



TRIBUNAL SUPREMO.  
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN: SEXTA  
*Fecha de Sentencia: 20/03/2003*

Real Decreto 864/2001 por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la L.O. 4/2000 sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España y su integración social reformada por Ley Orgánica 8/2000.

## SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO.  
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN: SEXTA

***Excmos. Sres.:***

***Presidente:***

**D. Ramón Trillo Torres**

***Magistrados:***

**D. José Manuel Sieira Míguez**

**D. Enrique Lecumberri Martí**

**D. Agustín Puente Prieto**

**D. Francisco González Navarro**

En la Villa de Madrid, a veinte de Marzo de dos mil tres.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida en Sección por los Señores reseñados al margen, el recurso contencioso-administrativo que con el número 488/2001, ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Agustín Sanz Arroyo, en nombre y representación de la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes en Andalucía "Andalucía Acoge" y de la "Red Acoge", Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes, contra el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el Abogado del Estado, en la representación que le es propia.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 19 de septiembre de 2.001, el Procurador de los Tribunales Don Agustín Sanz Arroyo, presenta escrito en nombre y representación de la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes en Andalucía "Andalucía Acoge" y de la "Red Acoge", Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes, interponiendo recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

**SEGUNDO.-** Esta Sala dicta providencia con fecha 2 de octubre de 2001 en la que se acuerda tener por personado y parte al Procurador de los Tribunales Don Agustín Sanz Arroyo, en nombre y representación de la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes en Andalucía "Andalucía Acoge" y de la "Red Acoge", Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes, admitiendo el recurso a trámite y acuerda se requiera a la Administración demandada para que remita el expediente administrativo en los términos que establece el artículo 48 de la Ley de la Jurisdicción, y ordena practique los emplazamientos previstos en el artículo 49 de dicha Ley.

**TERCERO.-** Con fecha 8 de enero de 2.002, esta Sala dicta Providencia en la que se tiene por recibido el expediente administrativo y los emplazamientos procedentes del Ministerio del Interior, y por personada y parte, en calidad de demandada, a la Procuradora de los Tribunales Doña Elisa Hurtado Pérez, en nombre y representación de la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes en Andalucía "Andalucía Acoge" y de la "Red Acoge", Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes, concediendo a la recurrente el plazo de veinte días para que formalice la demanda.

La representación procesal de la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes en Andalucía "Andalucía Acoge" y de la "Red Acoge", Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes, presenta escrito con fecha 8 de febrero de 2.002, formalizando el escrito de demanda, exponiendo los hechos y fundamentos de derecho que considera de aplicación y termina suplicando a la Sala tenga por interpuesto la demanda contra el Real Decreto 864/2001 y previos los trámites legales se dicte sentencia por la que se proceda declarar ilegal y anular el citado Real Decreto en el sentido que indica en el suplico de su escrito. Solicitando mediante Otrosí la suspensión de la aplicación de varios artículos, exponiendo las alegaciones que considera oportunas y suplicando a la Sala se incoe pieza

separada de incidente cautelar y se proceda a suspender la vigencia de dichos artículos.

**CUARTO.-** Se concede al Abogado del Estado el plazo de veinte días para que conteste a la demanda, lo que verifica con fecha 15 de marzo de 2.002, en el que tras efectuar en los hechos una síntesis del contenido de la disposición recurrida, formula un sólo Fundamento de Derecho en el que únicamente dice: "*Esta parte se remite a los informes que obran en el expediente administrativo, cuyo examen pone de manifiesto la conformidad a Derecho del Real Decreto y de los preceptos concretos que se impugnan*", para concluir solicitando en el suplico a la Sala que previa la tramitación que proceda dicte Sentencia desestimando el recurso e imponiendo las costas al recurrente.

**QUINTO.-** Concedido a la representación procesal de la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes en Andalucía "Andalucía Acoge" y de la "Red Acoge", Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes el plazo de veinte días para que conteste a la demanda, transcurre dicho plazo sin que presente escrito alguno.

**SEXTO.-** Esta Sala dicta Providencia con fecha 12 de junio de 2.002, en la que se acuerda conceder traslado a la parte recurrente el plazo de diez días a fin de que presente su escrito de conclusiones sucintas. Presentándolo con fecha 5 de julio de 2.002 en el que expone sus alegaciones y solicita que previos los trámites legales se dicte Sentencia por la que se proceda a declarar ilegal y anular el Real Decreto recurrido.

**SEPTIMO.-** La Sala concede el plazo común de diez días a los recurridos a fin de que presenten sus escritos de conclusiones sucintas.

El Abogado del Estado presenta escrito con fecha 22 de julio de 2.002, en el que suplica a la Sala de por ultimada la tramitación de este pleito y por reproducida la súplica de su escrito de contestación.

**OCTAVO.-** Concluidas las actuaciones, quedan pendientes de señalamiento para votación y fallo, señalándose posteriormente a tal fin el día 18 de marzo de 2.003, fecha en la que ha tenido lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **JOSÉ MANUEL SIEIRA MÍGUEZ**, Magistrado de esta Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Antes de entrar en el análisis de los artículos impugnados esta Sala no puede por menos que poner de manifiesto que en la contestación a la demanda el Sr. Abogado del Estado se limita, en la fundamentación jurídica, tal y como hemos transcrito en el antecedente de hecho cuarto, a remitirse a los informes que obran en el expediente administrativo, sin contestar en absoluto las alegaciones de los recurrentes, cuando tales informes han recaído sobre anteproyectos y proyectos que difieren en su contenido el texto definitivamente aprobado y sin que, por otra parte, en dichos informes se haga referencia expresa a los preceptos impugnados, quizás con la única excepción del artículo 41.5 del Reglamento al que se refiere el Consejo de Estado. No obstante esta Sala procederá al examen de los artículos en cuestión desde la óptica del principio de la legalidad conforme a lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución.

Sentado lo anterior empezaremos por el primero de los preceptos impugnados, que no es otro que el apartado 3 del artículo único del R.D. objeto de recurso en su inciso "se aplicarán con carácter supletorio".

El citado apartado tres dispone: *"Las normas del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, se aplicarán con carácter supletorio, o a los efectos que pudieran ser más favorables, a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y a las demás personas incluidas en el ámbito del Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, modificado por Real Decreto 737/1995, de 5 de mayo, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, firmado en Oporto el 2 de mayo de 1992 y ratificado por España el 22 de noviembre de 1993.*

*Asimismo, las normas del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, se aplicarán con carácter supletorio a quienes sea de aplicación la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de refugiado, modificada por Ley 9/1994, de 19 de mayo."*

Los recurrentes fundamentan su impugnación no en razones de legalidad, en ningún momento sostiene que dicha expresión contravenga precepto legal alguno ni que en él se regulen materia sujeta a reserva de ley, sino en razones de técnica normativa, por cuanto afirman que el precepto impugnado no es apto para llenar el vacío producido por la desaparición del artículo 1.2 de la Ley Orgánica 4/2000 tras la reforma efectuada por la Ley Orgánica 8/2000, ya que solo permite aplicar las normas reglamentarias como supletorias o cuando sean mas favorable para las

personas a que se refiere, pero no permite aplicar a estas mismas personas las disposiciones de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, cuando les sean más favorables, al contrario de lo que ocurría durante la vigencia del artículo 1.2 de la Ley Orgánica 4/2000 antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000.

