedan contribuir a evitar o a reducir los conflictos de convivencia que se producen dentro de las familias.

Es evidente que el concepto de familia actual ha experimentado una transformación respecto del esquema tradicional en el que se establecía la vida en familia. En muchas ocasiones resulta difícil lograr que las relaciones interpersonales dentro de las unidades familiares sean verdaderamente afectivas y satisfactorias. Parece por ello evidente que la sociedad actual precisa de nuevas formas para dar solución a los conflictos, de manera que se evite el enfrentamiento abierto entre las personas que mantienen o que han mantenido una convivencia, evitando así también los costes y el desgaste que supone el derivar esos conflictos siempre a la Administración de justicia.

Dos recomendaciones del Consejo de Europa (12/1986 y 1/1998) han puesto de manifiesto la importancia de promover, reformar y profundizar la mediación familiar. Una vez recibidos casi en su totalidad los distintos informes recabados a las distintas comunidades autónomas, se puede afirmar que aunque el trato normativo que se da a la mediación familiar es muy desigual (sólo cuatro comunidades autónomas cuentan

con leyes que desarrollen esta figura), sin embargo buena parte de las administraciones coinciden en destacar las múltiples ventajas que presenta esta manera de abordar los conflictos y que en esencia se puede concretar en los siguientes puntos:

- a) Se incrementa el protagonismo de las partes en la solución de un problema que ellas mismas han creado.
- b) Se da mayor estabilidad a los acuerdos, los cuales a su vez se cumplen de manera voluntaria, sin tener que recurrir a la vía coactiva.
- c) Las personas que intervienen reciben un aprendizaje social que les permitirá, por la experiencia recibida, abordar otros conflictos aplicando las técnicas aprendidas en el caso que les afecta.

De igual forma que las ventajas, los diferentes informes ponen de manifiesto una serie de principios o características que en opinión de la mayoría de las comunidades autónomas tienen que reunir todo proceso mediador en el ámbito familiar. Estos principios serían:

1. Voluntariedad. Son las partes las primeras que tienen que querer someterse a ese proceso, descartándose por ello la mediación preceptiva u obligatoria. Debido a ello, a los poderes públicos les corresponde facilitar el acceso a programas de mediación, dando a conocer a los interesados que existen iniciativas, distintas de las que tradicionalmente conocemos, para resolver pacíficamente tanto los conflictos, bien en el ámbito de la pareja o bien los de carácter intergeneracional que se producen en las crisis de comunicación entre los distintos miembros de la unidad familiar.

2. Imparcialidad y neutralidad. El mediador no defenderá nunca los intereses de una de las partes, es más, el éxito de su intervención vendrá en buena parte propiciada por la manera en la que sepa tratar y garantizar de manera similar los intereses de las dos partes, proponiendo soluciones y nunca imponiendo acuerdos.

3. Profesionalidad del mediador. La obtención de un resultado óptimo en un proceso mediador, en el ámbito familiar, pasa en buena medida por la capacitación adecuada de la persona que realiza la mediación, la cual deberá contar con unas competencias y unos conocimientos específicos para llevar a cabo su trabajo con las familias.

4. Confidencialidad. Se trata de un principio esencial de toda mediación. Sólo teniendo garantizadas las partes ese deber de secreto que afecta al mediador, podrán hablar y reconocer de manera clara los problemas que tratan de solucionar mediante esa mediación.

Además de los datos obtenidos respecto a la mediación familiar, la investigación se hizo también extensiva a los llamados «puntos de encuentro» como lugares en los que se trata de normalizar las relaciones paterno/materno/filiales cuando las rupturas de convivencia se producen de manera poco pacífica o bien en los casos de menores tutelados por la Administración, cuando los menores se encuentran sometidos a algún tipo de intervención social (guardas, acogimientos o desamparos) y existe algún tipo de conflicto entre los adultos implicados. Hace ahora 10 años que se abrió el primer punto de encuentro en nuestro país, desde entonces han venido sucediéndose diferentes iniciativas, a favor de ir constituyendo nuevos puntos de encuentro, si bien no existe uniformidad ni en cuanto a su implantación en todo el territorio nacional ni en cuanto a su organización y funcionamiento. Además existe una constante en las diferentes comunidades autónomas, ninguna de ellas cuenta con un marco normativo en el que se regulen esos puntos de encuentro.

A pesar de ello todos los informes recibidos señalan la necesidad de que existan esos puntos de encuentro, ya que son necesarios para mantener y favorecer el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores, al mismo tiempo evitan la aparición de conflictos al tratarse de lugares neutros que cuentan con profesionales debidamente capacitados.

Toda la información y los datos obtenidos en la investigación realizada por el Defensor del Pueblo, serán tratados de manera concreta en el próximo informe de gestión correspondiente al año 2004 que se presentará al Parlamento.

En el caso concreto de esa Comunidad autónoma se ha podido constatar que dicha Comunidad ha sido una de las pioneras en regular por ley la mediación familiar, aunque no se haya procedido todavía al preceptivo desarrollo reglamentario. La Ley 7/2001, de 26 de noviembre, Reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana (DOGV 4138, de 29 de noviembre), estructurada en seis títulos, dos disposiciones adicionales y dos disposiciones finales, regula los diversos aspectos relacionados con la prestación del servicio.

El esfuerzo económico efectuado por esa Administración en relación con esta materia, está fuera de toda duda, ya que además de estar subvencionando a ocho entidades sin ánimo de lucro que aplican programas de mediación en esa Comunidad autónoma, esta Institución ha podido conocer como a raíz del convenio de colaboración firmado entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y la Generalidad Valenciana, para la realización de programas de apoyo a familias en situaciones especiales, esa Comunidad aportó 37.008.956 de las antiguas pesetas para un programa de orientación y mediación familiar.

En cuanto a los puntos de encuentro familiar, se reconoce por esa Consejería que no existe una norma reguladora específica de esa materia. A finales del año 2003, existían en esa Comunidad tres puntos de encuentro apoyados económicamente por la Generalidad Valenciana, los cuales se encontraban regulados por convenios de colaboración. Existía también un cuarto punto de encuentro que era subvencionado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Para trabajar en ellos no se exige una cualificación específica, aunque sí se solicitan unas titulaciones concretas para configurar equipos multiprofesionales. Como dato positivo digno de resaltar cabe citar la amplia gama de prestaciones que se ofertan en esos puntos y que comprenden desde las visitas tuteladas y la supervisión del régimen de visitas, a intervenciones psicosociales individuales y familiares, así como orientación mediadora y elaboración de informes. En el informe se hace constar que en la provincia de Valencia existe lista de espera que está en vías de normalización. Por otra parte, esta Institución ha tenido noticias de que desde la provincia de Alicante, se ha solicitado a esa Consejería unas dependencias para ubicar un punto de entrega en aquella ciudad, ya que la existencia del mismo puede evitar las situaciones de tensión que se producen en la entrega y recogida de los hijos, especialmente cuando los progenitores se encuentran implicados en algún caso de violencia doméstica.

Las actuaciones desarrolladas desde esa Administración ponen de manifiesto cómo ese departamento se ha adelantado a las previsiones normativas y, aunque todavía no se cuente con un marco legal que desarrolle la prestación del servicio, han ofrecido a los ciudadanos un medio eficaz para intentar solucionar de forma pacífica y racional los conflictos que surgen a raíz de la separación de la pareja. En opinión de esta Institución, los poderes públicos están obligados a buscar fórmulas que faciliten las relaciones paternofiliales, bien cuando exista conflicto en la unidad familiar o bien cuando la Administración haya tenido que desplegar su función tuitiva, y, en este sentido, existen diversas normas jurídicas (artículo 39.1º y 2º de la Constitución, artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, artículos 94 y 103 del Código Civil, y los artículos 2 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, que hacen necesario el contar con un marco jurídico en el que se determine el funcionamiento, ubicación, competencias, prestaciones y cualificación profesional de las personas que trabajen en los puntos de encuentro.

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

«1. Que desde la experiencia de esa Comunidad autónoma que tiene el servicio de Atención Familiar, se apruebe la correspondiente ley en la que se regulen los denominados «puntos de encuentro familiar», estableciendo sus normas de funcionamiento, ubicación, competencias, prestaciones y la cualificación profesional de las personas que allí trabajen.

2. Se proceda al desarrollo reglamentario de la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, Reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana, para que la misma pueda ser aplicada en toda su integridad.»

Madrid, 21 de diciembre de 2004.

Recomendación dirigida al Consejero de Bienestar Social de la Generalidad Valenciana.

Recomendación 109/2004, de 21 de diciembre, sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 476.)

Como consecuencia de un escrito presentado en esta Institución por la Confederación Estatal de (...) se inició una investigación a nivel nacional para conocer cuál era en nuestro país la situación en la que se encontraba la mediación familiar y los puntos de encuentro. Esa iniciativa se enmarca dentro de las actuaciones que se vienen realizando, de manera permanente, para plantear propuestas que puedan contribuir a evitar o a reducir los conflictos de convivencia que se producen dentro de las familias.

