

A LA SALA 3ª DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO, SECCIÓN 6ª

D. Agustín Sanz Arroyo, Procurador de los Tribunales y de **Andalucía Acoge** y **Red Acoge**, en la representación que tengo debidamente acreditada en el Recurso contencioso administrativo nº **1/488/2001**, que se tramita a instancias de mis mandantes contra el RD 864/2001 por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 8/2000 de Derechos Y libertades de los Extranjeros en España y de su Integración Social, ante la Sala comparece y como mejor parecer en derecho, **DICE**:

Que con fecha 18 de Enero de 2002 me ha sido notificada providencia por la que se acuerda poner de manifiesto el expediente administrativo para formular la demanda en el plazo de veinte días. Que, dentro de plazo, y al amparo del art.52.1 de la LRJCA, formalizo el presente **escrito de demanda**, sobre la base de los siguientes:

HECHOS

Único: Que tras los preceptivos informes y trámites, el 20 de Julio de 2001, el Consejo de Ministros aprobó, previa deliberación, el Reglamento objeto de impugnación en alguno de sus artículos o incisos, a los que haremos referencia a continuación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Artículo único, apartado 3, el inciso "*se aplicarán con carácter supletorio*"

A los beneficiarios de los arts. 1 y 2 RD 766/1992, en su redacción dada por el RD 737/1995, no se les aplica el régimen general. A éstos en caso de inexistencia de una norma, la autointegración se realiza mediante el recurso a las normas de Derecho Comunitario, tanto a las normas originarias (arts. 13, 18, 39, 43 y 49 TCCE) como al derecho derivado.

¿Qué ocurre cuando el derecho comunitario no regula un aspecto concreto?. Pues, que esas mismas normas suele remitir al Derecho interno, en nuestro caso se aplicarían las normas generales de extranjería contenidas en la LOEx y en el RELOEx. Evidentemente, hay temas no regulados por el momento por la UE.

El tenor literal transcrito introduce junto a la regla de la supletoriedad del régimen general previsto en el RLEx, otra regla de signo diferente como es la eventual primacía de dicho régimen en caso de que sea más favorable para los beneficiarios del art. 1 y 2 del RD 766/1992, modificado por el RD 737/1995. Ciertamente, los términos de alternatividad en los que se incorporan dos reglas de tan variada índole nos debería llevar a reflexionar si son compatibles entre sí.

La segunda regla la de la eventual primacía del régimen general en todos aquellos supuestos en los que exista una norma más favorable intenta resucitar el art. 1.2 de la LO 4/2000, que extrañamente desapareció en la tramitación de la Ley de reforma. El remedio no ha curado la enfermedad sino que ha sido un parche.

Vamos a intentar demostrar que el artículo único punto 3 RELOEx no puede venir a sustituir al 1.2 LOEx. La lectura rápida de ambos preceptos puede llevarnos a pensar que ambos textos son idénticos o que el resultado que produce aplicar la disposición reglamentaria puede llanamente llegar a poner fin al problema suscitado por la desaparición. Pues rotundamente no. El texto reglamentario sólo permite la aplicación de las normas más favorables previstas en el Reglamento y no prevé la aplicabilidad de las normas legales, y algunas no han sido objeto de desarrollo reglamentario. Me estoy refiriendo al Título Primero. Capítulo I de la LOEx, relativo a los derechos y libertades de los extranjeros (arts. 3 a 15 LOEx). Ciertamente, - muchos de ellos han sido tildados de inconstitucionales -, pero si nos fijamos, por ejemplo, en el art. 12.1 podemos observar que el extranjero puede obtener la asistencia sanitaria siempre que se encuentre empadronado. Los beneficiarios de los arts. 1 y 2 RD 766/1992, reformado por el RD 737/1995 para documentar el derecho a vivir en España deben tener cubiertos todos los riesgos sanitarios. ¿Podrían beneficiarse del art. 12.1 Lex?. No existe norma habilitante, pues el RLEx sólo admite la aplicabilidad de sus propias disposiciones.

II

Artículo único, apartado 4º, desde el principio hasta "...en el artículo 60 de dicha Ley Orgánica."

