

**REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA Y NULIDAD DE ALGUNO
DE SUS PRECEPTOS**

STS, Sala Tercera, de 20 de marzo de 2003

ELENA LÓPEZ BARBA*

SUPUESTO DE HECHO: Tras la publicación y entrada en vigor del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por LO 8/2000, de 22 de diciembre¹, la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes en Andalucía “Andalucía Acoge” y de la “Red Acoge”², plantea, con fecha 19 de septiembre de 2001, recurso contencioso-administrativo, con la intención de que sean declarados nulos algunos de los artículos o incisos del citado Reglamento. Como legitima- do pasivo comparece el Abogado del Estado.

Seguidos los trámites judiciales oportunos, el 8 de enero de 2002, la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes en Andalucía formaliza el escrito de demanda contra el Real Decreto 864/2001, y solicita se dicte sentencia declarando la ilegalidad y la nulidad de los artículos e incisos detallados en el Fundamento de Derecho de la demanda, así como la suspensión de la aplicación de estos artículos del Real Decreto mediante incoación de pieza separada de incidente cautelar.

Concedido al Abogado del Estado el plazo pertinente para la contestación a la demanda, y efectuada ésta en tiempo, se expone un único fundamento de derecho con el siguiente tenor «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» y finaliza con la petición de que se desestime el recurso y se impongan sus costas a la parte recurrente. Intervención del Abogado del Estado poco afortunada y que ha sido cuestionada por el Alto Tribunal en el Fundamento de Derecho primero de la Sentencia³.

* Profesora Asociada de Derecho Civil.

¹ En adelante: RELOEX.

² En adelante: Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes en Andalucía.

³ FD 1º, STS 20-3-2003 «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 (...), 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 del 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»

Finalizadas las actuaciones judiciales queda pendiente la votación y fallo por parte del Tribunal Supremo. Con fecha 20 de marzo de 2003 el Tribunal falla estimar parcialmente el recurso interpuesto por la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes en Andalucía, sin especial condena en costa.

RESUMEN: El Tribunal Supremo, después de conocer sobre el fondo del asunto, admite parcialmente el recurso de nulidad planteado, de suerte que quedan anulados los siguientes artículos o incisos del Real Decreto 864/2001: del 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 Orgánica 8/2000”; el artículo 41.5; del artículo 49.2, apartados d) y e) el inciso “en España”; del artículo 56.8, el inciso “o de expulsión”; el artículo 57.1; el artículo 84.2, el artículo 84.6; el artículo 117.2; el artículo 127.2.c; el artículo 130.2; el artículo 130.6; el artículo 136.3; del artículo 138.1.b el inciso “o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta”.

ÍNDICE

1. Introducción

2. Comentario a cada uno de los Fundamentos de Derecho de la Sentencia

1. INTRODUCCIÓN

Todos los argumentos expuestos en la demanda presentada por la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes en Andalucía tienen un factor denominador común, la oportunidad de que una norma sin rango de Ley sea la responsable de regular cada una de las cuestiones impugnadas. Lo que entronca con el ya tradicional debate propiciado entorno a la reserva de Ley, especialmente en cuanto al desarrollo de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución española, en atención a si la reserva es una reserva de Ley ordinaria o lo es de Ley Orgánica. En cualquier caso, se precisa de una norma con rango de ley, o lo que es lo mismo, donde haya intervenido el Parlamento, circunstancia que no se produce en una norma como la impugnada⁴.

La importancia de la sentencia comentada no sólo se deriva del hecho de la declaración de nulidad de un número significativo de preceptos o incisos del articulado del RELOEx, sino que, una vez más, la normativa sobre extranjerías vuelve a ser objeto de atención. El actual partido en el poder, responsable de la modificación del texto originario de la Ley⁵ y de la aprobación de su Reglamento de Ejecución, tras la aparición de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003 anunció en los medios de comunicación que los textos que habían sido declarados nulos volverían a estar en vigor vía reforma de la LOEx. Lo que ha puesto en marcha, junto con el tratamiento de otras cuestiones, la que constituye la cuarta transformación de la LOEx⁶, transformación que no será

⁴ «El reglamento no puede limitar los derechos o situaciones jurídicas favorables que la ley establece, ni tampoco ampliar o endurecer las obligaciones o las situaciones desfavorables (...) el reglamento debe incluir todo lo indispensable para asegurar la correcta aplicación y la plena efectividad de la ley misma que desarrolla; por otro lado, no puede incluir más que lo que sea estrictamente indispensable para garantizar estos fines». SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, Principios de Derecho administrativo, vol. I, tercera edición, Editorial Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 349 y SSTs 12-3-1982; 28-7-1991.

⁵ Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por Ley Orgánica 8/2000, en adelante: LOEx

⁶ Vid. Diarios ABC, El Mundo y otros de 20 de mayo de 2003.

la última si tenemos en cuenta el proceso de comunitarización de los temas migratorios y la consiguiente obligación del Estado español de adaptar su normativa a las Directivas comunitarias en esta materia⁷. Así mismo queda pendiente la definitiva aprobación del Proyecto de Ley Orgánica en curso⁸ y la resolución de los recursos de inconstitucionalidad planteados, que el Tribunal Constitucional, como legislador negativo de nuestro ordenamiento jurídico habrá de solventar⁹.

FD PRIMERO: En primer lugar se solicita la nulidad del artículo único, número tres, del Real Decreto 864/2001 que ordena que «Las normas del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, 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 (...)».