Plantean los recurrentes más una cuestión de oportunidad que una cuestión de legalidad. Es posible que tengan razón en su argumentación, pero ello no es bastante para anular el precepto impugnado ya que eso solo sería procedente si en el mismo se regulasen cuestiones reservadas a normas con rango de Ley o la regulación fuese contraria a las previsiones de la Ley 4/2000. Por otra parte no cabe pretender que por vía reglamentaria se modifiquen las previsiones legales puesto que eso sí implicaría la anulación de la norma reglamentaria.

**SEGUNDO.-** El segundo precepto objeto de impugnación es el apartado 4º del artículo único que dice: *"A los extranjeros que, en virtud de los Acuerdos que regulen la readmisión de personas en situación irregular suscritos por España, deban ser entregados o enviados a los países de los que sean nacionales o desde los que se hayan trasladado hasta el territorio español, les será de aplicación el procedimiento previsto en el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, para la medida de retorno, y lo establecido en el art. 60 de dicha Ley Orgánica. Si se tratase de extranjeros que, habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España, les será de aplicación el art. 58 de la citada Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000."*

La impugnación se concreta al contenido del precepto desde el principio del mismo hasta "... en el artículo 60 de dicha Ley Orgánica".

Los recurrentes sostienen como fundamento de su impugnación el que, en su opinión, se confunden los supuestos de retorno y expulsión y con ello se deroga el régimen sancionador previsto en la Ley, en especial el de expulsión, para aquellos supuestos en que el extranjero infractor sea nacional de alguno de los países con los que España tenga firmado algún acuerdo de retorno.

La impugnación no puede ser estimada dado que la remisión es sólo a efectos procedimentales y en modo alguno alcanza a eliminar la posible opción ente multa y expulsión a que se refiere el artículo 59 de la Ley y a su sustitución por el acuerdo de retorno. Lo que el Reglamento preve no es la sustitución de la medida de expulsión y sus efectos, en los casos en que proceda, por la de retorno, sino solamente que para la ejecución del acuerdo de expulsión, cuando éste haya sido

adoptado, el procedimiento a seguir será el previsto para el retorno en los casos de que se trate de ciudadanos de países con los que exista acuerdo de readmisión.

**TERCERO.-** El tercer precepto impugnado es el artículo 36.5 del Reglamento de ejecución aprobado por el Real Decreto impugnado, relativo a la solicitud de prórroga de estancia, que dice: "*El solicitante deberá identificarse personalmente ante la Oficina de Extranjeros, Jefatura Superior o Comisaría de Policía de la localidad donde se encuentre, al hacer la presentación de la solicitud o en el momento de la tramitación en que a tal efecto fuera requerido por el órgano competente*".

La impugnación se concreta al inciso "identificarse personalmente".

Los recurrentes fundamentan su impugnación exclusivamente en que el precepto impugnado resulta contrario a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 30/92 en la redacción dada por la Ley 4/99, en el que se establece que la comparecencia de los ciudadanos ante las oficinas públicas solo será obligatoria cuando así esté previsto en una norma con rango de Ley.

El contenido del artículo 40 de la Ley 30/92, no puede ser discutido, ahora bien, la cuestión no es tan simple como parecen pretender los recurrentes. El precepto impugnado se refiere a la solicitud de prórroga de estancia y la exigencia de identificación personal se limita a dos supuestos: la formulación de tal solicitud y el requerimiento de identificación en algún momento de la tramitación.

En cuanto al primero de los supuestos, la presentación de la solicitud, no cabe olvidar que el pasaporte o documento de viaje a que se refiere el apartado a) del precepto que nos ocupa, que debe ser presentado en el momento de la solicitud y del que se tomará nota en el expediente devolviéndose de manera inmediata al interesado, es el documento de identificación del extranjero en situación de estancia en España, documento de identificación cuya tenencia resulta obligatoria por imperativo del artículo 11 de la Ley Orgánica 1/92, y para cuya regulación es de aplicación supletoria la Normativa relativa al Documento Nacional de Identidad según resulta de lo dispuesto en el artículo 59 del Reglamento que nos ocupa cuya adecuación a derecho no discuten los recurrentes. Por otra parte, el artículo 9 de la citada Ley Orgánica 1/92, establece el deber de custodia y conservación por el titular del documento, obligación que también resulta del artículo 13 del Decreto 196/76 que obliga al titular del documento de identificación a llevarlo siempre consigo. En consecuencia es indudable que debe ser el titular del citado documento quien tiene que presentar personalmente la solicitud de prórroga de estancia, dado que es preceptivo acompañar a ella tal documento de identidad, razón por la que el

precepto impugnado hemos de entender que tiene en el supuesto analizado cobertura legal.

En cuanto al segundo de los supuestos en que el precepto que ahora examinamos, establece el deber del solicitante de prórroga de estancia, de identificarse personalmente en el momento de la tramitación cuando a tal efecto fuese requerido por órgano competente, únicamente puede ser entendido con referencia a alguno de los momentos de la tramitación en que tal identificación personal resulte indispensable, lo que como ya hemos visto, acontece al menos en el momento de la solicitud. La cuestión es si a lo largo del procedimiento existen o no trámites en los que dicha comparecencia personal sea indispensable y legalmente exigible. La respuesta ha de ser necesariamente afirmativa, al menos en cuanto al trámite específico de expedición de la autorización de prórroga solicitada ya que tal autorización debe hacerse constar en el pasaporte, título de viaje o documento aparte si el interesado hubiera entrado en España con otro tipo de documentación, puesto que tales documentos constituyen el documento de identificación del extranjero, a que se refiere el artículo 11 de la Ley Orgánica 1/92, que este debe llevar siempre consigo y respecto del cual tiene el deber legal de conservación y custodia tal y como ha quedado anteriormente establecido. Por tanto, también, al menos, en cuanto al trámite de expedición del documento el deber de comparecencia personal tiene cobertura legal. Es importante, no obstante, destacar que el requerimiento a que el precepto impugnado se refiere, no resultaría conforme a derecho en los casos en que no se produjese al amparo de una norma de rango legal y en tales casos su inobservancia por el particular no podría acarrear consecuencia alguna en perjuicio de éste referida a la concesión o no de la prórroga solicitada. Tal ocurriría en el caso de que el requerimiento de comparecencia personal se produjese a fin de completar la documentación a que se refiere el apartado c) o aquellos otros encaminados a justificar los extremos a que atañen los apartados b), d) y e) todos ellos del número 2 del artículo 36 del Reglamento que nos ocupa.

Debemos finalmente efectuar una última reflexión. Como dijimos, el artículo 11 de la Ley Orgánica 1/92, establece como obligación, más bien deber, de los extranjeros disponer de la documentación que acredite su identidad, siendo consecuencia lógica de ese deber el que las autoridades que han de emitir tal documento deban proceder previamente a la identificación personal de aquel a cuyo favor ha de emitirse el mismo. Por tanto el deber de comparecencia a que se refiere el precepto impugnado, encuentra también por esta razón, base legal en el artículo 11 de la Ley Orgánica 1/92, por cuanto puede ser considerado consecuencia necesaria del mismo.

La impugnación, por tanto, no puede prosperar.

**CUARTO.-** Impugnan los recurrentes a continuación el artículo 38, que dice: *"Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el Ministerio del Interior podrá autorizar la estancia en territorio español, por un máximo de tres meses en un período de seis, a los extranjeros que hubieran entrado en el mismo con documentación defectuosa o incluso sin ella o por lugares no habilitados al efecto, siempre que para ello existan motivos humanitarios, de interés nacional u obligaciones internacionales, pudiendo adoptar en tales casos, como medidas cautelares, alguna de las medidas enumeradas en el art. 5 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000."* por entender que el inciso final, "pudiendo adoptarse en tales casos, como medidas cautelares alguna de las medidas enumeradas en el artículo 5 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000", es contrario a lo previsto en el citado precepto legal que restringe la aplicación de esas medidas cautelares limitativas del derecho a la libertad de circulación, tal es la rúbrica del artículo 5 de la Ley, a los extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de la Ley, es decir en situación de estancia, residencia temporal o residencia permanente, cuando se acuerde la declaración de estado de excepción o sitio y excepcionalmente por razones de seguridad pública, pero en este caso el acuerdo deberá adaptarse de forma individualizada, motivada y en proporción a las circunstancias que concurren en cada caso.

El precepto legal en modo alguno contempla la posibilidad de extender tales medidas limitativas del derecho a la libre circulación con carácter general a supuestos distintos a los de estado de excepción o sitio, por lo que la extensión que se hace por vía reglamentaria del alcance del artículo 5 de la Ley resulta contrario al mismo y al artículo 19 de la Constitución. Únicamente de manera excepcional e individualizada y en la forma establecida en el precepto legal a que antes nos hemos referido, podrá establecerse tal limitación a los extranjeros que se encuentren en España en la situación de estancia a que se refiere el artículo 38 impugnado, situación que ha de considerarse de estancia legal una vez se conceda la autorización a que el citado artículo del Reglamento se refiere.

La impugnación por tanto debe ser estimada y el precepto anulado en los términos en que se solicita por resultar contrario a la Ley 4/2000 en la redacción dada en la Ley 8/2000.

**QUINTO.-** El siguiente precepto reglamentario cuya anulación se pretende es el artículo 41.5, que dice: *"Los extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de reagrupación podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares, siempre que cuenten ya con un permiso de residencia*

*obtenido independientemente del permiso del reagrupante y acrediten reunir los requisitos previstos en la ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000 y en este Reglamento para proceder a dicha reagrupación."*

Los recurrentes sostienen que el precepto es contrario al artículo 17.2 de la Ley 4/2000, en la redacción que le dio la Ley 8/2000, por cuanto únicamente permite ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares a quienes hubieran obtenido la residencia en virtud del derecho de reagrupación cuando cuenten con un permiso de residencia obtenido con independencia del alcanzado en virtud del derecho de reagrupación que en su día permitió su residencia legal en España, siendo así que el artículo 17.2 de la Ley hace referencia expresa al derecho de reagrupación que corresponde a quienes hayan adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación.

El precepto fue ya objeto de atención específica por el Consejo de Estado que en su informe se cuestiona la legalidad del mismo, interesando cuando menos la supresión de un inciso final que figuraba en el proyecto y que decía "la residencia obtenida en virtud de reagrupación no dará lugar a ulteriores reagrupaciones".

*Decía el Consejo de Estado: "... Y una cosa es que reglamentariamente se fijen determinadas condiciones para hacer algo, que es lo que la Ley expresamente prevé, y otra muy distinta es que reglamentariamente se prohíba hacer ese algo, que es lo que el proyecto pretende. En su dictamen de 28 de julio de 2000 sobre el anteproyecto de lo que después de la Ley 8/2000 (dictamen 2.606/2000), el Consejo llamó la atención sobre la peligrosidad de las reagrupaciones encadenadas y a este criterio se remite el informe del Consejo General del Poder Judicial. pero una vez que dicho criterio no prevaleció y el texto de la Ley contempla la posibilidad de reagrupaciones familiares por quienes hayan adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación, eso si, reglamentariamente condicionadas, lo que no puede hacer el Reglamento es invertir el criterio de la Ley y prohibir dichas reagrupaciones. Máxime cuando la Ley, de acuerdo con lo previsto en el art. 13 C.E., configura para su ejercicio por los extranjeros, lo que es un derecho fundamental reconocido en la Constitución y a interpretar según las normas internacionales al efecto de las que España es parte (art. 16 de la Ley en relación con el 17.5 CE, a la luz del art. 10.2 CE y normativa internacional: verbi gratia, art. 12 y 16 Declaración Universal, art. 8 Declaración Europea y arts. 9 y 10 Convenio Naciones Unidas Derechos del Niño)."*

La cuestión es si la redacción actual, suprimido el inciso transcrito, respeta o no el derecho legalmente reconocido a lo que el Consejo de Estado denomina "reagrupación en cadena" y que afirma es un derecho reconocido en la Ley.

En nuestra opinión exigir la obtención de un segundo permiso de residencia, obtenido independientemente del permiso del reagrupante, para poder ejercer el derecho de reagrupación familiar reconocido en la Ley, supone privar a quienes han obtenido la residencia por reagrupación del derecho reconocido en el nº 2 del artículo 17 de la Ley para ejercer ese derecho en relación con sus propios familiares. La posición adoptada reglamentariamente limita el ejercicio del derecho de reagrupación familiar a quienes gocen de un segundo permiso de residencia obtenido de forma independiente a las circunstancias familiares que permitieron su propia reagrupación, es decir se elimina por vía reglamentaria lo que el Consejo de Estado denomina reagrupación en cadena y que esta es una posibilidad que viene establecida en el texto legal. El precepto por tanto debe ser anulado.

**SEXTO.-** En el apartado correlativo los recurrentes impugnan el artículo 49.2 d. y e. del Reglamento, relativo a exención de visado de residencia, que dice: "*d.) Extranjeros que sean cónyuges de español o de extranjero residente legal, nacional de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de derecho, se reúnan las circunstancias del art. 17 de la Ley orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000 y se acredite la convivencia en España al menos durante un año.*

*e) Extranjeros que sean cónyuges de extranjero residente legal, no nacional de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de hecho o derecho, se reúnan las circunstancias del art. 17 de la Ley 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, se acredite la convivencia en España al menos durante un año, y que el cónyuge tenga autorización para residir al menos otro año."*

Entienden los recurrentes que el inciso "en España" va más allá de la exigencia establecida en la Ley Orgánica 4/2000 en el artículo 31.7.

El precepto legal no establece condición alguna a la convivencia durante al menos un año como requisito para que pueda concederse la exención de visado a quien sea cónyuge de residente en España. El establecer reglamentariamente la exigencia de que esa convivencia tenga que ser necesariamente en España implica una restricción que va más allá de la exigencia legal y quiebra por tanto el principio de legalidad, amen de que supone obligar a permanecer en territorio español durante un año en situación irregular. Si el legislador hubiera querido imponer el requisito de convivencia en España hubiera efectuado la remisión al artículo 16 de la Ley, comprendido en el mismo capítulo relativo a la Reagrupación Familiar, y que sí se refiere a residencia en España. El precepto por tanto debe ser anulado.

**SEPTIMO.-** Impugnan los recurrentes en el apartado correlativo de los Fundamentos de Derecho del escrito de demanda el artículo 53.1.b del Reglamento, relativo a la extinción del permiso de residencia, que dice: *"b) Por renuncia expresa o tácita de su titular. Se entenderá por renuncia tácita cuando el interesado, tras haber sido requerido para comparecer en la Oficina de Extranjeros o en la comisaría de Policía que hubiese seguido el expediente con el fin de tramitar o hacerse entrega de la tarjeta a que se refiere el art. 52.2 del presente Reglamento, no se persone en la misma en el plazo de tres meses desde que se practicó aquel requerimiento legalmente, salvo que el interesado acredite que la incomparecencia fue debida a causa justificada."*

El razonamiento de los recurrentes para mantener su pretensión se basa en que el inciso "para comparecer en la oficina" implica una exigencia contraria al artículo 40 de la Ley 30/92 que establece en su número uno que la "comparecencia" de los ciudadanos ante las oficinas públicas solo será obligatoria cuando así este previsto en una norma con rango de Ley.

La cuestión que debemos analizar es sustancialmente coincidente con la que ha sido objeto de consideración en el Fundamento Jurídico Tercero y por tanto bastaría aquí dar por reproducido lo allí dicho y así lo hacemos en cuanto a los principios generales de la argumentación entonces efectuada.

En efecto, decíamos entonces y reiteramos ahora, que no podemos olvidar que la tarjeta de residencia es el documento de identificación de los extranjeros que se encuentren en situación de residencia legal en España a que se refiere el artículo 11 de la Ley Orgánica 1/92 y que su titular tiene el deber de custodia y conservación, obligación que los recurrentes no discuten y que se establece en el artículo 59 del Reglamento. Del mismo modo, hemos de recordar lo dicho en cuanto a que el precepto citado, establece como de aplicación supletoria, la normativa sobre el Documento Nacional de Identidad, respecto del cual, el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/92 establece también tal deber de conservación y custodia, circunstancia ésta que da cobertura legal a la obligación que impone el artículo 52.2 del Reglamento de que la tarjeta de residente sea entregada al interesado y no a terceras personas, obligación que también encuentra amparo en el artículo 13 del Decreto 196/76, que impone al titular del documento de identidad el deber de llevarlo siempre consigo, lo que impide que pueda ser entregado a terceras personas, ni siquiera temporalmente. De lo hasta aquí dicho, fluye con absoluta naturalidad, como complemento indispensable, que el titular de la tarjeta debe necesariamente comparecer personalmente en la oficina de extranjeros o comisaría de policía en que aquella se tramite para proceder a su retirada. Resulta, por tanto, claro que el deber que se impone al extranjero de personarse en la oficina de

extranjeros o en la comisaría de policía para que se le haga entrega de la tarjeta de residente tiene cobertura legal.

El segundo de los supuestos en que el precepto que examinamos impone el deber de comparecencia personal del extranjero se refiere a los supuestos en que sea requerido "con el fin de tramitar" la tarjeta que aparece recogido en el artículo 52.2 del Reglamento. No cabe duda que la tramitación a que el precepto se refiere atañe específicamente a la que tenga por objeto la elaboración y entrega de la tarjeta y no a la relativa a la concesión del permiso de residencia. Tal tramitación únicamente puede venir referida a la elaboración material y entrega del documento de identidad, encuadrándose en la elaboración material los posibles trámites encaminados a dotar al documento en cuestión de algún contenido que solo pueda ser reflejado personalmente por su titular, tal sería el caso de la huella dactilar o la firma, al igual que acontece con el Documento Nacional de Identidad, cuya normativa, como hemos dicho, es de aplicación supletoria. Ello porque del tenor del artículo 52 del Reglamento se deduce que la tarjeta será extendida sin más trámites por el Ministerio del Interior una vez inscrito el permiso de residencia en el Registro de Extranjeros a que se refiere el artículo 60 del propio Reglamento.

Consecuencia de lo hasta aquí dicho y de lo establecido en el Fundamento Jurídico tercero, en cuanto no constituya fundamentación específica del supuesto concreto allí analizado, la comparecencia a que se refiere el precepto que ahora se impugna tiene su amparo en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/92, en relación con el artículo 11 de la misma, el artículo 13 del Decreto 196/76 y el artículo 59 del Reglamento que nos ocupa, siendo a su vez complemento indispensable para la efectividad de la tarjeta en los casos en que en esta deba figurar algún contenido que solo pueda ser reflejado en ella por su titular, todo ello sin perjuicio de que, como ya dijimos en el Fundamento Jurídico tercero, la exigencia de la comparecencia personal fuera de los casos legalmente amparados y que por tanto su exigencia implique un ejercicio abusivo del precepto impugnado, resultaría contraria al ordenamiento jurídico y a su inobservancia no podría anudarse consecuencia alguna en perjuicio del administrado.

**OCTAVO.-** Pretenden, igualmente, los recurrentes la anulación del artículo 56.8 del Reglamento, relativo a extranjeros indocumentados, que dice: "*Completada la información, salvo que el extranjero se encontrase incurso en alguno de los supuestos de prohibición de entrada o de expulsión, previo abono de las tasas fiscales que legalmente correspondan, el Subdelegado de Gobierno, o Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, en el caso de que aquel desee permanecer en España, dispondrán su inscripción en una Sección especial del Registro de Extranjeros y le dotarán de una Cédula de inscripción en un*

*documento impreso, que deberá renovarse anualmente y cuyas características se determinarán por el Ministerio del Interior. La Dirección General de la Policía expedirá certificaciones o informes sobre los extremos que figuren en dicha Sección especial para su presentación ante cualquier otra autoridad española."*

La anulación se concreta al inciso "salvo que el extranjero se encuentre incurso en alguno de los supuestos de prohibición de entrada o de expulsión".