En este apartado se obliga a acudir al procedimiento de retorno previsto en el artículo 60 de la LO 4/2000, según redacción dada por la LO 8/2000, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y de su Integración Social, en adelante ley de extranjería, en todos los supuestos donde se apliquen los acuerdos de readmisión de personas en situación irregular firmados con terceros Estados, cuando estos acuerdos no sólo están previstos para supuestos de retorno, sino de expulsión por estancia irregular, en cuyo caso procedería, de conformidad con el art. 55 y 57, aplicar la sanción de multa o de expulsión, nunca la aplicación de la figura del retorno, como pretende generalizar el reglamento contra legem, en todos los supuestos en donde proceda la aplicación de los acuerdos de readmisión de personas firmados con varios países. Acudir a una u otra figura depende de la infracción cometida al amparo de los arts. 54, 55, 57 ó 60 de la LO 4/2000 según redacción dada por la LO 8/2000, no de la existencia de acuerdos o no de readmisión como pretende el RD impugnado. Este precepto supone derogar el

régimen sancionador previsto en la ley, en especial el de expulsión, para aquellos supuestos en donde el extranjero infractor sea nacional de alguno de los países con los que España tenga firmado algún acuerdo internacional de retorno, pues en estos casos el reglamento obliga a aplicar el procedimiento de retorno, y no los previstos para el caso en la ley de extranjería.

La mayoría de los Acuerdos de readmisión suscritos hasta ahora (ej: Marruecos, Ecuador y Colombia), establecen que cada parte contratante readmitirá en su territorio, a petición de la otra parte Contratante, **sin perjuicio de los derechos y garantías que otorgan las legislaciones de ambos países**, a la persona que en el territorio de la parte requeriente **no cumpla o haya dejado de cumplir los requisitos vigentes de entrada o residencia**, siempre que se pruebe o se presuma, de modo verosímil, que la persona en cuestión posee la nacionalidad del Estado de la Parte Contratante requerida, o se trate de nacional de país tercero o apátrida en la misma situación, siempre que se pruebe o se presuma que dicho nacional ha entrado en el territorio de la Parte requeriente después de haber permanecido o residido o transitado por el territorio de la Parte Contratante requerida.

Dentro de este requisito “no cumpla o haya dejado de cumplir los requisitos vigentes de entrada o residencia por los que deban ser devueltos o enviados a sus países ...”, en nuestra normativa vigente reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España, la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, podemos encontrar, como ya hemos dicho, varios supuestos: Los supuestos de infracciones en materia de extranjería sancionados con expulsión, así como un supuesto de devolución “art. 58.2 b)” Los que pretendan entrar ilegalmente en el país” y, el supuesto de rechazo en frontera o retorno recogido en el art. 60

Se trataría de figuras similares porque implican el envío del extranjero al país de origen, pero a través de procedimientos y consecuencias totalmente diferentes. La expulsión es una sanción administrativa que lleva aparejada la prohibición de entrada en España por un lapso temporal y que precisa de la tramitación de un expediente administrativo de expulsión. La devolución y el retorno o rechazo en frontera, no son considerados como sanciones, sino como restablecimiento del orden jurídico perturbado, que se acuerdan por resolución administrativa de la autoridad competente, y que no lleva aparejada la referida prohibición de entrada, con diferencias entre una y otra en cuanto a la posibilidad de internamiento de alguno de sus supuestos.

Esta regulación contra legem del Reglamento comporta una vulneración del principio de jerarquía normativa en la medida en que contraviene lo establecido en la Ley 4/2000, modificada por la 8/2000 respecto a la sanción aplicable en unos casos y los procedimientos exigibles en otros.

También infringe este precepto el art. 25.1 de la Constitución y los arts. 129. 2 y 3 de la LRJ Y PAC, reguladores del principio de tipicidad como principio regulador de la potestad sancionadora de la administración y, donde se establece la necesidad de la predeterminación legal de la correspondencia entre las infracciones y las sanciones correspondientes, así como los límites de las disposiciones reglamentarias de desarrollo:

“Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.”

SSTC 207/1990, de 13 de diciembre, 208/1990 de 17 de diciembre, 219/1989 de 21 de diciembre.

III

Artículo 36.5, el inciso " *identificarse personalmente* ".

La Ley de extranjería no exige en su artículo 30, dedicado a la prórroga de estancia, la necesidad de comparecencia personal del ciudadano ante ninguna administración pública, siendo este requisito de presencia personal un elemento introducido ex novo por vía reglamentaria en contra de lo previsto en el artículo 40 de la ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según redacción dada por la ley 4/99, en donde se dice que la comparecencia de los ciudadanos ante las oficinas públicas sólo será obligatoria cuando así esté previsto en una norma con rango de Ley, que no es el caso del precepto impugnado.

IV

Artículo 38, desde " *pudiendo adoptarse...* " hasta el final del precepto.