Este punto es desestimado por el Tribunal Supremo, sin embargo, no pude decirse que haya sido en vano su impugnación, pues lo resuelto en esta ocasión por el órgano judicial podría valorarse a efectos prácticos como la resolución de una cuestión prejudicial que en adelante marque la forma de interpretar este precepto.

Para entender debidamente esta solicitud de nulidad del apartado tercero del artículo único del RD 864/2001 es necesario remontarse a la inicial redacción de Ley de extranjería por LO 4/2000, y el error que se produjo en el proceso de modificación y definitiva aprobación de la LO 8/2000.

En la tramitación de la reforma de la LO 4/2000, ningún grupo presenta, ni en el Congreso de los Diputados ni en el Senado, enmienda alguna que se refiera a la modifica-

⁷ Este es el caso de las cuestiones relacionadas con el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar –arts. 16 a 19 LOEx-, que en la actualidad está en una fase muy avanzada hacia la definitiva aprobación de una Directiva comunitaria que homogenice en lo posible esta materia entre los distintos Estados. Apud thema vide La Propuesta de Directiva del Consejo sobre reagrupación familiar, para la implantación de una política común europea sobre reagrupación familiar de residentes de terceros Estados, de 1 de diciembre de 1999 -COM (1999) 638 final-, modificada el 10 de octubre de 2000 -COM (2000) 624 final-y el 2 de mayo de 2002 -COM (2002) 225 final-, además del Informe del Parlamento Europeo, de 24 de marzo de 2003, -A5-0086/2003 Final. Proyecto de resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la Propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa al derecho a la reagrupación familiar (COM (2002) 225)-.

⁸ Proyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, BOCG de 17 de marzo de 2003 (121/000136).

⁹ Recurso de inconstitucionalidad número 1.668/2001 promovido por el Grupo Parlamentario del PSOE en el Congreso (BOE 1-6-2001); Recurso de inconstitucionalidad número 1.640/2001, promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía (BOE 1-6-2001); Recurso de inconstitucionalidad número 1.644/2001, promovido por el Parlamento Vasco (BOE 1-6-2001); Recurso de inconstitucionalidad número 1.669/2001, promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (BOE 1-6-2001); Recurso de inconstitucionalidad número 1.670/2001, promovido por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (BOE 1-6-2001); Recurso de inconstitucionalidad número 1.671/2001, promovido por la Diputación General de Aragón (BOE 1-6-2001); Recurso de inconstitucionalidad número 1.677/2001, promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura (BOE 1-6-2001); Recurso de inconstitucionalidad número 1.679/2001, promovido por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias (BOE 1-6-2001); Recurso de inconstitucionalidad número 1.707/2001, promovido por el Parlamento de Navarra (BOE 1-6-2001).

ción del texto del artículo 1.2 LOEx. Por su parte, el grupo parlamentario socialista plantea en la enmienda número 243 la adicción de un nuevo artículo -y no la sustitución o modificación de otro preexistente- con el siguiente tenor «Lo dispuesto en la esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en Leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte».

Resultado de la admisión de esta enmienda, en el Dictamen de la Comisión donde se da forma al texto definitivo de la Ley Orgánica para su debate en el Pleno del Congreso de los Diputados, incorrectamente en lugar de adicionar el texto de la enmienda citada -como apartado tercero del artículo primero- se elimina el anterior artículo 1.2 y se sustituye por la enmienda nº 243 del grupo socialista. Esta equivocación es reconocida -a posteriori- por la propia Comisión como un error de transcripción, lo que supuso que el sucesivo debate y aprobación en el Pleno del Congreso de los Diputados se efectuara sobre un texto incompleto.

De acuerdo con estos hechos descritos el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida solicita a la Mesa del Congreso de los Diputados la nulidad de la tramitación de la LO 8/2000, desde el momento en que se produce la indebida omisión del texto original del artículo 1.2 y desaconseja que sea la técnica de la corrección de errores de los textos ya aprobados y publicados la que se deba seguir en este caso.

La Mesa del Congreso de los Diputados como contestación a la petición del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida niega que sea el órgano competente en ese momento para anular el procedimiento legislativo desde la fase de detección del error, pues eso sería tanto como que la Mesa dejase sin efecto una Ley Orgánica que ya está aprobada y publicada en el BOE. En este punto, y en atención a nuestra Constitución, lo único que cabría hacer es modificar la LOEx o solicitar la intervención del Tribunal Constitucional, pero nunca que un acto no-legislativo del Congreso de los Diputados (v.gr. un acuerdo de la Mesa o del Pleno) pueda anular un proceso legislativo anterior ya finalizado¹⁰.

Coincide la Mesa en la inoportunidad de que la modificación se haga vía corrección de errores, fundamentalmente en atención a la falta de consenso reinante en torno a la aprobación de esta Ley.

A la luz de lo planteado la alternativa posible es elegir entre llevar a cabo una modificación legislativa de la LOEx o mantener la redacción actual de la LOEx, sin corrección ni modificación alguna. Se decanta la Mesa por esta última opción pues entiende que la supresión del artículo 1.2 de la LOEx, tal y como apareciera en la redacción inicial de la LOEx de 11 de enero de 2000, carece de trascendencia jurídica. En primer lugar porque la aplicación supletoria de la LOEx para los ciudadanos de la UE y del AEEE está garantizada por remisión expresa de sus normas especiales a la norma general, y añade que a mayor abundamiento, la nueva redacción dada al artículo 1.2, introducida tras la reforma de la LOEx por LO 8/2000 proporciona suficiente cobertura a estos ciudadanos.

