

Hacia una nueva población municipal: el padrón como instrumento para la realización de políticas públicas y para el ejercicio de derechos de españoles y extranjeros

Vicenç Aguado i Cudolà
*Profesor titular de Derecho Administrativo
de la Universidad de Barcelona*

1. Los antecedentes históricos en la regulación del padrón municipal.
2. La modificación de la Ley de bases de régimen local en el contexto de las reformas de la Ley de extranjería (Ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre).
3. El padrón municipal como registro administrativo.
 - 3.1. La inscripción en el padrón municipal y el ejercicio de la libertad de residencia. 3.1.1. La obligación de la Administración municipal de inscribir la población en el padrón cuando se cumplen los requisitos legales necesarios. 3.1.2. La obligación de residir efectivamente en el municipio y la baja en el padrón. 3.1.3. La obligación de inscripción periódica de los extranjeros que están en la situación administrativa de "residentes permanentes".
 - 3.2. La condición de vecino y los derechos que se derivan de la inscripción en el padrón municipal.
 - 3.3. La determinación de políticas públicas a través del padrón municipal.
4. El padrón municipal como fichero de datos de titularidad pública.
 - 4.1. El derecho a la protección de datos y el deber de colaboración interadministrativa: la comunicación de datos entre administraciones públicas.
 - 4.2. La habilitación legal de la disposición adicional séptima de la Ley reguladora de bases de régimen local.
 - 4.3. El deber de secreto y su incumplimiento: el régimen sancionador y disciplinario en caso de cesión indebida de los datos del padrón.
5. Conclusiones y valoración general: la dudosa constitucionalidad de la habilitación para la cesión de datos del padrón a la policía por la ausencia de límites precisos.
6. Anexo: decisiones de los tribunales sobre el padrón municipal.

1. Los antecedentes históricos en la regulación del padrón municipal

La realización de censos y empadronamientos es un mecanismo que vienen utilizando desde antiguo los poderes públicos para conocer la población que se encuentra en su territorio. Así lo atestiguan, por ejemplo, los primeros versículos del Evangelio de San Lucas, que hacen referencia a un edicto del emperador romano César Augusto de hace unos dos mil años.¹ Con independencia de que la con-

fección de listas de los habitantes del antiguo Reino de Judea se realizara efectivamente en aquel momento o fuera una licencia literaria utilizada por el evangelista para justificar el nacimiento del Mesías en Belén,² lo cierto es que durante el Imperio Romano la elaboración de registros de población constituía ya un instrumento conocido y utilizado por los gobernantes de aquella época. Cada ciudad solía elaborar su propio censo considerando como ciudadano a quien como tal hubiera estado actuando.³ En Roma la inscripción en el censo implicaba una presunción favorable a la ciudadanía romana. Su confección se encargaba a una de las magistraturas de más prestigio, que era la del censor (*professio censualis*),⁴ la cual gozaba de inviolabilidad. Cabe destacar que el censo romano iba asociado al ejercicio de derechos políticos (el de sufragio y el de acceso a los cargos magistratuales) y derechos militares (el de servir en las legiones). Ello era debido a que inicialmente existía una coincidencia entre ciudadanía y ejército.⁵ También parece ser que las autoridades romanas impulsaron la elaboración de las listas de población en diversas partes del Imperio, con la finalidad esencial de recaudar impuestos.⁶

1. El texto dice lo siguiente: "1 Sucedió que por aquellos días salió un edicto de César Augusto ordenando que se empadronase todo el mundo. 2 Este primer empadronamiento tuvo lugar siendo gobernador de Siria Cirino. 3 Iban todos a empadronarse, cada uno a su ciudad. 4 Subió también José desde Galilea, de la ciudad de Nazaret, a Judea, a la ciudad de David, que se llama Belén, por ser él de la casa y familia de David, 5 para empadronarse con María, su esposa, que estaba encinta. 6 Y sucedió que, mientras ellos estaban allí, se le cumplieron los días del alumbramiento, 7 y dio a luz a su hijo primogénito, le envolvió en pañales y le acostó en un pesebre, porque no tenían sitio en el alojamiento." (Evangelio de San Lucas, capítulo 2, versículos 1-7).

2. Los propios evangelios mantienen opiniones contradictorias: así, Mateo y Lucas hacen nacer a Jesucristo en Belén, mientras que Marcos y Juan consideran que nació en Nazaret. En realidad, los profetas sólo afirman que el Mesías debía salir de Belén, lugar de origen del rey David. Ello no significa que según tales profecías necesariamente debiera nacer allí, sino que bastaba que fuera descendiente del rey David. Por tanto, no hay ningún elemento seguro que nos permita afirmar que nació en Belén o en Nazaret o en algún otro lugar. Entre otros, *vid.* L. RÉAU: *Iconografía del arte cristiano. Nuevo Testamento*, tomo I, volumen 2, Ediciones del Serbal, Barcelona, 1996, págs. 223, 226 y 228; *vid.* también W. M. RAMSAY: *Was Christ born at Bethlehem?*, Londres, 1905.

3. Así se desprende claramente de la lectura del discurso de Marco Tulio Cicerón titulado "Pro A. Licinio Archia poeta oratio": "10. Así las cosas, tras haberse inscrito en varias comunidades, ¿qué es lo que os hace sospechosa su condición de ciudadano? Mientras en la magna Grecia se les hacía partícipes de la ciudad, casi sin objeción, a mucho mediocre y a gente dotada de escasa o nula habilidad, ¿cómo voy a creer que los de Regio, los de Locrio, los napolitanos o los tarentinos, que se la reconocían incluso a los comediantes, fueran a negársela a quien tiene reconocido talento! ¿Cómo se entiende que, no sólo tras el otorgamiento de la condición de ciudadano, sino después incluso de la Ley Papia, hubiera tantos incluidos fortuitamente en los registros de sus respectivos municipios, y, sin embargo, este pobre que ni siquiera aporta aquellos en los que estaba inscrito porque siempre quiso continuar siendo heraclense, pueda verse excluido? 11. Pides que se aporten los censos; sea. Pero tampoco está claro que en tiempo de los últimos censores Arquías figurara en el ejército al mando de L. Lúpulo; que en el de los anteriores le acompañara por Asia cuando era cuestor; ni que durante los mandatos de César y Craso se censara sólo una pequeña parte de la población. Pero, puesto que el censo no consolida el orden de la ciudad, sino que hace público que tiene por ciudadano a quien como tal ciudadano hubiera estado actuando, éste, a quien tu recriminas no acomodarse en aquella época al orden jurídico de los ciudadanos romanos, hizo en realidad testamento varias veces de acuerdo a nuestras leyes, aceptó herencias de ciudadanos romanos, y ya constaba en la relación de contribuyentes al erario cuando Lúpulo era procónsul". *Vid.* M. T. CICERÓN: *Discursos jurídicos*, Edición y traducción de J. M. Royo Arpón, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.

4. *Vid.* C. SÁNCHEZ-MORENO ELLART: *Professio Liberatorum. Las declaraciones y los registros de nacimiento en Derecho romano, con especial atención a las fuentes papirológicas*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001.

5. *Vid.* P. CAÑAS NAVARRO: "Aspectos jurídico-censales en el ejército romano", en *Revista de Historia Militar*, núm. 90.

6. Se discute si hubo realmente un empadronamiento general en todo el territorio del Imperio durante la época de Augusto y especialmente en el Reino de Judea, como parece deducirse del Evangelio de San Lucas. Parece ser que se utilizaron dichas técnicas en la Galia (12 a. C.) y en Egipto (entre el 10 y el 9 a. C.), así como parecen encontrarse algu-

La referencia a la época romana también resulta procedente en este momento por otro motivo. En efecto, otra cuestión relevante es la diversidad de situaciones en que se encontraban las personas libres en razón de su ciudadanía. De esta forma, cabe señalar que no todos los habitantes del Imperio Romano tenían la ciudadanía romana. Con todo, se irá equiparando progresivamente esta situación a otras poblaciones para ganarse su favor en los diversos conflictos, como era el caso de los latinos, los cuales, a su vez, se clasificaban en *prisci* (los que pertenecían a la antigua Liga), *coloniarii* (los habitantes de las colonias a las que se confirió el carácter de latinas) y *iunani* (los manumitidos en forma no solemne). Los latinos podían adquirir la ciudadanía trasladando el domicilio a Roma e inscribiéndose en las listas del censo (*ius migrandi*). Por otra parte, con relación al resto de la población, se acude a la figura del peregrino para extender la aplicación del Derecho romano a aquellos que no eran ciudadanos romanos (*ius gentium*). Los peregrinos se clasificaban a su vez en *peregrini alicuius civitatis* o en *peregrini dediticii* según pertenecieran o no a una comunidad que se gobernara autónomamente por sus propias leyes. Todo ello pone de relieve la disparidad de regímenes jurídicos en que se encontraban los habitantes del Imperio Romano y que bien recuerda la situación actual. Cuando, finalmente, se extiende la “ciudadanía” romana a todos los habitantes del Imperio, mediante el edicto de Caracalla en el año 212 d. C., en realidad estamos ante un régimen político que podríamos calificar como absolutista y en que es más procedente hablar de “súbdito” que de “ciudadano”.

Durante la Edad Media y el Antiguo Régimen los vecinos eran los habitantes cabezas de familia de los núcleos urbanos que gozaban del estado de plena libertad o franquicia. Así, por ejemplo, en el capítulo XXXIII del *Recognoverunt Proceres* se dispone que “cualquier forastero que estuviese en Barcelona un año y un día sea tenido por ciudadano, y no pueda ser reclamado por el señor de cuyo domicilio fue oriundo”. Para poder ejercer cargos municipales en esta ciudad se requería, a su vez, llevar diez años de residencia. Frente a los habitantes de los municipios, sometidos directamente a la jurisdicción del rey o monarca, se encontraba el resto de la población que habitaba en otros lugares, sometidos al régimen señorial y a un régimen de vinculaciones al señor o a la tierra en su condición de vasallo o colono.

Los instrumentos para el recuento de la población, que se suceden a lo largo del Antiguo Régimen, son fundamentalmente los *fogatges* en la Corona de Aragón y los vecindarios en el Reino de Castilla. A través de los *fogatges*, las Cortes Generales de la Corona de Aragón establecieron, entre los siglos XIV y XVII, la aportación que se realizaba por cada hogar o casa habitada para subvenir a las necesidades de la Corona. Se trataba de una exacción eventual que requería cada vez un acuerdo de las Cortes Generales en el que se determinaba los criterios de inclusión o exclusión de los *focs* (fuegos) y las personas que estaban sujetas. Por su parte, los vecindarios que fueron realizados por los monarcas españoles durante

nas referencias en Tácito (*Annal.* 1, 11) a que el emperador Augusto tendría estadísticas sobre las provisiones de los reinos dependientes, sobre los tributos directos e indirectos y sobre los gastos periódicos, circunstancia que quizás hubiera podido proceder de un empadronamiento general.

los siglos XVI y XVII consistían en averiguar el número de vecinos que existían en los diversos lugares del Reino de Castilla, a efectos puramente fiscales. Tanto en los *fogatges* como los vecindarios el recuento de la población se realizaba por los cabezas de familia, circunstancia que plantea la dificultad de determinar el número de individuos de la familia y que convencionalmente se suele situar en una media de entre cuatro y cinco unidades.

Los censos de población en un sentido moderno aparecen en el siglo XVIII. En este período encontramos los censos que fueron impulsados por el Conde de Aranda (1768), por el Conde de Floridablanca (1787) y por Manuel Godoy, el Príncipe de la Paz (1797). Estos censos no se limitan a meras finalidades fiscales o militares, sino que tienen como objetivo a averiguar “la verdadera población de esta Monarquía” para de esta forma poder “promover ideas útiles al Estado, según los sexos y las edades”.

La legislación española recoge la figura del padrón municipal ya en el Decreto XLV, de 3 de febrero de 1823, para el gobierno económico-político de las provincias. En su artículo 6 se señala que los ayuntamientos “formarán en el mes de enero de cada año el padrón general para el gobierno y administración de su respectivo pueblo, comprendiendo en él los particulares que sean necesarios para que sirva a los objetos de policía, de seguridad y orden de repartimiento de contribuciones y cargas, y de los alistamientos para el Ejército permanente, y para las milicias nacionales activa y local”. De esta regulación se desprende claramente las finalidades que tenía en aquel momento el padrón, que eran esencialmente de policía administrativa, de seguridad, tributarias y de alistamiento militar.

A mitades del siglo XIX, se realiza la distinción entre vecinos y residentes, siendo este último todo habitante que no esté inscrito en su padrón de vecindad. La figura del vecino se restringía, en cambio, a todo español cabeza de familia que se halle inscrito en su padrón de vecindad. En esta línea encontramos una regulación completa relativa a “los habitantes de los distritos municipales” en los artículos 6 a 24 de la Ley de 5 de julio de 1856, de ayuntamientos. La legislación de régimen local recoge en este punto la regulación contenida en el Real decreto de 17 de noviembre de 1852, sobre la condición de los extranjeros en España. La distinción será también recogida por la legislación posterior, como atestigua la Ley municipal, aprobada por el Decreto de 21 de octubre de 1868, que contiene una regulación similar.

La norma que marca un punto de inflexión es el Real decreto de 14 de marzo de 1857, mandando formar un empadronamiento general y un censo de población, que es firmado por el general Narváez, presidente del Consejo de Ministros de Isabel II. El preámbulo de este real decreto ya advierte que “para la buena administración y gobierno del Estado es indispensable conocer su territorio, su población y riqueza en todos sus pormenores”. Reconoce que han venido realizándose censos de población, al menos desde el siglo XVI, pero “todos probablemente inexactos, y hoy, por su antigüedad, de ningún provecho”. También advierte que los ayuntamientos forman también anualmente sus padrones de vecinos “para el servicio de la administración local” pero señala que se realizan “aisladamente, sin concierto y sin fiscalización superior”, por lo cual “los datos que recogen son también inútiles por irregulares, por poco uniformes y por inexactos”. La novedad que se introduce es la de prescindir del “domicilio legal” y atender únicamente al

“domicilio de hecho”, realizándose el empadronamiento de toda la población “en un mismo y solo día”. De esta manera, se pretende evitar tanto la ocultación como la repetición de los nombres en los padrones, tal y como venía produciéndose hasta entonces. También debe mencionarse la Real orden de 14 de marzo de 1857, que aprueba la instrucción para llevar a efecto el Real decreto de 14 del corriente, por el que se dispone la formación del censo general de población en la península e islas adyacentes. En la real orden se realiza una regulación detallada de las “cédulas de inscripción” sobre la base de las cuales se formarán los padrones de pueblo, con éstos, resúmenes de partido judicial y con éstos resúmenes de provincia. Estos últimos se remitían a la Comisión de Estadística General del Reino, creada por Narváez en noviembre de 1856.

La legislación española de 1857 vino a recoger la experiencia francesa con el censo de París de 1817, donde se realizó, por vez primera, la inscripción nominal de los habitantes, refiriéndose a la población de hecho y distinguiéndose entre residentes y transeúntes. Los datos que eran recogidos fueron los relativos a la edad, sexo, estado civil, nacionalidad y profesión. El procedimiento seguido en el censo de París fue generalizado a toda Francia por una circular de 10 de marzo de 1836, en la que también se implantó las cédulas u hojas de familia. Vemos, por tanto, cómo la legislación española tuvo como modelo de referencia la experiencia francesa, que supuso un avance cualitativo respecto a los recuentos de población precedentes que no pueden considerarse estrictamente como censos sino como cómputos censales.

Con la Ley municipal de 20 de agosto de 1870 la condición de vecino pasa de ser exclusivamente del “español cabeza de familia” a “todo español emancipado que reside habitualmente en un término municipal y se halla inscrito con tal carácter en el padrón del pueblo”. Este cambio importante debe situarse en las coordenadas del momento y en la influencia que tendría durante el último tercio del siglo XIX la revolución de 1868. La Ley municipal establece, además, la obligación de que todo español ha de constar empadronado como vecino o domiciliado en algún municipio (artículo 12), como también del ayuntamiento de “formar el padrón de todos los habitantes existentes en su término, con expresión de su calidad de vecinos, domiciliados o transeúntes, nombre, edad, estado, profesión, residencia y demás exigencias que la estadística exija y el Gobierno determine”. El 12 de septiembre del mismo año 1870 se crea el Instituto Geográfico y Estadístico.

El 18 de junio de 1887 se promulga la Ley para el estudio de la población. La importancia de esta ley es que se dispone que a partir de entonces se haga el recuento general de los habitantes de España cada diez años, por lo que el censo adquiere definitivamente carácter periódico. En 1900 esta ley es modificada en el sentido que los censos se verifiquen en los años cuya última cifra es cero, comenzando el 31 de diciembre de dicho año.