El inciso impugnado del reglamento permite la adopción de las medidas cautelares previstas en el art. 5 de la ley en los supuestos de autorización de estancia cuando la entrada fue irregular, caso no previsto en art. 5 de la ley de extranjería, que limita la aplicación de estas medidas cautelares, limitativas del derecho a la libre circulación de aquellos que se hallen de acuerdo con el título II, en territorio nacional, cual es este supuesto, a la declaración de estados de excepción o sitio y excepcionalmente por razones de seguridad pública, de forma individualizada y por resolución del Ministro del Interior. No previendo el art. 5 aplicación de las medidas de seguridad para los supuestos en que el artículo impugnado pretende, ni siendo posible introducir medidas limitativas del derecho fundamental a la libre circulación del art. 19 de la CE por vía reglamentaria, el precepto impugnado es contrario a ley.

V

Artículo 41.5

Vulnera el artículo 17.2 de la Ley de extranjería, toda vez que la ley pretende en este precepto establecer un supuesto en donde las personas que poseen un permiso de reagrupación familiar, por depender de otro, pueden a su vez reagrupar a sus familiares. Por eso dice " y, en especial, del que corresponda a quienes hayan adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación." Es decir, la ley establece el derecho a la reagrupación del ya reagrupado, como un derecho originario, no derivativo del que fue su reagrupante.

Si, como el reglamento en el precepto impugnado dice, se precisa en estos supuestos que el reagrupado haya adquirido un permiso de residencia independiente, no existe ninguna diferencia con el régimen normal de reagrupación familiar, no siendo, por tanto, ningún supuesto excepcional a las reagrupaciones familiares normales, no respetando, por tanto, el espíritu ni la dicción del art. 17.2 de la Ley de extranjería. Por lo tanto, a lo que el art. 17.2 de la ley habilitaba era a establecer unas condiciones distintas a las normales para los supuestos de reagrupaciones familiares encadenadas, que nunca podrían suponer los mismos requisitos que las originarias (por ejemplo tener un permiso independiente), ya que para eso no era preciso ese importantísimo inciso 2º del art. 17 de la ley, pues bastaría con el régimen general de reagrupación familiar.

A modo de ejemplo, el apartado 2º del artículo 18 de la Ley permite que un hijo reagrupado pueda a su vez reagrupar a su hijo, nieto del reagrupante originario, pudiendo establecerse las condiciones para esa segunda reagrupación reglamentariamente. Pero si esas condiciones son las mismas, por exigirse que el reagrupado que pretende convertirse en reagrupante, tenga un permiso independiente, como hace el precepto impugnado, no se está respetando la especialidad prevista en el apartado 2º del art. 17 de la ley, ya que no sería un supuesto excepcional de reagrupación familiar, sino un supuesto ordinario de la misma.

VI

Artículo 49.2.d), y e) el inciso " en España".

El Reglamento introduce aquí una condición que no aparece en el art. 31.7 de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la 8/2000, la de la necesidad de **que esta convivencia de un año se desarrolle en España, siendo así que cabe calificar de restricción la exigencia contenida en el Reglamento, lo que comporta una vulneración del principio** básico y constitucionalmente consagrado (art.9.3 CE) **de jerarquía normativa**, dado que debería ser suficiente la prueba de la convivencia de un año por cualquier medio de prueba válido en derecho.

Respecto al supuesto regulado en el **art. 49 d)**, que regula la **exención de visado para extranjeros que sean cónyuges de español o de extranjero residente legal nacional de un estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo**, la interpretación restrictiva contra legem que vulneraría el principio de jerarquía normativa, contravendría también lo dispuesto en el art. 14 de la Constitución al limitar su protección jurídica sin razón alguna que justifique tal discriminación con respecto a aquellas familias cuya convivencia puede ser incluso muy superior al año pero no se haya producido en España, haciendo de peor condición a las que no acreditan esa convivencia en España.

Asimismo esta nueva exigencia del art. 49 d), como interpretación más restrictiva de la Ley 4/2000, contraviene también lo dispuesto en el Derecho Comunitario, en concreto lo prevenido en las Directivas Comunitarias 90/364/UE y 68/360/UE en la medida en que no cumple el mandato comunitario de conceder todo tipo de facilidades para acceder a dicho documento, impidiendo así el derecho a la libre circulación de las personas consagrado por los tratados constitutivos de la Unión, y no podrá ser aplicable de acuerdo con la Disposición final primera del Real Decreto 766/92 a los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación de ese RD, con carácter supletorio, al oponerse a lo dispuesto en los Tratados constitutivos de la CEE, sus modificaciones, así como al derecho derivado de los mismos.

La ilegalidad se produce por exigir el Reglamento la convivencia del cónyuge en territorio español, un requisito inexistente en el texto legal del derecho comunitario por la remisión en blanco al art.17 de la LOEx, sin tener en cuenta que estos extranjeros son beneficiarios del art.2.a) del RD 766/1992.

La primera ilegalidad es manifiesta, pues si comparamos el texto del art. 31.7 LOEx y la letra d), que estamos analizando, la exigencia de convivencia y el plazo están recogidas legalmente, pero la LEX no impone que dicha convivencia deba ser necesariamente en España.