Es evidente que el concepto de familia actual ha experimentado una transformación respecto del esquema tradicional en el que se establecía la vida en familia. En muchas ocasiones resulta difícil lograr que las relaciones interpersonales dentro de las unidades familiares sean verdaderamente afectivas y satisfactorias. Parece por ello evidente que la sociedad actual precisa de nuevas formas para dar solución a los conflictos, de manera que se evite el enfrentamiento abierto entre las personas que mantienen o que han mantenido una convivencia, evitando así también los costes y el desgaste que supone el derivar esos conflictos siempre a la Administración de justicia.

Dos recomendaciones del Consejo de Europa (12/1986 y 1/1998) han puesto de manifiesto la importancia de promover, reformar y profundizar la mediación familiar. Una vez recibidos casi en su totalidad los distintos informes recabados a las distintas comunidades autónomas, se puede afirmar que aunque el trato normativo que se da a la mediación familiar es muy desigual (sólo cuatro comunidades autónomas cuentan

con leyes que desarrollen esta figura), sin embargo buena parte de las administraciones coinciden en destacar las múltiples ventajas que presenta esta manera de abordar los conflictos y que en esencia se puede concretar en los siguientes puntos:

- a) Se incrementa el protagonismo de las partes en la solución de un problema que ellas mismas han creado.
- b) Se da mayor estabilidad a los acuerdos, los cuales a su vez se cumplen de manera voluntaria, sin tener que recurrir a la vía coactiva.
- c) Las personas que intervienen reciben un aprendizaje social que les permitirá, por la experiencia recibida, abordar otros conflictos aplicando las técnicas aprendidas en el caso que les afecta.

De igual forma que las ventajas, los diferentes informes ponen de manifiesto una serie de principios o características que en opinión de la mayoría de las comunidades autónomas tienen que reunir todo proceso mediador en el ámbito familiar. Estos principios serían:

1. Voluntariedad. Son las partes las primeras que tienen que querer someterse a ese proceso, descartándose por ello la mediación preceptiva u obligatoria. Debido a ello, a los poderes públicos les corresponde facilitar el acceso a programas de mediación, dando a conocer a los interesados que existen iniciativas, distintas de las que tradicionalmente conocemos, para resolver pacíficamente tanto los conflictos, bien en el ámbito de la pareja o bien los de carácter intergeneracional que se producen en las crisis de comunicación entre los distintos miembros de la unidad familiar.
2. Imparcialidad y neutralidad. El mediador no defenderá nunca los intereses de una de las partes, es más, el éxito de su intervención vendrá en buena parte propiciada por la manera en la que sepa tratar y garantizar de manera similar los intereses de las dos partes, proponiendo soluciones y nunca imponiendo acuerdos.
3. Profesionalidad del mediador. La obtención de un resultado óptimo en un proceso mediador en el ámbito familiar pasa en buena medida por la capacitación adecuada de la persona que realiza la mediación, la cual deberá contar con unas competencias y unos conocimientos específicos para llevar a cabo su trabajo con las familias.
4. Confidencialidad. Se trata de un principio esencial de toda mediación. Sólo teniendo garantizadas las partes ese deber de secreto que afecta al mediador, podrán hablar y reconocer de manera clara los problemas que tratan de solucionar mediante esa mediación.

Además de los datos obtenidos respecto a la mediación familiar, la investigación se hizo también extensiva a los llamados «puntos de encuentro» como lugares en los que se trata de normalizar las relaciones paterno/materno/filiales, cuando las rupturas de convivencia se producen de manera poco pacífica o bien, en los casos de menores tutelados por la Administración, cuando los menores se encuentran sometidos a algún tipo de intervención social (guardas, acogimientos o desamparos) y existe algún tipo de conflicto entre los adultos implicados. Hace ahora 10 años que se abrió el primer punto de encuentro en nuestro país, desde entonces han venido sucediéndose diferentes iniciativas, a favor de ir constituyendo nuevos puntos de encuentro, si bien no existe uniformidad ni en cuanto a su implantación en todo el territorio nacional ni en cuanto a su organización y funcionamiento. Además existe una constante en las diferentes comunidades autónomas, ninguna de ellas cuenta con un marco normativo en el que se regulen esos puntos de encuentro.

A pesar de ello todos los informes recibidos señalan la necesidad de que existan esos puntos de encuentro, ya que son necesarios para mantener y favorecer el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores, al mismo tiempo evitan la aparición de conflictos al tratarse de lugares neutros que cuentan con profesionales debidamente capacitados.

Toda la información y los datos obtenidos en la investigación realizada por el Defensor del Pueblo, serán tratados de manera concreta en el próximo informe de gestión correspondiente al año 2004 que se presentará al Parlamento.

En el caso concreto de esa Ciudad autónoma se ha podido constatar que esta Institución considera imprescindible la puesta en marcha de programas de mediación y su regulación normativa, con objeto de que los ciudadanos conozcan los requisitos que debe reunir todo proceso de mediación, quiénes pueden acceder a esos programas, cualificación profesional de las personas que los imparten y qué materias son susceptibles de ser tratadas a través de la mediación.

Dada la trascendencia cada vez mayor de la mediación familiar como forma para solucionar los conflictos y la obligación que el artículo 39 de la Constitución impone a los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, el Defensor del Pueblo considera necesario que se realice la pertinente regulación normativa y la puesta en marcha del servicio de mediación por parte de esa Consejería.

En el mismo sentido, esta Institución considera muy necesaria la puesta en funcionamiento del servicio de «puntos de encuentro fami-

liar», suscribiendo los convenios que sean necesarios con las Asociaciones que ayuden en la prestación del servicio. Igualmente deberá esa Ciudad autónoma aprobar el marco normativo correspondiente para que públicamente se conozca qué prestaciones pueden recibir los ciudadanos de esos «puntos de encuentro» y quiénes pueden acceder a los mismos.

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

«1. Que teniendo en cuenta los principios básicos enumerados en la presente recomendación se apruebe la correspondiente regulación normativa sobre mediación familiar, que determine cuáles deben ser las características de los procesos de mediación, indicando los requisitos para acceder a los mismos, la cualificación profesional de las personas que intervienen como mediadores y las materias que pueden ser susceptibles de ser tratadas a través de la mediación.

2. Que teniendo en cuenta la creciente demanda del servicio de puntos de encuentro familiar se elabore una normativa en la que se recojan todos los aspectos que le afectan, así como que se proceda a poner en funcionamiento el mismo en esa Ciudad autónoma.»

Madrid, 21 de diciembre de 2004.

Recomendación dirigida al Consejero de Sanidad y Bienestar Social de la Ciudad Autónoma de Ceuta.

Recomendación 110/2004, de 21 de diciembre, sobre la situación en la que se encuentra la mediación familiar y los puntos de encuentro.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 476.)

Como consecuencia de un escrito presentado en esta Institución por la Confederación Estatal de (...) se inició una investigación a nivel nacional para conocer cuál era en nuestro país la situación en la que se encontraba la mediación familiar y los puntos de encuentro. Esa iniciativa se enmarca dentro de las actuaciones que se vienen realizando, de manera permanente para plantear propuestas que puedan contribuir a evitar o a reducir los conflictos de convivencia que se producen dentro de las familias.

Es evidente que el concepto de familia actual ha experimentado una transformación respecto del esquema tradicional en el que se establecía la vida en familia. En muchas ocasiones resulta difícil lograr que las relaciones interpersonales dentro de las unidades familiares sean verdaderamente afectivas y satisfactorias. Parece por ello evidente que la sociedad actual precisa de nuevas formas para dar solución a los conflictos, de manera que se evite el enfrentamiento abierto entre las personas que mantienen o que han mantenido una convivencia, evitando así también los costes y el desgaste que supone el derivar esos conflictos siempre a la Administración de justicia.

Dos recomendaciones del Consejo de Europa (12/1986 y 1/1998) han puesto de manifiesto la importancia de promover, reformar y profundizar la mediación familiar. Una vez recibidos casi en su totalidad los distintos informes recabados a las distintas comunidades autónomas, se puede afirmar que aunque el trato normativo que se da a la mediación familiar es muy desigual (sólo cuatro comunidades autónomas cuentan

con leyes que desarrollen esta figura), sin embargo buena parte de las administraciones coinciden en destacar las múltiples ventajas que presenta esta manera de abordar los conflictos y que en esencia se puede concretar en los siguientes puntos:

- a) Se incrementa el protagonismo de las partes en la solución de un problema que ellas mismas han creado.
- b) Se da mayor estabilidad a los acuerdos, los cuales a su vez se cumplen de manera voluntaria, sin tener que recurrir a la vía coactiva.
- c) Las personas que intervienen reciben un aprendizaje social que les permitirá, por la experiencia recibida, abordar otros conflictos aplicando las técnicas aprendidas en el caso que les afecta.

De igual forma que las ventajas, los diferentes informes ponen de manifiesto una serie de principios o características que en opinión de la mayoría de las comunidades autónomas tienen que reunir todo proceso mediador en el ámbito familiar. Estos principios serían:

1. Voluntariedad. Son las partes las primeras que tienen que querer someterse a ese proceso, descartándose por ello la mediación preceptiva u obligatoria. Debido a ello, a los poderes públicos les corresponde facilitar el acceso a programas de mediación, dando a conocer a los interesados que existen iniciativas, distintas de las que tradicionalmente conocemos, para resolver pacíficamente tanto los conflictos, bien en el ámbito de la pareja o bien los de carácter intergeneracional que se producen en las crisis de comunicación entre los distintos miembros de la unidad familiar.

2. Imparcialidad y neutralidad. El mediador no defenderá nunca los intereses de una de las partes, es más, el éxito de su intervención vendrá en buena parte propiciada por la manera en la que sepa tratar y garantizar de manera similar los intereses de las dos partes, proponiendo soluciones y nunca imponiendo acuerdos.

3. Profesionalidad del mediador. La obtención de un resultado óptimo en un proceso mediador en el ámbito familiar pasa en buena medida por la capacitación adecuada de la persona que realiza la mediación, la cual deberá contar con unas competencias y unos conocimientos específicos para llevar a cabo su trabajo con las familias.

4. Confidencialidad. Se trata de un principio esencial de toda mediación. Sólo teniendo garantizadas las partes ese deber de secreto que afecta al mediador, podrán hablar y reconocer de manera clara los problemas que tratan de solucionar mediante esa mediación.

Además de los datos obtenidos respecto a la mediación familiar, la investigación se hizo también extensiva a los llamados «puntos de encuentro» como lugares en los que se trata de normalizar las relaciones paterno/materno/filiales, cuando las rupturas de convivencia se producen de manera poco pacífica o bien en los casos de menores tutelados por la Administración, cuando los menores se encuentran sometidos a algún tipo de intervención social (guardas, acogimientos o desamparos) y existe algún tipo de conflicto entre los adultos implicados. Hace ahora 10 años que se abrió el primer punto de encuentro en nuestro país, desde entonces han venido sucediéndose diferentes iniciativas, a favor de ir constituyendo nuevos puntos de encuentro, si bien no existe uniformidad ni en cuanto a su implantación en todo el territorio nacional ni en cuanto a su organización y funcionamiento. Además existe una constante en las diferentes comunidades autónomas, ninguna de ellas cuenta con un marco normativo en el que se regulen esos puntos de encuentro.

A pesar de ello todos los informes recibidos señalan la necesidad de que existan esos puntos de encuentro, ya que son necesarios para mantener y favorecer el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores, al mismo tiempo evitan la aparición de conflictos al tratarse de lugares neutros que cuentan con profesionales debidamente capacitados.

Toda la información y los datos obtenidos en la investigación realizada por el Defensor del Pueblo, serán tratados de manera concreta en el próximo informe de gestión correspondiente al año 2004 que se presentará al Parlamento.

En el caso concreto de esa Ciudad autónoma se ha podido constatar que se viene apoyando a las familias en situaciones especiales, ofreciéndoles un servicio de mediación con adolescentes. La documentación remitida a esta Institución pone de manifiesto el esfuerzo realizado por esa Administración para hacer frente a una demanda que, sin lugar a dudas, irá en aumento.

Lamentamos que la información recibida sea tan escueta ya que es prácticamente imposible realizar una evaluación del servicio en esa Ciudad autónoma. La dotación económica destinada a este servicio, los distintos programas de mediación que se llevan a cabo, la cualificación profesional del personal que trabaja en el servicio, el número de parejas que acuden, el porcentaje de acuerdos obtenidos y los objetivos que se persiguen, son datos esenciales para poder evaluar esta cuestión en Melilla y, desgraciadamente, esos datos, no constan en la información recibida.

Del contenido de su informe se observa la inexistencia de un marco normativo en el que se regulen los requisitos que tiene que reunir todo

proceso de mediación, acceso al mismo, cualificación profesional del personal, etc. Asimismo, lamentamos la carencia de datos concretos en lo que se refiere al programa de mediación (dotación económica, recursos humanos, porcentaje de parejas atendidas, etc).

Dada la trascendencia cada vez mayor de la mediación familiar como forma para solucionar los conflictos y la obligación que el artículo. 39 de la Constitución impone a los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, el Defensor del Pueblo considera necesario que se realice la pertinente regulación normativa y la puesta en marcha del servicio por parte de esa Consejería.

Asimismo, valoramos positivamente la organización de las jornadas sobre «Intervención familiar» celebradas durante el mes de abril de 2004 que, sin duda, ayudarán a formar a los profesionales de la materia.

Respecto al servicio de «puntos de encuentro familiar», esta Institución considera muy necesaria la puesta en funcionamiento del servicio. De igual forma, se recomienda que paralelamente a su funcionamiento, se realice la regulación normativa pertinente que permita conocer qué prestaciones pueden recibir los ciudadanos de esos puntos y quiénes pueden acceder a los mismos.

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

«1. Que teniendo en cuenta los principios básicos enumerados en la presente recomendación se apruebe la correspondiente regulación normativa sobre mediación familiar, que determine cuáles deben ser las características de los procesos de mediación, indicando los requisitos para acceder a los mismos, la cualificación profesional de las personas que intervienen como mediadores y las materias que pueden ser susceptibles de ser tratadas a través de la mediación.

2. Que se elabore la correspondiente normativa en la que se regulen todos los aspectos relativos a la prestación del servicio de «Puntos de Encuentro Familiar» en esa Ciudad autónoma, así como que se proceda a la puesta en funcionamiento del mencionado servicio a la mayor brevedad.»

Madrid, 21 de diciembre de 2004.

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

Recomendación 111/2004, de 29 de diciembre, sobre tributación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de las prestaciones que perciben los enfermos de Muface en concepto de ayuda para apoyo domiciliario y posibilidad de que dichas prestaciones se declaren exentas.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 453.)

Acusamos recibo de su escrito de fecha 29 de septiembre de 2004, registro de salida número 2462, en el que nos contesta en relación con la queja registrada con el número Q0414017, formulada por doña (...).

Examinado el contenido del mismo es preciso recordar a esa Secretaría que en esta queja no sólo se planteaba la tributación en el impuesto sobre la renta de las personas físicas de las prestaciones que perciben los enfermos de Muface en concepto de ayuda para apoyo domiciliario, sino también la posibilidad de que dichas prestaciones se declararan exentas.

A este respecto hay que tener en cuenta que los enfermos de Alzheimer están imposibilitados para cuidar de sí mismos, por lo que en la mayoría de los casos requieren ayuda de terceras personas.

Si por gran invalidez se entiende la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente absoluta y que por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales necesita la asistencia de otras personas para realizar los actos más esenciales de la vida, tal como vestirse o desplazarse, comer o análogos, puede decirse que los enfermos de Alzheimer son grandes inválidos.

Estos perciben prestaciones al encontrarse afectados por una lesión física o psíquica que les impide desempeñar no sólo las funciones propias de su oficio, sino también las de cualquier otro empleo, prestación que en el caso de las abonadas por Muface trata de compensar, entre otras cosas, la pérdida del puesto de trabajo, al exigirse una relación laboral previa.

Desde el punto de vista fiscal, en el impuesto sobre la renta de las personas físicas están exentas las prestaciones percibidas por invalidez permanente absoluta y gran invalidez, precisamente por el carácter indemnizatorio que presentan.

El artículo 7 del texto refundido de la Ley del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas recoge unos supuestos de exención de distinto carácter, pero que tienen en común una cierta naturaleza indemnizatoria y en ocasiones con marcados matices de protección pública.

No podemos olvidar que la Ley puede en determinadas ocasiones declarar la exoneración de determinadas rentas cuando exista la oportuna justificación, en base a finalidades extrafiscales, entre las que se puede citar que el artículo 9 de la Constitución Española exige que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y del grupo en el que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impiden o dificulten su plenitud.

En consecuencia, nada impide que el legislador recoja la exención en el impuesto sobre la renta de las personas físicas de las cantidades que perciben los sujetos pasivos que padecen Alzheimer, ya que por su propia incapacidad no pueden realizar una actividad productiva y requieren la ayuda de una tercera persona.

A este respecto hay que recordar que desde el 1 de enero 2003 se declaran exentas del impuesto sobre la renta de las personas físicas las ayudas económicas otorgadas por instituciones públicas a personas con un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100 mayores de 65, años para financiar su estancia en residencias o centros de día con determinados requisitos, centros de día que en ocasiones son sustituidos (por falta de plazas) por la estancia en el domicilio familiar con un apoyo de terceros, que se financia con las prestaciones del apoyo domiciliario que abona Muface.