La legislación local contemplará, asimismo, el régimen del empadronamiento. Concretamente, durante el primer tercio del siglo XX, encontramos el Estatuto municipal de Calvo-Sotelo de 8 de marzo de 1924. Esta norma, que tuvo una influencia decisiva en la posterior legislación de régimen local, define el padrón como el “instrumento público y fehaciente para toda clase de efectos administrativos”, el cual “es la relación de los habitantes de un término municipal, con expre-

sión de sus calidades”. La centralidad de la noción de documento público o “instrumento público y fehaciente” en la definición del padrón municipal será acogida por la legislación local desde entonces hasta fechas recientes.

De acuerdo con el Estatuto, los habitantes de un término municipal se clasifican en cabezas de familia, vecinos, domiciliados y transeúntes. Los cabezas de familia son los jefes de casa, mayores de edad o menores emancipados, bajo cuya dependencia en algún modo viven los individuos de la casa, si los hubiere. Pueden ser o no vecinos, españoles o extranjeros, varones o hembras. Los vecinos son los españoles emancipados, inscritos como tales en el padrón municipal. En cambio, los domiciliados son los españoles que, sin estar emancipados residen habitualmente en el término y forman parte de una casa o familia del pueblo. Finalmente, los transeúntes son los que no estando comprendidos en los dos casos anteriores se encuentran accidentalmente en el término municipal.

En desarrollo de estos artículos del Estatuto municipal se dicta el Real decreto de la Presidencia del Directorio Militar de 2 de julio de 1924, por el que se aprueba el Reglamento sobre población y términos municipales. Como dato singular cabe mencionar que se distinguía entre población de hecho y de derecho. En la población de hecho se hacía constar, por sexos, el número de residentes presentes y el de transeúntes, distinguiendo en los residentes presentes el que para cada sexo, corresponde a vecinos y domiciliados. Por su parte, en la población de derecho se incluían, también por sexos, los residentes presentes y los ausentes, con expresión de vecinos y domiciliados.

Después de la Guerra Civil, en 1945 se crea el Instituto Nacional de Estadística, que tiene como misión la elaboración y el perfeccionamiento de las estadísticas demográficas, económicas y sociales ya existentes, la creación de otras nuevas y la coordinación de los servicios estadísticos de las áreas provinciales y municipales. Por su parte, la legislación de régimen local de la época sigue en sus líneas generales las previsiones establecidas en relación con la población municipal y el empadronamiento que marcó en su día el Estatuto municipal de Calvo-Sotelo.

Con la Constitución de 1978, encontramos diversos títulos competenciales que ponen de relieve que el padrón municipal constituye una materia que si bien tiene un interés intrínseco municipal, trasciende del ámbito local y determina una intensa intervención del Estado.⁷ En este sentido, además del artículo 149.1.18 relativo a las “bases del régimen jurídico de las administraciones públicas”, encontramos también que el artículo 149.1.31 reserva como competencia exclusiva del Estado la “estadística para fines estatales”, así como la previsión de que por ley orgánica se regule “el régimen electoral general” (artículo 81.1). Sobre la base del título competencial del artículo 149.1.31, se aprueba la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la función estadística pública. En el ámbito de las relaciones interadministrativas, la ley se centra, fundamentalmente, en las comunidades autónomas y en la Unión Europea, pues con respecto a las entidades

7. *Vid.* J. PEMÁN GAVÍN; A. EZQUERRA HUERVA: “La población municipal: La regulación de la vecindad administrativa y del estatuto del vecino”, en S. MUÑOZ MACHADO (ed.): *Tratado de Derecho municipal*, tomo I, 2.ª edición, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2003, pág. 1224.

locales existe una regulación específica, tal y como reconoce el propio preámbulo de la ley:

“La ley no regula con detalle las relaciones entre la Administración estatal y la local en materia estadística. Tal regulación resultaría innecesaria por lo que concierne a los medios y métodos de colaboración en general, es suficiente lo establecido en la legislación de régimen local, a la que basta con remitirse. Y las cuestiones específicas más importantes son las que la legislación citada contempla a efectos de la confección del padrón y el Censo de Población y Vivienda, o las que la legislación electoral contiene en relación con la elaboración del Censo Electoral. Basta, pues, con una remisión, para no reiterar regulación que, además, están sistemáticamente mejor ubicadas en la legislación propia de cada estadística. En todo caso, se establece un cauce para facilitar e impulsar la coordinación entre el Instituto Nacional de Estadística y las corporaciones locales.”

Por tanto, debemos acudir, fundamentalmente, a la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LBRL), que establece en su artículo 16 el régimen jurídico del padrón y la población municipal. En su redacción inicial el artículo 16.2 de la LBRL distinguía siguiendo la clasificación tradicional entre vecinos y domiciliados. Los primeros eran “los españoles mayores de edad que residan habitualmente en el término municipal y figuren inscritos con tal carácter en el padrón”. Los segundos, en cambio, eran “los españoles menores de edad y los extranjeros residentes habitualmente en el término municipal y que como tales figuren inscritos en el padrón”.

Como consecuencia de la incorporación del Estado español a la Unión Europea, se modificó la Constitución española para el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo a los extranjeros, atendiendo criterios de reciprocidad. En coherencia con este planteamiento, se reformaron las disposiciones mencionadas de la LBRL, eliminándose la distinción entre vecinos y domiciliados, hablándose, en cambio, de residentes. En efecto, la Ley 4/1996, de 10 de enero, modifica la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local, en relación con el padrón municipal. Así en su exposición de motivos se señala que:

“[...] se elimina la distinción entre vecino y domiciliado, que se establecía por ser diferentes los derechos y deberes de los mismos. Sin embargo, la diferencia entre ambos conceptos era más ficticia que real, pues los derechos y deberes que se les reconocían estaban condicionados a las leyes específicas que los desarrollaban. También se ha eliminado la inclusión de los transeúntes en el padrón ya que al no conferir ningún derecho a la población que se inscribía como tal, la utilización de esta figura padronal era prácticamente nula, complicando inútilmente la gestión del padrón a los ayuntamientos.”

La modificación de la regulación del padrón también cambia la calificación del padrón, que se definía tradicionalmente como un instrumento o documento público, y que viene a considerarse como un registro administrativo. Como registro administrativo conlleva la presunción de exactitud sobre los asientos, sobre la base de la cual se pueden extender certificaciones o documentos públicos administrativos, la inscripción comporta la adquisición de un estatus o condición (la de vecino) y responde también a una finalidad informativa o censal de la Administración. Se trata, en cualquier caso, de un registro administrativo que en atención a los

datos que constan en el mismo no está sometido a un régimen de publicidad al que puede acceder cualquier interesado, sino precisamente a un régimen de confidencialidad.

Todos estos antecedentes históricos ponen de relieve la importancia que ha venido teniendo el padrón municipal para los poderes públicos como instrumento que permitía el control de la población que habita en su territorio y como mecanismo a través del cual se define y acredita el estatus jurídico de la persona. El primer dato significativo que debe señalarse es el hecho que al menos desde el siglo XIX constituye una competencia típicamente local que se regula en las leyes municipales. Si bien, también encontramos una legislación esencialmente con finalidades estadísticas que desde el Estado pretende dar una mayor exactitud a la elaboración de los censos. El segundo dato de interés es la estrecha interrelación existente entre el padrón y el censo electoral. El tercer dato que cabe advertir es que a través del padrón se viene definiendo el estatus jurídico de la persona con relación a la comunidad en la que reside efectivamente. El cuarto dato relevante es que, si bien en sus inicios se concebía como instrumento al servicio de las medidas de policía administrativa, fiscales y de alistamiento militar, la evolución de la propia Administración y del contexto en el que se encuentra comporta que deba enmarcarse en las nuevas coordenadas del Estado social y democrático de derecho. De esta forma, desde las exigencias del Estado democrático el padrón puede ser un instrumento que permita a aquellos que se inscriben en el mismo participar en la vida pública y en la toma de decisiones administrativas. Desde los postulados del Estado social el padrón es un instrumento que permite la definición de las políticas públicas a través del conocimiento de la población a las que va dirigido. Y, en definitiva, desde las exigencias del Estado de derecho, el padrón debe asegurar efectivamente el más riguroso respeto a los derechos y libertades públicas.

En la época actual, las formidables posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC) muestran las dos caras o rostros del dios mitológico Jano, retomando una vez más la referencia al mundo clásico. En efecto, por una cara, las TIC permiten que el padrón sirvan a los poderes públicos para poder definir con mayor precisión las políticas públicas de acuerdo con las necesidades reales de sus destinatarios y, por la otra cara, estas tecnologías pueden resultar una eficaz herramienta de control policial que puede llegar a colisionar con los derechos y libertades.

2. La modificación de la Ley de bases de régimen local en el contexto de las reformas de la Ley de extranjería (Ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre)

Para comprender el alcance de las últimas reformas del padrón municipal en la legislación local resulta necesario contextualizarlas con las recientes reformas de la Ley de extranjería. Cabe advertir que la Ley orgánica 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LODYLE), supuso un cambio legislativo importante porque abandonaba la estructura meramente policial de la Ley orgánica 7/1985 y se estructuró en torno a un elenco de derechos y libertades que como mecanismo de integración social constituían el hilo conductor de la ley. La LODYLE introdujo como requisito esencial para el ejercicio de

determinados derechos el encontrarse en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente. Concretamente, en su redacción inicial se refería al derecho a la asistencia sanitaria (artículo 12.1), al derecho de ayudas en materia de vivienda (artículo 13) y al derecho a la asistencia jurídica gratuita (artículo 20.2). De esta forma, el padrón municipal se convertía en un instrumento de integración de la población irregular que no sólo podía probar que se encontraba en determinadas fechas en territorio español, sino que también se le facilitaba el acceso a determinados servicios.

La LODYLE fue modificada por la Ley orgánica 8/2000. Con esta ley se reduce considerablemente el papel del padrón municipal que la legislación anterior le había atribuido en la política de inmigración, al mismo tiempo que se produce una restricción considerable de los derechos y libertades de los extranjeros. Si bien se mantiene para los inscritos en el padrón el supuesto de asistencia sanitaria, se exige la situación administrativa de residencia para tener derecho a acceder al sistema público de ayudas en materia de viviendas. También se mantiene para el derecho a la asistencia jurídica gratuita, excepto en los procedimientos administrativos que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos de asilo. En cambio, encontramos también algunos supuestos en los que ni se requiere la residencia legal ni el padrón, sino simplemente el encontrarse físicamente en territorio español, como son los servicios y prestaciones sociales básicas, el derecho y deber a la educación obligatoria hasta los 18 años.

Después que el Tribunal Supremo anulara en el mes de marzo de 2003 diversos artículos del reglamento de ejecución de la Ley de extranjería, el Gobierno central anunció su intención de modificar, una vez más, la LODYLE. La intención de esta modificación partía, pues, de la voluntad política de dar cobertura legal a los preceptos anulados, ante la insuficiencia de las habilitaciones previstas en la legislación vigente. También se quería aprovechar la reforma para introducir otros aspectos, que se justifican en la voluntad de alcanzar los siguientes objetivos: a) mejorar la gestión de la tramitación administrativa; b) reforzar los instrumentos sancionadores, y c) incorporar la normativa europea recientemente aprobada. La modificación de la ley fue anunciada durante la campaña electoral de las elecciones municipales de mayo de 2003, con la previsión de tramitarse y aprobarse durante la fase final de la VII legislatura.

Dentro de este contexto, el Gobierno aprobó el proyecto con la pretensión de modificar tres leyes. Además de la Ley de extranjería (Ley orgánica 4/2000), se reforman otras leyes que también afectan al régimen de los extranjeros, como son los que regulan el padrón municipal (Ley 7/1985, de bases del régimen local) y las garantías del procedimiento administrativo común (Ley 30/1992). Durante la tramitación parlamentaria de la ley se ha incorporado la modificación de otra ley para considerar desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar (Ley 3/1991, de competencia desleal).

Esta vez la tramitación parlamentaria ha contado con el consenso de tres formaciones políticas: Partido Popular, Partido Socialista Obrero Español y Coalición Canaria. El consenso alcanzado, según señala alguna de las formaciones, no responde a un pacto de Estado, sino a la necesidad de incorporar una serie de

enmiendas que introdujesen mejoras en el texto inicial. Por su parte, las críticas de los grupos de la oposición con relación a la modificación legislativa se han centrado fundamentalmente en tres puntos: a) la falta de previsión de mecanismos de regularización para la existencia de aproximadamente 600.000 extranjeros en situación irregular; b) el acceso de la policía a los datos confidenciales del padrón que provocarán un efecto disuasorio a los inmigrantes que quieran inscribirse, y c) la no-previsión de competencias para las comunidades autónomas.

El texto que fue consensuado en el Congreso por estas tres formaciones políticas se aprobó sin ninguna modificación en el Senado, por lo que se publicó finalmente como Ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, en el BOE del día 21 de noviembre, entrando en vigor en el plazo de un mes desde su publicación.

La modificación que prevé la nueva reforma se centra, fundamentalmente, en los aspectos referentes al control de flujos migratorios, dejando al lado los aspectos más relacionados con la integración social de los inmigrantes. Precisamente, es en este último ámbito donde el papel de los entes locales resulta más relevante. Entre las ausencias más significativas de la ley debe destacarse las relativas a una redefinición de las competencias autonómicas y locales, así como la previsión de mecanismos financieros que garanticen un eficiente ejercicio de éstas. La otra ausencia significativa es la definición de un estatuto del inmigrante irregular que aborde de una forma realista la situación de aproximadamente 600.000 extranjeros que están en territorio español en situación irregular.⁸ La imposibilidad de ejecutar, en muchos casos, las órdenes de expulsión condena a estos extranjeros a vivir en un estado de precariedad y marginalidad. Al mismo tiempo, la prohibición legal a los extranjeros irregulares de acceso al mercado de trabajo hace que los servicios sociales municipales hayan de atender a personas que encontrarían fácilmente un puesto de trabajo. Si bien la convocatoria de regularizaciones extraordinarias, que la nueva ley no prevé, puede resolver algunas situaciones individuales, habría que abordar de una manera clara y definitiva la situación jurídica de los extranjeros con orden de expulsión que no se puede ejecutar.

Por lo que hace referencia a los mecanismos de entrada, a diferencia de la legislación anterior, la nueva ley prevé, como novedad, que el visado habilite directamente, una vez se ha producido la entrada, a permanecer en territorio español en la situación para la que se hubiera expedido. Con este nuevo régimen jurídico se elimina la exención de visado, que se substituye por una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales. También debe mencionarse como otra novedad importante la posibilidad de obtener un visado para búsqueda de empleo. Cabe decir, sin embargo, que este tipo de visado queda sujeto al régimen del contingente. Por tanto, solamente se concederán un número limitado de estos visados y para determinados sectores de actividades o empleos. El visado para buscar trabajo matiza el principio de contratación en origen posibilitando que el em-

8. Según declaraciones del delegado del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración G. Robles Orozco el cruce del avance del padrón municipal y los datos de Interior a principios de este año, revela que en torno a un millón de inmigrantes viven en España en situación irregular. Esta cifra está muy por encima de las estimaciones de las propias organizaciones sociales, que los cifraban en 600.000. *Vid.* Europa Press, 10 de diciembre de 2003.

presario pueda contratar en España al trabajador extranjero. Habrá que ver, con todo, en qué sectores o empleos el Gobierno, al aprobar el contingente, permite la obtención de visados para buscar trabajo. La limitación a casos muy concretos y determinados puede frustrar esta novedosa posibilidad. En cualquier caso, tanto el contingente como el visado para buscar trabajo no resuelven la situación del inmigrante irregular que ya se encuentra en territorio español y al que aludíamos anteriormente.

Específicamente para los entes locales, cabe destacar el nuevo papel de control que la nueva ley confiere al padrón municipal. En este sentido, las novedades son fundamentalmente dos: la obligación de los extranjeros que no tengan la residencia permanente de renovación periódica cada dos años de su inscripción padronal y la habilitación genérica a la Dirección General de la Policía para acceder a los datos del padrón de los extranjeros, preferentemente por vía telemática, y para la exclusiva finalidad del ejercicio de las competencias establecidas en la Ley de extranjería.

La obligación de la renovación periódica de la inscripción padronal se ve reforzada por el hecho que esta caduca automáticamente a los dos años. Así, una vez ha transcurrido este período, se podrá declarar la caducidad sin la audiencia del interesado. Esta nueva regulación rompe la tradicional regla según la cual la caducidad por causa imputable al interesado requería un requerimiento previo como requisito a su producción. Una interpretación rígida de este precepto podría ser contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Con relación al acceso a los datos del padrón se plantea una tensión entre el derecho fundamental a la protección de datos (artículo 18.4 de la CE) y el principio de colaboración interadministrativa (artículo 4 de la LRJPAC). Con la legislación anterior faltaba una habilitación legal expresa que permitiera esta cesión. Téngase en cuenta que la jurisprudencia constitucional había anulado la remisión reglamentaria que establecía genéricamente la Ley 15/1999, de protección de datos (STC 292/2000).