Con respecto a la vulneración del derecho comunitario, la remisión de la letra d) del párrafo 2 del art. 49 al art. 17 de la LEX impone al cónyuge y al matrimonio una serie de requisitos y con ello obstáculos, que no están previstos en la legislación comunitaria. La inercia tiende a aparejar la reagrupación de nacionales de terceros países con el régimen general de extranjería previsto en los arts. 16 a 19 LEX; sin embargo, este caso es un supuesto claro de reagrupación del art.2.a) del RD 766/1992.

Se hace una remisión genérica al art. 17 LEX para el resto de los condicionantes del matrimonio que no existen en Derecho comunitario, donde la condición de cónyuge no queda limitada. Desde luego, desde la perspectiva comunitaria el cónyuge es cónyuge hasta que se disuelva el matrimonio; y si el matrimonio se ha celebrado en fraude de ley no son las autoridades del Ministerio del Interior las competentes para declarar la no validez del matrimonio. Si se considera que ha habido fraude en la prestación del consentimiento para contraer matrimonio lo que procede es iniciar una acción de nulidad. En todo caso, reiterar

que el reglamento impugnado ha generado una incompatibilidad con el derecho comunitario.

Respecto de los **cónyuges de extranjeros residentes legales nacionales de terceros países**, todo lo señalado acerca de la eventual ilegalidad de la letra d) del art. 49.2 RELEX, respecto a la interpretación restrictiva contra legem, es proyectable directamente al comentario de la letra e) y se puede mantener con los mismos argumentos. La ilegalidad es manifiesta, pues si comparamos el texto del art. 31.7 LEX y la letra e) art.49.2, que estamos analizando, la exigencia de convivencia esta recogida legalmente; sin embargo, en la LEX no exige que dicha convivencia deba ser necesariamente en España.

VII

Artículo 53.1.b), el inciso " para comparecer en la oficina".

La Ley de extranjería no exige en ninguno de sus preceptos la necesidad de comparecencia personal del ciudadano ante ninguna administración pública para recoger la tarjeta, siendo éste un requisito introducido ex novo por vía reglamentaria en contra de lo previsto en el artículo 40 de la ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según redacción dada por la ley 4/99, en donde se dice que la comparecencia de los ciudadanos ante las oficinas públicas sólo será obligatoria cuando así esté previsto en una norma con rango de Ley, que no es el caso del precepto impugnado.

VIII

Artículo 56.8. el inciso "salvo que se encontrase incurso en alguno de los supuestos de prohibición de entrada o de expulsión".

La regulación que hace el Reglamento de las causas de denegación de cédula de inscripción "no estar incurso en alguno de los supuestos de prohibición de entrada o de expulsión", que sigue en la línea de la regulación de la derogada Ley 7/85 en su antiguo artículo 22 "estar incurso en algunos de los supuestos de expulsión", no está recogida en el vigente **art. 34** de la Ley 4/2000, modificada por la 8/2000, que establece que en todo caso se denegará la documentación solicitada cuando el peticionario se encuentre incurso en alguno de los supuestos del artículo 26 de la misma, es decir que haya sido expulsado o que tenga prohibida la entrada por otra causa legalmente establecida o en virtud de convenios internacionales, **por lo que sería una ampliación de los supuestos de denegación contra legem** a los que aún teniendo decreto de expulsión, no se ha ejecutado, como a los que simplemente incurran en el supuesto de expulsión sin haber sido éste ni tan siquiera incoado. El alcance de la regulación reglamentaria es tan importante que podría hacer inviable la consecución de la documentación por parte del extranjero indocumentado de la sección 4ª capítulo II del reglamento, ya que per se todo indocumentado que se acerca a la aplicación de esta sección está incurso en la causa de expulsión por estancia ilegal del art. 53 a) de la LEX.

Esta regulación contra legem del Reglamento comporta una vulneración del principio de jerarquía normativa respecto a la potestad reglamentaria del Gobierno, en la medida en que amplía un supuesto de denegación no regulado en la citada Ley, y la necesidad de desarrollar aquella no puede suponer una restricción de los supuestos en que esta cédula podrá concederse.

Art.97 de la Constitución y en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, Del Gobierno, art. 23:

1."El ejercicio de la potestad reglamentaria corresponde al Gobierno de acuerdo don la Constitución y las leyes.

2. Los reglamentos no podrán regular materias objeto de reserva de ley, ni infringir normas con dicho rango...

IX

Artículo 57, el inciso " y que justificando documentalmente".. hasta "territorio español" y el inciso "podrá expedir".