La impugnación, en cuanto el inciso transcrito resulta contrario a lo dispuesto en el artículo 34.2 de la Ley 4/2000 en su redacción de la Ley 8/2000, debe prosperar ya que el precepto legal se limita a establecer que "En todo caso, se denegará la documentación solicitada cuando el peticionario esté incurso en alguno de los supuestos del artículo 26", precepto éste que se refiere según su rúbrica, a los casos de prohibición de entrada, pero no a los de expulsión a los que se extiende el Reglamento y que por tanto contraviene lo dispuesto en la Ley para cuya ejecución se dicta, ya que aquella denegación solo es aplicable a los que hayan sido expulsados, mientras dure la prohibición de entrada, así como a aquellos que la tengan prohibida por otra causa legalmente establecida o en virtud de convenio internacional en el que sea parte España, pero en modo alguno alcanza a quienes se encuentren incursos en causa de expulsión en tanto esta no haya sido acordada.

El precepto impugnado, por otra parte, de mantenerse en su actual redacción, implicaría la práctica inaplicabilidad del mismo y por tanto haría inviable la previsión del artículo 34, ya que todo extranjero que deba acudir a la fórmula del artículo 34.2 de la Ley para obtener un documento identificativo por carecer de documentación y no poder ser documentado por las autoridades de ningún país por razones distintas a la apátrida estará siempre incurso en la causa legal de expulsión consistente en estancia ilegal, y eso porque para entrar legalmente en España, conforme al artículo 25 de la Ley 4/2000, es necesario que se esté provisto de pasaporte o documento de viaje que acredite la identidad, lo que es incompatible con la situación de indocumentación a que se refiere el artículo 34 de la Ley.

El precepto impugnado debe por tanto, insistimos, ser anulado en lo que se refiere a la expresión "o de expulsión".

**NOVENO.-** El artículo 57 del Reglamento dice: "*1. A los extranjeros que se encuentren en España y que justificando documentalmente una necesidad excepcional de salir del territorio español no puedan proveerse de pasaporte propio, por encontrarse en alguno de los casos expresados en el art. 34.2 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, una vez practicados los tramites regulados en el artículo anterior, se les podrá expedir por la Dirección General de la Policía un título de viaje con destino a los países que se especifiquen,*

*previando el regreso a España salvo que el objeto del título de viaje sea exclusivamente posibilitar el retorno del solicitante al país de nacionalidad o residencia de éste, en cuyo caso, el documento no contendrá autorización de regreso a España.*

*2. El título de viaje tendrá la vigencia máxima y limitaciones que en cada caso concreto se determinen para su utilización que en le mismo se exprese, y se expedirá con arreglo al modelo que se determine por Orden del Ministerio del Interior."*

Los recurrentes pretenden la anulación del precepto que ahora nos ocupa en lo que se refiere al inciso "y que justificando documentalmente una necesidad excepcional de salir del territorio español", así como a la expresión "podrá expedir" por entender que resultan contrarios a lo dispuesto en el artículo 34.2 de la Ley Orgánica 4/2000 al establecer requisitos no previstos en la Ley y además transformar en potestativo lo que en la norma de rango legal es imperativo.

El artículo 34.2 de la Ley 4/2000 que se dice infringido por la norma reglamentaria cuya anulación se pretende dispone, en su último inciso, que "los que deseen viajar al extranjero serán además provistos de un título de viaje".

El precepto legal no establece condicionamiento alguno para la provisión de título de viaje, salvo la previa documentación a que se refiere el propio precepto, por lo que condicionar la provisión de título de viaje a la justificación documental de "una necesidad excepcional de salir del territorio español", frente al simple deseo de viajar al extranjero a que se refiere la Ley, implica una clara contradicción con la norma de rango superior y por tanto debe procederse a la anulación solicitada. A idéntica situación debe llegarse en relación con la expresión "podrá expedir" que utiliza el Reglamento y que supone una mera posibilidad frente al carácter imperativo del artículo 34.2 de la Ley, cuando dice que "serán además provistos".

Consecuencia de lo anterior es la anulación del precepto impugnado, anulación de debe alcanzar a todo el nº 1 del artículo 57 ya que la supresión del inciso cuya anulación se pretende hace ininteligible el precepto.

**DECIMO.-** En relación con el artículo 84, relativo a los supuestos de inadmisión a trámite de la solicitud de permiso de trabajo, en sus apartados 2 y 6, que dicen: "*2. Falta de competencia del órgano a quien se dirige la solicitud.*

*6. La solicitud presentada utilizando procedimientos inadecuados, de acuerdo con lo establecido en el presente Reglamento".*

Los recurrentes sostienen que deben ser anulados por cuanto resultan contrarios a los artículos 71.1, 70 y 20.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

De los citados preceptos de la Ley de régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común resulta que "el órgano administrativo que se estima incompetente para la resolución de un asunto remitirá directamente las actuaciones al órgano que considere competente si éste pertenece a la misma Administración Pública", (art. 20 de la L.P.J.A.P. y P.A.C). Tal mandato legal no deja lugar a dudas de que el apartado 2 del artículo 84 del Reglamento antes transcrito es contrario a una norma con rango de Ley y por tanto debe ser anulado, ya que la inadmisión solo sería procedente cuando el órgano al que se dirige la solicitud perteneciese a distinta Administración que la competente para la resolución.

En lo que se refiere al apartado 6 de precepto impugnado la referencia a procedimiento debe entenderse hecha a los preceptos contenidos en la sección quinta del Capítulo III entre los que se encuentran los relativos a "documentación necesaria para la concesión inicial del permiso de trabajo o su renovación" (art. 81) y al lugar y forma de la presentación (art. 82). Por tanto, de la dicción del art. 84.6 cuya nulidad se pretende resulta que la omisión de alguno de los documentos comprendidos en el art. 81 citado, cual sería el caso de presentar solo dos fotografías en lugar de tres (art. 81.1.1b), acarrearía la inadmisión de la solicitud, lo que resulta contrario al mandato legal contenido en el artículo 71 de la L.R.J.A.P. y P.A.C. que establece que si la solicitud de iniciación del procedimiento administrativo no reúne los requisitos señalados en el artículo anterior y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, "se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, archivándose sin más trámite..."

Como quiera que la Ley 30/92 es aplicable a todas las Administraciones públicas y a ella habrán de adecuarse todos los procedimientos administrativos, es claro que lo dispuesto en el artículo 84.6 del Reglamento es contrario al artículo 71 de la Ley 30/92 transcrito y por tanto debe ser anulado al no permitir la subsanación de defectos en los términos establecidos en la Ley.

**DECIMOPRIMERO.-** En el apartado correlativo los recurrentes solicitan la anulación del artículo 100.2.c del Reglamento que dice: "*Extranjeros inculcados en procedimientos por delitos. Si el extranjero contra el que se hubiese adoptado resolución que acuerde su expulsión del territorio nacional se encontrase inculcado en proceso penal, por un delito castigado con penas privativas de libertad inferiores*

*a seis años, una vez que haya sido oído en declaración como tal, el Ministerio Fiscal interesará con carácter general, ponderando todas las circunstancias concurrentes, y en especial la satisfacción de los intereses generales, la autorización de la expulsión del territorio español de dicho extranjero. La autoridad judicial podrá autorizar su expulsión la que se ejecutará conforme el procedimiento administrativo que se hubiese seguido", por cuanto, afirman, confunde el término "imputado" con el de "inculcado". Lo cierto es que tanto la Ley de Extranjería, en su artículo 57.7 como el precepto que ahora se impugna utilizan el término "inculcado" por lo que la impugnación debe ser desestimada sin entrar en otras consideraciones.*

**DECIMOSEGUNDO.-** En el apartado XII de su escrito de demanda los recurrentes sostiene la anulabilidad del artículo 112.6 del Reglamento, que dice: "*La excepción de la aplicación del régimen general de ejecutividad de los actos administrativos, en el caso de la resolución que ponga fin al procedimiento de expulsión con carácter preferente establecida en el art. 21.2 de la Ley orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, no excluirá el derecho de recurso por los legitimados para ejercerlo, sin perjuicio de la inmediatez de la expulsión y de la improcedencia de declarar administrativamente efecto suspensivo alguno en contra de la misma. En la resolución, además de la motivación que la fundamenta, se harán constar los recursos que frente a ella procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos.*"

Los recurrentes sostienen que el inciso "y de la improcedencia de declarar administrativamente efecto suspensivo alguno en contra de la misma".

Los recurrentes alegan en defensa de su pretensión que el artículo 111 de la Ley 30/92 permite con carácter general la anulación de todos los actos administrativos cuando concurren una serie de requisitos, sin que ello sea óbice para la ejecutividad del acto administrativo firme. Alegan también los recurrentes en apoyo de su tesis que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el inciso 2 del artículo 34 de la Ley 7/85 que prohibía la suspensión judicial, así como que "en ningún lugar la Ley de Extranjería permite esta prohibición de suspensión en vía administrativa".

La pretensión de anulación no puede prosperar por cuanto de una parte el Tribunal Constitucional al limitar en la sentencia 115/87 la declaración de inconstitucionalidad a la prohibición de suspensión en vía jurisdiccional, fundamento jurídico cuarto, cuando dice que "no es posible eliminar en todos los casos la facultad judicial de declarar la suspensión del acto...", está implícitamente admitiendo la constitucionalidad de la eliminación en vía administrativa, ya que no debe olvidarse que la antigua Ley 7/85 en su artículo 34.2 decía que "en ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas

de conformidad con lo establecido en la presente Ley", con lo que evidentemente se refería tanto a la suspensión judicial como a la administrativa.

La cuestión queda reducida a si la Ley Orgánica 4/2000 en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000 da cobertura a lo dispuesto en el precepto recurrido.

El artículo 63.4 de la Ley Orgánica 4/2000 en la redacción que le da la Ley Orgánica 8/2000 establece que "la ejecución de la orden de expulsión en estos supuestos se efectuará de forma inmediata". Tal expresión no cabe identificarla con la del artículo 94 de la Ley 30/92 en que se dispone que "los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo lo previsto en los artículos 111 y 138, y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario...", ya que una cosa es que los actos sean ejecutivos y otra muy distinta que su ejecución deba efectuarse de forma inmediata. Lo primero implica que la fuerza obligatoria del acto administrativo es inmediata (art. 94 de la Ley 30/92) y que la Administración tiene la posibilidad de hacer efectiva esa obligatoriedad, incluso venciendo la oposición del particular (art. 95 de la Ley 30/92), en tanto que lo segundo supone que los órganos administrativos a quienes corresponde la ejecución deben llevarla a cabo de forma inmediata por imperativo legal, y esta obligación resulta incompatible con la suspensión de la ejecución. El precepto reglamentario que nos ocupa, en consecuencia, no puede ser estimado inconstitucional a la luz de la sentencia 115/87 y ha de estimarse conforme al mandato contenido en el artículo 63.4 de la Ley Orgánica 4/2000 en la redacción que le da la Ley Orgánica 8/2000, razones por las que su impugnación debe ser desestimada.

**DECIMOTERCERO.-** Consideran a continuación los recurrentes que el artículo 117.2 del Reglamento que nos ocupa, relativo a medidas cautelares en el procedimiento de expulsión, que dice: "*Cuando en las primeras actuaciones de la fase de instrucción, concurren razones que así lo aconsejen, como carecer el extranjero de arraigo, de domicilio conocido o no manifestase lugar alguno a efecto de notificaciones, el órgano competente para iniciar el procedimiento o el órgano instructor podrán adoptar la medida provisional de retirada de pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado de recibo acreditativo de tal medida*", debe ser anulado en lo que atañe al inciso "para iniciar el procedimiento o el órgano instructor" por cuanto resulta contrario al artículo 61.1 de la Ley de Extranjería.

En efecto el artículo 61.1 citado establece que es la autoridad competente para la resolución del expediente sancionador en el que se formule propuesta de expulsión podrá acordar a instancia del instructor... la retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad (art. 61.1.c). En consecuencia, al

desplazar el Reglamento esa competencia al instructor, que solo tiene conforme al mandato legal facultades de propuesta, y al órgano competente para iniciar el procedimiento, no existe duda alguna de que contraviene una norma de rango superior y por tanto el precepto debe ser anulado.

**DECIMOCUARTO.-** En el correlativo de la demanda los recurrentes demandan la anulación del artículo 127.2.c del Reglamento recurrido dice: "*Solo se podrá acordar el internamiento del extranjero cuando concorra alguno de los siguientes supuestos: c) se haya dictado acuerdo de devolución de conformidad con lo establecido en el presente Reglamento*", al entender que vulnera el artículo 58.5 de la Ley de Extranjería, ya que este precepto legal tan solo admite que el internamiento en los supuestos que la devolución tenga lugar por haberse infringido la prohibición de entrada, es decir en los supuestos del apartado 2.a del artículo 58 de la Ley, en tanto que el precepto impugnado extiende la posibilidad de internamiento a todos los supuestos en que se haya dictado acuerdo de devolución.

Consecuencia de lo anterior es que la norma reglamentaria contraviene manifiestamente el artículo 58.5 de la Ley que distingue entre los supuestos de devolución por contravenir la prohibición de entrada en España (art. 58.2.a), en los que provee la posibilidad de internamiento cuando no pueda ejecutarse en el plazo de setenta y dos horas, y la devolución de los que pretendan entrar ilegalmente en el país para cuyo supuesto la Ley no establece aquella posibilidad, sin que pueda, por otra parte, ser confundida la devolución con la expulsión, supuesto este en que sí cabe el internamiento conforme al artículo 62.e de la Ley Orgánica 4/2000 en la redacción de la Ley Orgánica 8/2000.

Extender por vía reglamentaria una medida cautelar que afecta al Derecho a la libertad a supuestos no previstos legalmente resulta contrario al Ordenamiento Jurídico y por tanto el precepto impugnado debe ser anulado.

**DECIMOQUINTO.-** Plantean los recurrentes en el apartado correlativo del escrito de demanda la anulabilidad del artículo 130 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 reformado por la Ley Orgánica 8/2000, que dice: "*1. Los internos están obligados a cumplir las normas de convivencia, régimen interior, sanidad e higiene, así como a conservar las instalaciones y mobiliario del centro.*

*2. En cada centro existirá una Junta compuesta, además del Director del mismo, por el facultativo y un trabajador social, que asesorará a aquel en la imposición de medidas a los internos que no respeten las normas de convivencia y de régimen interior, que deberán, en su caso, ser comunicadas a la autoridad judicial que autorizó el internamiento.*

*3. La dirección del centro establecerá un horario para regular las distintas actividades a desarrollar por los internos.*

*4. Los internos podrán recibir y enviar correspondencia, así como mantener comunicaciones telefónicas con el exterior, que solo podrán restringirse por resolución de la autoridad judicial.*

*5. Se adoptarán las medidas necesarias para impedir restricciones del ejercicio de la libertad religiosa por parte de los internos.*

*6. Los internos están autorizados a comunicar con sus abogados, y periódicamente con familiares, amigos y representantes diplomáticos de su país, debiendo realizarse tales comunicaciones dentro del horario establecido para la adecuada convivencia entre los internos, conforme a las normas de funcionamiento del centro."*

La cuestión que debe dilucidarse en este punto es la de si las cuestiones a que se refiere el precepto impugnado tiene o no reserva de Ley, con independencia de si ésta ha de ser o no Ley Orgánica.

El artículo 53.1 de la Constitución cabe entenderlo, así lo dice el Tribunal Constitucional, como referido a la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho de los proclamados en el capítulo segundo del Título Primero de la Constitución, o bien en relación con lo que una importante tradición jurídica ha denominado intereses jurídicamente protegidos, como núcleo y médula de los derechos subjetivos, aspectos a los que el artículo en cuestión ha querido añadir un plus de garantía derivado del hecho de ser directamente aplicables y en consecuencia reserva al legislador, las Cortes Generales, la posibilidad de, respetando su contenido esencial, regular el ejercicio de esos derechos entre los que naturalmente se encuentra el Derecho a la Libertad proclamado en el artículo 17 y que se predica de toda persona y no sólo de los nacionales.

El artículo impugnado se refiere a cuestiones que atañen directamente al estatuto jurídico de los extranjeros que hayan sido ingresados en centros de internamiento al amparo de lo dispuesto en los artículos 60 y 62 de la Ley Orgánica 4/2000 en la redacción que le da la Ley Orgánica 8/2000 y por tanto dicho estatuto jurídico, en cuanto afecte y limite el ejercicio de diversos aspectos esenciales del derecho a la libertad de los extranjeros, más allá del derecho ambulatorio a que se refiere el artículo 60.2 de la Ley 8/2000, tal es el caso de imponer una limitación cuantitativa mediante la expresión "periódicamente" a la posibilidad de comunicación con familiares o representantes diplomáticos del país de origen, o el establecer la posibilidad imponer medidas correctivas a los "internos" que no respetan las normas de convivencia sin especificar cuales sean unas y otras, ni

estas vengan establecida en la Ley-, ha de ser regulado por Ley debido a la exigencia constitucional. Así lo entendió ya el legislador en relación a una situación de privación de libertad que el Tribunal Constitucional ha considerado asimilable a lo que ahora nos ocupa en cuanto a garantías exigibles, cual es la detención preventiva, supuesto en el que el estatuto jurídico de los afectados por la medida ha sido regulado por Ley Orgánica 1/79. En efecto en esta Ley Orgánica se regula cuestiones tales como la obligación de cumplir las normas de régimen interior, asistencia sanitaria, régimen disciplinario, comunicaciones de los internos, asistencia religiosa, etc. cuestiones a las que se refiere la norma reglamentaria que ahora se impugna. En consecuencia el precepto debe ser anulado por insuficiencia de rango en todo aquello que suponga limitación de derechos al margen del artículo 60 de la Ley 8/2000 que en su número 2, en su último inciso, dispone que "los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio". Por tanto los apartados 2 y 6 del precepto que nos ocupa no pueden ofrecer duda en cuanto a la procedencia de su anulación, si bien es obligado resaltar que el apartado 6 debe ser anulado en cuanto establece un criterio de periodicidad en las comunicaciones, periodicidad que implica limitación a un derecho que esta Sala afirma resulta incuestionable y no susceptible de limitación por vía reglamentaria como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 60.2 de la Ley 8/2000 antes transcrito. No procede, por el contrario, la anulación de los párrafos 4 y 5 por cuanto se limitan, aun cuando ello fuera innecesario, a reconocer el derecho a enviar y recibir correspondencia, a mantener conversaciones telefónicas, y a la libertad religiosa.

En cuanto a los apartados 1 y 3, los mismos han de considerarse complemento indispensable para hacer efectiva la posibilidad de internamiento legalmente establecida, principio éste del complemento indispensable asumido tanto por el Tribunal Constitucional como por esta Sala en sentencias, entre otras, de 30 de noviembre 1.982 y 1 de junio de 1.973 respectivamente. Decimos que son complemento indispensable por cuanto el respecto de normas de convivencia, régimen interior, sanidad, higiene, horarios así como la conservación de muebles y mobiliario, son conductas absolutamente indispensables, para el buen funcionamiento del centro de internamiento.

En consecuencia deben ser anulados los apartados 2 y 6 del precepto impugnado, sin perjuicio de resaltar que la relación de derechos proclamados en los apartados 4 y 5, que se mantienen, del artículo impugnado, en modo alguno tiene carácter de números clausus ya que ello resultaría contrario al artículo 60 de la Ley 8/2000.