Es cierto que la aplicación supletoria de la LOEx está garantizada, pero no así su aplicación preferente a los ciudadanos de la UE y del AEEE para el caso de que fuese norma más favorable -tras la errónea eliminación del inicial art. 1.2-. En este contexto, el artículo único, apartado tercero del RD 864/2001, hace nuevamente mención a la aplicación no sólo

¹⁰ Informe del Director de Comisiones de la S.G. del Congreso acerca de los escritos del G.P. Federal de I-U. núm. Reg. 21207 y del Sr. Labordeta Subías Num. Reg. 21525 y del error advertido en el apartado 1 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000 de 11 de enero.

supletoria sino también preferente de la normativa general a los ciudadanos de la UE y del AEEE, ¿es éste el mecanismo hábil para salvar el error cometido?

La parte recurrente solicita la nulidad de este precepto, con el argumento de que en ningún caso se puede admitir que por vía Reglamentaria se incluya un precepto que indebidamente ha sido omitido de un cuerpo normativo con rango de Ley.

El Tribunal Supremo deniega esta solicitud de nulidad, sobre la lógica de que la sola presencia de este apartado tercero del artículo único del RD 864/2001 no es contrario a Ley. Lo que sería contrario a Ley es que se pretendiera, con base en este precepto del RD aplicar preferentemente algún mandato de la LOEx a un nacional de la UE o del AEEE alegando que la LOEx le resulta más favorable que la aplicación de su norma especial.

Ello no es óbice para que este mismo nacional de la UE o del AEEE solicite la aplicación preferente de alguna norma, no de la LOEx, sino del RELOEx, pues así precisamente se hace constar en este cuerpo legal, lo cual no es ilegal y en este sentido no puede ser declarado nulo por el Tribunal.

Por último hay que decir con relación al apartado tercero del artículo único del RD 864/2001, objeto del recurso que ahora se comenta, que se ha visto superado por la aprobación del RD 178/2003, de 14 de febrero¹¹, sobre entrada y permanencia en España de nacionales miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo¹², que deroga el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, modificado por Real Decreto 737/1995, de 5 de mayo, y por Real Decreto 1710/1997, de 14 de noviembre. Precisamente, la Disposición final segunda, número dos, del RD 178/2003 se reconoce el carácter subsidiario y supletorio de la LOEx y de las normas reglamentarias vigentes sobre la materia en la medida en que no se opongan a lo dispuesto en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y del derecho que de ellos derive.

FD SEGUNDO: Se pide en esta ocasión la nulidad del artículo único, apartado cuarto del RD 864/2001, por el cual «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 Ley Orgánica 8/2000, para la medida de retorno, y lo establecido en el artículo 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 artículo 58 de la citada Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000».

Tampoco es estimada la solicitud de impugnación de este precepto, pero como en el caso anterior, lo dicho por el Tribunal Supremo guarda una especial relevancia en relación con la correcta interpretación y aplicación de este artículo.

La LOEx distingue en la actualidad entre expulsión, retorno y devolución. Cada una de estas situaciones se origina por causas diversas y de las mismas se derivan consecuencias

¹¹ BOE 22-2-2003

¹² El Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo firmado en Oporto el 2 de mayo de 1992, entre los doce Estados miembros de la CE, por una parte, y los Estados de la Asociación europea de Libre Cambio, Noruega, Islandia y Liechtenstein, por otra. Suiza se incorpora posteriormente, por acuerdo de 21 de junio de 1999, entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza, sobre libre circulación de personas, que entra en vigor en nuestro país el 1 de junio de 2002.

dispare. Los artículos 52, 53 y 54 de la LOEx enumeran los supuestos de infracciones leves, graves y muy graves y el artículo 55 LOEx determina las sanciones para cada infracción tipificada, sanciones que son de tipo pecuniario. No obstante, el artículo 57 prevé que si quien comete una infracción es un extranjero y la infracción es del tipo de las muy graves o de las graves contempladas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo.

El artículo 60.1 LOEx regula el supuesto de retorno para los casos en los que al extranjero se le deniegue el ingreso a nuestro país en la propia frontera, en esta ocasión, no se sigue expediente administrativo y cuando se prevé que el retorno se va a retrasar más de setenta y dos horas la autoridad gubernativa que lo acuerde se dirigirá al Juez de Instrucción para que determine el lugar donde hayan de ser internados los extranjeros hasta que llegue el momento del retorno.

Por último, la devolución se produce igualmente sin necesidad de seguir expediente administrativo en los dos supuestos descritos en el artículo 58.2 LOEx, esto es, cuando los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España¹³ o cuando se pretenda entrar ilegalmente en el país. Además, en el supuesto de la letra a) del artículo 58.2 (la entrada en territorio español se haga contraviniendo la prohibición de entrada tras la expulsión) si la devolución se va a retrasar más de setenta y dos horas será posible solicitar la medida del internamiento (art. 58.5 LOEx).

En consecuencia, acudir a una medida de retorno, expulsión o devolución dependerá de la conducta cometida, tipificada expresamente en la LOEx, además el procedimiento para decretarse cada una de ellas es diverso y su repercusión en cuanto a la sanción y a la medida del internamiento tampoco es homogéneo.