Se vulnera el art. 34.2 de la Ley de extranjería, que en su inciso último obliga a dotar de un título de viaje (" los que deseen viajar al extranjero serán además provistos de un título de viaje") al extranjero que haya sido documentado tras haberse presentado como indocumentado. Sin embargo el precepto impugnado exige justificación documental del viaje y acreditar una necesidad excepcional del mismo, siendo además su concesión discrecional, al decir podrá expedir, en vez del "serán además provistos", como dice la ley. Exigir justificación documental de la necesidad del viaje, y por tanto poder denegar por falta de justificación el título de viaje al que ha sido documentado al amparo del artículo 34.2 de la Ley de Extranjería, vulnera tanto el espíritu como la letra del precepto legal.

X

ART. 84, apartados 2 y 6, de inadmisión a trámite por falta de competencia del órgano a quien se dirige la solicitud y cuando la solicitud se presenta utilizando procedimientos inadecuados.

Estos apartados vulneran el principio de jerarquía normativa al contrariar lo establecido en la LRJAP y PAC art. 71.1 donde se regula la posibilidad de subsanación y mejora de la solicitud de iniciación si ésta no reúne los requisitos que señala el art. 70 de esta ley y los exigidos en su caso por la legislación específica aplicable. Asimismo el art. 20.1 de esta misma ley establece que el órgano administrativo que se estime incompetente para la resolución de un asunto remitirá directamente las actuaciones al órgano que considere competente, si éste pertenece a la misma Administración Pública.



Entre los requisitos establecidos en el art. 70 que deben contener las solicitudes de iniciación está (punto 1.e) “órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige”.

En el caso de la utilización de procedimientos inadecuados de acuerdo con lo establecido en el Reglamento se trataría de requisitos establecidos en la normativa específica, que también podrían ser subsanados de acuerdo con este art. 71.1, requiriéndose al interesado para que en el plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el art. 42 de esta misma ley.

XI

Artículo 100.2 c), el inciso " una vez que haya sido oído en declaración como tal".

Vulnera el artículo 57.7 de la Ley de Extranjería, pues confunde el término imputado con el de inculpado, teniendo una trascendencia procesal distinta. La ley de extranjería se refiere a inculpado, mientras que el artículo impugnado está haciendo referencia a la imputación. La nueva regulación legislativa de la autorización judicial de expulsión varía sustancialmente de lo que venía recogiendo la ley 7/85 y 4/2000, dado que se utilizan otros conceptos jurídicos distintos al encartamiento, concepto jurídico entonces indeterminado, por no tener parangón en nuestro derecho positivo, que venía interpretándose como imputación.

El actual párrafo 7º del Art. 57 precisa que el extranjero esté procesado, que no es el caso, o **inculpado**. La imputación es la primera declaración del presunto responsable ante el juzgado, art. 788 de la LECrim., mientras que la inculpación se produce al final de la fase de investigación, en el llamado auto de inculpación, cuando se incoa el procedimiento abreviado al amparo del art. 789.5.4ª, por ello que la autorización de expulsión, con base a la nueva regulación de esta figura solo pueda producirse tras el auto de inculpación, es decir, cuando se da traslado a las acusaciones para que formulen escrito de acusación en su caso las partes acusadoras personadas. No es posible, como pretende el reglamento en el precepto impugnado, autorizar la expulsión tras la imputación o primera declaración del extranjero en el proceso penal.

Como manifiesta Luis Rodríguez Ramos, catedrático de Derecho Penal en su artículo publicado en "La Ley " D-3 tomo 1 del 2001

"Por **imputado** hay que entender la atribución a una persona concreta de hechos constitutivos de infracción penal. La imputación puede ser meramente extrajudicial (bien en ámbitos extraprocesales, bien como contenido de una denuncia o querrela sobre las que aún no se ha pronunciado el juez instructor) o judicial, si ya ha existido tal pronunciamiento al admitirse a trámite de instrucción la notitia criminis, esto es, al iniciarse la investigación judicial para constatar si unos hechos, que pueden ser constitutivos de delito --o falta-- y que se atribuyen a una persona, efectivamente merecen tal consideración y atribución una vez que se practiquen una serie de diligencias de investigación. El **inculpado**, vocablo que se usa en ocasiones como sinónimo de imputado, no tiene un significado unánime en la doctrina procesal. En principio no parece adecuado para designar a una persona que, parezca o no «culpable» (imputable y merecedor de ser sujeto pasivo de un juicio de culpabilidad), en principio sólo aparece como vinculado objetivamente a unos hechos posiblemente delictivos. Si

se quiere dar un contenido diferencial a este término, cabría considerar inculpado al imputado que, tras practicarse las diligencias esenciales de la investigación sumarial --instrucción--, aparece como merecedor de un auto de procesamiento --procesado-- (art. 384 LECrim.) o de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado (art. 789.5 LECrim.)."

