

Fecha de Sentencia: 11/05/2005

RECURSO CASACION

Recurso Núm.: 1888/2001

NORMAS DE FUNCIONAMIENTO Y RÉGIMEN INTERIOR DE LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia el 24 de enero de 2001 cuyo fallo dice: "Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de las Asociaciones relacionadas en el antecedente de hecho primero contra la Orden de 22 de febrero de 1999 impugnada, por ser respecto a los extremos analizados conforme a Derecho, sin imposición de costas".

SEGUNDO.- Por la representación procesal de las asociaciones Andalucía Acoge, Asociación de Mujeres Progresistas "La Mitad del Cielo" y la Asociación Andaluza por la Solidaridad y la Paz (Aspa) se interpone recurso de casación, mediante escrito de 6 de abril de 2001, que fundamenta en dos motivos de casación, invocados al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional.

Considera esta parte que la sentencia recurrida ha infringido los artículos 81.1 y 53.1 de la Constitución Española, por cuanto entiende que la Norma Fundamental no posibilita crear *ex novo*, mediante un reglamento, infracciones administrativas, sino que debe ser una ley la que lo haga, según establece el artículo 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

Como segundo motivo de casación, denuncia que se ha producido la infracción del artículo 24 de la citada Ley 50/1997 y Real Decreto 155/1996.

Y termina suplicando a la Sala que dicte sentencia por la que se declare haber lugar al recurso, case y anule la sentencia recurrida, por afectar, a su juicio, al derecho a la libertad y tutela judicial efectiva y, consiguientemente, declare procedente la declaración de ilegalidad de los artículos y capítulos recurridos de la disposición de carácter general o declare nula la misma por no atenerse al procedimiento de elaboración legalmente previsto.

TERCERO.- Mediante escrito de 26 de noviembre de 2002 el Abogado del Estado se opone al recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

PRIMERO.- El primer motivo de casación que se aduce por la representación procesal de los recurrentes contra la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de veinticuatro de enero de dos mil uno, que desestimó el recurso formulado contra la Orden de fecha veintidós de febrero de mil novecientos noventa y nueve, sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, se fundamenta

en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley Jurisdicción y en él se denuncian como infringidos los artículos 81.1 y 53.1 de la Constitución, por interpretación y aplicación errónea por el Tribunal de instancia, pues para los recurrentes, que dan por reproducidos en el escrito de interposición del presente recurso de casación cuantos argumentos se utilizaron en su demanda, que "no reproducen a fin de no resultar reiterativos", discrepan y no comparten la tesis sustentada por el Tribunal *a quo* en el fundamento jurídico primero de que no nos encontramos ante un reglamento autónomo, sino ante un reglamento de desarrollo, ya que, en su opinión, lo realmente cierto es que la Ley Orgánica 7/1985, en base a la cual se dicta la Orden impugnada tan sólo se refería al internamiento en el artículo 26.2 cuando decía "interesando el internamiento a su disposición en centros de detención o en locales que no tengan carácter penitenciarios" y tales centros se crean en la propia disposición adicional 2ª de la Orden ministerial, y se establece su naturaleza, finalidad, régimen e incluso un estatuto jurídico de los extranjeros ingresados, como reza en el capítulo V y aparece regulado en el artículo 27; por ello, consideran que la disposición impugnada incide sobre el ejercicio de tales derechos y libertades, infringiendo la sentencia recurrida el principio de reserva de ley por falta de habilitación legal expresa en el artículo 2 de la Ley Orgánica 7/1985, o de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley 8/2000, pues es insuficiente jurídicamente la indicación existente en la cláusula final de que el Gobierno dictará el reglamento de desarrollo de la Ley, ya que éste se refiere al Real Decreto, no a la Orden Ministerial.

Y, dentro de esta línea argumental, sostienen que aun partiendo hipotéticamente de que la Orden Ministerial fuese de desarrollo, contiene preceptos como "por ejemplo en el artículo 34 está creando infracciones y sanciones distintas de la que es una simple medida cautelar, consistente en el uso de fuerza legítima a la que se refiere el fundamento jurídico cuarto de la sentencia, ya que habilita la separación o aislamiento mediante resolución motivada que además debería notificarse al interno al igual que el artículo 30.6 permite la suspensión de las comunicaciones..., por su parte, añaden que el capítulo V impugnado crea *ex novo* un estatuto jurídico, con reconocimiento de derechos y deberes... también entienden que la Orden está atribuyendo competencias a la autoridad judicial, en cuanto a la autorización del aislamiento, artículo 34.2, o para el registro de correspondencia, artículo 30.8... o en la regulación *ex novo* de los derechos respecto las visitas, su periodicidad, incluso en casos de familiares, así como su interrupción, todo ello, sin rango legal alguno..."

TERCERO.- Antes de analizar estos preceptos, debemos señalar que esta Sala y Sección del Tribunal Supremo, en sentencia de fecha veinte de marzo de dos mil tres -recurso contencioso-administrativo número 488/2001- se pronunció sobre la legalidad del Real Decreto 864/2001, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, y a los efectos que aquí nos interesa, debemos reproducir los razonamientos sustentados en el fundamento decimoquinto de la citada sentencia, respecto del artículo 130 de aquel Reglamento, en cuanto que las declaraciones allí contenidas inciden directamente sobre diversos preceptos de la Orden impugnada 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."

Como señalamos en la referida sentencia, "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 respeto 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".

CUARTO.- La anulación del apartado 2 del citado artículo 130 del Reglamento afecta directamente y en su integridad al artículo 34 de la Orden impugnada, en cuanto establece una serie de medidas para garantizar el orden y la convivencia en los centros de internamiento de extranjeros, al facultar al Director, por el tiempo necesario, en los supuestos de alteración del orden y de la seguridad del centro o de sus empleados o de otros extranjeros ingresados, para el empleo de la fuerza física legítima con el fin de restablecer la normalidad, bajo los criterios de oportunidad, congruencia y proporcionalidad, así como autorizar la separación preventiva del agresor por el tiempo necesario, en habitación individual.

De la misma forma, la anulación del apartado sexto del Reglamento, como norma jerárquicamente superior a la Orden de 22 de febrero de 1999, acarrea la nulidad de los apartados 1, 2, 3, 6, 8 y 9 del artículo 30, que regulan el régimen de visitas y comunicaciones, e imponen unas limitaciones o restricciones al derecho de los internos a comunicarse con sus familiares o representantes diplomáticos o consulares de su país y con cualquier otra persona, o establecen la posibilidad de imponer determinadas medidas correctoras, como la suspensión de las comunicaciones, cuando durante las entrevistas, tanto los extranjeros ingresados como los visitantes, no observen las normas de comportamiento, las cuales no se concretan, como tampoco se dice ni especifica quién decide la prohibición de entrega de efectos, productos o instrumentos que pueden poner en peligro la salud e higiene de los extranjeros ingresados o la seguridad de éstos o del centro y consiguientemente acuerde su comiso.

Por el contrario, los apartados 4 y 7, que imponen a los centros de internamiento la llevanza obligatoria de un libro Registro de Visitas, en el que se hará constar el nombre del extranjero visitado y el de la persona o personas que lo visiten previa su identificación o acreditación, o regulación de las comunicaciones telefónicas de los extranjeros ingresados que, salvo resolución judicial en contrario, no estarán sometidas a intervención alguna, se realizarán dentro del horario que la Dirección establezca; no afectan o limitan el ejercicio a la libertad de los extranjeros.

QUINTO.- Según los recurrentes el capítulo V de la Orden de 22 de febrero de 1998, crea *ex novo* un estatuto jurídico de los extranjeros ingresados y del régimen interior de los centros de internamiento.

Este capítulo está formado por los artículos 27 a 34, ambos inclusive, en donde regulan cuestiones diversas, tales como la "concreción del régimen de cada centro y organización de actividades"; "horarios, visitas y comunicaciones"; "actividades recreativas"; "práctica religiosa"; "información, peticiones y quejas" y "medidas para garantizar el orden y convivencia en los centros de internamientos", y en ellos se trata de garantizar que las actividades realizadas en estos centros se desarrollen salvaguardando los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros por el

ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas a su libertad deambulatoria, conforme al contenido y finalidad de la medida judicial de ingreso acordada.

De estos preceptos los recurrentes, aunque específicamente impugnan en su escrito de interposición del recurso de casación los artículos 30 y 34, y a ellos ya nos hemos referido, como quiera que en su escrito de interposición del recurso, como si nos hallásemos ante un recurso de apelación, reproducen "cuantos argumentos citaron en su demanda", por estrictas razones de garantizar la tutela judicial efectiva, y de conformidad con el criterio sustentado por esta Sala y Sección, entre otras, en las sentencias de treinta de enero y veintinueve de mayo de dos mil uno, vamos a referirnos a ellos.

No restringe el artículo 32 la libertad religiosa de los extranjeros al facilitar, dentro de las posibilidades económicas del centro, su práctica, pues este precepto se acomoda al artículo 111.5 del Reglamento en cuanto establece que "se adoptarán las medidas necesarias para impedir restricciones del ejercicio de la libertad religiosa por parte de los internos" y el precepto impugnado impone a la Dirección la obligación de facilitar a los extranjeros, para que puedan respetar la alimentación, los ritos y los días de fiesta de sus respectivas confesiones, siempre que lo permitan las disponibilidades presupuestarias, la seguridad, las actividades del centro y los derechos fundamentales de los restantes extranjeros ingresados.

Por el contrario, el apartado 5 del artículo 33, debe ser anulado en cuanto limita la presentación de todas las peticiones y quejas -entre las que se encuentran los recursos que puedan presentar al Juez- ante el Director del centro que las remitirá, en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas, a la autoridad u órgano a quien vayan dirigidas, ya que cercena la libertad del interno de dirigirse directamente a las autoridades a las que va dirigida su petición, queja o recurso.

FALLO

Debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación número 1888/2001, interpuesto por el procurador D. Agustín Sanz Arroyo, en nombre y representación de las entidades Federación Andalucía Acoge, Asociación Andaluza por la Solidaridad y la Paz (Aspa) y Asociación de Mujeres Progresistas "La Mitad del Cielo", contra la sentencia que dictó la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, de fecha 24 de enero de 2001 -recaída en los autos 495/99-, que casamos y anulamos, y estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo formulado por la citada representación procesal contra la Orden de 22 de febrero de 1999, sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento, anulamos los artículos 30, apartados 1, 2, 3, 6, 8 y 9; el artículo 34 y el apartado 5 del artículo 33.