Entiende la parte actora que en esta ocasión el RD 864/2001, norma en modo alguno competente, modifica las sanciones previstas por la LOEx, aplicándola a supuestos de hecho no tipificados. Exactamente, del tenor del apartado cuarto del artículo único del RD interpreta, que cuando quien incurra en un caso de expulsión sea un nacional de uno de los países con los que España tiene firmado un acuerdo internacional de retorno, en lugar de aplicar el procedimiento y la sanción prevista en la LOEx para la expulsión, se procederá a aplicar la norma relativa al retorno, tal y como ordena indebidamente el artículo impugnado del Reglamento, sin que quepa la opción entre la pena pecuniaria o la expulsión prevista en la LOEx.

El TS no admite la nulidad de este punto, pues no considera que el RELOEx derogue lo ordenado por la LOEx, ni, en consecuencia, que modifique –en contra de los principios de competencia y jerarquía normativa– el régimen jurídico previsto en la misma. De suerte, que si se da un supuesto de expulsión, es imprescindible que se siga el expediente administrativo que habilite la expulsión y sólo cuando ésta haya sido debidamente determinada por los órganos y los mecanismos ordenados por la LOEx, será cuando entre en juego el RELOEx. Artículo que no puede ser declarado nulo porque lo que pretende es que si el ciudadano que ha de ser expulsado de acuerdo con la LOEx es nacional de uno de los países con los que España tiene firmado un acuerdo de retorno, la expulsión se lleve acabo por esta vía, pero de ningún modo que se pueda equiparar la expulsión con el retorno.

FD TERCERO: El artículo impugnado en el fundamento tercero del recurso planteado por la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes en Andalucía es el 36.5 RELOEx. El

¹³ Artículo 58.1 LOEx «Toda expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un periodo mínimo de tres años y máximo de diez».

apartado impugnado se refiere a la necesidad de identificarse personalmente en los supuestos de solicitud de prórroga del permiso de estancia o durante la tramitación del mismo, como desarrollo del artículo 30.2 LOEx. La causa de la ilegalidad de este precepto para la parte recurrente se encuentra en el hecho de que sólo una norma con rango de Ley puede imponer la presentación personal ante una Administración pública, según lo ordenado en el artículo 40 LRJAP y PC, y el RELOEx carece de rango de Ley.

Se rechaza por el Tribunal Supremo esta solicitud de nulidad, y argumenta que la exigencia del RELOEx de personarse ante una oficina pública es válida en tanto en cuanto encuentre su apoyo en una norma con rango de Ley y de hecho así lo aprecia el Tribunal Supremo cuando determina que con base en la norma que regula DNI¹⁴, esta documentación necesariamente ha de portarla el interesado, de donde se deriva la validez de la exigencia de su personación en estas actuaciones.

Distingue el Tribunal Supremo dos supuestos de personación dentro del artículo impugnado. Primero, la que se produce al tiempo de la solicitud de prórroga de la autorización para la estancia. En este caso, es necesario presentar el documento de identificación personalmente pues el extranjero tiene obligación de portarlo según el artículo 11 LO 1/1992. Segundo, que la personación sea requerida a lo largo de la tramitación del expediente de renovación. En esta ocasión habrá que valorar si la comparecencia personal encuentra apoyo en la LO 1/1992, porque sea imprescindible para la identidad del sujeto –estampar la firma o la huella dactilar-. O si por el contrario, el requerimiento es para un acto que no atañe a cuestiones de identidad del sujeto, ad exemplum, para subsanar un defecto en la tramitación, como sería el caso de ser requerido para aportar una fotografía de las tres exigidas para el trámite de la renovación (art. 36.2.c. RELOEx) en cuyo caso, y con base en la interpretación que de este artículo hace el TS el extranjero se puede negar a comparecer personalmente.

Aunque el Tribunal Supremo no admite esta causa de impugnación, de su argumentación se deduce la necesidad de efectuar una interpretación restrictiva de este precepto para poder así mantener su vigencia y legalidad.

FD CUARTO: En esta ocasión es el artículo 38 RELOEx el que es objeto de impugnación, exactamente este precepto ordena «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 periodo de seis, a los extranjeros que hubieran entrado en el mismo con documentación defectuosa o incluso sin ella, 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, algunas de las medidas enumeradas en el artículo 5 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000».

El artículo transcrito desarrolla un supuesto previsto por LOEx, cual es la posibilidad de autorizar la estancia de extranjeros en España en situación irregular, en atención a que se cumpla una de las circunstancias descritas en esa norma. Para estos casos, el RELOEx prevé que pueda decretarse además alguna de las medidas cautelares del artículo 5.2 LOEx. La aplicación de este precepto de la LOEx supone la privación del derecho a la libre circulación del extranjero. O lo que es lo mismo, supone una restricción al derecho reconocido en el artículo

¹⁴ Artículo 11 de la LO 1/1992, de 21 de febrero, de Seguridad Ciudadana, «Los extranjeros que se encuentren en territorio español están obligados a disponer de la documentación que acredite su identidad y el hecho de hallarse legalmente en España, con arreglo a lo dispuesto en las normas vigentes. No podrán ser privados de esta documentación salvo en los mismos supuestos previstos para el Documento Nacional de Identidad»

17 CE. Entiende la parte recurrente, que la limitación de este derecho fundamental sólo puede tener lugar en los exactos casos que sean establecidos en el Título II de la LOEx, para los supuestos de estancia y residencia, temporal o permanente, cuando se declare el estado de excepción o de sitio y excepcionalmente por razones de seguridad pública y tomados en atención a las circunstancias concretas de cada caso. Pero de ningún modo será posible incorporar una medida sancionadora de esta importancia vía regulación reglamentaria y de una forma general.