XII

Artículo 112.6, el inciso "y de la improcedencia de declarar administrativamente efecto suspensivo alguno en contra de la misma".

Este precepto vulnera el artículo 111 de la ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según redacción dada por la ley 4/99, que permite la suspensión de todos los actos administrativos cuando concurren una serie de requisitos, sin que ello sea óbice con la ejecutividad del acto administrativo firme, como declara la ley de extranjería y la propia ley 30/92 con la reforma operada, en sus artículos 94 y 138. Ya el TC declaró inconstitucional el inciso 2º del art. 34 de la anterior LO 7/85, que prohibía la suspensión judicial. A mayor abundamiento en ningún lugar la Ley de Extranjería permite esta prohibición de suspensión en vía administrativa.

XIII

Artículo 117.2, el inciso "para iniciar el procedimiento o el órgano instructor".

Vulnera el art. 61.1 de la Ley de Extranjería, que determina que el órgano competente para acordar la medida de retirada del pasaporte o documento acreditativo de la nacionalidad, es el órgano competente para resolver el expediente, no el instructor ni el que lo inicia como pretende contra legem el reglamento.

XIV

Artículo 127.2, c).

Este artículo vulnera el apartado 5º del art. 58 de la Ley de Extranjería. La Ley de Extranjería tan solo permite el internamiento en los supuestos de devolución por haber infringido la prohibición de entrada, es decir el supuesto del apartado 2.a) del art. 58, no en los de tentativa de entrada, tal y como previene el apartado 5º del art. 58 cuando dice "Asimismo, en este supuesto..." A pesar de ese tenor literal claro, el precepto impugnado permite el acuerdo del internamiento "cuando se haya dictado acuerdo de devolución de conformidad con lo establecido en el presente Reglamento", en ambos supuestos, sin diferenciar como lo hace la ley. Esta situación ya está provocando que se dicten internamientos a petición de la policía en supuestos de tentativas de entrada en pateras. Es el caso de las resoluciones del juzgado nº 5 de Algeciras.

XV

Artículo 130.

El precepto impugnado no hace otra cosa sino regular el desarrollo directo de un derecho fundamental, cual es la libertad, artículo 17 de la CE. , lo que supone una infracción del artículo 81.1 de la norma Constitucional, que reserva a la Ley Orgánica el desarrollo de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas.

Tan sólo los artículos 60 y 62 de la Ley de Extranjería, de forma absolutamente escueta, habilitan a la administración civil para, previa autorización judicial, privar a un extranjero de su libertad en centros de detención o en locales que no tengan carácter penitenciario, sin que exista ninguna otra referencia en la citada Ley Orgánica a la naturaleza, organización, carácter, condiciones, estatuto jurídico de los internos y demás normas de régimen de dichos centros. Según reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, sentencia de 22/2/89; 114/94 y sentencia de 23/4/98, el artículo 81 de la Constitución Española se refiere al desarrollo directo de los Derechos Fundamentales, cual es el caso ante el que entendemos nos encontramos. En tal sentido es defendible el carácter de Ley Orgánica de la Ley General Penitenciaria, no bastando que sea el Código Penal o la Ley de Enjuiciamiento Criminal la que mediante Ley Orgánica diga cuando una persona puede ser privada de su libertad, como así lo entendió el legislador del año 79, quien entendía que " las normas reglamentarias no revestían la fijeza que demanda la consagración positiva de los derechos y deberes fundamentales de los internos" (exposición de motivos del proyecto de Ley General Penitenciaria. Boletín Oficial de las Cortes nº 148, de 15 de Septiembre de 1978). La STC 115/87, de 7 de Julio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo contra determinados artículos de la Ley 7/85, en el fundamento jurídico 1º, identifica, a efectos de aplicar la doctrina relativa al principio de excepcionalidad y favor libertatis, el internamiento del extranjero con el supuesto de la prisión provisional.

Junto a este argumento, desde nuestro punto de vista concluyente y definitivo, no hemos de olvidar, y para el caso de que no fuese suficiente a juicio del juzgador, por entender que la regulación de estos centros y del estatuto jurídico de los internos no supone un desarrollo directo, y desde el ámbito de la interpretación estricta del artículo 81 de la CE. , que en cualquier caso nos encontraríamos ante un supuesto de reserva de Ley del artículo 53.1 de la CE.