Por todo ello, y a la luz de las especiales circunstancias que concurren en los enfermos de Alzheimer, esta Institución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, procede a formular la siguiente recomendación: «Que se declare la exención de las cantidades que Muface abona en concepto de ayuda por apoyo domiciliario a los enfermos de Alzheimer que necesitan ayuda de una tercera persona».

Madrid, 29 de diciembre de 2004.

Recomendación dirigida al Secretario de Estado de Hacienda y Presupuestos.

Recomendación 112/2004, de 29 de diciembre, sobre la forma de presentación de las autorizaciones de regreso.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 458.)

Ante esta Institución compareció doña (...), exponiendo que su letrada había intentado presentar una solicitud de autorización de regreso en su nombre ante la Oficina Única de Extranjeros de Valencia, junto con el correspondiente poder de representación otorgado al efecto y los documentos legalmente exigibles para formular dicha petición.

La compareciente se lamentaba de que en esas dependencias se hubieran negado a admitir tal solicitud, argumentando que tras la entrada en vigor de la última reforma de la Ley de extranjería, dicha solicitud debía presentarse personalmente por la persona interesada, sin que se admitiese ningún tipo de representación.

A la vista de lo anterior, se solicitó de la Delegación del Gobierno en la Comunidad Valenciana el correspondiente informe, habiéndose recibido la oportuna contestación en la que sustancialmente se justifica dicha exigencia de comparecencia personal, en atención a lo establecido en la instrucción dictada por la entonces Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración para la aplicación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

En dicho informe se señala que, tal y como establece la citada instrucción, en los procedimientos en los que el sujeto legitimado fuese el propio extranjero, las solicitudes deberán ser presentadas por éste, exceptuándose tan solo de esta obligación a los extranjeros en los que concurriera alguna imposibilidad de comparecencia personal, tales como supuestos de enfermedad o impedimento físico, acreditados mediante

certificado médico o informe hospitalario suscrito por médico colegiado, pudiendo en esos casos acudirse a un poder notarial de representación.

No obstante lo anterior, examinado el contenido de la instrucción más arriba reseñada, se comprueba que, en el epígrafe 1 relativo a la «Tramitación general en España de solicitudes en materia de documentación de extranjeros», no se hace en ningún momento específica mención a la exigencia de comparecencia personal en los casos en los que el extranjero pretenda obtener una autorización de regreso, haciéndose alusión a la necesidad de comparecencia personal para solicitudes referidas exclusivamente a las autorizaciones de residencia y de trabajo, en el curso de los correspondientes procedimientos.

A mayor abundamiento, resulta preciso asimismo señalar que, como V. E. sin duda conoce, la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000, en su redacción dada por la Ley Orgánica 14/2003, establece que cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español, deberá presentar personalmente aquellas solicitudes que se refieran a las autorizaciones de residencia y trabajo en los registros de los órganos competentes para su tramitación, exigiéndose igualmente dicha comparecencia personal para formular las correspondientes peticiones de visado ante la misión diplomática u oficina consular.

A la vista de lo anterior, esta Institución considera que no existe cobertura legal alguna para exigir a los extranjeros, que pretenden solicitar una autorización de regreso, que deban comparecer personalmente ante las autoridades policiales competentes para tramitar sus respectivas solicitudes, de tal modo que dicha interpretación excede claramente de las previsiones legales y no resulta por tanto ajustada a derecho.

En mérito de lo expuesto, esta Institución de acuerdo con lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a V. E. la siguiente recomendación: «Que por ese centro directivo se impartan las oportunas instrucciones a fin de que no se exija la comparecencia personal de los interesados en la presentación de las solicitudes de autorización de regreso, y se acepten en este tipo de peticiones otros medios de representación admitidos en Derecho, según correcta interpretación de la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social».

Madrid, 29 de diciembre de 2004.

Recomendación dirigida a la Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración.

Recomendación 113/2004, de 30 de diciembre, sobre documentación de menores extranjeros no acompañados y sobre la forma en que se debe actuar cuando éstos llegan a la mayoría de edad sin haber sido documentados.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 450.)

Mediante el presente escrito acusamos recibo al de V. E. referido al problema planteado por (...).

En el mismo se comunica que la primera solicitud de permiso presentada a favor de (...) (con registro de entrada en esa Delegación de 30 de octubre de 2002), fue archivada en fecha 5 de febrero de 2003. El archivo se produjo porque no se acompañaron documentos que acreditaran el derecho del interesado al citado permiso.

Por otro lado, en el informe recibido se pone de manifiesto que esa Delegación considera insuficiente la certificación de la entidad de protección de menores, que acredita el hecho de que el interesado estuvo tutelado durante un año por la mencionada entidad. La causa de tal insuficiencia se derivaría, según el informe recibido, del tiempo desde que (...) estuvo tutelado.

A la vista del contenido de su escrito y evaluada la situación en profundidad, procede manifestar lo siguiente:

En primer lugar, la presentación de la solicitud inicial del permiso a favor del interesado se produjo cuando éste aún estaba tutelado y acogido por la entidad de protección (30/10/2002). En el momento de la solicitud el interesado ostentaba claramente el derecho a la obtención del permiso, de conformidad con lo establecido en el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, dado que llevaba más de nueve meses tutelado.

La falta de aportación de los documentos necesarios para resolver el permiso solicitado no puede atribuirse al interesado, sino a la propia Administración. Resulta evidente que sólo desde el momento en el que un menor de edad alcanza la mayoría de edad, puede ser responsable de no aportar determinados documentos.

Hay que recordar que cuando la entidad solicita el permiso, el interesado es menor. El requerimiento administrativo de aportación de documentos debía ser de ese órgano a otro (la entidad de protección), si bien desconocemos si por parte de esa Delegación se solicitó a la entidad que completase o mejorase la solicitud.

Resulta evidente que la entidad de protección instó el permiso con poco más de un mes de antelación a la fecha de la mayoría de edad, tiempo que puede resultar insuficiente para la resolución de un permiso, pero, a juicio de esta Institución la resolución de archivo de la solicitud casi cuatro meses después de la petición del permiso, sin ofrecer al interesado alternativa alguna para legitimar su estancia en España, provoca un grave perjuicio a un ciudadano sin tener en cuenta que dicho perjuicio ha sido generado por una cuestionable actuación administrativa.

Al haberse archivado la solicitud y siendo indubitable que en el momento de la solicitud del permiso el mencionado (...) tenía derecho a un permiso de residencia, al reunir los requisitos previstos por la normativa para su obtención, esta Institución informó al interesado que solicitará un permiso por circunstancias excepcionales, aportando la certificación de tiempo global que había permanecido bajo tutela, a fin de que por esa Delegación se apreciara que su situación era merecedora de tal permiso.

Tras seguir el cauce indicado por esta Institución, la solicitud de permiso de residencia por circunstancias excepcionales ha sido inadmitida a trámite mediante resolución de fecha 13 de febrero de 2004, tres meses después de presentada la solicitud.

Como es fácilmente apreciable, buena parte del tiempo transcurrido entre el cese de la tutela del menor y el momento actual ha estado relacionada con el tiempo empleado para resolver las peticiones, formuladas ante esa Delegación, y con el hecho de que el propio interesado intentara encontrar un cauce para obtener un permiso que, como ha quedado expuesto, debió obtener antes de alcanzar la mayoría de edad.

Interesa a esta Institución poner de manifiesto, asimismo, que, además del presente caso, hemos venido advirtiendo que el problema planteado por el interesado en esta queja es muy similar al planteado en otras quejas recibidas.

En efecto, esta Institución viene apreciando que la previsión normativa de que los menores que reúnan determinados requisitos cuenten con un permiso de residencia se encuentra con obstáculos graves que, en general, impiden que tal previsión sea cumplida.

Las causas de tal incumplimiento se deben —según hemos podido constatar de las quejas recibidas— a la falta de eficacia de las administraciones intervinientes, en especial de la entidad de protección por demorar en el tiempo la solicitud del permiso y, también, a la actuación de la autoridad gubernativa, por distintas razones que, dependiendo de los casos, van desde las demoras en tramitar la solicitud hasta el automatismo en resolver, sin contemplar la peculiaridad de estas solicitudes.

El resultado final es, como hemos dicho ya, que menores que han sido tutelados y que cumplían los requisitos previstos por la normativa para la obtención de permisos, no cuentan con ellos ni se les ofrece alternativa alguna cuando la solicitud la plantean al salir del centro y una vez alcanzada la mayoría de edad, resultando a continuación denegados todos los permisos que solicitan.

Exponemos a continuación el *iter* procedimental de estas peticiones.

Primero. Adquirido el derecho al permiso por un menor tutelado (una vez cumplido el plazo temporal previsto para el nacimiento de tal derecho), la Administración no le concede el permiso durante su minoría de edad por distintos problemas (solicitud de la entidad de protección tardía, falta de documentación, cese sobrevenido de la tutela, etc.) sin que los problemas surgidos sean imputables al entonces menor tutelado.

Segundo. El menor abandona el centro donde estuvo tutelado tras alcanzar la mayoría de edad sin permiso alguno, quedando en situación de irregularidad administrativa, aun cuando haya estado tutelado nueve meses, un año o dos. Cuando intenta solicitar un permiso que legitime su estancia, se encuentra con que no le resulta posible obtener dicho permiso al exigírsele en la práctica los requisitos que les son exigidos a los demás inmigrantes que llegan a España con el objetivo de fijar su residencia.

La situación de irregularidad en la que quedan estos ciudadanos, a juicio de esta Institución, debe resolverse acudiendo a la vía del permiso por circunstancias excepcionales previsto por el Reglamento de Extranjería.

Sin embargo, esta Institución viene apreciando que esa Delegación del Gobierno utiliza un criterio distinto y que no considera las circuns-

tancias de estos menores, a la hora de resolver los permisos de residencia solicitados precisamente por la vía de las circunstancias excepcionales, obviando el hecho de que son personas que han adquirido arraigo en nuestro país y que la normativa vigente en materia de extranjería les otorga unos derechos que van desde la concesión de un permiso mientras están bajo tutela y que reconoce todo el tiempo de tutela como residencia legal con los derechos que ello conlleva.

El rígido criterio aplicado por esa Delegación en la concesión de estos permisos que se pone de manifiesto en la denegación o inadmisión a trámite de las peticiones, no es compartido ni por esta Institución ni por los tribunales que han tenido la oportunidad de pronunciarse respecto a la cuestión aquí planteada y que ya han manifestado que los supuestos previstos por la normativa en materia de extranjería para el otorgamiento del permiso por circunstancias excepcionales no son tasados o, lo que es lo mismo, se puede otorgar dicho permiso por muy distintas circunstancias y no únicamente por las contempladas en el propio Reglamento.

La denegación de permisos de residencia a ciudadanos que estuvieron tutelados y que, aun teniendo derecho a contar con el permiso previsto por el artículo 35 de la ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, no disfrutaron del mismo, ha sido combatida mediante sentencia judicial utilizando el cauce del citado permiso por circunstancias excepcionales. (Pueden consultarse a estos efectos las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 7 de julio de 2003 y de 14 de enero de 2004.)

Tras la última modificación de la Ley 4/2000, de 11 de enero, consideramos que la petición de la autorización de residencia debe ser tramitada por la vía del artículo 31.3.

Finalmente, como V. E. ya habrá tenido la oportunidad de conocer, el proyecto de Reglamento actualmente en preparación, prevé en su artículo 92, apartado 5, párrafo 3º que la entidad pueda recomendar la concesión de una autorización de residencia, por circunstancias excepcionales, a aquellos menores que hayan alcanzado la mayoría de edad sin haber obtenido la mencionada autorización de residencia. Tal mención expresa, sin duda, corrobora el criterio mantenido con anterioridad por los tribunales y por esta Institución.

Por lo expuesto anteriormente hemos considerado procedente formular a V. E. las siguientes recomendaciones:

«Que se establezca por esa Delegación del Gobierno un protocolo de actuación para la tramitación de los permisos a menores, con el fin de agilizar la expedición de los mismos.

Que si durante la tramitación de la solicitud del permiso se produce el cese de tutela por alcanzar el menor la mayoría de edad y en el caso de que el interesado cumpliera el resto de los requisitos exigidos para la concesión del mismo, se proceda a la evaluación y concesión de un permiso por circunstancias excepcionales.»

Asimismo, esta Institución estima preciso formular la siguiente sugerencia: «Que se dicten las instrucciones pertinentes con el fin de otorgar un permiso por circunstancias extraordinarias al ciudadano (...)».

Madrid, 30 de diciembre de 2004.

Recomendación dirigida al Delegado del Gobierno en la Ciudad Autónoma de Melilla.

Recomendación 114/2004, de 30 de diciembre, sobre la solicitud y obtención de informes médicos de los internos, cuando éstos vayan a ser trasladados de centro penitenciario, con el fin de que las citas médicas concertadas con un interno puedan llevarse a cabo antes de que se produzca el traslado de centro penitenciario.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 454.)

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

En dicho informe se indica, entre otros extremos, que en la Junta de Tratamiento en la que se acordó la revisión de grado y propuesta de traslado de don (...) no se encontraba presente la subdirectora médica y, por error, no se solicitaron informes médicos del interno, como es la norma general de actuación del centro penitenciario de Madrid II.

Por todo lo anterior, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se ha valorado la conveniencia de formular a V. I. la siguiente recomendación: «Que se extreme el rigor en la solicitud y obtención de informes médicos de los internos, cuando éstos vayan a ser trasladados de centro penitenciario, con el fin de que las citas médicas concertadas con un interno puedan llevarse a cabo antes de que se produzca el traslado de centro penitenciario».

Madrid, 30 de diciembre de 2004.

Recomendación dirigida a la Directora General de Instituciones Penitenciarias.

Recomendación 115/2004, de 30 de diciembre, para evitar la ocupación excesiva de playa con instalaciones de temporada.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 477.)

Se ha recibido escrito de ese Servicio de Costas, de fecha 13 de octubre de 2004, registro de salida n.º 4366, referente a la queja Q0420968, formulada por don (...) en calidad de presidente de la comunidad de propietarios del edificio (...), de Benidorm.

La conclusión de esta Institución sobre la actuación de ese Servicio de Costas es positiva hasta el replanteo de las instalaciones. A partir de ahí, son imaginables las dificultades con que se encuentran las administraciones para lograr que este tipo de problemas se solucionen ya no instantáneamente sino al menos de modo razonablemente inmediato. Esta Institución considera que ese Servicio provincial debería haber sido algo más contundente y no dejar el remedio del problema para la siguiente temporada. Una actuación más resuelta habría mostrado a todos, Ayuntamiento, empresarios de las instalaciones y público en general, que no estamos ante una cuestión menor sino quizá ante la misma esencia de la actividad socioeconómica de un municipio como Benidorm; y en lo que a la Administración de costas concierne de modo directo, ante el buen uso de las playas.

Con todo, se agradece el informe recibido y se recomienda que los «replanteos» tengan lugar con la necesaria antelación sobre la efectiva implantación de las instalaciones. De hecho, el acto de que trata el informe recibido no es estrictamente un replanteo, como ese Servicio provincial sin duda admitirá, pues si tuvo lugar en una fecha como el 7 de julio debió de tratarse más bien de un reconocimiento (artículo 111.7 del Reglamento de Costas), pues un replanteo consiste en una operación diferente, más parecida a lo que la normativa de costas llama «confronta-

ción sobre el terreno» (artículo 146.4.II del Reglamento), paso éste muy útil casi siempre y que posiblemente no tuvo lugar, o no lo tuvo a tiempo.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formular la siguiente recomendación: «Que en aplicación de los artículos 33.4 de la Ley de Costas y 67 y 146.4.II de su Reglamento de desarrollo, el Servicio Provincial de Costas y el Ayuntamiento, en sus respectivos ámbitos competenciales y correspondientes actuaciones de iniciativa, propuesta, comprobación y autorización, eviten que la ocupación de la playa de Levante con todas las instalaciones montadas no resulte excesiva, y sea de hecho y materialmente menor en las próximas temporadas respecto de las pasadas, en todo caso con ajuste a las determinaciones legales y reglamentarias citadas».

Madrid, 30 de diciembre de 2004.

Recomendación dirigida al Jefe del Servicio Provincial de Costas de Alicante.

Recomendación 116/2004, de 30 de diciembre, sobre tratamiento a polizones extranjeros.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 458.)

Como V. E. sin duda conoce, los informes del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales correspondientes a los años 2000, 2001 y 2002 dedicaban un capítulo a analizar el alcance que debía darse al artículo 20.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, precepto que establece el derecho a la asistencia jurídica gratuita de oficio, entre otros supuestos, en los procedimientos administrativos que puedan llevar a la denegación de entrada del extranjero en territorio español.

Se analizaba en dichos informes la especial situación en que se encuentran los pasajeros clandestinos de los buques, esto es, los polizones, en lo que se refiere a su derecho a esta asistencia, una vez conocida su presencia en el buque por las autoridades españolas. Concretamente, esta Institución examinaba en sus informes el alcance de dicho precepto en cuanto a si resultaba exigible la presencia letrada en la primera entrevista que el polizón tenía con las autoridades policiales o si, por el contrario, su presencia únicamente resultaba preceptiva si en ese primer contacto el polizón manifestaba su deseo de entrar en España o solicitaba asilo.

Ya en el Informe correspondiente al año 2000 el Defensor del Pueblo sostuvo que, si bien de la literalidad del precepto podía desprenderse que durante la primera entrevista que las autoridades mantenían con el polizón para conocer su situación no resultaba exigible la asistencia jurídica gratuita de oficio, las especialísimas circunstancias en que se encuentran los polizones, sin posibilidad de abandonar el buque ni mantener más contacto con el exterior que el de las autoridades policiales, y

generalmente procedentes de países en vías de desarrollo políticamente inestables, obligan a que en un Estado de Derecho como España, se interpreten del modo más garantista los preceptos que regulan los derechos que el propio ordenamiento jurídico reconoce.

Por ello, se dirigió una recomendación en el año 2000 a la entonces Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, a fin de que se impartieran instrucciones que posibilitaran la materialización del derecho de asistencia letrada al polizón, tan pronto se produjera la llegada del buque en el que viajara a puerto español, con independencia de que hubiera manifestado su intención de entrar en España o solicitar asilo.

El 9 de abril de 2002 se dictó la instrucción de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, sobre tratamiento de polizones extranjeros. Esta Instrucción, todavía vigente, no acogió íntegramente la postura del Defensor del Pueblo. Como V. E. sobradamente conoce, en esencia dispone que cuando el buque atraque en puerto español accederán a él funcionarios de policía, acompañados, en su caso, de intérprete, para conocer la situación del polizón. A tal fin se realizará una entrevista que debe cumplimentarse en los términos dispuestos en el anexo I de la referida instrucción. Sólo cuando el polizón manifieste su deseo de entrar en territorio español o solicite la protección del Estado español se le facilitará asistencia letrada.

Desde la puesta en práctica de la mencionada instrucción, el Defensor del Pueblo ha mantenido una especial vigilancia en relación con los problemas de orden práctico que su cumplimiento pudiera generar. Transcurridos ya dos años desde que fue dictada, se considera procedente examinar si su cumplimiento ha permitido el ejercicio de los derechos que pudieran corresponder a los polizones, fundamentalmente en lo que respecta a sus posibilidades de solicitar asilo.

La naturaleza del procedimiento de supervisión de la situación del polizón por parte de las autoridades policiales, y esencialmente la ausencia de presencia letrada en esta primera declaración, hace que hayan sido pocas las quejas recibidas en esta Institución en relación con actuaciones concretas. No obstante se ha procurado completar los elementos de conocimiento con visitas de inspección a puestos fronterizos marítimos.

Una primera cuestión a la que es preciso atender es el propio ámbito material de aplicación de la Instrucción. En efecto varios preceptos de la mencionada norma aluden a que las previsiones de la misma se aplicarán ante la llegada de un buque mercante, en el que se hayan detectado polizones extranjeros, a un puerto español.

Según se pudo constatar en el curso de una visita realizada en diciembre de 2003 al Puerto de Algeciras, en aquel puesto fronterizo sólo se procedía a cumplimentar lo establecido en la instrucción sobre tratamiento de polizones extranjeros, cuando el barco recalaba en la dársena del puerto, pero no cuando el buque permanecía fondeado fuera de él.

Los responsables del puesto fronterizo argumentaron a favor de la corrección de su actuación dos órdenes de razones: la primera la literalidad de los preceptos de la instrucción tantas veces aludida. Además, se justificó que una medida de control fuera del puerto presentaría problemas prácticos, al no disponer el cuerpo nacional de policía de ningún medio de transporte marítimo.

Esta Institución ha evaluado la cuestión en toda su extensión y debe hacer partícipe a V. E. de que, a su criterio, la forma de actuar que se ha descrito no puede resultar satisfactoria, por varios motivos:

En primer término por la propia finalidad de la norma, que no es otra que asegurar a toda persona que se encuentra en el espacio de aplicación de las leyes españolas el respeto de sus derechos y, muy especialmente, en lo referente a la protección de su salud y a la prohibición de someter a cualquier persona a tratos inhumanos o degradantes. Al tiempo, la instrucción tiene también la finalidad de asegurar un punto de conexión entre las autoridades españolas y los polizones, de modo que éstos puedan expresar su intención de ingresar en territorio español o acogerse a la protección de nuestro país.

Pues bien, es claro que para uno y otro fin resulta irrelevante que el barco esté atracado en un puerto español o permanezca fuera de él, siempre que esté en aguas jurisdiccionales españolas. En ambos casos existe identidad de razones para prever una actuación inspectora que se sobrepone momentáneamente al fuero del pabellón del buque y cuyo legítimo fin es asegurar la protección de bienes jurídicos de carácter superior, señaladamente la vida, la integridad física y la libertad. La necesaria protección de estos bienes, que constituye un *príus* para todo Estado de Derecho, no puede verse condicionada por la decisión, sea del capitán o consignatario del buque, sea de las propias autoridades españolas, de no acceder a puerto, una vez que la conexión con el ordenamiento español se ha producido ya como consecuencia del ingreso de la nave en nuestro espacio marítimo.

Esta Institución entiende que puede admitirse que la práctica de las previsiones de la instrucción puede diferirse hasta la llegada a un puerto español en aquellos casos en los que se autorice la entrada del buque en alguna de esas instalaciones, siempre que no se cuenten con elemen-

tos de juicio que no desaconsejen demorar la inspección, pero no puede considerar correcto la inhibición en los demás casos.

Por otro lado, la pretendida dificultad que tendrían los efectivos del cuerpo nacional de policía para acceder a los buques cuando no están atracados en las dársenas de los puertos españoles, tampoco puede resultar un argumento convincente, pues puede allegar medios de otras dotaciones policiales y, por otro lado, los distintos órganos administrativos están obligados a colaborar para el cumplimiento de los fines que la Administración, como un todo, tiene encomendados. Así pues, esta Institución no duda de que, establecida por una norma como la instrucción que se viene examinando, la obligación de acceder a los buques que se sitúen fuera de puerto se podrá allegar la colaboración de otros cuerpos de seguridad u organismos de las administraciones públicas que sí dispongan de medios de transporte más idóneos.

En otro orden de cosas, esta Institución estima necesario señalar que la pregunta que realizan los policías que acceden en un primer momento al buque para conocer las intenciones del polizón, contenida en el anexo I de la instrucción, peca de falta de concreción. Tras interesarse por su salud, el trato que recibe, y si le dan de comer, se le pregunta «si desea decir algo más». Es en ese momento en el que el polizón, hasta ahora sin asistencia jurídica de ningún tipo, y habitualmente desconocedor de los derechos que puede ejercer y de las consecuencias jurídicas de sus palabras, debe manifestar si desea entrar en España o por algún motivo demanda la protección del Estado español.

Esta Institución ha podido comprobar que cuando la voluntad del polizón de entrar en España o solicitar asilo no ha sido expresada en términos taxativos, la autoridad gubernativa en muchos casos no ha entendido que tal voluntad exista, y por tanto no ha procedido a procurar al polizón la debida asistencia letrada.

Así, a título ilustrativo, puede señalarse la actuación de la Delegación del Gobierno en la Comunidad Valenciana, que ante la manifestación de cuatro polizones de que su deseo era vivir y trabajar en algún país de Europa no entendió que se trataba de una solicitud de entrada en España, por lo que no procedió a tramitar la preceptiva asistencia letrada. Este mismo organismo, ante la manifestación de un polizón consignada en el apartado del anexo I antes referido, de que quiere entrar en Europa porque «le persiguen», no realiza ningún intento de aclaración sobre los motivos o circunstancias de la persecución, y no entiende que haya motivos para procurar asistencia letrada a la persona que manifestaba ser perseguida.

Tres días después de esta primera declaración, los polizones manifestaron su deseo de pedir asilo al capitán del buque, quien lo trasladó al Colegio de Abogados de Valencia y a la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR). Es sólo entonces cuando funcionarios de policía acceden nuevamente al buque y permiten formalizar las peticiones de asilo.

En el mismo puerto de Valencia, durante una visita de inspección realizada por esta Institución, se pudo conocer igualmente que se producía con cierta frecuencia casos de polizones sorprendidos mientras pretendían huir durante las maniobras de estiba y desestiba, que eran retornados al barco, al no entender los servicios policiales que su actitud implicara la exteriorización de un deseo de entrar en España.

En otro supuesto, la presencia de un polizón en el puerto de Castellón que había manifestado ser menor de edad, fue comunicada al Fiscal de Menores. Tras la intervención de una entidad no gubernamental, la Fiscalía puso este hecho en conocimiento de la entidad pública de protección de menores a fin de que adoptara con carácter urgente medidas de protección si fuera necesario. Según se afirma en el informe recibido en esta Institución de la Fiscalía General del Estado, durante todo un día la entidad pública de protección realizó los trámites oportunos para determinar la situación del menor, «sin que en todo el día consiguieran recibir la información oportuna y necesaria ni por parte de la Subdelegación del Gobierno, ni por parte de la Comisaría de Castellón, ni por parte de la Comisaría del puerto», zarpando finalmente el buque a las siete de la tarde con el polizón menor de edad a bordo.

En estos casos, y en otros que no se recogen para no hacer extenso en exceso este escrito, es la intervención de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), de Amnistía Internacional, de determinados colegios de abogados o abogados del turno de oficio de extranjeros o incluso de ACNUR, conocedores de la situación del polizón de modo oficioso, a través del capitán del buque o de la consignataria, la que permite detectar la existencia de irregularidades.

Todo ello nos conduce de manera natural a la tercera cuestión. Tras dos años de vigencia de la instrucción de 9 de abril de 2002, sobre polizones, esta Institución no puede hacer otra cosa más que reiterar, con renovado énfasis, la postura inicial ya mantenida después de largo tiempo. La asistencia letrada en la primera entrevista que realizan las autoridades policiales es una importante garantía para el polizón. Es el letrado quien, desde su formación jurídica, puede explicar al polizón la existencia de la figura jurídica del asilo y en qué consiste el estatuto de asilado, ayudándole a realizar un primer análisis de sus circunstancias,

para que pueda valorar si en su caso concurren circunstancias que puedan hacerle demandante de ese u otro mecanismo de protección.

Tal necesidad de asesoría no sólo ha sido apreciada por el Defensor del Pueblo, sino que ha sido puesta de manifiesto a esta Institución por el Representante del Alto Comisionado para los Refugiados en España (ACNUR). Ha sido también el criterio mantenido en su día por el Colegio de Abogados de Guipúzcoa, y parece haber sido seguido por otros colegios de abogados, al menos los de Barcelona y Valencia, que han designado letrado del turno de oficio para atender a un polizón tan pronto como el capitán del buque o la compañía consignataria han comunicado su existencia y han solicitado la presencia de abogado.

En varias de las quejas recibidas, se ha indicado que una vez conocida la existencia del polizón en el buque por parte de cualquiera de los organismos mencionados, se ha personado ante las autoridades policiales un letrado, expresando su intención de acceder al buque y mantener una entrevista con el polizón. Según se afirmaba esta actuación contaba con la autorización del capitán del buque y de la casa consignataria. En todos los casos examinados, la autoridad gubernativa ha impedido el acceso al buque del letrado, amparándose precisamente en el artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, esto es, en los supuestos en los que el polizón no ha manifestado su deseo de entrar en España ni ha solicitado asilo, no tiene derecho a la asistencia jurídica gratuita. Hasta tal punto se ha considerado esencial el impedir el acceso del letrado al buque, que incluso alguna subdelegación del gobierno, concretamente la Subdelegación del Gobierno en Valencia, llegó a afirmar en un informe dirigido a esta Institución en el año 2003 que la custodia policial del buque tenía una doble finalidad, evitar la fuga del polizón, e impedir el acceso al buque al letrado del turno de oficio.

El artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000, en su actual redacción, reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros que manifiestan su deseo de entrar en España o solicitan asilo. Del reconocimiento de ese derecho deriva la obligación de las autoridades policiales de proporcionar esa asistencia letrada cuando se den las circunstancias de hecho legalmente exigibles.

Sentado lo anterior, en ningún caso puede confundirse el hecho de que pueda no existir una obligación propiamente tal en los casos en los que los interesados no hayan manifestado en el momento de la entrevista policial su intención de optar por alguna de esas posibilidades con una pretendida facultad para impedir el acceso al buque del letrado, ya sea con carácter particular o de oficio, autorizado por el capitán o la consignataria para entrevistarse con el polizón y conocer si en su caso con-

curren circunstancias que pueden hacerle demandante de asilo u otro mecanismo de protección.

A juicio de esta Institución, el criterio mantenido por las Subdelegaciones del Gobierno en Barcelona, Castellón y Valencia (ignoramos si también por otros organismos con competencia en la materia) es expresión de un enfoque restrictivo en la comprensión del fenómeno del polizaje, fundamentado más en la pretensión de evitar la eventual utilización extensiva del instituto del asilo como medio para entrar en España, que en reconocer los casos concretos de posible persecución para prestar la debida protección, de conformidad con los tratados internacionales suscritos por España.

Pero, fundamentalmente, ha de señalarse que ese criterio no sólo no tiene amparo en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sino que tiene un difícil encaje constitucional, habida cuenta la generalidad con la que se reconoce constitucionalmente el derecho a la asistencia letrada, derecho que se materializa no sólo en la defensa dentro del proceso, sino también en el asesoramiento y consejo jurídico (artículo 6 del Real decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española), y que implica que a ninguna persona se le pueda negar asistencia letrada para la defensa de sus derechos e intereses, ya sea de su libre elección o bien de oficio, con o sin reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita, conforme a los requisitos establecidos al efecto (artículo 7 del mismo Estatuto).

Por todo cuanto antecede, esta Institución ha valorado la necesidad de dirigir a V. E. la siguiente recomendación, al amparo de lo previsto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril:

«1.º Que se modifique la Instrucción de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, sobre tratamiento de polizones extranjeros, al menos en los puntos que a continuación se indican:

a) Que se establezca de manera inequívoca la obligación de dar cumplimiento a lo prevenido en la propia instrucción, cuando se comunique la presencia de polizones en barcos que estén dentro de las aguas jurisdiccionales españolas, con independencia de que estos recalen o no en puertos de nuestro país.

b) Que se establezca la presencia de letrado en el momento en que se realiza la primera entrevista al polizón, a fin de que dicho letrado pueda prestarle el debido asesoramiento.

c) Que se varíe el contenido de la entrevista que figura en los anexos de la instrucción de 9 de abril de 2002 y que debe realizarse a los po-

lizones, de modo que se favorezca la posibilidad de que el interesado pueda precisar en mayor medida sus circunstancias personales y sociales, así como, eventualmente, su voluntad de solicitar la entrada en nuestro país o acogerse a la protección de España.

2.º En todo caso, y en tanto no se proceda a la modificación de la instrucción citada, esta Institución considera que deben impartirse las indicaciones oportunas a todos los servicios periféricos para que no se obstaculice el acceso al buque de los letrados, que cuenten con la debida autorización del capitán del buque, de la casa consignataria, o de otras personas con autoridad para ello, a fin de que puedan prestar asesoramiento jurídico a los polizones, por las razones y fundamentos expresados en el cuerpo de este escrito.»

Madrid, 30 de diciembre de 2004.

Recomendación dirigida a la Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración.

Recomendación 117/2004, de 30 de diciembre, para evitar la ocupación excesiva de playa con instalaciones de temporada.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 477.)

Se ha recibido escrito de esa Corporación de fecha 3 de noviembre de 2004, registro de salida nº 18.387, referente a la queja Q0420968, formulada por don (...), en su calidad de presidente de la comunidad de propietarios del edificio (...).

La información municipal no puede admitirse completamente como válida para tener la queja por infundada. Sí ha de aceptarse que cuando una denuncia no señala domicilio a efectos de notificaciones difícilmente éstas podrán tener lugar. En efecto, la copia del escrito suscrito por numerosos vecinos indica el nombre de varios bloques de viviendas y apartamentos, pero no una concreta dirección postal. Por el contrario, si la ocupación total resultante era «un tanto excesiva», el Ayuntamiento no puede limitarse a estudiar la mera «posibilidad» de reducirla en las próximas temporadas, sino que habrá “efectivamente” de reducirla en su propuesta, en otro caso será el Servicio provincial quien al autorizar las ocupaciones decida sobre cuáles son viables y cuáles no.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, he resuelto formular la siguiente recomendación: «Que en aplicación de los artículos 33.4 de la Ley de Costas y 67 y 146.4.II de su Reglamento de desarrollo, el Servicio Provincial de Costas y el Ayuntamiento, en sus respectivos ámbitos competenciales y correspondientes actuaciones de iniciativa, propuesta, comprobación y autorización, eviten que la ocupación de la playa de Levante con todas las instalaciones montadas no resulte excesiva, y sea de hecho y material-

mente menor en las próximas temporadas respecto de las pasadas, en todo caso con ajuste a las determinaciones legales y reglamentarias citadas».

Madrid, 30 de diciembre de 2004.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Benidorm (Alicante).

Recomendación 118/2004, de 30 de diciembre, sobre la práctica de notificaciones a sus empleados en los centros de trabajo.
(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 479.)

Acusamos recibo de su escrito de fecha 6 de octubre de 2004 (s/ref.: 3609, de 7-10-04), relacionado con la queja formulada por un funcionario adscrito a esa Sociedad Estatal, la cual quedó registrada en esta Institución con el número arriba indicado, y que versa sobre su disconformidad con el procedimiento establecido para contestar a algunas de las reclamaciones, consultas y solicitudes que elevan los funcionarios a los órganos centrales o a los superiores jerárquicos no inmediatos.

Examinado el contenido del informe recibido se estima oportuno exponer las siguientes consideraciones:

Primera. Esta Institución muestra su conformidad con que esa Sociedad facilite a sus empleados las contestaciones relacionadas con peticiones o reclamaciones que formulan, mediante sobre cerrado con su nombre, dirigido a su domicilio o a su centro de trabajo.

Igualmente celebra que desde el 1 de diciembre de 2003 estén en vigor las instrucciones impartidas en el mes anterior por la Dirección de Recursos Humanos de esa Sociedad encaminadas a garantizar el cumplimiento de la Ley de Protección de Datos en el tratamiento de los datos de carácter personal, especialmente aquellos que se refieren a la salud y que necesariamente deben constar en determinados procesos en materia de personal (jubilaciones por incapacidad, readaptaciones, expedientes de averiguación de causas, y otras).

Segunda. Sin embargo, respecto de las resoluciones y actos administrativos que, para su eficacia, requieren constancia de la recepción por el interesado o su representante legal, del acto y del la Ley 30/1992,

de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común el procedimiento que se sigue en esa Sociedad, cuando responsabiliza al superior jerárquico del empleado de la obtención de la firma de éste en un duplicado de la resolución, que acreditará la notificación en forma del acto de que se trata en posteriores actuaciones, ya sea en vía administrativa ya sea en vía judicial.

Según el procedimiento que actualmente se sigue, también hay que tener en cuenta que cuando la contestación a la reclamación, solicitud o sugerencia del empleado sale del órgano que ha dictado la correspondiente resolución, pueden pasar el original y su duplicado por distintos trámites intermedios hasta llegar al superior jerárquico que practicará su entrega con lo que, al no ir en un sobre cerrado, podrán ser varios los empleados que puedan tener conocimiento de su contenido.

Por ello, en estos casos, en vez de que los destinatarios de esas notificaciones de actos administrativos o de otra naturaleza tengan que firmar los duplicados de las resoluciones que les afectan y que les son mostrados por sus jefes inmediatos, esa Sociedad debería practicar tales notificaciones de la misma forma que vienen haciendo sus carteros cuando es la Administración pública la que ha dictado el acto y es un ciudadano el destinatario del mismo.

De acuerdo con lo que indica el artículo 59 de la mencionada Ley 30/1992, las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado.

Es evidente que a la Administración pública también le interesa poder acreditar en un futuro que el interesado o su representante recibió la notificación de un determinado acto administrativo. Para ello, utiliza el correo certificado con acuse de recibo siendo éste un sistema mediante el cual el cartero, que es quien practica la entrega, no tiene conocimiento del texto completo de la resolución afecte ésta o no a la intimidad del destinatario.

Aunque esa Sociedad Estatal no tiene por qué utilizar sus propios servicios de cartería para notificar a un empleado suyo determinados actos que le incumban si dicha notificación va dirigida a su puesto de trabajo, sin embargo, sí debería utilizar el sobre cerrado en toda clase de notificaciones. En el supuesto de que el contenido de la resolución esté relacionado con el funcionamiento del servicio y deba tener conocimiento de ello su superior jerárquico, se le podría dar traslado a éste (tam-

bién en sobre cerrado) de una copia de tal resolución a los efectos oportunos.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, procedemos a formular la siguiente recomendación: «Que, cuando esa Sociedad considere que es conveniente que quede constancia de que el empleado ha recibido la notificación de una resolución que le afecte, debería remitirla siempre en un sobre cerrado (bien a su domicilio o a su puesto de trabajo) acompañándola de un documento (similar a la tarjeta rosa de los certificados con acuse de recibo) en el que quede constancia de su recepción por el interesado o su representante, de la fecha y de los datos necesarios que permitan identificar el acto notificado (número de expediente, signatura atribuida, número de registro de salida o una muy sucinta referencia de su contenido). Así se evitará que terceras personas tengan conocimiento del contenido completo de una resolución que pudiera tener datos que afecten a la intimidad, honor o imagen del empleado destinatario».

Madrid, 30 de diciembre de 2004.

Recomendación dirigida al Presidente de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.

ÍNDICE ANALÍTICO

- Actividades clasificadas
 - Clausura, **20, 21, 38**
 - Procedimiento sancionador, **19, 77**
 - V. además en Medio ambiente, Contaminación acústica*
 - V. además Playas*
- Asistencia médica
 - Medicamentos, **7**
 - Presos, **6, 114**
 - Violencia doméstica, **40**
- Consulados españoles
 - Asistencia, **47**
 - Páginas web, **62**
- Crisis de convivencia
 - Jurisdicción propia, **51**
 - Mediación familiar, **91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110**
 - Puntos de encuentro, **91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110**
- Discapacitados
 - Ayudas complementarias, **58**
 - Prestaciones familiares no contributivas, **59**
 - V. además Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*
- Educación a distancia
 - Becas, **17**
- Educación universitaria
 - Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación, **2**
 - Comisión Valenciana de Acreditación y Evaluación de la Calidad en el Sistema Universitario Valenciano, **8**
 - Evaluación de la Calidad y Acreditación del profesorado universitario
 - V. Educación universitaria*
- Enfermos de Alzheimer, **111**
- Extranjeros
 - Asistencia jurídica, **50, 72**
 - Autorización de regreso, **112**
 - Colaboración con la Justicia, **60**
 - Escolarización, **56**
 - Expulsión, **32, 65, 80**
 - Menores no acompañados, **54, 113**
 - Notificaciones, **65**
 - Permiso de conducir, **28**
 - Polizones, **116**
 - Presos, **80**
 - Reagrupación familiar, **61, 73, 78**
 - Regularización, **48, 49, 52, 53, 60, 74, 79**
 - Víctimas de delitos, **70**
 - Visados, **14, 61**
- Formación profesional específica de grado superior

- Homologación de títulos extranjeros, **10**
- Fuerzas Armadas
 - Guardia Civil, **83**
 - Personal militar, **33, 71, 81**
- Funcionarios
 - V. Personal al servicio de las administraciones públicas*
- Fundaciones
 - Planes de actuación, **9**
- Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
 - Enfermos de Alzheimer, **111**
 - Jubilación voluntaria, **34**
 - Mínimos personales y familiares por descendientes, **26, 63**
- Hotel Corona de Aragón (Zaragoza), **25**
- Indultos,
 - V. Presos*
- Medio ambiente
 - Contaminación acústica, **16, 35, 87**
 - V. además Actividades clasificadas*
 - Evaluación ambiental estratégica, **23**
 - Zona Acústica de Régimen Especial, **89**
- Menores
 - Centro de internamiento de menores de Melilla, **69**
 - Centro de recepción de menores de Alicante, **55**
 - Documento nacional de identidad, **22**
 - Extranjeros no acompañados
 - V. Extranjeros*
 - Internamiento en centros terapéuticos, **64**
 - Medidas de registro personal en centros de internamiento, **24**
- Mobbing*
 - V. en Personal al servicio de las administraciones públicas, Acoso laboral*
- Montepío Marítimo Nacional, **84**
- Padrón municipal de habitantes
 - V. Protección de datos*
- Pensiones
 - Clases pasivas, **7**
 - V. además Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*
 - Seguro obligatorio de vejez e invalidez, **84**
- Personal al servicio de las administraciones públicas
 - Acceso a la Función Pública, **27, 57**
 - Acoso laboral, **90**
 - Concurso de traslados, **82**
- Cuerpo Nacional de Policía
 - V. Violencia doméstica*
 - Deber de residencia, **66, 67**
 - Derecho de participación, **85**
 - Destino, **33, 71, 83**
 - Docente, **82, 85**
 - Excedencia por cuidado de hijo, **71**
 - Expediente disciplinario, **11**
 - Guardia Civil
 - V. Fuerzas Armadas*
 - Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local (MUNPAL), **76**
 - Personal laboral, **36**
 - Personal militar
 - V. Fuerzas Armadas*
 - Policía local, **3, 11**
 - Promoción interna, **3**
 - Pruebas selectivas, **36, 41, 45, 46, 75**
 - Representación sindical, **12**
 - Reserva de destino, **71,**
 - Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, **118**
 - Vacaciones no disfrutadas, **37**
- Playas
 - Instalaciones de temporada, **115, 117**
- Presos
 - Centro penitenciario de Foncalent (Alicante), **42**
 - Espanoles en el extranjero, **47**
 - Extranjeros

- V. en Extranjeros, Presos*
 Indultos, **29**
 Reconocimientos médicos, **6**
 Traslados, **114**
- Préstamos bancarios cualificados
 Adquisición de vivienda, **13**
- Protección civil
 Dotación de medios de rescate, **30**
- Protección de datos
 Padrón municipal de habitantes, **86**
 Principio de secreto, **1**
- Sociedad de Salvamento y Seguridad
 Marítima
V. Protección civil
- Tráfico
 Atestados, **15**
- Compulsa de documentos, **43**
 Infracciones, **5, 68**
 Permiso de conducir, **4**
 Sanciones, **31, 88**
 Tarjeta de aparcamiento de residentes, **44**
- Urbanismo
 Licencias de obras, **18**
- Víctimas del terrorismo
 Condecoraciones, **25**
- Vivienda
 Adquisición, **13**
- Violencia doméstica
 Cuerpo Nacional de Policía, **39**
 Servicios sanitarios, **40**