Este mismo argumento es compartido por el TS, por lo que ordena la nulidad parcial de este precepto, en concreto, el inciso final que se refiere a la posibilidad de que en los casos previstos en este artículo se pueda adoptar algunas de las medidas cautelares recogidas en el artículo 5 LOEx.

Los efectos de la nulidad de este inciso supondrá la revisión de cuantas decisiones de autorización de estancia de irregulares en España hayan sido adoptadas y hayan entrañado una privación del derecho a la libre circulación del extranjero, fuera de los casos expresamente previstos en el artículo 5 LOEx y nunca por aplicación generalizada como prevé el RELOEx.

FD QUINTO: En este fundamento se analiza el desarrollo reglamentario de la llamada reagrupación familiar en cadena, en concreto, el artículo 41.5 RELOEx.

Según el artículo 16.1 LOEx el extranjero residente en España tiene derecho a la intimidad familiar y a la vida en familia y como consecuencia de este último derecho, se le reconoce el derecho a la reagrupación familiar (art. 16.2 LOEx), esto es, la facultad de obtener la entrada y permanencia regular en España de los familiares enumerados en el artículo 17.1 LOEx. Por otra parte, el artículo 17.2 LOEx posibilita lo que se ha dado en llamar la reagrupación familiar en cadena, o lo que es lo mismo, que un familiar previamente reagrupado pueda originar la reagrupación de otro sujeto. Este sería el caso de un padre, residente en nuestro país, que reagrupa a su hijo menor de edad no casado, según el artículo 17.1.b). De acuerdo con este mismo precepto, el residente no podría reagrupar a su nieto, pues la Ley se refiere expresamente al hijo y no al descendiente. No obstante, si el hijo menor de edad no casado –previamente reagrupado–, tuviese a su vez un hijo, podría reagruparlo en España en atención al reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar en cadena.

La LOEx remite al Reglamento de Ejecución el desarrollo del ejercicio de este derecho (art. 17.2). Con independencia de que este artículo de la Ley pueda ser catalogado de inconstitucional, pues confiere a una norma sin rango de Ley la determinación de las condiciones para el ejercicio de un derecho fundamental (art. 18 CE)¹⁵, lo cierto es que el Tribunal Supremo declara nulo el artículo 41.8 RELOEx. Y ello porque en el Reglamento se incluye una exigencia que no está prevista en la LOEx, cual es que quien ejerza el derecho a la rea-

¹⁵ Si bien la Ley goza en principio de un ámbito competencial ilimitado, éste no es el caso de los Reglamentos, cuyo ámbito de actuación no es el que le deje o indique la Ley que desarrolla. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, Principios de Derecho administrativo, op. cit., p. 339 «Este reparto de campos materiales no se deja, sin embargo, al libre arbitrio del legislador, de tal forma que éste pueda decidir con entera discrecionalidad qué materias quiere regular (y con intensidad o grado de detalle), y de cuál se desentiende; y de tal forma, también, que el reglamento pueda operar en todos aquellos espacios no ocupados por el legislador. Antes bien, dicho reparto responde a un esquema de reglas cuya pieza fundamental es el denominado principio de reserva de ley; ni la ley puede definir libremente su ámbito de actuación, regulando o dejando de regular unas y otras materias, ni el reglamento puede actuar a su arbitrio en todas las materias no ocupadas por el legislador; y ello porque la norma constitucional exige que la regulación de determinadas materias se lleve a cabo precisamente por ley».

grupación familiar en cadena haya obtenido previamente un permiso de residencia independiente al del reagrupante (art. 19 LOEx). Esto es tanto como negar, vía Reglamento, el ejercicio de un derecho reconocido legalmente a la reagrupación familiar en cadena, pues si obliga a obtener un permiso de residencia independiente, la reagrupación es ya un efecto de su propia residencia independiente y no del permiso de quien le reagrupó previamente. Así lo entiende la parte recurrente y lo reconoce el TS en virtud de cuyo reconocimiento se declara nulo el artículo 41.5 RELOEx.

FD SEXTO: Los puntos impugnados en este Fundamento de Derecho son las letras d y e del artículo 49.2 del RELOEx, relativos a la exención de visados para el cónyuge -nacional de tercer Estado- de un nacional español, de la UE, del AEEE o de un tercer Estado. La reagrupación familiar supone el mecanismo legalmente previsto para que los familiares del extranjero residente en España puedan entrar y permanecer regularmente en nuestro país. Para ello es preciso que se cumpla con todos los trámites previstos en la Ley (art. 18) además de los generales sobre entrada y documentación, en especial el visado. En los casos en los que el familiar ya se encuentre en España, aunque de forma irregular, la LOEx prevé la posibilidad de la exención de visado, lo que permitiría regularizar su situación sin necesidad de regresar al país de origen para obtener este documento. La exención de visado sólo es posible en los casos tasados en la LOEx, artículo 31, precepto que se desarrolla en el RELOEx, artículo 49.