El artículo 53.1 de la CE. Supone una tendencia clara a que el contenido más relevante de nuestro ordenamiento jurídico sea reservado a la ley formal. Los partidarios de la interpretación estricta de la reserva de ley orgánica, interpretan el artículo 53.1 en el sentido de que cualquier regulación que ataña, de cualquier manera, al ejercicio de los derechos fundamentales deben estar sometidos a la reserva de ley formal. La libertad es en nuestro derecho una materia, en palabras de Enterría, que sólo por ley puede ser regulada y no por un reglamento independiente de la ley.

La limitación de los derechos y deberes de los ciudadanos, no pueden válidamente establecerse en simples reglamentos al margen de la Ley y requieren inexcusablemente a ésta como único título constitutivo eficaz. Un reglamento independiente de la Ley únicamente cabe en el ámbito de las materias autoorganizativas, según ha manifestado nuestro TC Sent.11/4/81 y 4/5/82. En el caso de los reglamentos normativos ad extra, el reglamento no puede ser independiente de la Ley, por la simple razón de que la creación de Derecho Subjetivo para los ciudadanos no puede independizarse de la Ley en un estado moderno. No olvidemos que el artículo impugnado regula y permite la restricción del derecho a enviar y recibir correspondencia, comunicaciones, así como la imposición de medidas, que además no se determinan, caso de no respeto de las normas de convivencia, siendo esto en realidad sanciones.

El Tribunal Constitucional ha mantenido para la limitación de un derecho fundamental de un preso, situación análoga a la discutida, que tal previsión se haga mediante ley, tal y como exige el artículo 53.1 de la CE.

El artículo 23.2 de la Ley del Gobierno 50797, de 27 de Noviembre expresamente declara que los reglamentos no podrán regular materias objeto de reserva de Ley.

XVI

Artículo 136.3.

Por vulnerar el artículo 2.2 de la LOPJ, ya que se están atribuyendo competencias ex novo a la autoridad judicial vía reglamentaria, en contra de lo preceptuado en la LOPJ.

XVII

Artículo 136.4.

Por vulnerar el artículo 1 de la Ley 50/81, de 30 de Diciembre, por la que se regula El estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, ya que se están atribuyendo competencias ex novo a la fiscalía sin normativa con rango de ley que lo ampare.

XVIII

Artículo 138.1.b), el inciso "o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta".

Por vulnerar el artículo 58.2.b) de la Ley de Extranjería, ya que está realizando una interpretación contra ley del concepto pretender entrar, que claramente se está refiriendo a una tentativa de entrada, nunca a una entrada consumada, que es lo que ya se produce cuando se encuentre el extranjero dentro del territorio nacional, en tránsito o en ruta.

Por todo lo expuesto,

A LA SALA SOLICITO: Tenga por presentado este escrito y por interpuesta la demanda contra el RD 864/2001 de 20 de Julio, publicado en el BOE del 21 de dicho mes, para que previos los trámites legales se dicte sentencia por la que se proceda a declarar ilegal y anular el mismo, en el artículo Único, apartados 3º y 4º, en los incisos indicados y en los artículos del reglamento que desarrolla la ley 36.5; 38; 41.5; 49.2 d) y e); 53.1.b); 56.8; 57; 84.2 y 6; 100.2 c); 112.6; 117.2; 127.2 c); 130; 136.3 y 4; 138.1b) en los incisos indicados en el cuerpo de este escrito y sobre la base de las consideraciones antes realizadas.

Por ser de justicia que pido en Madrid a 25 de Enero de 2002.

OTROSÍ DIGO: Que al amparo del art. 129 de la LRJCA solicito la **suspensión de la aplicación de los artículos 38, desde " pudiendo adoptarse..." hasta el final del precepto; 84.2 y 6; 112.6, el inciso "y de la improcedencia de declarar administrativamente efecto suspensivo alguno en contra de la misma"; 117.2; 127.2,c) y 138.1 b) del Real Decreto impugnado**, basándose en las siguientes alegaciones:

Primera: En el **artículo 38, desde " pudiendo adoptarse..." hasta el final del precepto**, se permite la adopción, vía reglamentaria, de medidas cautelares limitativas de derecho tan graves como las del art. 5 de la Ley en supuestos de estancias irregulares, no previstas con esa finalidad en el artículo 5 de la Ley, que las limita tan sólo a los supuestos de estados de excepción o sitio o por razones de seguridad pública. Mientras dure la tramitación de este recurso podrán adoptarse estas medidas a supuestos distintos a los previstos en la ley, como pretende el art. 38, ocasionándose gravísimas restricciones de la libertad sin cobertura legal a personas a los que por motivos humanitarios se le ha franqueado la entrada al territorio nacional por período de tres meses. Las consecuencias de la aplicación de este precepto conllevarían perjuicios para el administrado de difícil o imposible reparación.

Segunda: El **84.2 y 6** están permitiendo inadmisiones a trámites de solicitudes que según los artículos 71.1 de la Ley 30/92 debería dar lugar a subsanaciones, o conforme al art. 20.1 de la misma ley provocaría una remisión al órgano competente si la solicitud se presentó ante un órgano incompetente, nunca la inadmisión como hace el precepto impugnado. Esta situación está generando que se archiven solicitud de extranjeros por meros defectos formales subsanables o por un error en el encabezamiento en cuando al órgano al que se dirige, sin que sus pretensiones sean resultas en cuanto al fondo, con perjuicio grave de los derechos que el art. 35 g) de la Ley 30/92 le otorga, así como al derecho a que sus peticiones sean resultas en cuanto al fondo. Esta situación es inaplazable por las gravísimas consecuencias que plantea en la práctica para el extranjero peticionario. La admisión a trámite de estas solicitudes o la remisión al órgano competente no lesiona los intereses

generales, por lo que su suspensión no debería ser denegada, ya que la ley 30/92 prevé mecanismos para resolver estas situaciones.

Tercera: 112.6, el inciso "y de la improcedencia de declarar administrativamente efecto suspensivo alguno en contra de la misma"

Este precepto del reglamento está impidiendo la aplicación del régimen de suspensión administrativa regulado en el art. 111 de la Ley 30/92, imposibilitando que los Subdelegados del gobierno puedan acordar la suspensión de una expulsión sobre la base de los criterios recogidos en la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común, con los consiguientes y gravísimos perjuicios para el extranjero administrado que verá rechazada por ministerio del reglamento ilegal toda suspensión administrativas de las expulsiones. No lesiona los intereses generales la suspensión de este precepto, ya que en cualquier caso la decisión de suspender en vía administrativa estaría en manos de la propia administración, por lo que si esta no fuese procedente el Subdelegado del Gobierno podría denegarla. Por el contrario, impedir con carácter general esta suspensión en vía administrativa deja indefenso al administrado que no podría ganar la suspensión de expulsión en vía administrativa en ningún caso, aún cuando objetivamente fuese merecedora de ella.

Cuarta: El art. 117.2 del RD impugnado está permitiendo que puedan adoptarse medidas cautelares previstas en el artículo 61 de la Ley por personas no habilitadas legalmente para ello, ya que el art. 61 exige que sea el órgano competente para resolver el expediente administrativo, mientras que el precepto impugnado lo extiende al órgano competente para iniciar el procedimiento o al instructor. Por lo tanto mientras se sustancia este recurso, administrados se están encontrando con la aplicación de medidas cautelares que les restringen sus derechos, adoptadas por personas manifiestamente incompetentes, con los gravísimos perjuicios que ello ocasiona. La suspensión de este precepto no lesiona en modo alguno los intereses generales, ya que nada impediría que las medidas pudiesen seguir siendo acordadas por los órganos previstos en el art. 61 de la Ley.

Quinta: Artículo 127.2,c) Permite privación de libertad en los supuestos de devolución por entrada legal, cuando el art. 58.5 de la LO8/2000 circunscribe esta posibilidad, referida a la devolución en los supuestos de infracción de una prohibición de entrada, provocándose detenciones ilegales al amparo de un reglamento que contradice la ley, con los consiguientes, graves e irreparables perjuicios para el extranjero cuya libertad se ha visto cercenada. Baste ver las resoluciones acordadas por los juzgados de Algeciras y la posterior resolución judicial que rectifica su posición inicial, situación que ha llegado al Senado, a los medios de comunicación y que ha recogido la página web del Colegio de Abogados de Zaragoza, donde se podrá comprobar la veracidad de lo manifestado por esta parte.

Sexta: Artículo 138.1 b) Interpreta el concepto pretender entrar ilegal yendo mucho más allá que el sentido que le da la propia ley. La suspensión de

la aplicación de este precepto, mientras se tramita el recurso no pone en peligro los intereses generales, ya que en los casos extensivos del concepto pretender entrar ilegal a los que hace referencia el reglamento, podrá acudir a la figura de la expulsión, sin que la suspensión suponga la imposibilidad de alejar del territorio nacional a estas personas, sino la necesidad de hacerlo a través del procedimiento más garantista de expulsión, hasta tanto no se resuelve sobre la legalidad o no de dicha interpretación reglamentaria tan extensiva.

Por lo expuesto,

A LA SALA SOLICITO: Tenga por solicitada la incoación de pieza separada de incidente cautelar, para que previos los trámites legales proceda a suspender la vigencia de los **artículos mencionados** del Real Decreto impugnado.

Por ser de justicia que reitero en el lugar y fecha indicado ut supra.

Cristina Olmedo Bernal.
Abogado.