Ahora bien, una habilitación genérica e ilimitada, aunque tenga un reconocimiento legal explícito, resulta manifiestamente compatible con el derecho constitucional a la protección de datos. Por este motivo parece necesario insistir en la existencia de unos límites precisos y bien definidos tanto con relación al tipo de datos que pueden cederse como a la finalidad para la que pueden utilizarse. Ante esta modificación del papel del padrón municipal, algunos ayuntamientos han mostrado una posición contraria a la cesión de datos. La LBRL obliga a los ayuntamientos a la remisión de los datos al Instituto Nacional de Estadística. La nueva ley prevé que la inactividad de los ayuntamientos dará lugar a que el Instituto Nacional de Estadística proceda a la ejecución sustitutoria prevista en el artículo 60 de la LBRL.

En cualquier caso, los municipios están llamados a jugar un papel esencial en la garantía de los derechos de los extranjeros: el derecho a los servicios municipales, a una vivienda digna, a la salud, a los servicios sociales.⁹ No obstante, la nueva reforma no prevé mecanismos que permitan dar una mayor capacidad de manobra a los entes locales para una mayor efectividad de estos derechos.

9. Vid. V. AGUADO I CUDOLÁ: "La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales: Un primer balance (I) y (II)" en *Cuadernos de Derecho Local*, núms. 0 y 1.

3. El padrón municipal como registro administrativo

La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL), define al padrón municipal (artículo 16) como “el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio” advirtiendo que “sus datos constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo”. De los datos que constan en dicho registro administrativo pueden expedirse certificaciones que “tendrán carácter de documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos”. El conjunto de personas inscritas en el padrón municipal constituye la población del municipio y los inscritos son los vecinos del municipio, de acuerdo con el artículo 15 de la LBRL.

De estas notas que, de acuerdo con la legislación de régimen local, conforman los rasgos básicos del padrón municipal, se desprende la importancia de este registro administrativo. Por una parte, el padrón constituye una forma de ejercicio de derechos por parte de los inscritos en el mismo que son los vecinos. Con la inscripción en el padrón se adquiere un determinado estatus jurídico, al mismo tiempo que sirve de prueba de la residencia y domicilio habitual. Por otra parte, constituye un instrumento muy importante para el municipio para saber cuál es su población y, por tanto, permite atender sus necesidades dentro del marco de competencias que establece el ordenamiento jurídico de conformidad con la autonomía municipal.

3.1. La inscripción en el padrón municipal y el ejercicio de la libertad de residencia

La Constitución española reconoce el derecho de “elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional”, así como el derecho “a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca” (artículo 19 de la CE). En este sentido, la jurisprudencia viene considerando que el empadronamiento constituye una de las manifestaciones de la libertad de residencia.¹⁰

10. Como señala la STSJ del País Vasco 139/2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 15 de febrero (JUR 2002/21928): “Será elemento determinante de la inscripción o, en su caso, de la permanencia en el padrón, la demostración de la efectiva residencia en el término municipal en cuyo padrón se interesa el alta o del cambio de residencia o de domicilio que justifique la rectificación del padrón de procedencia, pues la inclusión en el mismo de una persona no es más que el ejercicio de la libertad de residencia, que concede el artículo 19 de la CE, haciendo variar la situación jurídica de la misma, influyendo en su capacidad de obrar administrativa, y en la esfera de los derechos privados, originándose por ello un verdadero estatus jurídico administrativo, de cuyos derechos y situación no puede ser privado el ciudadano sino en los casos y en la forma establecida por la ley.” STSJ del País Vasco 563/2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 22 de junio (JUR 2001/306062): “[...] desde el examen de la legalidad vigente, la denegación de la alteración de la inscripción registral del padrón municipal en lo que afecta al dato del nuevo domicilio de la recurrente, y, aun siendo más discutible, el corte del suministro de agua al domicilio de la recurrente en [...], a la vista de la interpretación que el Tribunal Constitucional hace del artículo 19 de la Constitución (STC 28/1999, FJ 7), pudiera constituir una medida obstaculizadora o restrictiva, al menos, del ejercicio del derecho fundamental de la misma a elegir libremente su residencia, en su extensión plena y consecuencias últimas, que no encuentra razón de hecho o de derecho que la acomode al ordenamiento jurídico. Tercero. Procede, en congruencia con lo que ha quedado expuesto y razonado, la estimación del recurso interpuesto y la declaración de nulidad de los actos administrativos impugnados, por contrarios al derecho fundamental de libertad de residencia que garantiza el artículo 19 de la

El artículo 19 de la CE señala explícitamente que “los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por territorio nacional”. La alusión exclusiva en su dicción literal a “los españoles” suscitó dudas iniciales sobre si dicho precepto incluía también a los extranjeros. La exclusión de los extranjeros de la titularidad hubiera supuesto para éstos que el régimen de tales libertades hubiera quedado a la libertad absoluta del legislador.

Los extranjeros son titulares de las libertades de circulación y residencia, si bien en términos distintos y más limitados que los españoles. Debiendo acudir a los términos que establezcan los tratados¹¹ y la ley. De acuerdo con el artículo 5 de la LODYLE serán titulares de este derecho “los extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el título II de esta ley”. Título que se refiere al “régimen

Constitución; con reconocimiento del derecho de la parte actora a figurar en el padrón municipal con el nuevo domicilio en [...]; así como el derecho a obtener licencia definitiva para la acometida de agua de la que dispone su nuevo domicilio.”

11. Según el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948), toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Los términos en que está formulada son bastante amplios, sin que se aluda a ningún tipo de límites o limitaciones. Por su parte, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49, establece que toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia, así como tiene derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. Tales derechos, según establece el propio artículo del Pacto, no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto. Según los comentarios generales aprobados por el Comité de Derechos Humanos con arreglo al párrafo 4 del artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en relación con la libertad de circulación del artículo 12, ésta “es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona”. También se señala que la cuestión de si un extranjero se encuentra “legalmente” dentro del territorio de un Estado es una cuestión regida por el derecho interno, que puede someter a restricciones la entrada de un extranjero al territorio de un Estado, siempre que se adecuen a las obligaciones internacionales de ese Estado. Entre los demás textos internacionales ratificados por el Estado español debe hacerse mención especial al Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Cabe advertir, sin embargo, que todavía no se ha ratificado el protocolo núm. 4 a dicho convenio donde establece que toda persona que se encuentra en situación regular sobre el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente en él y a escoger libremente su residencia (artículo 4). La razón de que esté pendiente la ratificación española seguramente puede encontrarse en que el Gobierno quiera evitar una judicialización de numerosos asuntos de extranjería ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo. De otra forma no se entiende que siga pendiente por cuanto el texto del protocolo anejo es bastante similar al que realizan otros textos internacionales que han sido ratificados sobre las libertades de circulación y residencia. Es más, el protocolo insiste en la cautela o prevención de que el extranjero esté en situación regular al reconocer dichas libertades. Con todo, en diciembre de 2000 el Grupo Parlamentario Socialista ha presentado una moción instando al Gobierno la ratificación de este protocolo anejo al convenio europeo. Asimismo, debe mencionarse el Tratado Constitutivo de la Comunidad europea que establece la libre circulación de personas (artículos 39 y siguientes). Esta libertad de circulación se establece respecto a los nacionales de los estados miembros, por lo que se crean dos grandes categorías: los ciudadanos comunitarios que serán los destinatarios principales de esta libertad y los ciudadanos extranjeros extracomunitarios que serán titulares en la medida que se encuentren de forma regular en el territorio de la Unión europea. Por último, debe mencionarse la esperada Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada en Niza el 7 de diciembre de 2000, si bien con carácter no vinculante. Esta carta proclama, en su artículo 45, la libertad de circulación y de residencia en los siguientes términos: todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los estados miembros. Si bien señala a continuación que de conformidad con lo dispuesto en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, se podrá conceder libertad de circulación y de residencia a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro.

men jurídico de los extranjeros” y, por tanto, donde se establecen los requisitos legales para acceder a las diversas situaciones jurídicas (estancia, residencia temporal y residencia permanente). Ahora bien, una vez fijado este régimen jurídico por los tratados y la ley su infracción tendrá relevancia constitucional, susceptible de ser protegida mediante la vía del procedimiento preferente y sumario y la vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

3.1.1. La obligación de la Administración municipal de inscribir la población en el padrón cuando se cumplen los requisitos legales necesarios

La consideración del empadronamiento como una forma de ejercicio de las facultades de elección de domicilio y lugar de residencia comporta una correlativa obligación de la Administración competente, en este caso, la municipal, de proceder a la inscripción de aquella persona en el padrón municipal.¹² En esta línea, algunos autores han señalado que el ejercicio de la libertad de residencia supone la obligación de empadronamiento tal y como establece la legislación de régimen local.¹³ Esta obligación viene determinada por la atribución de competencias al ayuntamiento para “la formación, mantenimiento, revisión y custodia del padrón municipal” según establece el artículo 17 de la LBRL.¹⁴ Es más, la legislación establece que las administraciones municipales “realizarán las actuaciones y operaciones necesarias para mantener actualizados sus padrones de modo que los datos contenidos en éstos concuerden con la realidad”, así como “declararán de oficio la inscripción en su padrón como vecinos a las personas que vivan habitualmente en su término municipal y no figuren inscritos en el mismo” (artículos 62 y 73 del Reglamento de población y demarcación territorial de las entidades locales, según redacción dada por el Real decreto 2612/1996, de 20 de diciembre). Esta competencia supone, por tanto, que el ayuntamiento asume como una función propia el empadronamiento de sus habitantes.

Se plantea en qué medida esta obligación comprende exclusivamente a las personas que tengan la residencia legal en aquel municipio o comprende también a

12. Es precisamente esta correlación entre el derecho de residencia y libre circulación y el deber de la Administración de realizar el empadronamiento lo que determina que estemos ante una obligación. Así T.-R. Fernández Rodríguez señala que cabe hablar de obligaciones cuando “[...] la situación de deber se produce en el seno de una relación dada en estricta correlación con un derecho subjetivo de otro sujeto que es parte en dicha relación y que, en consecuencia, tienen el poder de exigir del sujeto gravado, so pena de responsabilidad, el efectivo cumplimiento del comportamiento previsto [...]”. Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE; T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho administrativo II*, Ed. Civitas, Madrid, 2000. Así, por ejemplo, según la STSJ del País Vasco 439/2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 21 de mayo (JUR 2001/303352): “El artículo 40 del Código civil establece que el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, quienes están obligados a inscribirse en el padrón del municipio de acuerdo con el artículo 15 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, y el artículo 54.1 del Real decreto 1690/1986, de 11 de julio, de Reglamento de población y demarcación territorial de las entidades locales; con el consiguiente derecho de acceso y rectificación a que se refiere el artículo 53.3 de este último texto, ejercitado conforme a la Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre. Con la correlativa obligación de proceder a la inscripción cuando concurren los requisitos, según se ha acreditado, en este caso por el actor.”

13. Vid. P. J. GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ: *Libertades de circulación, residencia...*, *op. cit.*, pág. 85.

14. En esta línea, vid. J. MIR I BAGÓ: “Municipios e inmigración. Los ayuntamientos ante la nueva Ley de extranjería: Participación política y derechos sociales” en T. FONT I LLOVET: *Anuario del Gobierno Local 2001*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, en especial págs. 169-177.

aquellas personas que se encuentren en situación irregular. O bien planteado en otros términos, en qué medida se le puede denegar la inscripción a un extranjero en el padrón municipal.

La respuesta a esta cuestión la da el propio artículo 15 de la LBRL al no establecer diferencias según la situación jurídica del extranjero. En efecto, según este precepto legal el criterio determinante para proceder al empadronamiento es la situación fáctica: que la persona “viva en el territorio español” y “resida habitualmente”. Por tanto, no se subordina la inscripción a ninguna situación administrativa en la que se encuentre el extranjero.¹⁵ Este argumento queda reforzado con la cautela que la propia LBRL otorga a los efectos del empadronamiento respecto a un eventual cambio en la situación administrativa del extranjero. En efecto, el empadronamiento no comporta automáticamente la regularización del extranjero que se inscriba en el mismo. Ahora bien, tal y como veremos, ello no quiere decir que no sirva como elemento de prueba que permita acreditar un período establecido que permita tal regularización.¹⁶

Desde la perspectiva del ciudadano, sea o no extranjero, el empadronamiento parece configurarse no sólo como un ejercicio de las facultades de circulación y de residencia, sino también como una obligación jurídica. A estos efectos, de acuerdo con la anterior redacción del artículo 87 del Reglamento de población y demarcación territorial, se señalaba que el alcalde podía sancionar, de acuerdo con el artículo 59 del TRRL, “la negativa de los españoles y extranjeros que vivan en territorio español a cumplimentar las hojas de inscripción padronal, la falta de firma en éstas, las omisiones o falsedades producidas en las expresadas hojas o en las solicitudes de inscripción, así como el cumplimiento de las demás obligaciones dimanantes de los preceptos anteriores”. No obstante, esta posibilidad parece haber

15. Ante esta obligación de la Administración municipal sorprende el hecho que un ayuntamiento pueda someter a votación del Pleno si empadrona o no a los inmigrantes independientemente de su situación administrativa, tal y como sucedió en la ciudad de Burgos, según una referencia del diario *La Vanguardia* de 27 de abril de 2001. También sorprenden las declaraciones que efectuó el entonces delegado del Gobierno para la Inmigración, Sr. Fernández-Miranda, en enero de 2001, cuando si bien reclamó de los representantes municipales que sean “más cuidadosos” y también “más exigentes” con el sistema de empadronamiento. Les recordó que “los ayuntamientos tienen un papel clave para combatir la inmigración ilegal, ya que son los que se encargan del empadronamiento, que sólo se debe hacer a los inmigrantes con permiso de residencia” (sic), y les pidió que se olviden “del afán de empadronamiento por conseguir más ayudas, porque así nos hacen un flaco favor”. Vid. el diario *El País* de 18 de enero de 2001.

16. Según una noticia de prensa publicada en *La Vanguardia* el 30 de mayo de 2002: “Es la primera vez que España supera la cifra de los 41 millones de habitantes, gracias a un ligero repunte de los índices de natalidad durante el ejercicio anterior y, principalmente, a los inmigrantes. No en vano, el año pasado se llevó a cabo el proceso extraordinario de regularización, que exigía documentar la presencia en España de la población extranjera, lo que motivó el empadronamiento masivo de las personas que optaban a legalizar su situación en España. Se calcula que más de 250.000 extranjeros han conseguido el permiso de residencia durante el año 2000, aunque el número de empadronamientos de inmigrantes superó ampliamente esa cifra (se estima que más de 400.000 inmigrantes pasaron por los consistorios). Esto fue posible gracias a que los ayuntamientos sólo les exigían la residencia real en el municipio.” En el Plan municipal de inmigración del Ayuntamiento de Barcelona, de diciembre de 2002, se señala que: “En Barcelona, la población inmigrante empadronada está creciendo de manera acelerada en los cinco últimos años. De los 40.000 extranjeros empadronados en el año 1999 la ciudad ha pasado a tener 113.000 a finales de diciembre de 2001 y 139.189 a finales de junio de 2002. Esto representa, por ejemplo, un porcentaje de crecimiento entre marzo de 2001 y marzo de 2002 del 52,1%, a razón de más de un 3% cada mes. Mientras los extranjeros de países desarrollados han crecido en este período (marzo 2001-marzo 2002) un 27,1%, los del resto de países lo han hecho un 58,2%.”

desaparecido con la nueva redacción dada a este precepto, por el Real decreto 2612/1996, de 20 de diciembre. Cabe señalar, de esta forma, que para el particular no constituye realmente una obligación en sentido preciso, sino que propiamente nos encontramos con la figura de la carga. Es decir, el hecho que un extranjero no se inscriba en el padrón municipal no comportará una sanción por incumplimiento de la obligación, sino que se verá privado de una serie de ventajas. Se trata, por tanto, de una medida que se realiza en interés propio del sujeto sobre el que pesa y cuyo incumplimiento no entraña ilicitud alguna.¹⁷

La LBRL no regulaba en su redacción original los datos que debía contener el padrón municipal, por lo que debía acudir al desarrollo reglamentario (Reglamento de población y demarcación territorial, aprobado por el Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio). No obstante, a partir de la modificación de la LBRL por la Ley 4/1996, se estableció directamente un listado de los datos que ha de contener. En efecto, según la redacción del artículo 16.2 de la LBRL vigente hasta diciembre de 2003, los datos que deben figurar, como obligatorios, en el padrón municipal son básicamente los siguientes: a) nombre y apellidos; b) sexo; c) domicilio habitual; d) nacionalidad; e) lugar y fecha de nacimiento; f) número de documento nacional de identidad o, tratándose de extranjeros, del documento que lo sustituya; g) certificado o título escolar académico que se posea, y h) cuantos datos puedan ser necesarios para la elaboración del censo electoral, siempre que se garantice el respeto los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

De los datos que hemos enumerado destacan a nuestros efectos el de la nacionalidad y el del documento de los extranjeros que sustituya al documento nacional de identidad.¹⁸ Para acreditar la nacionalidad bastará disponer de un documento identificador que será generalmente el pasaporte. En cuanto al documento de los extranjeros que sustituya al documento nacional de identidad será normalmente la tarjeta de extranjero, regulada por la Orden del Ministerio del Interior, de 7 de febrero de 1997.¹⁹ Debe advertirse, sin embargo, que la tarjeta de extranjero se

17. Sobre la figura de la carga, *vid.* por todos J. A. SANTAMARÍA PASTOR: *Principios de Derecho administrativo I*, Ed. CERA, Madrid, 2000, pág. 405.

18. Según el Ararteko, en su Informe de 1997 sobre "El acceso de los extranjeros a los padrones municipales": "[...] en el caso de extranjeros en situación regular, la tarjeta de extranjero es, sin duda, el documento adecuado que debe dar paso al alta padronal. Para aquellos que en algún momento han dispuesto de situación regular en su presencia en el Estado, su identificación no ofrece dudas a través del número de identificación de extranjeros que en su momento se les expidió. Por último, si el extranjero que solicita la inscripción se encuentra en una situación de irregularidad inicial y no dispone de ninguna autorización española vigente o caducada, debe admitirse cualquier documento que sirva para su identificación, especialmente el pasaporte, y hacerlo constar, con su número correspondiente, en el padrón."

19. Según el preámbulo de dicha orden ministerial, la tarjeta de extranjero se justifica de la siguiente forma: "Es por ello que tales documentos para extranjeros, además del carácter oficial por su origen, tienen por finalidad reflejar y acreditar las diversas circunstancias características de la situación legal de los mismos, así como la identificación de cada interesado, logrando, de este modo, que el mismo pueda justificar oficialmente el hecho de hallarse legalmente en España."

"Para lograr estos propósitos es menester, de una parte, unificar todos los documentos de extranjeros que en la actualidad se expiden en un solo modelo de documento, la tarjeta de extranjero, propiciando no sólo un mejor conocimiento de los funcionarios encargados del control de extranjeros, sino también su utilización en el desenvolvimiento de actividades públicas o privadas de la más variada índole. Y, por otra parte, es necesario dar cumplimentación a la habilitación que el reglamento de ejecución de la Ley orgánica 7/1985, en su artículo 62.1, concede al Ministerio del Interior

expedirá únicamente a los extranjeros en situación legal en España por tiempo superior a tres meses, conforme al régimen general de extranjería, al comunitario o al de asilo. Ahora bien, la regulación abierta que tenía hasta diciembre de 2003 el artículo 16.2.f) de la LBRL parecía incluir también a otros documentos que permitieran acreditar su identidad.

Este precepto ha sido objeto de una nueva redacción de acuerdo con el artículo 3, punto 2, de la Ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, que mantiene los requisitos existentes si bien introducen algunas novedades. Con esta nueva redacción se distingue según la nacionalidad de los extranjeros en dos grandes categorías: a) ciudadanos nacionales de estados miembros de la Unión Europea, de otros estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o de estados a los que, en virtud de un convenio internacional se extienda el régimen jurídico previsto para los ciudadanos de los estados mencionados, y b) ciudadanos nacionales de estados no comprendidos en el grupo anterior. Por lo que se refiere a la primera categoría se inscribirá el número de la tarjeta de residencia en vigor, expedida por las autoridades españolas o, en su defecto, el número del documento acreditativo de la identidad o del pasaporte en vigor expedido por las autoridades del país de procedencia. En cambio, por lo que respecta a la segunda categoría se inscribirá el número de identificación de extranjero que conste en documento, en vigor, expedido por las autoridades españolas o, en su defecto, por no ser titulares de éstos, el número del pasaporte en vigor expedido por las autoridades del país de procedencia. Se recoge, al parecer, la interpretación que venía manteniendo ya con la anterior redacción la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia a través de algunas instrucciones a los ayuntamientos.²⁰

La trascendencia de esta nueva redacción estriba en el hecho de que no prevé que los ciudadanos de terceros países no comunitarios o asimilados puedan inscribir el documento acreditativo de la identidad expedido por las autoridades del país de procedencia. Ello plantea la cuestión de si un extranjero no comunitario que sólo está previsto de tal documentación no puede ser inscrito en el padrón municipal. O planteado en otros términos si todos los datos contenidos en el artículo 16.2 resultan imprescindibles para proceder a la inscripción padronal.

La propia situación irregular en que se encuentran muchos de ellos comporta que bien no tengan un domicilio estable o fijo o bien incluso carezcan de él, viviendo en una situación de pura marginalidad. Tal situación puede conllevar un problema en el caso que la Administración municipal solicite a la persona que pre-

para dictar las disposiciones necesarias que determinen las características del documento de extranjero previo informe de la Comisión Interministerial de Extranjería.”

20. En este sentido, *vid.* la Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia de 21 de julio de 1997, por la que se dictan instrucciones y medidas a los ayuntamientos sobre actualización del padrón municipal (BOE 177, de 25 de julio de 1997): “Por lo que respecta al documento identificativo de los extranjeros, que el artículo 16.2.f) de la Ley de régimen local define como el documento que sustituya al DNI, puede ser bien el documento oficial expedido por las autoridades españolas (tarjeta de extranjero) o bien el expedido por las autoridades del país de origen (pasaporte o, en el caso de nacionales de los estados miembros de la Unión Europea, tarjeta de identidad vigente, de acuerdo con el Real decreto 766/1992, de 26 de junio) (RCL 1992/1469 y 2450). No obstante, los ayuntamientos procurarán siempre hacer constar en su padrón, en el caso de extranjeros, el número de la tarjeta de extranjero, y sólo a falta de éste reflejarán el número de su pasaporte, o de su tarjeta de identidad nacional si son ciudadanos de la Unión Europea.”

tende la inscripción la documentación que acredite tal circunstancia. La posibilidad de que el ayuntamiento solicite del vecino “el título que legitime la ocupación de la vivienda” está prevista en el artículo 59.2 del reglamento. Este título no puede reducirse exclusivamente al contrato de arrendamiento o un título de propiedad sobre el domicilio que se designa,²¹ bastando otro tipo de documentos como puede ser el contrato de suministro de luz, agua o teléfono o incluso puede bastar una simple situación fáctica que podrá ser comprobada por el ayuntamiento bien a través de su policía municipal o de cualquier servicio administrativo de inspección.²² Lo que sí debe tratarse es de una situación efectiva. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que los datos existentes en el padrón no prejuzgan la propiedad o la posesión sobre la vivienda en que se ha señalado el domicilio. Tampoco la Administración municipal puede denegar la inscripción en el padrón basándose en las condiciones de habitabilidad de la vivienda, pues puede exigir tales condiciones a través del ejercicio de otras competencias.²³

3.1.2. La obligación de residir efectivamente en el municipio y la baja en el padrón

Entre los requisitos que hemos visto para la inscripción en el padrón cabe hacer referencia específica a la “residencia habitual”. En el caso de los ciudadanos españoles, el problema que se plantea es la inscripción en el padrón de un municipio en el que realmente no hay la residencia habitual, sino a lo sumo una segunda residencia. Ello obedece normalmente a una serie de finalidades o ventajas, como es la de obtener un mejor tratamiento fiscal o el poder ejercer el

21. Vid. E. AJA (ed.): *La nueva regulación...*, op. cit., pág. 71.

22. En este sentido, vid. la Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia de 21 de julio de 1997, por la que se dictan instrucciones y medidas a los ayuntamientos sobre actualización del padrón municipal (BOE 177, de 25 de julio de 1997): “Este título puede ser una escritura de propiedad o un contrato de arrendamiento, pero también un contrato de suministro de un servicio de la vivienda (agua, gas, electricidad, teléfono, etc.), o, incluso, no existir en absoluto (caso de la ocupación sin título de una propiedad ajena, sea pública o privada). En este último supuesto, el gestor municipal debería comprobar por otros medios (informe de la policía local, inspección del propio servicio, etc.) que realmente el vecino habita en ese domicilio, y en caso afirmativo inscribirlo en el padrón, con completa independencia de que el legítimo propietario ejercite sus derechos ante las autoridades o tribunales competentes, que nunca serán los gestores del padrón. Cuando un ciudadano solicite su alta en un domicilio en el que ya consten empadronadas otras personas, en lugar de solicitarle que aporte el documento que justifique su ocupación de la vivienda, se le deberá exigir la autorización por escrito de una persona mayor de edad que figure empadronada en ese domicilio. Si, con ocasión de este empadronamiento, la Administración municipal advirtiera que las personas que figuran empadronadas en ese domicilio lo han abandonado, aceptará el empadronamiento de los nuevos residentes en la vivienda conforme al procedimiento ordinario, y, simultáneamente, iniciará expediente de baja de oficio en su padrón de las personas que ya no habitan en ese domicilio. Esta circunstancia podrá hacerse constar en el apartado ‘observaciones’ de la certificación que pueda expedirse a instancia de los nuevos empadronados. Y cuando el alta se produzca en un establecimiento colectivo (residencias, conventos, etc.), la autorización deberá ser suscrita por la persona que ostente la dirección del mismo. En estos casos se hará constar en el apartado ‘tipo de vivienda’ de la hoja padronal la mención ‘colectiva’. En los demás casos, el tipo de vivienda es ‘familiar’.”

23. Según la STSJ del País Vasco 145/2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 21 de marzo (JUR 2000/233447): “Lo expuesto aboca a esta sala a estimar el presente recurso toda vez que, además de adolecer el acto impugnado de la más mínima motivación, no habiéndose negado que el recurrente es vecino de hecho, residente, en el término municipal de Ortuella, su alcalde, ante la solicitud de empadronamiento presentada cumpliendo los requisitos legales establecidos, debió admitirla, resultando para tal reconocimiento intranscendentes las condiciones de habitabilidad de la vivienda u otras circunstancias urbanísticas que afecten a la misma para cuyo restablecimiento tienen las entidades locales otros cauces legales previstos, sin necesidad de negar la vinculación administrativa solicitada.”

derecho de sufragio en un determinado municipio. En estos casos, la Administración municipal tiene la potestad de acordar de oficio la baja en el padrón, si bien para ello debe seguir un determinado procedimiento donde se acredite fehacientemente que el domicilio indicado por el interesado no reúne el carácter de habitualidad.

El procedimiento para acordar la baja en caso de incumplimiento de la obligación de residir efectivamente en el municipio se acordará normalmente de oficio, si bien no cabe excluir que un tercero interesado inste la baja ante la pasividad de la entidad municipal. En este sentido, encontramos alguna decisión de los tribunales donde se condena a un ayuntamiento por inactividad, en relación con el escrito del recurrente relativo a la solicitud de modificación del padrón municipal, a verificar los resúmenes anuales de población a fin de proceder a depurar las reclamaciones que puedan formularse.²⁴

En el procedimiento de baja de oficio resulta inexcusable la apertura del trámite de audiencia y su notificación a la persona interesada. En este sentido cabe mencionar abundantes sentencias que declaran la nulidad de la baja acordada unilateralmente sobre la base de la ausencia de dicho trámite.²⁵ Se trata de un supuesto que puede fácilmente subsumirse en el supuesto de nulidad de pleno derecho “por haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido” [artículo 62.1.e) de la LRJPAC].

También se requiere una actividad probatoria suficiente que demuestre que la persona no reside en dicho término municipal. En este sentido se ha planteado el valor probatorio de los informes realizados por agentes de la autoridad para constatar su residencia. Dichos informes probatorios gozan de lo que ha venido a denominarse presunción de certeza o veracidad. En esta línea encontramos diversas sentencias que han reconocido el valor de informes donde se pone de manifiesto el “patente, manifiesto y palmario fraude de ley” [vid., por ejemplo, la STSJ de Navarra núm. 813/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única), de 24 de julio (RJCA 2003/841)].

La inscripción en el padrón es prueba fehaciente de la residencia en el municipio y de la vecindad municipal.²⁶ Ahora bien, no es una prueba absoluta ni incondicionada, sino que requiere que los hechos en los que se basan se correspondan con la realidad²⁷ (técnica de control de los hechos determinantes). Por ello, para proceder a la baja del padrón será necesaria una prueba suficiente que demuestre que tal persona no reside en el término municipal. En este sentido, encontramos algunas sentencias en que se reconoce el valor probatorio de los informes policia-

24. Vid. la STSJ de Castilla y León, Burgos, 76/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única), de 7 de marzo (JUR 2003/58118).

25. Vid. la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) de 21 de marzo de 2001 (RJ 2001/6605); STSJ de Castilla y León, Valladolid, 1609/2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 26 de septiembre (JUR 2001/6642); STSJ de Cataluña 707/2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 26 de junio.

26. Según M. J. ALONSO MAS estaríamos ante una presunción de residencia habitual y por tanto de vecindad. Vid. de esta autora el comentario al artículo 15 de la LBRL en la obra colectiva de M. J. DOMINGO ZABALLOS (ed.): *Comentarios a la Ley básica de régimen local*, Ed. Civitas, Madrid, pág. 294.

27. Vid. J. PEMÁN GAVÍN; A. EZQUERRA HUERVO: “La población municipal...”, *op. cit.*, págs. 1242-1244.

les, especialmente cuando se pone de manifiesto el “patente, manifiesto y palmario fraude de ley”.²⁸ En otros casos, sin embargo, se da preferencia al padrón en relación con el informe de la policía municipal, como es el caso de la STSJ de Cataluña núm. 790/1999 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 15 de julio (RJCA 1999/3725).²⁹ En esta decisión se advierte que la acreditación de la inscripción municipal en el padrón comporta en un procedimiento sancionador que quede desvirtuada “la presunción de que goza el informe de la policía municipal, sin que las sospechas a que puedan conducir el resto de los documentos obrantes en autos sean suficientes como para la destrucción de la razonable duda que ampara en todo caso los intereses de la parte actora”. Cabe advertir que las declaraciones efectuadas por vecinos a los agentes de la policía municipal sobre si dicha persona vive o no en aquella vivienda no tienen presunción de certeza por ser incorporadas al informe, sino que sólo se da fe que se realizaron dichas declaraciones ante la policía.³⁰

3.1.3. La obligación de inscripción periódica de los extranjeros que están en la situación administrativa de “residentes permanentes”

Una de las novedades más relevantes de la nueva regulación es el establecimiento de la obligación de renovación periódica de la inscripción padronal, así como la declaración de caducidad de esta inscripción al transcurrir un plazo temporal que establece la ley.

Esta obligación queda delimitada al supuesto de los extranjeros no comunitarios sin autorización de residencia permanente. Es decir, los extranjeros que se encuentren en situación de estancia (período de tiempo que no exceda de noventa días, salvo el supuesto de los estudiantes, que será igual a la del curso para el que estuviera matriculado), residencia temporal (período de tiempo superior a noventa días e inferior a cinco años), así como todos aquellos que estén en situación irregular ya sea originaria o sobrevenida, ya tengan o no una orden de expulsión o un procedimiento sancionador en curso. Por tanto, únicamente quedan fuera los extranjeros que tengan autorización de residencia permanente.

La duración de la inscripción de empadronamiento es en estos casos de un máximo de dos años. Una vez éstos han transcurrido, se produce la caducidad de la mencionada inscripción y, por tanto, la necesidad que se produzca a renovar por parte del extranjero si quiere continuar estando empadronado.

A mi entender, la Administración no tiene o tiene un escaso margen de discrecionalidad para declarar la caducidad de la inscripción en el padrón. Entiendo que cuando la ley utiliza la expresión “podrá” ello no significa necesariamente la existencia de discrecionalidad administrativa, tal y como ha señalado destacados auto-

28. Vid. la STSJ de Navarra núm. 813/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única), de 24 de julio (RJCA 2003/841).

29. En el mismo sentido, *vid.* las STS de 3 de octubre de 1984 (RJ 1984/4697) y de 11 de junio de 1984 (RJ 1984/3570).

30. Vid. V. AGUADO I CUDOLÀ: *La presunción de certeza en el Derecho administrativo sancionador*, Ed. Civitas, Madrid, 1994.

res.³¹ La Administración está obligada a declarar la caducidad de la inscripción para asegurar el cumplimiento de la obligación de renovación periódica para el extranjero excepto en dos supuestos: a) que el extranjero haya instado ya la renovación, y b) que el extranjero haya cambiado de situación administrativa accediendo a la residencia permanente. Se trata en cualquier caso de una declaración que se realiza *ex officio* por la propia Administración municipal.

Otra cuestión que cabe plantear es si la declaración de caducidad tiene carácter constitutivo o declarativo. Es decir, si la caducidad se produce *ex lege* por el simple transcurso del plazo de dos años o bien es necesario realizar un requerimiento previo al interesado. Tal y como la configura la redacción de la ley puede interpretarse que se produce automáticamente ya que se hace una advertencia expresa de que no será necesaria la audiencia del interesado. La causa que produce la caducidad es el mero transcurso del plazo legalmente establecido.

Aquí se plantea otra cuestión: ¿en qué medida la declaración sin necesidad de audiencia al interesado afecta al derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la Constitución? Cabe decir que el artículo 105.c) de la CE, a la regulación por ley del procedimiento administrativo, dice que ésta garantizará el trámite de audiencia "cuando proceda". Por tanto, se admite la posibilidad que en determinados procedimientos no haya esta audiencia. Por ejemplo, un supuesto relevante que es comúnmente aceptado se encuentra en el artículo 112 de la Ley 30/1992, cuando, al referirse a los recursos administrativos, nos dice que el trámite de audiencia solamente será preceptivo cuando hayan de tenerse en cuenta nuevos hechos o documentos no recogidos en el expediente originario, no considerándose como documentos nuevos el recurso, los informes y las propuestas, así como los aportados por el propio interesado.

Cabe señalar, sin embargo, la existencia de una serie de supuestos donde será necesario dar audiencia pese a los términos tan estrictos en que parece pronunciarse el precepto legal, ya que de otra forma podrá considerarse inconstitucional.

A mi entender, no se podrá prescindir del trámite de audiencia en los supuestos en que el extranjero conste en el padrón que se encuentra en situación de residencia temporal. Para saber si un extranjero se encuentra en esta situación, la reforma de la Ley orgánica 4/2003 establece la obligación de proveerse de una tarjeta de identidad como documento acreditativo de la autorización administrativa para residir, adaptando así nuestra normativa al Reglamento comunitario 1030/2002 del Consejo, de 13 de junio de 2002. El mismo artículo 16.2.f) de la LBRL, según su nueva redacción, habla del número de tarjeta de residencia en vigor. En estos casos, será preceptiva la audiencia porque cabe la posibilidad que el extranjero haya consolidado su situación y haya pasado a tener la residencia permanente. Así, el artículo 32 de la LODYLE prevé que tendrán derecho a la residencia permanente los que hayan tenido la residencia temporal durante cinco años de forma continuada. En este caso, si el extranjero ha consolidado su situación, queda excluido

31. *Vid.*, por todos, la obra clásica de F. SAINZ MORENO: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1976.

de la obligación periódica de renovar su inscripción en el padrón. Por tanto, ha de posibilitarse la aportación de esta documentación para acreditar su nueva situación administrativa. En este sentido, el trámite de audiencia es preceptivo.

En el resto de casos, que serán mayoritariamente los extranjeros que se encuentren en situación irregular, la necesidad de dar audiencia es más discutible. Parece claro que un extranjero en situación irregular no puede acceder directamente a la situación de residencia permanente, sino que previamente habrá de pasar por la residencia temporal en el caso que pueda regularizar su situación de acuerdo con el artículo 31.4, cuando prevé la autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la justicia o otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. En estos casos, por tanto, la obligación de renovación periódica de la inscripción en el padrón no es tan susceptible de discusión como en el caso anterior. Si bien la ley no establece la obligatoriedad del trámite de audiencia, ello no excluye que la Administración pueda acordarla para dar una mayor garantía al interesado.

Otra cuestión que se plantea es la obligación de notificar la declaración de caducidad al interesado. En este sentido, el artículo 58.1 de la LRJPAC establece la necesidad de notificar todas aquellas decisiones que afecten a derechos e intereses legítimos. La declaración de caducidad puede incluirse claramente en este caso. De esta forma, la notificación podría servir para recordar que el extranjero puede volver a ser inscrito si lo solicita nuevamente. En los supuestos en que notoriamente el extranjero no viva efectivamente en este domicilio y se deje constancia en el procedimiento, podrá considerarse como practicada de acuerdo con el artículo 59 de la LRJPAC.

3.2. La condición de vecino y los derechos que se derivan de la inscripción en el padrón municipal

La inclusión en el padrón municipal, tal y como señala A. Bullón Ramírez, “hace variar la situación jurídica de la persona, influyendo en su capacidad de obrar administrativa y en la esfera de sus derechos privados, originándose por esta cualidad de miembro, un verdadero estatus jurídico administrativo”.³² Se trata, por tanto, de un complejo de situaciones jurídicas diversas (potestades, derechos, obligaciones) que son consideradas unitariamente en función de un determinado rol social o jurídico de las personas, en este caso el factor aglutinador es el de su residencia habitual y efectiva en un determinado municipio.

32. Vid. A. BULLÓN RAMÍREZ: *La población municipal*, Ed. IEAL, Madrid, 1959, pág. 12. Recogiendo las palabras de este autor, vid. la STS de 2 de enero de 1996 (RJ 1996/63): “El padrón municipal, como medio de control de la población que integra un núcleo urbano, es un documento público y fehaciente a todos los efectos administrativos, constituido por la relación de residentes y transeúntes de un término municipal con inclusión de todos los datos de interés del Estado, de la comunidad autónoma y del propio municipio, precisos para configurar las relaciones públicas con dichas entidades, artículo 62 del Real decreto 1690/1986, de 11 de julio (RCL 1986/2662), Reglamento de población y demarcación territorial, de forma que la inclusión en el mismo de una persona no es más que el ejercicio de la libertad de residencia, que concede el artículo 19 de la CE, haciendo variar la situación jurídica de la misma, influyendo en su capacidad de obrar administrativa, y en la esfera de los derechos privados, originándose por ello, un verdadero estatus jurídico administrativo, de cuyos derechos y situación no puede ser privado el ciudadano sino en los casos y en la forma establecida por la ley.”

Si bien en el caso de los ciudadanos españoles, la inscripción en el padrón municipal suponía una modificación de su estatus, la legislación de régimen local estableció ciertas prevenciones con relación a los extranjeros. En efecto, la LBRL, en su redacción dada por la Ley 4/1996, establece que la inscripción de los extranjeros en el padrón municipal no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España (artículo 18.2). Con esta cautela, el legislador ciñó el papel del padrón a sus estrictos términos: el posibilitar un mayor conocimiento real de la población municipal con independencia de la situación jurídica de sus habitantes.

La Ley orgánica 4/2000 introdujo como requisito esencial para el ejercicio de determinados derechos el encontrarse en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente. Concretamente, en su redacción inicial se refería al derecho a la asistencia sanitaria (artículo 12.1), al derecho de ayudas en materia de vivienda (artículo 13) y al derecho a la asistencia jurídica gratuita (artículo 20.2). De esta forma, el padrón municipal se convertía en un instrumento de integración de la población irregular que no sólo podía probar que se encontraba en determinadas fechas en territorio español, sino que también se le facilitaba el acceso a determinados servicios.

Con la Ley orgánica 8/2000, se reduce considerablemente el papel del padrón municipal que la legislación anterior le había atribuido en la política de inmigración, al mismo tiempo que se produce una restricción considerable de los derechos y libertades de los extranjeros. Si bien se mantiene para los inscritos en el padrón el supuesto de asistencia sanitaria, se exige la situación administrativa de residencia para tener derecho a acceder al sistema público de ayudas en materia de viviendas. También se mantiene para el derecho a la asistencia jurídica gratuita, excepto en los procedimientos administrativos que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos de asilo. En cambio, encontramos también algunos supuestos en los que ni se requiere la residencia legal ni el padrón, sino simplemente el encontrarse físicamente en territorio español, como son los servicios y prestaciones sociales básicas, el derecho y deber a la educación obligatoria hasta los 18 años.

El acceso a la condición al padrón municipal y a la condición de vecino comporta a su vez el ser titular de los derechos que viene reconociendo la legislación de régimen local, en especial los previstos en el artículo 18 de la LBRL.³³ Sin embargo,

33. Según este precepto legal los vecinos tienen los siguientes derechos: "a) ser elector y elegible de acuerdo con lo dispuesto en la legislación electoral; b) participar en la gestión municipal de acuerdo con lo dispuesto en las leyes y, en su caso, cuando la colaboración con carácter voluntario de los vecinos sea interesada por los órganos de gobierno y administración municipal; c) utilizar, de acuerdo con su naturaleza, los servicios públicos municipales, y acceder a los aprovechamientos comunales, conforme a las normas aplicables; d) contribuir mediante las prestaciones económicas y personales legalmente previstas a la realización de las competencias municipales; e) ser informado, previa petición razonada, y dirigir solicitudes a la Administración municipal en relación con todos los expedientes y documentación municipal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 105 de la Constitución; f) pedir la consulta popular en los términos previstos en la ley; g) exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio; aquellos otros derechos y deberes establecidos en las leyes."

la LODYLE reserva a los extranjeros residentes, empadronados en un municipio todos los derechos establecidos por tal concepto en la legislación de bases de régimen local, pudiendo ser oídos en los asuntos que les afecten, de acuerdo con lo que dispongan los reglamentos de aplicación.³⁴

La inscripción en el padrón constituye un elemento importante para la acreditación de la residencia efectiva en el término municipal. En general, los datos contenidos en el padrón gozan de lo que se ha denominado una presunción *iuris tantum* de exactitud.³⁵ En realidad, se trata de un registro público cuyos datos pueden acreditarse a través de las correspondientes certificaciones que como documentos públicos dan fe, salvo prueba en contrario.

Por lo que respecta a los datos que el padrón contiene sobre extranjeros, la LBRL establece que la inscripción en el padrón no constituirá prueba de su residencia legal en España. Ahora bien, cuestión distinta es que dicha inscripción pueda servir como una de las formas de acreditación de la permanencia del extranjero durante un determinado período en territorio español. Este extremo no es irrelevante por cuanto con dicha acreditación podrá, en determinados casos, accederse a la regularización de su situación.³⁶

3.3. La determinación de políticas públicas a través del padrón municipal

Entre las funciones esenciales del padrón está la de conocer cuál es la población de un determinado municipio. Sobre la base de los datos del padrón, la entidad

34. Vid. el artículo 52.2 del Reglamento de territorio y población de las entidades locales de Aragón, aprobado por el Decreto aragonés 346/2002, de 19 de noviembre: "Los extranjeros con permiso de residencia y empadronados en el municipio tienen los derechos y los deberes propios de los vecinos, excepto los de carácter político. En cuanto al derecho al sufragio activo y pasivo se estará a lo dispuesto en la legislación reguladora de las elecciones locales." El artículo 2 del Decreto catalán 188/2001, de 26 de junio, de los extranjeros y de su integración social en Cataluña: "Las corporaciones locales de Cataluña han de garantizar a los extranjeros residentes, empadronados en un municipio de Cataluña, el ejercicio de todos los derechos que reconoce la normativa vigente en materia de régimen local a los ciudadanos empadronados en un municipio, en especial, a ser escuchados en todas aquellas cuestiones que les afectan."

35. La jurisprudencia ha señalado que esta presunción de exactitud prevalece incluso respecto a otros elementos probatorios, como puede ser un informe de la policía local. En esta línea, vid. la importante STSJ 790/1999 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 15 de julio (RJCA 1999/3725): "Tales certificaciones, a las que la demandada pretende quitar toda eficacia, tienen precisamente la que les viene atribuida por el artículo 62, párrafos 1 y 2, del Real decreto 1690/1986, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de población y demarcación territorial de las entidades locales, a cuyo tenor el padrón municipal, en cuanto relación de los residentes y transeúntes inscritos en el término municipal, es un documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos, constituyendo sus datos prueba plena de la residencia, datos que se acreditan, precisamente, por medio de las certificaciones de que se trata. De manera que, acreditado que el actor figuraba inscrito en él ya en la fecha del requerimiento de descalificación y durante todo el período de duración del expediente sancionador, y no constando que su esposa e hijos estuviesen en situación distinta, ha quedado plenamente desvirtuada la presunción de que goza el informe de la Policía Municipal, sin que las sospechas a que puedan conducir el resto de los documentos obrantes en autos sean suficientes como para la destrucción de la razonable duda que ampara en todo caso los intereses de la parte actora."

36. Así, el Ararteko, en el informe específico que realiza en 1997 sobre "El acceso de los extranjeros a los padrones municipales", señala: "El empadronamiento serviría para justificar una residencia en España en cualquier hipotético procedimiento global de regularización o en el curso de un procedimiento administrativo regularizador singular por vía de la exención de visado o del reagrupamiento familiar, como un medio excelente de acreditación de arraigo en la sociedad de acogida. Todo ello, sin perjuicio de las prestaciones sociales para las que el empadronamiento pueda ser un requisito esencial."

local puede disponer de estadísticas, cuyas cifras son fundamentales para planificar y programar los servicios municipales que ha de prestar, pudiendo destinar con cierta anticipación las inversiones y las partidas necesarias para ello.³⁷ En la medida que los extranjeros acceden a los distintos servicios públicos municipales, ya sea porque tienen derecho a los mismos, ya sea por razones de índole puramente fáctica, comporta la necesidad que la entidad municipal pueda conocer cuantos de ellos se encuentran en su territorio. Es más, la legislación vigente tiene en consideración la población municipal para la distribución de los fondos entre las diversas entidades locales,³⁸ por cuyo motivo un municipio puede verse beneficiado con mayores inversiones si refleja la población extranjera en el padrón municipal.³⁹

En este sentido, los datos del padrón se revelan como imprescindibles para poder realizar una adecuada planificación de las políticas que llevarán a cabo los municipios en los próximos mandatos. La elaboración de planes, sobre la base del padrón municipal, destinados a atender las nuevas necesidades que plantea la presencia de una nueva población municipal, permite una mayor racionalización en la toma de decisiones administrativas.⁴⁰ En efecto, por una parte, la planificación constituye una forma de definición de los objetivos a alcanzar y, por otra, comporta la vinculación de unas actuaciones más o menos aisladas, estableciendo unas líneas de actuación para alcanzar estos objetivos. Hay, por tanto, una previsión de las actividades que hay que llevar a cabo para alcanzar unos objetivos y también permite contemplar el fenómeno en su conjunto, desde una perspectiva globalizadora y coordinada.

En esta línea encontramos, cada vez más, una mayor sensibilidad de los municipios por elaborar planes y definir actuaciones en las que se incorporan los datos que ofrece el padrón. El crecimiento exponencial de la población a través de la inmigración, que se constata a través del padrón municipal, comporta que los municipios no puedan ignorar esta realidad sin el riesgo de que se produzca una grave fractura social.

De esta forma, encontramos planes específicamente dirigidos al fenómeno de la inmigración o bien en otras ocasiones planes de ciudadanía. En cualquier caso, no se trata de establecer nuevas políticas más favorables respecto a esta nueva población, sino simplemente en normalizar su acceso a los distintos servicios públicos municipales en las mismas condiciones que el resto de los ciudadanos. Esta nor-

37. Vid. J. MIR I BAGÓ: "Municipios e inmigración. Los ayuntamientos ante la nueva Ley de extranjería...", *op. cit.*

38. Según el artículo 115 de la Ley reguladora de las haciendas locales, la población municipal constituye un elemento fundamental en los criterios de distribución de la participación municipal en el Fondo Nacional de Cooperación Municipal.

39. Según noticia del diario *El País* de 18 de enero de 2001: "El delegado del Gobierno para la Inmigración, Enrique Fernández-Miranda, pidió ayer a todos los ayuntamientos de España que sean más 'cuidadosos' y 'exigentes' en la elaboración de sus padrones de habitantes y no inflen sus censos empadronando a inmigrantes irregulares para recibir más dinero del Estado."

40. Sobre la planificación administrativa en el ámbito de la inmigración, *vid.* V. AGUADO I CUDOLÀ: "L'actuació dels ens locals en l'àmbit de la immigració. El Pla municipal d'immigració de Barcelona", en *La immigració a Catalunya avui. Anuari 2002*, Ed. Fundació Jaume Bofill, págs. 109-124. Desde una perspectiva no jurídica, es de gran interés el estudio de M. NADAL; R. OLIVERES; M. A. ALEGRE: *Les actuacions municipals a Catalunya en l'àmbit de la immigració* (inédito), Informe elaborado por encargo de la Associació Consell de Cent y de la Fundació Jaume Bofill, septiembre de 2001.

malización puede comprender, fundamentalmente, tres tipos de actuaciones: garantizar la accesibilidad de todos a los servicios públicos municipales, redimensionar la oferta de servicios de acuerdo con las necesidades y demandas de la población y la reconceptualización de una serie de servicios.

También, cabe advertir que unas veces esta planificación va dirigida a materias o ámbitos específicos (cultura, servicios sociales, inserción laboral, vivienda, etc.), mientras que otras veces tienen carácter transversal. La transversalidad permite abordar de una forma más coordinada los distintos aspectos que presenta la inmigración. Se trata de abordar horizontalmente temas que por su naturaleza escapan de la división compartimental de la Administración pública. También podemos encontrar planes con efectos meramente internos, con vocación de no trascender más allá del ámbito organizativo, y otros en cambio con efectos externos, con pretensión de incidir en la ciudadanía.

La identificación de la población a través del padrón municipal permite que los poderes públicos conozcan mejor su composición y puedan instrumentar fórmulas de participación. El hecho que los extranjeros tengan limitado el derecho de sufragio a las elecciones municipales en los supuestos de situación administrativa regular y siempre que se den condiciones de reciprocidad en sus países de origen, implica la necesidad de buscar fórmulas alternativas de participación a través de órganos y procedimientos administrativos. En esta línea, los datos del padrón municipal pueden ser uno de los criterios que permitan dar representatividad a los diversos colectivos de inmigrantes ya sea de forma orgánica (consejos asesores o consultivos, fóruns o mesas sectoriales) o bien en los distintos procedimientos administrativos entre los que deben destacar los relativos a la elaboración de los planes relativos a la inmigración.

4. El padrón municipal como fichero de datos de titularidad pública

Además de considerarse un registro administrativo, el padrón municipal constituye un fichero de datos de titularidad pública. En este sentido, la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos (LOPD), define al fichero como "todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso", y los datos de carácter personal como "cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables". En efecto, del contenido del artículo 16 de la LBRL podemos concluir que el padrón contiene datos de carácter personal referidos a personas físicas identificadas como son los vecinos de un municipio y que es un conjunto organizado de los mismos.

La consideración del padrón como un fichero de datos comporta la aplicación de la normativa prevista en la LOPD y en su normativa de desarrollo, que, junto a la legislación de régimen local, constituirá el régimen jurídico básico.⁴¹ De esta forma,

41. Vid. I. VILLAVEDE MENÉNDEZ: "Protección de datos personales y padrón municipal", en *Cuadernos de Derecho Local*, 1, febrero de 2003, págs. 91-92: "Ciertamente, el padrón es un registro administrativo, sometido, por tanto, a lo dispuesto en el artículo 105.b) de la CE, que remite a la ley la regulación del acceso a los archivos y registros administrativos.

el titular de los datos dispondrá de una serie de derechos, entre los que cabe destacar los de acceso, rectificación y cancelación.

La legislación de protección de datos distingue entre ficheros de titularidad pública y ficheros de titularidad privada. El criterio que permite distinguir entre unos y otros estriba en si la titularidad es de las administraciones públicas (artículo 20 de la LOPD) o de personas o entidades privadas (artículo 25 y siguientes de la LOPD). En el caso de las administraciones públicas establece una serie de reglas específicas que son fundamentalmente sobre creación, modificación o supresión (artículo 20), comunicación de datos entre administraciones públicas (artículo 21), ficheros de las fuerzas y cuerpos de seguridad (artículo 22) excepciones a los derechos de acceso, rectificación y cancelación (artículo 23) y otras excepciones a los derechos de los afectados (artículo 24).

En el caso específico de los ficheros de titularidad pública, éstos deben ser creados, modificados o suprimidos por una disposición de carácter general publicada en el boletín o diario oficial correspondiente. Esta disposición general es por lo que se refiere al padrón municipal los artículos 15 a 18 de la LBRL, basándose en los cuales los municipios han de organizar y mantener dichos ficheros.

4.1. El derecho a la protección de datos y el deber de colaboración interadministrativa: la comunicación de datos entre administraciones públicas

La exigencia de mantener la confidencialidad de los datos del padrón se plantea desde dos perspectivas fundamentales: la primera, en atención a la primacía del derecho fundamental a la protección de datos reconocido en el artículo 18.4 de la CE, y la segunda en cuanto constituye un instrumento que dispone la entidad local para incentivar la inscripción de la población real del municipio.⁴² Interesa, por tanto, examinar en qué medida la legislación vigente al regular el funcionamiento del padrón municipal permite asegurar esta confidencialidad.

El artículo 18 de la CE –que reconoce en su apartado primero el derecho a la intimidad personal y familiar– realiza en su apartado cuarto una mención específica a que “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. De este apartado cuarto, algunos autores han entendido que se deriva un derecho autónomo o diferenciado, que ha venido a denominarse derecho a la “autodeterminación informativa” o “libertad informática” o “protección de datos”. Ello ha sido con-

Pero es un registro peculiar en el sentido de que está compuesto únicamente por los datos personales de quienes sean vecinos de ese municipio (artículo 16 de la LBRL y 57 del RPT). Así, pues, el padrón no es sino un ‘conjunto organizado de datos de carácter personal’ [artículo 3.b) de la LOPD], que en cuanto tal, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2.1 de la LOPD está sujeto a las normas sobre protección de datos personales establecidas en ella y demás legislación concordante [...]. En suma, el padrón es, al tiempo que un registro administrativo de vecinos, un fichero informatizado (‘automatizado’ en la terminología de la LOPD) de sus datos personales, cuyo régimen jurídico, además del establecido en la LBRL, que lo crea y lo regula, y el RPT, que desarrolla lo dispuesto en la LBRL, es el previsto en la LOPD en lo relativo a la protección de los datos personales de los vecinos en él contenidos.”

42. Este último aspecto es puesto singularmente de relieve por J. MIR I BAGÓ: “Municipios e inmigración. Los ayuntamientos ante la nueva Ley de extranjería...”, *op. cit.*

firmado por la jurisprudencia constitucional, especialmente a raíz de la STC 292/2000, de 30 de noviembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el defensor del pueblo contra varios incisos de algunos preceptos de la LOPD. Así, el Alto Tribunal ha señalado que:

“Este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del artículo 18.1 de la CE, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la ley, aquella que conforme al artículo 18.4 de la CE debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran.”

Cabe advertir que el derecho a la protección de datos no constituye un derecho absoluto ni incondicionado, como señala la propia STC 292/2000, y que encuentra sus límites específicos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de acuerdo con el principio de unidad de la Constitución. De esta forma, el Tribunal entiende que los derechos fundamentales “pueden ceder ante bienes e intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido (STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6; 18/1999, de 22 de febrero, FJ 2)”. En esta misma línea advierte que “el apoderamiento legal que permita a un poder público recoger, almacenar, tratar, usar y, en su caso, ceder datos personales, sólo está justificado si responde a la protección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos”.

La posible existencia de excepciones en relación al derecho de protección de datos ha sido puesto especialmente de relieve por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en relación con la interpretación de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Esta directiva destinada a la aproximación de las legislaciones nacionales de los estados miembros entiende que éstas “tienen por objeto garantizar el respeto de los derechos y libertades fundamentales, particularmente del derecho al respeto de la vida privada reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como en los principios generales del Derecho comunitario”.

El artículo 8 del CEDH, al tiempo que enuncia, en su apartado 1, el principio de no-injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho a la vida privada, admite, en su apartado 2, que una injerencia de este tipo es posible en tanto en cuanto esté “prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la

protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás”.

El legislador no tiene una libertad omnímoda en el ejercicio del derecho fundamental sino que debe realizarse dentro de los límites constitucionales. De aquí que puede considerarse inconstitucional un apoderamiento o habilitación genérica para acceder a los datos personales del padrón que no tenga el suficiente grado de certeza y de previsibilidad.⁴³ Por tanto, para que sea constitucionalmente válida esta medida deberá realizarse dentro de los límites que determine claramente el legislador. De otra forma, tal y como ha señalado la propia STC 292/2000, “la ley habrá vulnerado el derecho fundamental en cuestión, ya que no sólo habrá frustrado la función propia de toda reserva de ley relativa a derechos fundamentales al renunciar a fijar por sí misma esos límites, dado que la reserva de ley impone al legislador, además de promulgar esa ley, regular efectivamente en ella la materia objeto de la reserva”.

Un criterio fundamental para comprobar si los límites que fija el legislador son compatibles con el derecho fundamental será el principio de proporcionalidad. El test alemán de proporcionalidad que ha venido aplicando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional consiste en constatar si se cumplen tres requisitos o condiciones que son los siguientes: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.⁴⁴ La idoneidad hace referencia a la aptitud o adecuación de la medida objeto de control para conseguir la finalidad perseguida. Por su parte, la necesidad consiste en la ausencia de alternativas más moderadas o menos gravosas para la consecución, con igual eficacia, de la finalidad perseguida. Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación comporta que la medida sea proporcionada o equilibrada por derivarse de la misma más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. Dentro de la proporcionalidad en sentido estricto se debe ponderar la incidencia disuasoria de la medida impugnada en relación con el legítimo ejercicio del derecho fundamental restringido.

La exigencia del test de proporcionalidad para comprobar si los límites que se establecen al derecho de protección de datos son conformes al artículo 8 del CEDH, ha sido puesto de relieve especialmente por la STJCEE de 20 de mayo de 2003 (caso “Divulgación de datos sobre los ingresos de empleados de entida-

43. En esta línea, la STC 292/2000 advierte que: “Aun teniendo un fundamento constitucional y resultando proporcionadas las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una ley (STC 178/1985), éstas pueden vulnerar la Constitución si adolecen de la falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación. Conclusión que se corrobora en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha sido citada en el F 8 y que aquí ha de darse por reproducida. Y ha de señalarse, asimismo, que no sólo lesionaría el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE), concebida como certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre la cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el Derecho (STC 104/2000, F 7, por todas), sino que al mismo tiempo dicha ley estaría lesionando el contenido esencial del derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio.”

44. Vid. M. GONZÁLEZ BEILFUSS: *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Ed. Aranzadi, colección “Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional”, núm. 11, Pamplona, 2003.

des sujetas al control del *Rechnungshof*). El TJCEE recoge la jurisprudencia del TEDH que analiza la expresión “injerencia necesaria” prevista en el artículo 8 del CEDH como excepción del derecho a la protección de datos. De acuerdo con esta jurisprudencia, el adjetivo “necesario” comporta “que esté en cuestión una ‘necesidad social imperiosa’ y que la medida adoptada sea ‘proporcionada a la finalidad legítima perseguida’”.

Con carácter general, la LOPD regula en su artículo 21 la comunicación de datos entre administraciones públicas en los siguientes términos:

“1. Los datos de carácter general recogidos o elaborados por las administraciones públicas para el desempeño de sus atribuciones no serán comunicados a otras administraciones públicas para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas, salvo *cuando la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición de superior rango que regule su uso*, o cuando la comunicación tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos.

“2. Podrán, en todo caso, ser objeto de comunicación los datos de carácter personal que una administración pública obtenga o elabore con destino a otra.

“3. No obstante lo establecido en el artículo 11.2.b), la comunicación de datos recogidos de fuentes accesibles al público no podrá efectuarse a ficheros de titularidad privada, sino con el consentimiento del interesado o cuando una ley prevea otra cosa.

“4. En los supuestos previstos en los apartados 1 y 2 del presente artículo no será necesario el consentimiento del afectado a que se refiere el artículo 11 de la presente ley.”

Del precepto en cuestión, debe advertirse que podemos distinguir los siguientes supuestos en relación con la finalidad con la que se ceden los datos: a) para el ejercicio de competencias que no sean diferentes o que versen sobre las mismas materias entre las administraciones; b) para el ejercicio de competencias diferentes o que versen sobre materias distintas, y c) cuando los datos se hayan obtenido con el propósito de cederlos a otra Administración.

En los casos a) y c) el propio artículo 21.1 de la LOPD permite la cesión de datos entre administraciones públicas. Se trata, por ejemplo, de aquellos casos en que se trate de competencias que versan sobre un mismo ámbito material, como puede ser el caso de los servicios sociales.⁴⁵

45. Así podemos ver como en los Convenios entre el Imsero y las comunidades autónomas se prevé esta cesión de datos del padrón. En la Resolución de 11 de marzo de 2002 por la que se publica el protocolo adicional que proroga para 2001 el Convenio de colaboración con el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales para el desarrollo de actuaciones conjuntas en materia de atención a inmigrantes, refugiados, solicitantes de asilo y desplazados (DOE 36, de 30 de marzo de 2002) se señala que: “La comunidad autónoma remitirá al Imsero información acerca de la escolarización de niños extranjeros, así como acerca de los datos disponibles de extranjeros incluidos en los padrones municipales de su ámbito geográfico y se llevará a cabo la colaboración en el seguimiento de dichos datos para poder implementar los programas de integración procedentes. Igualmente, la comunidad autónoma remitirá al Imsero la información correspondiente a las estadísticas e informaciones relativas a inmigrantes extranjeros de aquellos proyectos dirigidos a la integración social de inmigrantes, solicitantes de asilo, refugiados y desplazados, en los que interviene la citada comu-

Por lo que se refiere al caso c), veámos cómo el artículo 21.1 de la LOPD prevenía dos posibilidades distintas: una para cuando ello fuera previsto por las disposiciones de creación del fichero o por disposición de superior rango que regule su uso, y la otra cuando fuera para fines históricos, estadísticos o científicos. Cabe advertir que este precepto fue objeto de impugnación en un recurso de inconstitucionalidad que presentó el defensor del pueblo que fue resuelto por la STC 292/2000, de 30 de noviembre, que declaró nulo el inciso relativo a la primera posibilidad. El fundamento jurídico en que se basaba la anulación giró en torno a la imposibilidad de que a través de normas de carácter reglamentario se determinara en qué casos podían cederse o no los datos a otras administraciones públicas para el ejercicio de competencias diferentes o competencias que versen sobre materias distintas. El Alto Tribunal consideró que dicha regulación reglamentaria vulneraba la reserva de ley que el artículo 53.1 establece para el derecho fundamental. De esta forma, las excepciones a la cesión de datos que establece la LOPD quedan limitadas a los “fines históricos, estadísticos o científicos”.

Asimismo, la LOPD realiza una regulación específica de los ficheros de titularidad pública creados por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (artículo 22), en el que se limita el acceso sin el consentimiento de las personas afectadas a “aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías en función de su grado de fiabilidad”. Ello no excluye, a mi juicio, que el legislador pueda extender, en otros supuestos, la habilitación de acceso a ficheros de titularidad pública con fines policiales. El problema será, por tanto, que estos nuevos supuestos queden plenamente delimitados y se adecuen a las exigencias del derecho constitucional a la protección de datos.

Finalmente, hemos de destacar diversos preceptos legales donde se prevé la cesión de datos entre administraciones públicas. Por una parte, encontramos las propias previsiones de la LOPD, tanto las que ya han sido objeto de examen anteriormente como otras normas referidas a ámbitos específicos como el artículo 11.2 en relación con la Administración sanitaria. Por otra parte, también hay que mencionar diversas leyes que prevén en diversos ámbitos materiales la cesión de datos entre administraciones públicas, pudiendo destacar las siguientes:

–Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria: artículo 95.

–Real decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social: artículo 66.

–Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general: artículo 41, según la redacción dada por la Ley orgánica 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los ayuntamientos y la seguridad de los concejales.

nidad”. En la misma línea *vid.* también el Protocolo de 21 de enero de 2002 de la Secretaría General de la Consejería de Trabajo y Política Social de la Región de Murcia por el que se publica el Protocolo adicional 2001 al Convenio de colaboración con el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales para el desarrollo de actuaciones conjuntas en materia de atención a inmigrantes, refugiados, solicitantes de asilo y desplazados (BORM 29, de 4 de febrero de 2002).

4.2. La habilitación legal de la disposición adicional séptima de la Ley reguladora de bases de régimen local

Entre las novedades más llamativas que incorpora la Ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, es una serie de disposiciones que establecen una serie de habilitaciones con la finalidad de permitir la cesión de datos entre administraciones sin el consentimiento del interesado. En concreto, se introduce una nueva disposición adicional quinta a la LODYLE sobre "acceso a la información y colaboración entre administraciones públicas", se modifican los artículos 16.3 y 17.2 y 3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, a la cual se añade una nueva disposición adicional séptima, sobre "acceso a los datos del padrón".

En el preámbulo de la Ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, se advierte expresamente:

"También se introduce una habilitación genérica de acceso al padrón municipal a favor de la Dirección General de la Policía con el objeto de mejorar el ejercicio de las competencias legalmente establecidas sobre el control y permanencia de los extranjeros en España. Esta habilitación se formula en términos de reciprocidad con el Instituto Nacional de Estadística, al establecer la obligación de la Dirección General de la Policía de comunicar al Instituto Nacional de Estadística, con el fin de mantener actualizado el contenido del padrón, los datos de los extranjeros de que tenga constancia que pudieran haber sufrido variación en relación con los consignados en aquél."

El preámbulo se corresponde a la redacción originaria del proyecto, por lo que se habla de "habilitación genérica de acceso al padrón municipal". No obstante, hay que señalar que esta redacción inicial fue objeto de modificaciones a raíz de las enmiendas presentadas por el Partido Socialista Obrero Español en el Congreso de los Diputados que fueron consensuadas con el Partido Popular y Coalición Canaria. Concretamente por lo que se refiere al tema de la cesión de datos se tratan de las enmiendas número 152 y 154.

La enmienda 152 se refiere a la disposición adicional quinta de la LODYLE, que quedó redactada en los siguientes términos:

"1. En el cumplimiento de los fines que tienen encomendadas, y con pleno respeto a la legalidad vigente, las administraciones públicas, dentro de su ámbito competencial, colaborarán en la cesión de datos relativos a las personas que sean consideradas necesarios en los procedimientos regulados en esta ley orgánica y sus normas de desarrollo.