Observa la parte recurrente que en el desarrollo reglamentario de este asunto se incorpora una exigencia inexistente en la LOEx, cual es que se acredite que el cónyuge -en situación irregular- de un nacional español, de un nacional del Acuerdo del Espacio Económico Europeo, o de un tercer Estado ha convivido con él un año, y que esa convivencia se ha desarrollado en España. La exigencia del año de convivencia previa se justifica en el deseo de persuadir con este requisito la proliferación de los matrimonios de conveniencia, pero que esa convivencia previa haya de ser en España es una exigencia que la LOEx no recoge y que en consecuencia, no se explica que sea una norma reglamentaria la que incluya esta novedad, entre otras cosas, porque de admitirse esta nueva prescripción reglamentaria sería tanto como forzar a los cónyuges a que permanezcan en nuestro país al menos un año en una situación de clandestinidad antes de poder solicitar la exención de visado.

Coincide el TS en advertir que es injustificada la exigencia de que la convivencia previa de un año prevista por la LOEx tenga que ser en España. Por ello se declara nula la alusión a España de las letras d) y e) del artículo 49.2 RELOEx.

Nada advierte el TS acerca de la deficiencia técnica al referirse a los cónyuges -en situación irregular- de un nacional español, de un nacional de la UE o del AEEE, máxime cuando tienen su propia norma espacial y su inclusión en la norma general supone un tratamiento más exigente y desfavorable que el previsto en el RD 178/2003.

FD SÉPTIMO: En cuanto a la extinción del permiso de residencia, el artículo 53.1.b) RELOEx ordena que ésta se producirá «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 la que se refiere el artículo 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»

Nuevamente se cuestiona la legalidad del deber de comparecer personalmente sobre la

base de lo planteado en el Fundamento de Derecho tercero de este comentario, al que nos remitimos. Finalmente el Tribunal Supremo descarta la nulidad solicitada pues encuentra, una vez más, en la normativa sobre DNI el apoyo legal necesario para la validez y permanencia de esta exigencia reglamentaria.

FD OCTAVO: En el supuesto de extranjeros indocumentados, el artículo 56.8 RELOEx regula que «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 del Gobierno, o Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, en el caso de que aquél desee permanecer en España, dispondrán de su inscripción en una Sección especial del Registro de Extranjeros (...)»

Según la actual LOEx hay que distinguir a los extranjeros en situación regular de los extranjeros en situación irregular en España, y dentro de éste último segmento a los que están documentados de los que están indocumentados, supuesto este último que nada tiene que ver con ser apátrida. En determinados casos de extranjeros indocumentados la LOEx posibilita la solicitud y obtención de una documentación (art. 34.2 LOEx). De esta merced se excluye por virtud de la propia Ley a los extranjeros que se encuentren en el supuesto descrito en el artículo 26, esto es, aquéllos que estén afectados por una prohibición de entrada tras haber sido anteriormente expulsado o por cualquier otra causa prevista legalmente. Nada dice la Ley de que esta limitación se extienda a los extranjeros que se encuentren incurso en una causa de expulsión de nuestro territorio, de donde se deriva que la prescripción reglamentaria es más estricta que la Ley que desarrolla, por lo que se denuncia la ilegalidad de este precepto.

El Tribunal Supremo estima lo solicitado y declara la nulidad del inciso «o de expulsión» del artículo 56.8, por lo que la previsión reglamentaria vuelve a coincidir con el ámbito descrito por la LOEx.

FD NOVENO: El artículo 57.1 RELOEx es también objeto de debate. Este precepto articula la obtención del título de viaje para la salida de España, en desarrollo del mandato dado por el artículo 34.2 LOEx. Según la Ley a los extranjeros indocumentados que se encuentren en nuestro Estado y que deseen abandonarlo, se les dotará -sin más condiciones- del documento de viaje oportuno para que puedan salir de nuestro país. Sin embargo, el artículo 57.1 RELOEx condiciona la obtención de esta documentación al hecho de que «se justifique documentalmente una necesidad excepcional de salir del territorio español», al tiempo, que concede a la autoridad competente la facultad de concederlo o no, frente a la expresión utilizada por la Ley, “se le dará”.

Nuevamente el Reglamento se extralimita en su labor de norma de ejecución de una Ley, introduciendo restricciones al ejercicio de un derecho no contempladas en la LOEx. Así lo observa el TS y por ello declara nula toda la redacción del artículo 57.1 RELOEx.

FD DÉCIMO: El artículo 84 RELOEx contempla como causas de inadmisión a trámite de la solicitud de los permisos de trabajo la falta de competencia del órgano a quien vaya dirigida la solicitud (art. 84.2) o el hecho de que la solicitud hubiera sido presentada utilizando un procedimiento inadecuado (art. 84.6).

En ambos casos el permiso de trabajo será automáticamente denegado. Advierte, sin embargo, la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes en Andalucía que esta prescripción reglamentaria es contraria a la LRJAP y PAC. De un lado, el artículo 20 LRJAP y PAC prevé que si la solicitud ha sido entregada a un órgano incompetente para su resolución, éste será el encar-

gado de remitirlo al órgano competente, siempre que perteneciere a la misma Administración Pública. Por otro lado, el artículo 71 LRJAP y PAC observa que en los casos en los que la solitud adolezca de alguno de los requisitos previstos en esta Ley o en las legislaciones especiales se procederá a requerir al interesado que, en el plazo de diez días, subsane la falta o defectos mostrados, al tiempo que se le advierte que si así no lo hiciera se le tendrá por desistido y se archivará su petición. A la luz de estos preceptos, con rango de Ley, el Tribunal Supremo declara nulo los números dos y seis del artículo ochenta y cuatro del RELOEx.