**DECIMOSEXTO.-** Los recurrentes fundamentan la impugnación que realizan del artículo 136.3 del Reglamento que nos ocupa y que dice: "*Los órganos judiciales comunicarán a la autoridad gubernativa la finalización de los procesos judiciales en los que concurra la comisión de infracciones administrativas de las normas sobre extranjería, a los efectos de que por las autoridades administrativas pueda reanudarse, iniciarse o archivarse, si procede, según los casos, el procedimiento administrativo sancionador. Del mismo modo comunicarán aquellas condenas impuestas a extranjeros por delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año, a los efectos de la incoación del correspondiente expediente sancionador.*", en el hecho de que vulnera, en su opinión, el artículo 2.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El precepto que nos ocupa impone a los órganos judiciales y por tanto a los titulares de los mismos, la obligación de efectuar a las autoridades gubernativas las comunicaciones a que el artículo se refiere, ya que corresponde a los Jueces y Magistrados dictar la resolución en que se acuerda llevar a cabo el acto del órgano jurisdiccional de que se trata. Estamos en consecuencia ante un precepto que impone deberes a los Jueces y Magistrados y altera por tanto su Estatuto al margen de lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que limita las funciones de los Juzgados y Tribunales a la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, así como a "lo demás que expresamente les sea atribuido por Ley en garantía de cualquier derecho", sin que las notificaciones a que se refiere el artículo del Reglamento que examinamos puedan entenderse incluidas en el trámite de ejecución de sentencia, máxime si se tiene en cuenta que el artículo 990 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal solo se remite a los reglamentos en lo que se refiere a la forma y tiempo de ejecución de las penas, en tanto que los expedientes gubernativos a que se refiere el artículo 136.3 del Reglamento impugnado en modo alguno puede considerarse constituyan ni el contenido principal ni el accesorio de la pena. El precepto en este punto, en consecuencia debe ser anulado.

Por otra parte la notificación a que se hace mención en el inciso final del artículo impugnado, que se refiere a la comunicación de las condenas impuestas a extranjeros por delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año, tiene trascendencia en el proceso por cuanto conlleva la notificación del contenido de la sentencia a quien no ha sido parte en aquel, en contra de lo dispuesto en el artículo 160 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece que las sentencias se notificaran a las partes y a sus Procuradores. Estamos, en consecuencia, ante un acto que tiene efectos en el proceso cuya regulación debe ser efectuada por Ley y por tanto por imperativo del artículo 122 de la Constitución, del artículo 2.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y por el alcance procesal de la

norma su regulación debe efectuarse por norma con rango de Ley, razón por la que el precepto debe ser anulado.

**DECIMOSEPTIMO.-** Igual cuestión que la analizada en el fundamento anterior se plantea en el apartado correlativo del escrito de demanda en relación con el artículo 136.4 del Reglamento recurrido que dice: *"Cuando el Ministerio Fiscal conozca que un extranjero se encuentre imputado en un procedimiento por delito menos grave y pudiera estar incurso en alguna de las causas de expulsión previstas en la Ley orgánica 4/2000, reformada por la Ley orgánica 8/2000, sin que hubiera sido incoado el correspondiente expediente administrativo sancionador, informará sobre tal imputación a la autoridad gubernativa para que ésta compruebe si procede o no la incoación de expediente de expulsión, a los efectos oportunos."*

El artículo 124 de la Constitución impone en relación con el Estatuto del Ministerio Fiscal idéntica reserva de Ley que el artículo 122 de la misma, con relación a los Jueces. El Estatuto Jurídico está representado por la Ley 50/81, pero en él que se contiene una cláusula residual en su artículo 3.15 en la que tiene encaje el deber que les impone el precepto impugnado, ya que aquella se refiere a "ejercer las demás funciones que el ordenamiento jurídico les atribuya", entre las que sin duda se encuentra la que les impone el precepto impugnado que integra, como es obvio, ese ordenamiento.

Su impugnación, en consecuencia, no puede prosperar.

**DECIMOCTAVO.-** En el último apartado del escrito de demanda los recurrentes pretenden la anulación del artículo 138.1.b del Reglamento que nos ocupa, relativo a la posibilidad de devolución de los extranjeros que se hallaren en alguno de los siguientes supuestos: 1.b *"Los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país, considerándose incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera, en sus inmediaciones o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir con los requisitos de entrada."*

Fundamenta su pretensión la demandante en relación con el inciso "o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta" cuya supresión pretende, en el hecho de que la Ley de Extranjería en su artículo 58.2 limita la no necesidad de expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros a "los que pretendan entrar ilegalmente en el país" (apartado b), y los que contravengan la prohibición de entrada en España como consecuencia de expulsión anterior (apartado a).

El artículo que ahora se recurre lo que pretende llevar a cabo es una interpretación del apartado 2.b del artículo 58 de la Ley, antes transcrito, cuando dice en el apartado 1.b "considerándose incluidos, a estos efectos (pretensión de entrar ilegalmente en el país) a los extranjeros que sean interceptados en la

frontera, en sus inmediaciones o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir con los requisitos de entrada".

La cuestión es si el precepto reglamentario va mas allá del mandato legal y realiza una interpretación contra Ley, en cuyo supuesto deberá ser anulado.

El Precepto legal de referencia no ofrece duda de que se esta refiriendo a la tentativa de entrada, la expresión "pretender entrar" es concluyente al efecto. Es evidente, por otra parte, que quienes se encuentren en el interior del territorio nacional, por mas que estén en ruta o en tránsito, no pretenden entrar ya que esta es una situación incompatible con la de encontrarse "en el interior", es decir, dentro del territorio nacional, por más que, decimos, estén en ruta hacia un lugar concreto o en tránsito, tanto si esa situación lo es de una localidad a otra del territorio nacional o hacia un país tercero.

El precepto legal se refiere de forma estricta a la pretensión de entrar ilegalmente en el país, no a los supuestos de tránsito, una vez en el país, desde un lugar a otro del mismo o hacia un país tercero. El precepto impugnado efectúa, en consecuencia, una interpretación extensiva que va mas allá del mandato legal ampliándolo a un supuesto no previsto en este. Estamos por tanto ante una interpretación contra Ley que aplica un régimen excepcional que no goza de las garantías de la expulsión a supuestos distintos de los legalmente establecidos. Por esta razón el precepto debe ser anulado.

**DECIMONOVENO.-** No concurren los requisitos del artículo 139 en orden a una condena en las costas del recurso.

Vistos los preceptos citados y los demás de general y pertinente aplicación.

## **F A L L A M O S**

Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Agustín Sanz Arroyo, en nombre y representación de la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes en Andalucía "Andalucía Acoge" y de la "Red Acoge", Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes, contra Real Decreto 864/2001, de 20 de julio y del que anulamos los siguientes artículos del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000: artículo 38, el inciso "pudiendo adoptarse en tales casos, como medidas cautelares, algunas de las medidas enumeradas en el artículo 5 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley 8/2000"; artículo 41.5; artículo 49.2 apartados d) y e) el inciso "en España";

artículo 56.8, el inciso "o de expulsión"; artículo 57.1; artículo 84.2; artículo 84.6; artículo 117.2; artículo 127.2.c; artículo 130.2; artículo 130.6; artículo 136.3; artículo 138.1.b en el inciso "o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta". El presente fallo se publicará en el Boletín Oficial del Estado. Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia firme, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente Don José Manuel Sieira Miguez, estando la Sala celebrando audiencia pública el día de la fecha, de todo lo cual, yo, el Secretario, certifico.