"2. Para la exclusiva finalidad de cumplimentar las actuaciones que los órganos de la Administración General del Estado competentes en los procedimientos regulados en esta ley orgánica y sus normas de desarrollo tienen encomendadas, la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de Estadística, éste último en lo relativo al padrón municipal de habitantes, facilitarán a aquéllos el acceso directo a los ficheros en los que obren datos que hayan de constar en dichos expedientes, y sin que sea preciso el consentimiento de los interesados, *de acuerdo con la legislación sobre protección de datos*".

Se reproduce en cursiva el añadido que supuso la enmienda respecto a la redacción original que permanece prácticamente intacta.⁴⁶ Si bien, de entrada parece positiva la referencia expresa a la legislación sobre protección de datos, cabe dudar que esta enmienda haya supuesto un gran avance en las garantías respecto a la protección de los datos inscritos en el padrón municipal. En efecto, aunque no se hiciera mención expresa, la aplicación de la legislación sobre protección de datos resultaba evidente desde una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico vigente. Seguramente por ello no debió haber ninguna objeción a la aceptación de esta enmienda.

Por su parte, la enmienda 154 se refiere a la nueva disposición adicional séptima de la LBRL que quedó definitivamente redactada en los siguientes términos:

“Para la exclusiva finalidad del ejercicio de las competencias establecidas en la Ley orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, sobre control y permanencia de extranjeros en España, la Dirección General de la Policía accederá a los datos de inscripción padronal de los extranjeros existentes en los padrones municipales, preferentemente por vía telemática.

“A fin de asegurar el estricto cumplimiento de la legislación de protección de datos de carácter personal, los accesos se realizarán con las máximas medidas de seguridad. A estos efectos, quedará constancia en la Dirección General de la Policía de cada acceso, la identificación de usuario, fecha y hora en que se realizó, así como de los datos consultados.

“Con el fin de mantener actualizados los datos de inscripción padronal de extranjeros en los padrones municipales, la Dirección General de la Policía comunicará mensualmente al Instituto Nacional de Estadística, para el ejercicio de sus competencias, los datos de los extranjeros anotados en el Registro Central de Extranjeros.

“Se habilita a los ministros de Economía y del Interior para dictar las disposiciones que regulen las comunicaciones de los datos de los extranjeros anotados en el Registro Central de Extranjeros por medios electrónicos, informáticos o telemáticos al Instituto Nacional de Estadística.”

También se reproducen en cursiva los cambios que supuso esta enmienda. Con ellas se perseguía la finalidad de establecer límites en el acceso a los datos y evitar una habilitación genérica e indiscriminada,⁴⁷ llegándose a señalar que se introducieran un mayor número de garantías que las que señaló en su momento el dictamen

46. De acuerdo con el BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-160-5 de 17/09/2003, la motivación de esta enmienda era la siguiente: “Resulta más acorde con la protección del derecho a la intimidad de las personas la regulación que se propone ya que de la redacción propuesta se deriva la facultad de acceder a ficheros en que obren datos que hayan de constar en dichos expediente, pero ello le permitiría acceder también a otros datos en los que no está legitimado su acceso.”

47. De acuerdo con el BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-160-5 de 17/09/2003, la motivación de esta enmienda era la siguiente: “Como garantía de que los datos que obran en el padrón son consultados para los exclusivos fines que marca este artículo y para velar por el máximo respeto del derecho a la intimidad de las personas, en consonancia con la legislación sobre protección de datos de carácter personal, se introduce un refuerzo de las garantías de dichos accesos.”

de la Agencia de Protección de Datos.⁴⁸ En realidad, esta enmienda lo que hace es elevar a rango de ley lo que ya venía disponiendo algunas disposiciones del Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros que contengan datos de carácter personal, aprobado por el Real decreto 994/1999, de 11 de junio. Fundamentalmente, la disposición adicional séptima se remite a las “máximas medidas de seguridad” que en la actualidad son las “medidas de seguridad de nivel alto” que regulan los artículos 23 a 26 del mencionado reglamento. Es más, prácticamente reproduce el contenido del artículo 24 de la norma reglamentaria añadiendo que debe quedar constancia también “de los datos consultados”.

Ahora bien, tanto el hecho que se delimite la finalidad de la habilitación al ámbito de la LODYLE como que se incorporen las medidas de seguridad previstas en la LOPD no son suficientes para considerar su adecuación a las previsiones constitucionales a las que hemos hecho referencia. En mi opinión, tal y como razonaré a continuación, los límites que establece la nueva regulación no se adecuan a las exigencias constitucionales⁴⁹ que conforman el derecho fundamental a la protección de datos y las medidas de acceso al padrón previstas por la nueva disposición adicional séptima de la LBRL no superan el test de proporcionalidad en sus aspectos de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

En efecto, si bien la habilitación puede ser una medida apta para conseguir la finalidad perseguida (idoneidad), no puede hablarse ni de la ausencia de alternativas más moderadas o menos gravosas para su consecución (necesidad) y no implica más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, teniendo efectos disuasorios sobre el ejercicio del derecho fundamental restringido (proporcionalidad en sentido estricto o ponderación).

La LODYLE prevé la habilitación de importantes facultades en relación con la población extranjera, en especial la vigilancia y los controles de identidad en los puestos fronterizos. Dichos controles tienen asimismo un importante mecanismo

48. En este sentido encontramos la intervención del diputado Sr. Pedret i Grenzner durante la tramitación parlamentaria de la ley: “Nuestra enmienda, aceptada por la ponencia, introduce una serie de garantías importantes ante el posible acceso al padrón municipal. Es imposible negar la posibilidad de conocimiento a los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, pero es necesario revestirlo de las garantías suficientes para preservar el derecho a la intimidad y que no se establezca una especie de extensión del conocimiento más allá de lo que fuere preciso para la actuación concreta en el marco de la ley que estamos tramitando. Las garantías respecto a la constancia de qué consultas se han hecho, quién las ha hecho, con qué objeto y en qué expediente, son posiblemente suficientes, y por eso las apoyamos, para evitar malos usos de esta información. Quisiera destacar, para conocimiento de los señores comisionados, que las garantías que introducimos van más allá –y de ello estamos satisfechos– de lo que establecía en su informe la Comisión Nacional de Protección de Datos. La ley que se va a aprobar a partir de este trámite –lo digo por las intenciones de voto anunciadas– va a contar con unas garantías superiores incluso a las establecidas por el especializado órgano que es la Comisión Nacional de Protección de Datos.” *Vid.* Congreso de los Diputados. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones, año 2003, VII Legislatura, núm. 817, Constitucional, presidencia J. I. del Burgo Tajadura, Sesión núm. 28, celebrada el 23 de septiembre de 2003, pág. 25723.

49. Sobre la inconstitucionalidad de la ley, *vid.* el dictamen elaborado por la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española acerca de la posible inconstitucionalidad de determinados artículos de la Ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, que reforma la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero. El texto de dicho dictamen puede consultarse en la dirección electrónica de la página web de extranjería del Colegio de Abogados de Zaragoza: www.reicaz.es/extranjeria. Este dictamen se basó, en este punto, en el artículo de M. PÉREZ publicado en el núm. 5 de la *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* (REDMEX, Lex Nova).

de control como es el Sistema de Información Schengen (SIS), que consiste en una base de datos destinada a garantizar la existencia de un espacio de libertad, seguridad y justicia, así como posibilitar la libertad de circulación entre los ciudadanos comunitarios y asimilados. La base de datos en cuestión tiene, entre otras finalidades, la de llevar a cabo los controles de las fronteras exteriores de la Unión Europea. También cabe hablar de la amplitud con que la jurisprudencia constitucional española viene concibiendo los requerimientos de identificación que permiten incluso llevar a cabo identificaciones de personas en el interior de las fronteras españolas basándose incluso en meros indicios raciales (STC 13/2001). La amplitud de estas extraordinarias facultades de control impide hablar de la ausencia de otras medidas que permiten llevar a cabo las finalidades de la Ley de extranjería. La facultad de control de los datos del padrón se revela como una facultad más gravosa para el extranjero en la medida que impide que sus datos sean tratados para la finalidad con que se recogieron (que son, esencialmente, los propios de la legislación local como es la condición de vecino de un municipio, el ejercicio de los derechos y la definición de las políticas públicas municipales), existiendo ya en nuestro ordenamiento otras medidas que posibilitan los controles de extranjería.

Asimismo, son claros los efectos disuasorios que comporta la habilitación legal desde la perspectiva del ejercicio del derecho fundamental. El extranjero en situación irregular difícilmente se inscribirá en el padrón municipal si sabe que no tiene un control sobre dichos datos y que los mismos pueden ser utilizados por la policía para detectar su presencia y abrir el correspondiente procedimiento administrativo sancionador de expulsión. Ello tiene aún un carácter más grave por cuanto no sólo provoca un efecto disuasorio sobre el derecho fundamental en cuestión, el de protección de datos (artículo 18.4 de la CE), sino también sobre el derecho a la salud (artículo 43 de la CE) y el derecho a la educación (artículo 27 de la CE). Recordemos que la LODYLE configura la inscripción en el padrón como requisito necesario para el ejercicio de estos derechos.

4.3. El deber de secreto y su incumplimiento: el régimen sancionador y disciplinario en caso de cesión indebida de los datos del padrón

El deber de secreto es regulado en el artículo 10 de la LOPD, según el cual el responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo.

La responsabilidad sancionadora se extiende de acuerdo con el artículo 43 de la LOPD a los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos. El responsable será "la persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento" [artículo 3.d)]. Por su parte, el encargado del tratamiento, será "la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, sólo o junto con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento". En el ámbito municipal, el responsable del fichero "padrón municipal" será a

falta de una disposición normativa que expresamente lo prevea, el alcalde de acuerdo con la competencia genérica prevista en el artículo 21.s) de la LBRL, si bien podrá delegarlo en otro órgano distinto.⁵⁰ La naturaleza esencialmente política de la figura del alcalde plantea la dificultad de exigir responsabilidad disciplinaria al mismo.

Cabe advertir que el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros que contengan datos de carácter personal, aprobado por Real decreto 994/1999, de 11 de junio, distingue de las dos figuras anteriores la del “responsable de seguridad”, que sería la “persona o personas a las que el responsable del fichero ha asignado formalmente la función de coordinar y controlar las medidas de seguridad aplicables”.

La LOPD tipifica el incumplimiento del deber de secreto distinguiendo entre infracción leve [artículo 44.2.e)], infracción grave [artículo 44.3.g)] y muy grave [artículo 44.4.g)]. La gravedad de la infracción se hace depender del tipo de datos sobre los que se produce la vulneración del deber de guardar secreto. Así, constituirá infracción muy grave cuando se traten de datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias o que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual, así como los que hayan sido recabados para fines policiales sin consentimiento de las personas afectadas. Por su parte será infracción grave cuando contengan datos relativos a la comisión de infracciones administrativas o penales, hacienda pública, servicios financieros, prestación de servicios de solvencia patrimonial y crédito, así como aquellos otros ficheros que contengan un conjunto de datos de carácter personal suficientes para obtener una evaluación de la personalidad del individuo. Para el resto de datos no incluidos en los supuestos anteriores se tratará de una infracción leve.

Los datos que han de constar obligatoriamente en el padrón según el artículo 16 de la LBRL no revelan la ideología, afiliación sindical, religión y creencias o hacen referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual. No podemos decir estrictamente que hayan sido recabados para fines policiales, pese a la habilitación que prevé la nueva disposición adicional séptima de la LBRL que ha introducido la Ley orgánica 14/2003. La finalidad del padrón es la determinación del domicilio o residencia habitual de los ciudadanos, la atribución de la condición de vecino, el ejercicio de los derechos que le atribuye el ordenamiento jurídico, la determinación de la población del municipio y la acreditación de la residencia y domicilio. Dificilmente de los datos que constan en el padrón municipal podría realizarse una evaluación de la persona (nombre y apellidos, sexo, domicilio habitual, nacionalidad, lugar y fecha de nacimiento, documentación, certificado o título escolar o académico que se posea, y cuantos otros datos puedan ser necesarios para la elaboración del Censo Electoral). Ello comporta que la vulneración del deber de secreto en relación con los datos del padrón municipal constituye una infracción leve del artículo 44.1.e) de la LPD. Cuestión distinta es que los hechos pudieran ser subsumidos en el tipo de otra infracción considerada como grave o muy grave de los ar-

50. En este sentido, *vid.* el excelente trabajo de I. VILLAVEDE MENÉNDEZ: “Protección de datos personales y padrón municipal (II)” en *Cuadernos de Derecho Local*, 3, octubre de 2003.

títulos 44.2 y 3. En estos casos, se requeriría que los hechos no se limitaran a la vulneración del deber de secreto sino que pudieran ser encuadrados en una conducta típica más específica, como, por ejemplo, que hubiera comunicación o cesión a terceras personas de estos datos [artículo 44.4.b)] o bien que se produjera una recogida de datos en forma engañosa o fraudulenta [artículo 44.4.a)], etcétera.

Cuando se trate de ficheros de los cuales sean responsables las administraciones públicas, como sucede en el caso del padrón municipal, el artículo 43.2 de la LOPD prevé que en lo relativo al procedimiento y a las sanciones será de aplicación lo dispuesto en el artículo 46.2 de la misma ley.

En efecto, el artículo 46 de la LOPD lleva por título “Infracciones de las administraciones públicas”, y contiene diversas disposiciones sobre el particular. En el primer apartado, se habilita al director de la Agencia de Protección de Datos a dictar resolución en la que se establezcan medidas de restauración de la legalidad alterada ordenando que cesen o se corrijan los efectos de la infracción. En el segundo apartado, en cambio, se faculta al director de la Agencia a la mera propuesta de iniciar actuaciones disciplinarias, remitiéndose al régimen disciplinario de las administraciones públicas por lo que se refiere a las sanciones y al procedimiento. En los apartados tres y cuatro se establece el deber de comunicar las resoluciones y medidas adoptadas al director de la Agencia, el cual a su vez comunicará al defensor del pueblo las actuaciones y resoluciones que dicte.

Nos encontramos, por tanto, ante un régimen sancionador peculiar por cuanto la titularidad de la potestad sancionadora no reside en el órgano técnico especializado, que sólo tiene facultades de propuesta de inicio de actuaciones, sino en la propia Administración que es la responsable del fichero.⁵¹ Y no sólo por ello, sino sobre todo por cuanto el régimen de infracciones administrativas viene definido por la LOPD, mientras que las sanciones y el procedimiento deben buscarse en la correspondiente normativa disciplinaria.

Para unos autores, con este régimen jurídico “lo que en realidad se estatuye es un régimen de impunidad de la Administración desde la órbita de las sanciones previstas en la ley”, señalándose que “no son infrecuentes los supuestos en que unas administraciones sancionan a otras”.⁵² En este sentido, se recuerda una enmienda defendida por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos dirigida a evitar la exclusión de la responsabilidad sancionadora de las administraciones públicas que se consideraba “injustificada”.⁵³ La razón de este régimen sancionador peculiar se encuentra a juicio de otros autores en la inoportunidad de exigir una responsabilidad pecuniaria a los entes públicos, ya que en estos casos el importe de la sanción

51. Vid. A. E. DE ASÍS ROIG: “La actividad sancionadora de la Agencia de Protección de Datos”, en *Actualidad Informática*, 22, 1997, pág. 6.

52. Vid. M. VIZCAÍNO CALDERÓN: *Comentarios a la Ley orgánica de protección de datos de carácter personal*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, págs. 507-508.

53. Vid. la intervención del señor Zubia Atxaerandio durante la tramitación parlamentaria de la ley en la que defendió tal posición: “Para terminar, quiero hacer una simple precisión en relación con la enmienda número 13, al artículo 46. De no aceptarse la enmienda me gustaría que, cuando menos, quedara claro tras el debate de hoy que las infracciones de las administraciones públicas no están excluidas del régimen de sanciones previsto con carácter general en la futura ley.”

iría a cargo de los presupuestos públicos. A mi entender, parece oportuno excluir la responsabilidad sancionadora de la Administración pública como ente y en cambio exigirla de la autoridad o el funcionario que comete la vulneración de la normativa de protección de datos. Ahora bien, dicho esto, deben establecerse los mecanismos jurídicos necesarios para lograr la efectividad de la sanción administrativa, asegurando que dichas conductas no queden impunes sin más.

Cabe advertir que a mi juicio la razón fundamental de este régimen estriba en la posibilidad de imponer a los funcionarios que son responsables de estas infracciones sanciones que no tienen un contenido estrictamente pecuniario, sino que inciden en su relación jurídica como empleados públicos y que pueden consistir por ejemplo en la separación de servicio, suspensión de empleo y sueldo durante un período de tiempo determinado, destitución del cargo, traslado de lugar de trabajo con o sin cambio de residencia, pérdida de grados personales, etc. Parece, por tanto, lógico que la imposición de este tipo de sanciones corresponda a la autoridad o superior jerárquico del funcionario que ha cometido la infracción. Ello no obsta a que de *lege ferenda* sería conveniente potenciar la figura de la Agencia de Protección de Datos en estos procedimientos y reconsiderar el actual marco jurídico en el que el director solamente tiene facultades para proponer la iniciación del procedimiento. En este sentido, la Agencia de Protección de Datos tiene la especialización técnica necesaria para poder apreciar si el hecho constituye o no una infracción de la legislación de protección de datos. La compatibilización de ambos aspectos pasa, a mi entender, por una reforma legislativa que suponga potenciar el papel de la Agencia en el sentido que le correspondería a ella la instrucción del procedimiento disciplinario que concluiría en una propuesta de resolución. Dicha propuesta de resolución debería tener carácter vinculante por lo que se refiere a la existencia o no de responsabilidad disciplinaria, correspondiendo en cambio al ente local la imposición de la sanción administrativa que considerara más conveniente en este caso dentro del margen que establece la legislación y las necesidades de la propia corporación local. A mi juicio, esta solución sería la más respetuosa desde el punto de vista de la autonomía local, al mismo tiempo que daría un papel mucho más relevante a un órgano técnico especializado en la protección de datos.

El problema de esta dualidad entre, por un lado, la tipificación de las infracciones administrativas y, por otro, las sanciones, y el procedimiento se ha planteado recientemente en la STSJ de Cataluña número 684/2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a), de 20 de septiembre (RJCA 2003/82) (ponente: Horcajada Moya). En este caso, un ayuntamiento sanciona disciplinariamente a un vigilante que era funcionario municipal con la separación de servicio por haber facilitado a la policía judicial en el curso de una investigación criminal datos personales de los miembros de una familia de la localidad –extraídos del soporte informático del padrón de habitantes– presuntamente implicados en la comisión de un delito. La corporación sancionante hace descansar la responsabilidad de la conducta en no haber solicitado la oportuna autorización del alcalde, responsable del fichero informático que es el padrón municipal. Las infracciones que invoca el ayuntamiento son las contenidas en el Reglamento de personal al servicio de las entidades locales de Cataluña, como “el incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución o al Estatuto en el ejercicio de la función pública”, “la publicación o la utilización indebida de secretos

declarados oficiales por ley o calificados como tales” y el hecho de causar, por negligencia o por mala fe, daños muy graves al patrimonio y a los bienes del ente local. El tribunal, con buen criterio, anula la sanción disciplinaria por cuanto los hechos imputados no encajan en ninguna de las infracciones ofrecidas. Señala que se podría haber incurrido, sin embargo, en una infracción prevista en la legislación de protección de datos pero que no se puede sancionar en este momento sobre la base de este título jurídico por la falta de homogeneidad entre la acusación y el objeto de la condena que no han podido ser plenamente debatidos.

5. Conclusiones y valoración general: la dudosa constitucionalidad de la habilitación para la cesión de datos del padrón a la policía por la ausencia de límites precisos

Del examen de los antecedentes y del régimen jurídico vigente se desprende tanto la diversidad de funciones que viene teniendo el padrón como su importancia para definir el estatus jurídico de las personas que residen efectivamente en el término municipal.

El examen tradicional del padrón ha partido de su consideración como registro administrativo. Ahora bien, cabe advertir también que la consideración como fichero de datos de titularidad pública plantea la necesidad de dotar de las garantías. El derecho constitucional a la protección de datos comprende un derecho de control sobre los datos y la oposición a recogerse para fines distintos de los que se creó el fichero. Se trata de un derecho que no tiene un carácter absoluto ni ilimitado y que puede ser objeto de ciertas limitaciones siempre que se prevean en una norma con rango de ley, tengan como fundamento la protección de bienes constitucionalmente relevantes y se adecuen al principio de proporcionalidad. Ello plantea en qué medida los datos del padrón pueden ser cedidos a otras administraciones públicas, de acuerdo con el principio de colaboración interadministrativa.

La habilitación de acceso policial al padrón municipal que introduce la Ley orgánica 14/2003, si bien respeta la exigencia de una norma con rango de ley, está realizada en términos tan amplios que entra en colisión con el derecho de protección de datos. Durante la tramitación parlamentaria de la Ley orgánica 14/2003, se llegó a un acuerdo entre las principales fuerzas políticas que se traduce, entre otras cuestiones, en unas enmiendas del Grupo Socialista con la intención de garantizar los derechos fundamentales del artículo 18 de la CE y limitar el acceso a los datos del padrón. Tales enmiendas introducen ciertas garantías como son la exigencia de las máximas medidas de seguridad, que se encontraban ya en la legislación de protección de datos, pero no consiguen introducir suficientes límites al texto original elaborado por el Gobierno central para considerar su plena compatibilidad con el texto constitucional.

Del examen de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la protección de datos, puede concluirse que la habilitación legal de acceso a los datos del padrón por la policía no respeta el test de proporcionalidad en sus aspectos de necesidad y en sentido estricto por cuanto las finalidades de control de la población inmigrante irregular puede conseguirse a través de otros mecanismos menos gravosos y por el efecto disuasorio que comporta en relación con el ejercicio de derechos fundamentales.

Por lo que se refiere al régimen de infracciones y sanciones en los casos que se produzca una vulneración del deber de secreto y de confidencialidad, cabe advertir que la legislación establece un régimen peculiar al tratarse de administraciones públicas. La actual regulación puede comportar ciertas situaciones en las que acabe produciéndose la impunidad de los responsables, por ello sería conveniente una reforma legislativa en la que se potenciara el papel del órgano técnico especializado, en este caso la Agencia de Protección de Datos.

6. Anexo: decisiones de los tribunales sobre el padrón municipal⁵⁴

Jurisdicción contencioso-administrativa

Obligación de la Administración a la inscripción patronal cuando se cumplan los requisitos

–STSJ del País Vasco 439/2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 21 de mayo (JUR 2001/303352): Impugnación del decreto del alcalde denegando el empadronamiento solicitado por el recurrente. Estimación del recurso. Condena al ayuntamiento a dictar otro decreto autorizando el empadronamiento.

Procedimiento de inscripción en el padrón

–STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, 177/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única), de 27 de febrero: Aplicación del silencio positivo al incumplimiento de la obligación de resolver la solicitud de inscripción en el padrón municipal.

–STSJ de Castilla y León, Burgos, 255/2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única), de 18 de octubre (RJCA 2002/323): No procede entender se haya efectuado el empadronamiento por silencio positivo, al existir resolución expresa denegando el mismo.

–STSJ del País Vasco 563/2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 22 de junio (JUR 2001/306062): Impugnación de denegación de cambio de domicilio en el padrón. Vulneración del derecho a la libertad de residencia. Estimación.

Baja a instancia de parte de la inscripción en el padrón

–STSJ de Castilla y León, Burgos, 76/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única), de 7 de marzo (JUR 2003/58118): Inactividad del ayuntamiento en relación con el escrito del recurrente relativo a la solicitud de modificación del padrón municipal, y en su lugar se condena al ayuntamiento demandado a verifi-

54. Las referencias de las sentencias se corresponden al número de marginal del *Fondo Jurisprudencial de la Base de Datos Aranzadi on-line* (www.westlaw.es). Las abreviaturas utilizadas son: Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ), SAN (Sentencia de la Audiencia Nacional), SAP (Sentencia de la Audiencia Provincial).

car los resúmenes anuales de población a fin de proceder a depurar las reclamaciones que puedan formularse a través del procedimiento que garantice el principio de audiencia.

Baja de oficio de la inscripción en el padrón

–STSJ de Navarra 813/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única), de 24 de julio (RJCA 2003/841): Derecho de circulación y libre residencia, derecho de voto, inscripción masiva en el padrón previa a las elecciones, fraude de ley.

–STSJ de Castilla y León, Burgos, 139/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única), de 12 de mayo (JUR 2003/145920): Baja de oficio en el padrón de habitantes, prueba de residencia en localidad distinta.

–STSJ de Castilla y León, Burgos, 140/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única), de 12 de mayo (JUR 2003/145921): Baja de oficio en el padrón de habitantes, prueba de residencia en localidad distinta.

–STSJ de la Comunidad Valenciana 592/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 12 de mayo (JUR 2003/252545): Baja de oficio en el padrón municipal de habitantes al comprobar que dichos vecinos estaban dados de alta en el padrón de habitantes de distintos municipios. Estimación del recurso.

–STSJ del País Vasco 139/2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 15 de febrero (JUR 2002/21928): Baja en el padrón municipal a los vecinos por falta de cumplimentación de las hojas padronales. Estimación del recurso.

–STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a), de 21 de marzo de 2001 (RJ 2001/6605): Baja en el padrón municipal sin haber dado audiencia a los interesados. Estimación del recurso.

–STSJ de Castilla-La Mancha 1095/2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 27 de diciembre (JUR 2001/81113): Baja en el padrón municipal por residencia efectiva y habitual en otro municipio donde trabaja uno de los padres y donde tiene los estudios la hija. Falta de prueba de lo contrario. Desestimación del recurso.

–STSJ de Castilla y León, Valladolid, 1609/2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 26 de septiembre (JUR 2001/6642): Baja del padrón municipal de una persona inscrita practicada unilateralmente y sin previo trámite de audiencia. Nulidad procedente por haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

–STSJ de Cataluña 707/2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a), de 26 de junio: Decreto de la Alcaldía por el que se modificó la inscripción registral del padrón municipal de habitantes que dispone su inmediata ejecutividad previa a las alegaciones de los actores, y antes de que se resolviera a la vista de las alegaciones e instrucción del expediente. Estimación del recurso.

Régimen sancionador y disciplinario por cesión de datos del padrón

–STSJ de Cataluña 684/2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a), de 20 de septiembre (RJCA 2003/82): Impugnación de la sanción disciplinaria de separación del servicio impuesta a vigilante de un ayuntamiento por facilitar a la policía judicial datos personales de una familia del municipio extraídos del padrón municipal.

Anulación de la resolución sancionadora por falta de prueba de los hechos imputados.

–STSJ de Madrid 660/2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.^a), de 13 de junio (JUR 2001/324801): Impugnación de la sanción impuesta por el director de la Agencia de Protección de Datos al Grupo Municipal Popular del Ayuntamiento de Leganés. Estimación del recurso. Falta de tipicidad de los hechos imputados. La simple consulta por un grupo municipal del censo electoral que obra legalmente en su poder para confrontar la veracidad de los datos que figuran en el padrón y en los listines telefónicos no constituye ni una utilización directa del censo electoral ni, desde luego, un acto de propaganda electoral ilícito.

–SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 5 de mayo de 2001 (JUR 2001/293417): Impugnación de la sanción impuesta por el director de la Agencia de Protección de Datos a una sociedad mercantil particular. Carácter confidencial de los datos del padrón que no pueden considerarse datos accesibles al público. Procedencia de la sanción.

–STSJ de Madrid 328/2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9.^a), de 24 de abril (JUR 2001/223317): Impugnación de la sanción a una sociedad concesionaria del servicio de aguas. Para ceder datos de los abonados para remitirles publicidad de una determinada entidad para la domiciliación de sus recibos se requiere el consentimiento de los afectados. Procedencia de la sanción.

–SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 10 de noviembre de 2000 (JUR 2001/71844): Impugnación de la sanción a un ayuntamiento por la comunicación de los datos del padrón fuera de los supuestos permitidos. Cesión de datos a un juez que actuaba como particular.

Derecho a obtener copias y certificaciones de los datos del padrón

–STSJ de Madrid 373/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a) de 11 de marzo (JUR 2003/223742).

Acceso a datos del padrón por terceros

–STSJ de Cataluña 229/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a), de 13 de febrero: Denegación de solicitud de la relación de nombre y domicilio de los miembros partícipes de una comunidad de regantes con finalidad electoral. Estimación del recurso.

Derechos derivados de la inscripción en el padrón

–STSJ de Castilla y León, Burgos, 255/2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única), de 18 de octubre (RJCA 2002/323): Residencia habitual como requisito del disfrute y aprovechamiento de bienes comunales. Valor del padrón municipal.

Determinación de la población municipal

–STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a), de 22 de abril de 2003 (RJ 2003/3724): Impugnación del acuerdo del Consejo de Ministros por el que se pro-

cedía a declarar oficiales las cifras de población resultantes de la revisión patronal. Discrepancias entre el INE y el ayuntamiento. Informe del Consejo de Empadronamiento.

–STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a), de 9 de diciembre de 2002 (RJ 2002/10843): Impugnación del real decreto por el que se declaran oficiales las cifras de población resultantes de la revisión del padrón municipal. Discrepancias entre el INE y el ayuntamiento. Informe del Consejo de Empadronamiento.

–STSJ del País Vasco 646/2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a), de 22 de junio (JUR 2001/306043): Impugnación de la denegación de la reclamación sobre el número de concejales que corresponde elegir en el municipio. Se tendrá en cuenta la última cifra de población de cada municipio oficialmente aprobada.

–STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a), de 22 de mayo de 2001 (RJ 2001/4545): Impugnación del real decreto por el que se declaran oficiales las cifras de población resultantes de la revisión del padrón municipal. Discrepancias entre el INE y el ayuntamiento. Informe del Consejo de Empadronamiento.

Hacienda y recursos financieros de los entes locales

–STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a), de 30 de enero de 2003 (RJ 2003/834): Denegación de subvención por transporte colectivo urbano prestado por las entidades locales. Cifras de población resultantes de la renovación del padrón municipal.

–STSJ de Madrid 102/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.^a), de 28 de enero (JUR 2003/139429): Impugnación de la liquidación definitiva en la participación en los tributos del Estado. Cifras de población resultantes de la renovación del padrón municipal.

–STSJ de Madrid 1194/2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9.^a), de 31 de octubre (JUR 2003/168809): Impugnación de la liquidación definitiva de la participación en los tributos estatales. Cifras de población resultantes de la renovación del padrón municipal.

–STSJ de Madrid 1086/2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.^a), de 9 de octubre (JT 2003/1010): Impugnación de la liquidación definitiva de la participación en los tributos del Estado. Cifras de población resultantes de la renovación del padrón municipal.

–STSJ de Madrid 1085/2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.^a), de 9 de octubre (JUR 2003/138976): Impugnación de la liquidación definitiva de la participación en los tributos del Estado. Segregación municipal posterior al último padrón aprobado. Ausencia de normativa sobre reducción de número de habitantes. Criterios de lógica y justicia: que la liquidación se haga por la población de derecho real, que oficialmente tenía el municipio recurrente.

–STSJ de Madrid 972/2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.^a), de 12 de septiembre (JT 2003/775): Impugnación de la liquidación definitiva de la participación en los tributos del Estado. Necesidad de atender a las cifras de población del padrón municipal oficialmente renovado.

–STSJ de Madrid 1866/2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a), de 19 de diciembre (JT 2002/850): Impugnación de la liquidación definitiva de la par-

tipación en los tributos del Estado. Criterio: renovación quinquenal oficial del padrón municipal coincidente con los censos de población y vivienda y no a la rectificación anual del referido padrón.

–STSJ de Madrid 1034/2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 4 de julio (JT 2002/506): Impugnación de la liquidación definitiva de la participación en los tributos del Estado. Criterio: renovación quinquenal oficial del padrón municipal coincidente con los censos de población y vivienda y no a la rectificación anual del referido padrón.

Jurisdicción penal

Delito de revelación de secretos

–STS 1461/2001 (Sala de lo Penal), de 11 de julio (RJ 2003/1056): Obtención de hojas del padrón correspondiente a diversas personas –con los datos personales y familiares que en ellas consta–, en su mayoría mayores de setenta años, cuyo destino final se ignora. Delito de descubrimiento de secretos por funcionario público.

–SAP de Baleares 140/2000 (Sección 3.ª), de 28 de noviembre (JUR 2001/32071): Funcionario público que utiliza datos del padrón municipal para conocer el domicilio de una señora y mandarles flores. Delito de revelación de secretos.

–SAP de Madrid 269/1999 (Sección 15.ª), de 19 de junio (ARP 1999/3226): Delito de descubrimiento de secretos por funcionario público, al apoderarse, sin estar autorizado, siendo funcionario público y prevaliéndose de su cargo, de datos reservados de carácter personal y familiar que se hallaban registrados en los ficheros y soportes informáticos del padrón municipal.

Delito de desobediencia y denegación de auxilio

–SAP 36/2000 (Sección 1.ª), de 16 de febrero (ARP 2000/21): Negativa del alcalde presidente de la corporación municipal de Zumárraga de remitir al Centro de Reclutamiento de Guipúzcoa las listas de jóvenes nacidos en 1979 cuando fue requerido para ello. Absolución del delito de desobediencia y denegación de auxilio.

Delito de falsedad en documento público

–STS 2842/1992 (Sala de lo Penal), de 30 de diciembre (RJ 1992/10539): Darse de alta en padrón municipal con domicilio falso. Delito de falsedad en documento público.

Delito de calumnia a funcionario público

–SAP de Navarra 128/2001 (Sección 2.ª), de 28 de diciembre (JUR 2002/69610): Concejales que acusan al alcalde y al secretario municipal de manipular los datos del padrón.