FD UNDÉCIMO: En esta ocasión se solicita la declaración de nulidad del artículo 100.2 RELOEx en virtud del cual y a propósito de los extranjeros inculcados en procedimientos por delitos se ordena que «Si el extranjero contra el que se hubiese adoptado la resolución que acuerde su expulsión del territorio nacional se encontrase inculcado en un proceso penal (...)».

Entiende la parte recurrente que al utilizarse la expresión inculcado y no imputado el desarrollo reglamentario consigue un resultado más amplio que el previsto por la LOEx. Sin embargo, esta argumentación no puede ser en modo alguno admitida, pues como indica el Tribunal Supremo, el artículo 57.7 LOEx, que se desarrolla en el artículo 100.2 RELOEx, utiliza idéntica expresión, la de inculcado, por lo que no se encuentran motivos para su nulidad.

FD DUODÉCIMO: El artículo 112.6 RELOEx que regula las cuestiones relacionadas con la ejecución de los actos administrativos de expulsión con carácter preferente, declara la improcedencia de admitir efecto suspensivo alguno al tiempo de llevar acabo el cumplimiento de estas decisiones de expulsión. Alega la parte recurrente la manifiesta contrariedad entre este mandato y lo ordenado en el artículo 111 de la Ley 30/1992, así como con lo resuelto por sentencia del TC 115/1987 y con lo previsto en la LOEx.

Rechaza el Tribunal Supremo la incongruencia denunciada con la STC 115/1987, pues en esa ocasión el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la imposibilidad de eliminar «en todos los casos la facultad judicial de declarar la suspensión del acto», exclusión que se refiere a la vía judicial, pero no a la vía administrativa, tal y como se prevé en el artículo 112.6 RELOEx.

Por otro lado, no entiende cierta la incompatibilidad expresada con mandato legal alguno. En primer lugar porque es la propia LOEx, la que ordena que en los casos de expulsión seguidas por el procedimiento de carácter preferente, ésta se lleve acabo de manera *inmediata* (art. 63.4 LOEx). Y en segundo lugar, porque, en palabras del TS «una cosa es que los actos sean ejecutivos y otra muy distinta que su ejecución deba efectuarse de forma inmediata», aquello supone que la Administración tenga la facultad de hacer efectiva esa obligación, mientras que lo último significa que los órganos administrativos responsables de la ejecución han de llevarla a cabo de forma inmediata, lo que excluye la posibilidad de la suspensión. No sólo se rechaza el argumento plateado, sino que la causa de la validez de esta norma es plenamente congruente con el artículo 63.4 LOEx cuando se refiere a la ejecución de la expulsión de manera inmediata.

FD DECIMOTERCERO: El artículo 117.2 RELOEX se refiere a la toma de decisión de las medidas provisionales que se pueden llevar a cabo en el desarrollo del procedimiento de expulsión, tales como la retirada de pasaporte o del documento acreditativo de la nacionalidad. Considera el Reglamento competente para estas funciones al órgano que lo sea para iniciar el procedimiento o al órgano instructor. Contrariamente, el artículo 61.1 LOEx ordena que estas medidas sean adoptadas por el mismo órgano que es competente para la resolución del expediente sancionador, si bien a instancia del instructor.

Esta incongruencia es puesta de manifiesto por la parte demandante, al tiempo que se denuncia la regulación *contra legem* que esto significa. El Reglamento traslada la competencia decisoria a un órgano al que la Ley sólo le otorga la facultad de propuesta, por lo que es necesario, y así lo estima el Tribunal Supremo, la declaración de nulidad del artículo 117.2 RELOEx.

FD DECIMOCUARTO: Según el artículo 127.2.c RELOEx se podrá acordar el internamiento del extranjero cuando «se haya dictado acuerdo de devolución de conformidad con lo establecido en el presente Reglamento».

Como ya se dijo en el número segundo de este comentario, la actual redacción de la LOEx distingue entre la expulsión, el retorno y la devolución. La devolución la origina dos circunstancias diversas, la vulneración de la prohibición de entrada de quien previamente ha sido expulsado (art. 58.2.a LOEx) y la pretensión de entrar ilegalmente en nuestro país (art. 58.2.b LOEx), pero sólo la primera de ellas permite, si la devolución se va a retrasar más de setenta y dos horas, que se acuerde la medida del internamiento (art. 58.5 LOEx). Esto significa que cuando el artículo 127.2.c RELOEx se refiere a la posibilidad del internamiento siempre que se haya dictado acuerdo de devolución se extiende, sin competencia alguna, el supuesto de hecho previsto por la Ley.

A la luz de estos datos, manifiesta el Tribunal Supremo que no es la vía reglamentaria la competente para extender una medida cautelar como es la del internamiento, de ahí que declare nulo el precepto impugnado.

FD DECIMOQUINTO: Efectúa el artículo 130 RELOEx el desarrollo del estatuto jurídico de los centros de internamiento previstos en la LOEx, en el artículo 60 para el caso de retorno y en el artículo 62 para la expulsión. Advierte la Ley que estos centros de internamientos carecen de carácter penitenciario, no obstante, la orden judicial que decreta el ingreso en uno de estos centros conlleva, según lo ordenado por el artículo 60.2 LOEx, una privación -únicamente- del derecho ambulatorio. Cualquier otra privación de derechos o libertades reconocidas en el Título I de la Constitución española está sujeta ineludiblemente al principio de reserva de ley, por lo que de ser ordenada por un Reglamento conllevaría necesariamente su declaración de nulidad.

Entiende la parte demandante que el artículo 130 RELOEx vulnera claramente este principio y pone como ejemplo lo ordenado en su apartado cuarto, cuando además de reconocer al extranjero allí internado el derecho de comunicación postal o telefónica faculta a su restricción.

Resultado de los argumentos planteados es la declaración de nulidad de los apartados dos y seis del impugnado artículo 130 RELOEx. Los apartados uno y tres pueden ser mantenidos, según el Tribunal Supremo porque se refieren exclusivamente a cuestiones de funcionamiento interno, que en absoluto interfieren con los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución española, pues se centran en cuestiones tales como normas de convivencia, de régimen interior, sanidad, higiene, conservación de las instalaciones y el mobiliario y el horario para el desarrollo de las diferentes actividades previstas para los internos. No encuentra inconveniente alguno en el mantenimiento de los números cuatro y cinco, pues suponen una reiteración en el reconocimiento de derechos para los extranjeros, a saber, la libertad de comunicación postal o telefónica, así como la libertad religiosa. No entiende que vulnere el principio de reserva de ley, -sin entrar siquiera a valorarlo- lo contenido en el número cuatro, *in fine*, cuando posibilita la restricción sobre el derecho a recibir o enviar correspondencia o a mantener comunicaciones telefónicas con el exterior, pese

a que es el supuesto que abanderó la solicitud de nulidad del artículo 130 RELOEx. Quizás sea porque esta restricción está limitada a una resolución judicial previa.

Sí son declarados nulos los números dos y seis del artículo impugnado, pues ambos se consideran una clara vulneración del principio de reserva de ley, pues habilitan para la imposición de sanciones o para la limitación en el ejercicio de derechos fundamentales sin más amparo que lo ordenado por una norma reglamentaria.

FD DECIMOSEXTO: El artículo 136.3 RELOEx prevé la comunicación interorgánica de infracciones, de suerte que «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 (...)».

Se impone así a los Jueces la obligación de comunicar a las Autoridades gubernativas las sentencias impuestas a extranjeros por delitos dolosos castigados con pena privativa de libertad superior a un año. En consecuencia, se crea *ex novo* –vía reglamento– una obligación no prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en virtud de la cual resulta notificado del resultado de proceso quien no ha sido parte en el mismo. Se pone de relieve por la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes en Andalucía la incompetencia de un Reglamento para añadir esta nueva obligación a los Jueces, por la ineludible reserva de ley que se desprende del artículo 122 CE y por el contenido del artículo 2.2 LOPJ.

Comparte este mismo criterio el Tribunal y es por ello que concluye la nulidad del artículo 136.3 RELOEx.

FD DECIMOSÉPTIMO: Algo similar sucede en el caso del artículo 136.4 RELOEx. Nuevamente, y en aras de la comunicación interorgánica, se obliga al Ministerio Fiscal cuando «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 (...) sin que hubiera sido incoado el correspondiente expediente administrativo sancionador, informará sobre tal imputación a la autoridad gubernativa (...)».

Una vez más, *vía reglamentaria* se incorpora, *ex novo*, una obligación, aunque, en esta ocasión afecta al Ministerio Fiscal. Los argumentos expuestos por la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes de Andalucía vuelven a ser los mismos que en Fundamento de Derecho anterior: la falta de competencia de una norma reglamentaria para imponer una obligación no recogida en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, ya que para ello se precisaría de una norma con rango de ley (art. 124 CE).

Pero en esta ocasión el recurso no prospera, pues aunque el supuesto de hecho resulta idéntico y las argumentaciones también van parejas, lo cierto es que el artículo 3.15 de la Ley 50/1981 que aprueba el Estatuto posibilita la validez, y permanencia, del artículo 136.4 RELOEx, cuando establece que el Ministerio Fiscal tiene el deber de «ejercer las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuya» y el RELOEx es una norma que inexorablemente forma parte de nuestro ordenamiento jurídico.

FD DECIMOCTAVO: En último lugar se solicita la nulidad de lo ordenado en el artículo 138.1.b RELOEx que habilita la devolución del «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».

Una vez más debemos hacer referencia a los supuestos de devolución previstos en la LOEx, que son dos, la entrada en nuestro territorio contraviniendo una orden de expulsión previa (art. 58.2.a LOEx) y los casos en los que el extranjero pretenda entrar ilegalmente en

nuestro territorio (art. 58.2.b LOEx). Si bien en el primer supuesto el extranjero está dentro de nuestro territorio cuando resulta interceptado, en el caso de la letra b) del artículo 58.2 LOEx los extranjeros han sido descubiertos mientras intentaban entrar en nuestro territorio de forma irregular, lo que no puede ser ampliado, para el caso en que el extranjero ya ha entrado irregularmente y es descubierto en el interior de nuestro Estado pues está en tránsito o en ruta. Esta interpretación extensiva efectuada por el Reglamento es claramente una regulación *contra legem* que posibilita una injustificada ampliación del régimen de la devolución a situaciones no previstas en la Ley. De este modo, se priva al sujeto de las garantías ordenadas para el procedimiento de expulsión, que es la vía que debería seguirse de acuerdo con la LOEx. De ahí, que el artículo 138.1.b conduzca a una interpretación contraria a la Ley y por ello que el Tribunal Supremo declare nulo el inciso por el que se extiende el régimen de la devolución a aquéllos que son interceptados «en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta».