

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL****TRIBUNAL SUPREMO***Sentencia de 10 de febrero de 2015**Sala de lo Contencioso-Administrativo**Rec. n.º 373/2014***SUMARIO:**

**Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE), aprobado por RD 162/2014.** *Solicitud de nulidad de diversos artículos y apartados por ser contrarios en diversos aspectos a la naturaleza preventiva y no penitenciaria de dichos centros.* Estimación parcial. En cuanto al derecho a que las unidades familiares, con o sin hijos, tengan un alojamiento separado que garantice un grado adecuado de intimidad, el mandato de la Directiva 2008/115/CE es obligatorio, no pudiendo supeditarse a la disponibilidad material de módulos adecuados en los CIE. En relación a la posibilidad de solicitar un nuevo internamiento por las mismas causas, se estima que acordada una medida cautelar de internamiento en un expediente de expulsión por unas determinadas razones, no puede volverse a acordar de nuevo por dichas mismas razones, sea cual sea el plazo por el que se acordó la medida. Sobre los supuestos en que procede el registro personal de los internos, la formulación de dos requisitos distintos y alternativos, como son la seguridad en el centro o las sospechas sobre el interno, no resulta compatible con el derecho a la dignidad e intimidad de las personas. De esta forma, solo podría ordenarse el registro personal a un interno (que solo está sometido a la privación de libertad ambulatoria) en situaciones excepcionales y siempre que existiesen motivos racionalmente fundados para creer que pudiera esconder objetos o sustancias prohibidas o no autorizadas. Sala General. Votos particulares.

**PRECEPTOS:**

RD 162/2014 (Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros), arts. 7.3, 16.2 k), 21.3 y 55.2.

**PONENTE:**

*Don Eduardo Espin Templado.*

Magistrados:

Don ANGEL AGUALLO AVILÉS  
 Don CELSA PICO LORENZO  
 Don CESAR TOLOSA TRIBIÑO  
 Don DIEGO CORDOBA CASTROVERDE  
 Don EDUARDO CALVO ROJAS  
 Don EDUARDO ESPIN TEMPLADO  
 Don EMILIO FRIAS PONCE  
 Don FRANCISCO JOSE NAVARRO SANCHIS  
 Don INES MARIA HUERTA GARICANO  
 Don JESUS CUDERO BLAS  
 Don JESUS ERNESTO PECES MORATE  
 Don JOAQUIN HUELIN MARTINEZ DE VELASCO  
 Don JORGE RODRIGUEZ-ZAPATA PEREZ  
 Don JOSE ANTONIO MONTERO FERNANDEZ  
 Don JOSE DIAZ DELGADO  
 Don JOSE JUAN SUAY RINCON  
 Don JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ  
 Don JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT  
 Don JOSE MANUEL SIEIRA MIGUEZ  
 Don JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR  
 Don JUAN CARLOS TRILLO ALONSO  
 Don JUAN GONZALO MARTINEZ MICO  
 Don LUIS MARIA DIEZ-PICAZO GIMENEZ  
 Don MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA

Don MANUEL MARTIN TIMON  
Don MANUEL VICENTE GARZON HERRERO  
Doña MARIA DEL PILAR TESO GAMELLA  
Doña MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH  
Don NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN  
Don OCTAVIO JUAN HERRERO PINA  
Don PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA  
Don PEDRO JOSE YAGÜE GIL  
Don RAFAEL FERNANDEZ MONTALVO  
Don RAFAEL FERNANDEZ VALVERDE  
Don RAMON TRILLO TORRES  
Don SEGUNDO MENENDEZ PEREZ  
Don VICENTE CONDE MARTIN DE HIJAS  
Don WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo  
Contencioso-Administrativo

PLENO

SENTENCIA

Fecha de Sentencia: 10/02/2015

REC.ORDINARIO(c/d)

Recurso Núm.: 373/2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Votación: 27/01/2015

Procedencia:

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Secretaría de Sala : 101

Escrito por: PJM

Excmos. Sres.: Presidente:

D. José Manuel Sieira Míguez

Magistrados:

D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez  
D. Pedro José Yagüe Gil  
D. Rafael Fernández Montalvo  
D. Manuel Vicente Garzón Herrero  
D. Segundo Menéndez Pérez  
D. Manuel Campos Sánchez Bordona  
D. Nicolás Maurandi Guillén  
D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva  
D. Eduardo Espín Templado  
D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat  
D. Rafael Fernández Valverde  
D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo  
D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Emilio Frías Ponce  
D. José Díaz Delgado  
D. Eduardo Calvo Rojas  
D. Luis María Díez Picazo Giménez  
D. Ángel Aguillo Avilés  
D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco  
D<sup>a</sup>. María del Pilar Teso Gamella  
D. Juan Carlos Trillo Alonso  
D. José Antonio Montero Fernández  
D<sup>a</sup>. María Isabel Perelló Doménech  
D. José María del Riego Valledor  
D. Wenceslao Francisco Olea Godoy  
D. Diego Córdoba Castroverde  
D. José Juan Suay Rincón  
D<sup>a</sup>. Inés Huerta Garicano  
D. José Luis Requero Ibáñez  
D. César Tolosa Tribiño  
D. Francisco José Navarro Sanchís  
D. Jesús Cudero Blas  
D. Ramón Trillo Torres  
D. Vicente Conde Martín de Hijas  
D. Manuel Martín Timón  
D. Jesús Ernesto Peces Morate  
D. Juan Gonzalo Martínez Micó

En la Villa de Madrid, a diez de Febrero de dos mil quince.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en pleno por los magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo ordinario número 1/373/2.014, interpuesto por la ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA, por la FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE S.O.S. RACISMO DEL ESTADO ESPAÑOL y por la FEDERACIÓN ANDALUCÍA ACOGE, representadas por el Procurador D. Agustín Sanz Arroyo, contra el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros.

Es parte demandada la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

En fecha 14 de mayo de 2.014 la representación procesal de las demandantes interpuso recurso contencioso-administrativo ordinario contra el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, el cual había sido publicado en el Boletín Oficial del Estado de 15 de marzo de 2.014. El recurso ha sido admitido a trámite por diligencia de ordenación el 2 de junio de 2.014.

#### **Segundo.**

Recibido el expediente administrativo previamente reclamado, se ha entregado el mismo a la parte actora para formular la correspondiente demanda, lo que ha verificado mediante escrito en el que, previa alegación de las argumentaciones que considera oportunas, solicita que se proceda a declarar ilegal y anular el Real Decreto 162/2014 en los incisos y preceptos indicados en el cuerpo del escrito y en cada uno de sus fundamentos jurídicos, con expresa condena en costas a la Administración si se opusiere. Dichos incisos y preceptos son los siguientes:

- artículo 5.2;
- inciso "en la medida de lo posible" contenido en el segundo párrafo del artículo 7.3;
- inciso "y existan módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar" de la letra k) del artículo 16.2;

- incisos "en aquellas zonas o espacios en los que razones de seguridad así lo aconsejen", "podrá" y "dicha medida será propuesta por el director del centro y autorizada por la comisaría general de extranjería y documentación" del artículo 11.4;

- inciso "podrá solicitarse un nuevo internamiento del extranjero por las mismas causas que determinaron el internamiento anterior, cuando habiendo ingresado con anterioridad no hubiera cumplido el plazo máximo de sesenta días, por el periodo que resta hasta cumplir éste" del artículo 21.3;

- inciso "cuando no se observen las referidas normas, la comunicación podrá ser suspendida por los funcionarios encargados de la vigilancia, dando inmediata cuenta a la dirección a fin de que adopte la resolución que proceda" contenido en el artículo 42.8;

- conjunción "o" contenida en el párrafo primero del artículo 55.2;

- artículo 56.2, inciso "y los no autorizados" del artículo 56.3 y la letra b) de este último número.

### **Tercero.**

De dicha demanda se ha dado traslado a la Administración demandada, habiendo presentado el Sr. Abogado del Estado escrito contestándola, en el que tras las alegaciones oportunas suplica que se dicte resolución desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto, con imposición de costas a la parte recurrente. Mediante otrosí expresa que no considera necesario el recibimiento a prueba del procedimiento ni el trámite de conclusiones.

### **Cuarto.**

En decreto de 2 de octubre de 2.014 la Secretaria judicial ha fijado la cuantía del recurso como indeterminada y ha declarado concluidas las actuaciones, por no haberse solicitado por las partes el recibimiento a prueba ni el trámite de conclusiones.

### **Quinto.**

Tras el acuerdo del Presidente de la Sala de 19 de noviembre de 2.014 de que el presente recurso pase a ser conocido por el pleno se ha dictado providencia de fecha 1 de diciembre de 2.014, en la que se señala el día 27 de enero de 2.015 para la deliberación, votación y fallo del mismo, habiendo tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado, Magistrado de la Sala.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero. Objeto y planteamiento del recurso.**

La Asociación pro Derechos Humanos de Andalucía, la Federación de Asociaciones de S.O.S. Racismo del Estado Español y la Federación Andalucía Acoge interponen recurso contencioso administrativo contra el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros. Las impugnaciones se dirigen no contra el Real Decreto propiamente tal, sino contra el Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamientos de extranjeros aprobado por su artículo único.

Las entidades recurrentes consideran que la regulación que se efectúa en el Reglamento de los Centros de Internamiento de Extranjeros (Reglamento CIE), aprobado por el referido Real Decreto es, en determinados aspectos, contraria a la naturaleza preventiva y no penitenciaria de los centros de internamiento, conculcando diversos preceptos constitucionales y legales. En particular, se consideran vulnerados varios preceptos de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, diversa jurisprudencia tanto constitucional cuanto de este Tribunal Supremo, y la Directiva comunitaria 2008/115/CE, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (Directiva de Retorno).

Debe decirse, en relación con la citada Directiva, que el mismo Real Decreto que aprueba el Reglamento impugnado establece en su disposición final segunda que con la aprobación del mismo se incorpora parcialmente al derecho nacional diversos aspectos regulados por la citada Directiva 2008/115/CE .

Las recurrentes sostienen que la caracterización que la citada Ley de Extranjería ha efectuado en el artículo 62 bis, apartado 1, de los Centros de Internamiento de Extranjeros supone el establecimiento de un régimen de privación de libertad privilegiado y diferenciado del riguroso régimen penitenciario, por lo que el nivel de calidad de estancia de los extranjeros internados ha de ser superior al existente en los centros penitenciarios. Entienden que dicha circunstancia ha de constituir un criterio interpretativo para resolver aquellas impugnaciones

relativas a disposiciones reglamentarias que supongan un carácter más restrictivo que las correspondientes normas penitenciarias. Daremos respuesta a esta alegación general en relación concreta con los diversos preceptos impugnados.

Solicitan las recurrentes en consecuencia y por las razones que detalladamente se indican en los siguientes fundamentos, que se declare la nulidad de los siguientes artículos y apartados de la disposición impugnada, bien en su integridad, bien de determinados incisos de los mismos: 5.2; 7.3, párrafo segundo y 16.2.k); 11.4; 21.3; 42.8; 55.2, párrafo primero; y 56.2 y 3.

**Segundo.** *Sobre los centros de ingreso temporal o provisional (artículo 5.2 del Reglamento CIE).*

El artículo 5 del Reglamento es del siguiente tenor literal:

"Artículo 5. Creación .

1. Los centros se crean, modifican o suprimen mediante orden del Ministro del Interior.

2. Cuando concurren situaciones de emergencia que desborden la capacidad de los centros, podrán habilitarse otros centros de ingreso temporal o provisional procurando que sus instalaciones y servicios sean similares a los de los centros, gozando los internos de los mismos derechos y garantías."

La parte recurrente entiende que la Ley de Extranjería contempla la posibilidad de privar de libertad a los extranjeros exclusivamente "en los centros de internamientos de extranjeros" (art. 61.1.e ). Por otra parte, afirma, las Sentencias de este Tribunal de 20 de marzo de 2.003 (RCA 488/2.001 ) y de 11 de mayo de 2.005 (RC 1.888/2.001 ; ésta última sobre la Orden Ministerial de 1.999 reguladora de los centros de internamiento hasta ahora) establecen que cualquier restricción de aspectos esenciales de la libertad de los extranjeros, más allá del derecho ambulatorio, "ha de ser regulada por ley". De todo ello derivaría, según las entidades recurrentes, que no se puede acordar por vía reglamentaria la posibilidad de habilitar otros lugares como centros de internamiento, pues se vulneraría el citado artículo 61.1.e) de la Ley de Extranjería .

Por otra parte, se afirma, la Directiva de Retorno (2008/115/ CE) contempla en el artículo 16.1 la regla general de internamiento en centros especializados. Y consideran que las excepciones previstas en la propia Directiva, la posibilidad de internamiento en centros penitenciarios (art. 16.1) por un lado, y la adopción de medidas urgentes con respecto a las condiciones de internamiento ante situaciones de emergencia, en supuestos "en que un número excepcionalmente importante de nacionales de terceros países que deban ser retornados plantee una importante carga imprevista para la capacidad de las instalaciones de internamiento" (art. 18.1), por otro, no avalan que un norma con rango reglamentario contemple la privación de libertad en centros temporales o provisionales sin que esta posibilidad venga recogida en norma con rango de ley.

El Abogado del Estado, por su parte, responde que la Ley de Extranjería incorpora al ordenamiento español diversos aspectos de la Directiva 2008/115/CE y, entre ellos, precisamente el relativo a la habilitación de otros centros de ingreso temporal y provisional, según prevé el artículo 18.1 de la Directiva. La Ley Orgánica 4/2000 simplemente establece que el internamiento ha de efectuarse en centros de internamiento, pero no regula su régimen, que queda sujeto al desarrollo reglamentario, y prevé la competencia para crearlos y la posibilidad de habilitar centros provisionales en caso de insuficiencias por emergencias que desborden la capacidad de los centros existentes. No es, afirma el representante de la Administración, el Reglamento el que autoriza la adopción de la medida de internamiento, sino la propia Ley citada, el cual ha de realizarse en centros de internamiento, sean los regulares, sean los provisionales habilitados por causa de necesidad.

Tiene razón el Abogado del Estado y la alegación ha de ser rechazada. No es correcto interpretar, tal como viene a hacer la parte recurrente, que la previsión de centros provisionales de internamiento para supuestos de emergencia que desborden la capacidad de los centros ya creados pueda calificarse de un supuesto de privación de libertad sin habilitación legal. El único supuesto de privación de libertad es el contemplado por la propia Ley de Extranjería en sus artículos 60.1 in fine, 61.1, 62.1, párrafo primero y 62.2, preceptos todos que se reconducen a un único supuesto de privación de libertad de extranjeros consistente en la medida cautelar de internamiento preventivo previo a su expulsión del territorio nacional en dos distintas situaciones, la de los extranjeros pendientes de expulsión en caso de denegación de entrada y la de los sometidos a un expediente de expulsión. Así, el artículo 60.1 prevé que el juez de instrucción acuerde el internamiento de extranjeros pendientes de expulsión por haberseles denegado la entrada en frontera cuando la salida del extranjero fuera a retrasarse más de setenta y dos horas. Por otra parte, los artículos 61.1.e) y 62 se refieren al acuerdo de internamiento preventivo acordado por el juez de instrucción como medida cautelar respecto de los extranjeros pendientes de un expediente de expulsión. Finalmente, las características de dicho internamiento se contemplan en el apartado 2 del artículo 60 y el apartado 2 del artículo 62. Los preceptos citados tienen el siguiente tenor:

"Artículo 60. Efectos de la denegación de entrada .

1. Los extranjeros a los que en frontera se les deniegue la entrada según lo previsto por el artículo 26.2 de esta Ley, estarán obligados a regresar a su punto de origen.

La resolución de la denegación de entrada conllevará la adopción inmediata de las medidas necesarias para que el extranjero regrese en el plazo más breve posible. Cuando el regreso fuera a retrasarse más de setenta y dos horas, la autoridad que hubiera denegado la entrada se dirigirá al Juez de Instrucción para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta ese momento.

2. Los lugares de internamiento para extranjeros no tendrán carácter penitenciario, y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios. Los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio."

"Artículo 61. Medidas cautelares .

1. Desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, el instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna de las siguientes medidas cautelares:

[...]

e) Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento."

"Artículo 62. Ingreso en centros de internamiento .

1. Incoado el expediente por alguno de los supuestos contemplados en las letras a) y b) del artículo 54.1, en las letras a), d) y f) del artículo 53.1 y en el artículo

57.2 de esta Ley Orgánica en el que pueda proponerse expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador.

El Juez, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, resolverá mediante auto motivado, en el que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tomará en consideración las circunstancias concurrentes y, en especial, el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes. Asimismo, en caso de enfermedad grave del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero.

2. El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima de 60 días, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente."

Así pues, los extranjeros pendientes de ser expulsados de España o sometidos a un expediente de expulsión pueden ser internados en los centros de internamiento contemplados en el apartado 2 del artículo 60 y por el tiempo previsto en el apartado 2 del artículo 62. Ese es el único supuesto de internamiento contemplado por la Ley de Extranjería, mientras que el artículo 5 del Reglamento impugnado se limita a prever la competencia para la creación de tales centros, atribuida por el apartado 1 al Ministro del Interior, y la habilitación de "otros centros de ingreso temporal o provisional" cuando concurren situaciones de emergencia que desborden la capacidad de los centros ya creados. Pero estos "otros centros de ingreso temporal o provisional" no pueden catalogarse como un supuesto específico y distinto de privación de libertad ambulatoria, sino que a los efectos legales hay que considerarlos centros de internamiento de los previstos en los referidos artículos 60.2 y 62.2 de la Ley de Extranjería, pues se trata simplemente de la habilitación de ciertos espacios como centros de internamiento provisionales para los supuestos de privación de libertad contemplados en la Ley. Esto es, el artículo 5 del Reglamento, ni en el primero ni en el segundo apartado, establece supuesto alguno de privación de libertad, sino que atribuye la competencia para crear centros con carácter permanente al Ministro del Interior y prevé la posibilidad para, en caso de necesidad, habilitar centros con carácter temporal o provisional; decisión ésta que hay que entender que corresponde igualmente al Ministro del Interior y que no supone, en último extremo, más que la posibilidad de crear, además de los centros de internamiento permanentes, otros con carácter provisional y presumiblemente transitorio por razones de emergencia.

Esta interpretación de los citados artículos legales -únicos que establecen supuestos de privación de libertad- queda corroborada por el tenor del artículo 5 del Reglamento CIE en su integridad, así como de los concretos términos en que está redactado el apartado 2 en particular, y por las previsiones de los ya referidos artículos 16.1 y 18.1 de la Directiva de Retorno :

- en lo que respecta al artículo 5 del Reglamento CIE, puesto que el mismo se limita a atribuir la competencia para creación de los centros de internamiento (apartado 1) y prevé la posibilidad de que dichos centros tengan carácter provisional y transitorio (apartado 2). La única particularidad de los centros a los que se refiere el apartado 2, que por razones evidentes de congruencia sólo pueden ser habilitados por orden el propio Ministro del Interior, es su creación por razones de urgencia por la incapacidad de los existentes con carácter permanente para albergar a los extranjeros que han de ser internados. A su vez, la razón de excepcionalidad de estos centros -una situación de desbordamiento que en principio, por su carácter de emergencia, se supone que será de carácter temporal- explica la conveniencia de habilitar centros de ingreso temporal o provisional, en vez de crear sin más un nuevo centro permanente, como sin duda podría hacerse sin ninguna limitación mediante orden del Ministro del Interior. Es por ello razonable que el titular de la potestad reglamentaria haya previsto la posibilidad de crear centros con carácter temporal para afrontar una situación de emergencia, en vez de obligar a crear centros permanentes en toda situación de falta de capacidad de los centros existentes.

Por otra parte, el artículo 5.2 del Reglamento establece de forma expresa la identidad de régimen jurídico entre los centros de internamiento permanentes y los temporales, al prescribir que los internos gozan en éstos de los mismos derechos y garantías que en aquéllos. Esto no deja lugar a dudas respecto a que la única diferencia entre ambos lugares de internamiento es que los primeros son centros regulares con carácter permanente, mientras que los segundos tienen un carácter temporal en la medida en que resulten necesarios para hacer frente a situaciones de emergencia por exceso de extranjeros a ser internados. Lógicamente, si las necesidades de internamiento inicialmente extraordinarias se estabilizasen ello debería dar lugar a la creación de nuevos centros permanentes, bien mediante transformación de los temporales, bien por creación de otros nuevos.

Así las cosas, la única diferencia -aparte la de la temporalidad- sería la derivada del inciso del apartado 2 del artículo 5 cuando establece que se procurará "que sus instalaciones y servicios sean similares a los de los centros". Sin embargo, esta previsión ha de entenderse exclusivamente en función de las razones de urgencia que llevan a la habilitación de los centros temporales, no a una consagración jurídica de que estos centros puedan mantener una diferente situación material. Esto es, lo que el precepto consagra es la obligación de la Administración de lograr que estos centros tengan las mismas condiciones materiales (instalaciones y servicios) que los centros ordinarios permanentes. Ahora bien, la urgencia de su creación al habilitarse como consecuencia de una situación de desbordamiento imprevista puede llevar a que su situación inicial no sea exactamente la misma. Sin embargo, la Administración del Estado debe procurar que en el más breve plazo posible las condiciones sean similares, entendiendo el término "procurando" no en un sentido discrecional, sino que impone la obligación de establecer en el más breve tiempo posible una equiparación de las condiciones materiales con las de los centros ya creados, pues de lo contrario se admitiría un trato discriminatorio incompatible con el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución .

- finalmente, un examen de los preceptos de la Directiva de Retorno invocados por la parte actora muestra que la previsión del precepto impugnado es respetuosa con aquéllos. En efecto, tal como reconoce la parte demandante, la Directiva recoge dos excepciones al internamiento en "centros de internamiento especializados" previsto en el apartado 1 del artículo 16, excepciones reguladas en el mismo artículo 16.1 y en el 18.1.

La primera excepción es la que prevé el propio apartado al contemplar la posibilidad de que "un Estado miembro no pueda proporcionar alojamiento en un centro de internamiento especializado y tenga que recurrir a un centro penitenciario" para efectuar el internamiento; el precepto establece que en tal caso los extranjeros internados habrán de estar separados de los presos ordinarios. Se trata de un supuesto distinto al que contempla el artículo 5.2 que se impugna, pues en el caso del Reglamento CIE no hay ninguna razón para no calificar de centros especializados a los centros temporales a que se refiere el precepto, ya que como se ha justificado antes, su carácter diferencial radica exclusivamente en su habilitación urgente y con carácter temporal y provisional para hacer frente a una necesidad repentina (en situaciones de emergencia) de un número elevado de internamientos; pero tal circunstancia no obsta a que sean centros especializados específicamente destinados a albergar nacionales de otros países antes de su expulsión. En todo caso, debe hacerse constar que la Directiva de Retorno admite el internamiento incluso en centros no especializados y sometidos a un régimen distinto, como lo es el penitenciario.

Sí constituye, en cambio, una previsión que comprende sin género de dudas la habilitación de centros temporales y provisionales regulada en el artículo 5.2 del Reglamento CIE la prevista en el artículo 18.1 de la Directiva, precepto que contempla las mismas situaciones de emergencia (así se titula el artículo) que el del Reglamento español: "en situaciones en que un número excepcionalmente importante de nacionales de terceros países que deban ser retornados planteen una importante carga imprevista para la capacidad de las instalaciones de internamiento de un Estado miembro o para su personal administrativo o judicial". En tal caso, el precepto de la Directiva comunitaria prevé la posibilidad de autorizar períodos más largos de internamiento que los establecidos en el artículo 15.2, párrafo tercero (que no prevé plazos concretos sino que habla del control judicial del internamiento más rápido posible) y, en lo que aquí importa, de la posibilidad "de tomar medidas urgentes con respecto a las condiciones de internamiento que se aparten de las fijadas en el artículo 16, apartado 1 y en el artículo 17, apartado 2". Como hemos visto el artículo 16.1 establece la obligatoriedad de internamiento en centros

especializados (o, de no ser posible, en centros penitenciarios), mientras que el 17.2 se refiere al alojamiento separado de las familias internadas en garantía de su intimidad.

Pues bien, difícilmente puede sostenerse que la previsión de centros específicamente destinados a albergar a extranjeros en espera de su expulsión, centros especializados por tanto, y con igual régimen jurídico que los centros de internamiento ya creados de conformidad con la Ley de Extranjería, pero habilitados con carácter provisional y temporal por las mismas razones de emergencia que contempla el artículo 18.1 de la Directiva, no pueda calificarse como una medida urgente sobre las condiciones de internamiento a las que se refiere el citado artículo 18.1 de la Directiva. Tanto más cuanto que este precepto permite que tales medidas se aparten de las condiciones de internamiento fijadas en el artículo 16.1 y, en este caso, el único apartamiento consiste en el carácter temporal y provisional de los centros habilitados y, en su caso, en unas condiciones materiales que, por las razones de su acondicionamiento urgente puedan transitoriamente no ser idénticas a las de los centros permanentes.

En conclusión y por todas las razones vistas, debe desestimarse esta impugnación, debiéndose entender que los centros de ingreso temporal o provisional habilitados de conformidad con el artículo 5.2 del Reglamento CIE han de considerarse a los efectos legales centros de internamiento con identidad de régimen jurídico y de condiciones materiales, aunque inicialmente éstas puedan diferir de las de los centros ya creados, exclusivamente en razón de la urgencia de su organización por las razones de emergencia imprevistas que determinan su habilitación.

**Tercero. Sobre la protección de las familias internadas ( artículos 7.3, párrafo 2 y 16.2.k del Reglamento CIE ).**

Las entidades recurrentes impugnan en el segundo punto de su demanda la locución "en la medida de lo posible" del artículo 7.3, párrafo segundo y el inciso final ("y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar") del artículo 16.2.k) del Reglamento de los centros de internamiento.

Las demandantes consideran que los dos incisos impugnados, al condicionar el derecho de los internos que formen una unidad familiar a tener en su compañía a los hijos menores a que existan módulos que permitan un alojamiento separado que garantice la unidad e intimidad del grupo familiar vulnera la Directiva 2008/115/CE, cuyo artículo 17.2 garantiza de forma incondicionada dicho derecho. Asimismo, afirman, se infringe la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en materia del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar reconocido en el artículo 18 de la Constitución ( SSTC 186/2013, de 4 de noviembre, y 236/2007, de 7 de noviembre ).

En opinión de las recurrentes no cabe duda del carácter taxativo del mandato que el citado artículo de la Directiva de Retorno impone a los Estados miembros para que proporcionen alojamiento separado a las familias y señalan que el Consejo de Estado puso de relieve la diferencia existente a este respecto entre la Directiva y su trasposición al derecho español; ello llevaría, afirman, a la aplicación directa de la Directiva de Retorno en este punto. Consideran que las expresiones usadas en las versiones de la Directiva en otras lenguas oficiales confirman la imperatividad del referido mandato. Asimismo, recuerdan que los Estados miembros no tienen la posibilidad de disponer normas más restrictivas que las de la Directiva ( Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de abril de 2011, asunto C-61/11 PPU, apartado 33).

Finalizan su argumentación con dos observaciones. Por un lado, explican que no impugnan el término "se procurará" del comienzo del párrafo segundo del artículo 7.3 porque consideran que puede interpretarse en el sentido de "conseguir o adquirir algo", al igual que la misma expresión en el tercer párrafo del mismo apartado en relación con la separación entre los internos por su sola situación irregular en España y los internados en virtud del artículo 89.6 del Código Penal o con antecedentes penales. Por otro lado, consideran que la eventual anulación del inciso final del artículo 16.2.k) del Reglamento impugnado no afectaría al nivel de protección de la unidad e intimidad familiar, por cuanto seguirían operando la Directiva de Retorno y el artículo 7.3 del propio Reglamento CIE .

El Abogado del Estado rechaza la interpretación que se ha reseñado, indicando en primer lugar que el artículo 16.2.k) impugnado reproduce el artículo 62 bis.1.i) de la Ley 4/2000, por lo que el precepto reglamentario no sufre ningún vicio de ilegalidad. Por otra parte, considera que el artículo 17 de la Directiva distingue entre familias con menores (apartado 1), familias internadas (apartado 2) y menores no acompañados (apartado 4); entiende así que el precepto se refiere por un lado a las familias (con menores en el apartado 1 y sin menores en el 2) y por otro lado a los menores no acompañados (apartado 4). En consecuencia considera que el apartado 2 se referiría a las familias sin menores, y que el artículo 7.3, párrafo segundo, da cumplimiento a dicho apartado, referido a la unidad familiar, esto es a los internos adultos. También afirma que el apartado 17,2 de la Directiva se refiere a un supuesto que no puede darse en nuestro derecho, pues trata sobre el internamiento de familias, mientras que en España el internamiento preventivo es una medida ligada a la expulsión que constituye una sanción personal.

En lo que respecta a los hijos menores, considera el Abogado del Estado que el artículo 7.3, párrafo segundo del Reglamento CIE se limita a hacer aplicación de lo determinado en el artículo 62 bis.1.i) de la Ley de Extranjería, que supedita el derecho a tener consigo a los hijos menores a la existencia de módulos adecuados en el centro que garanticen la unidad e intimidad familiar. Por consiguiente, en tanto que el precepto legal supedita ese derecho a dicha circunstancia, no es ilegal el inciso "en la medida de lo posible".

Como se deriva de las posiciones de las partes, la cuestión debatida se centra en la supuesta contradicción entre la Directiva de Retorno y los preceptos reglamentarios impugnados. Éstos tienen el siguiente tenor:

"Artículo 7. Instalaciones y medios básicos . [...]

3. Los centros dispondrán de módulos independientes para permitir la separación por sexos de los internos.

Se procurará que los internos que formen una unidad familiar estén juntos y tengan en su compañía a sus hijos menores, facilitándoles, en la medida de lo posible, alojamiento separado que garantice un adecuado grado de intimidad.

Igualmente, se procurará que las instalaciones permitan la separación de los condenados, internados en virtud del artículo 89.6 del Código Penal, o que tengan antecedentes penales, de aquellos otros que se encuentren internos por la mera estancia irregular en España."

"Artículo 16. Derechos de los internos.

1. Todas las actividades desarrolladas en los centros se llevarán a cabo salvaguardando los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros por el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las que fueran necesarias, conforme al contenido y finalidad de la medida judicial de internamiento acordada.

2. En particular y en atención a su situación, se garantizan a los extranjeros internados, desde su ingreso y durante el tiempo de permanencia en el centro, los siguientes derechos:

[...]

k) a tener en su compañía a sus hijos menores, siempre que el Ministerio Fiscal informe favorablemente tal medida y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar."

El artículo 17 de la Directiva de Retorno tiene la siguiente redacción:

" Artículo 17

Internamiento de menores y familias

1. Los menores no acompañados y las familias con menores sólo serán internados como último recurso y ello por el menor tiempo posible.

2. A las familias internadas en espera de expulsión se les facilitará alojamiento separado que garantice un grado adecuado de intimidad.

3. Se dará a los menores internados la posibilidad de participar en actividades de ocio, incluidos juegos y actividades recreativas adecuados a su edad, y, dependiendo de la duración de sus estancia, tendrán acceso a la educación.

4. A los menores no acompañados se les facilitará, en la medida de lo posible, alojamiento en instituciones con personas e instalaciones que tengan en cuenta las necesidades propias de su edad.

5. El interés superior del niño deberá ser una consideración de primer orden en el internamiento de los menores en espera de expulsión."

En primer lugar resulta oportuno examinar la relación entre los dos incisos impugnados, en orden a resolver si la decisión sobre su compatibilidad con el artículo 17 de la Directiva afecta o no necesariamente a ambos. En este sentido, creemos que ambos incisos inciden, en lo que aquí importa, en la misma situación de hecho, los extranjeros adultos internados con hijos menores, aunque el artículo 7.3 se centra en los internos que formen una unidad familiar (con o sin hijos), mientras que el 16.2.k) contempla de manera específica a los internos con hijos, por lo que el primero de ambos preceptos tiene un ámbito de aplicación más amplio.

Así, el párrafo segundo del artículo 7.3 se refiere, a "los internos que formen una unidad familiar", a los cuales se les reconocen dos distintos derechos -si bien con los términos "se procurará", cuestión a la que luego nos referimos-: por un lado, a que estén juntos y, por otro, a que tengan en su compañía a sus hijos menores. Así pues, en primer lugar, debe procurarse que los internos que formen una unidad familiar, tengan o no hijos, estén juntos; y, en segundo lugar, debe procurarse que los internos que formen una unidad familiar y tengan hijos

menores, los tengan en su compañía. Finalmente, el precepto establece que "en la medida de lo posible", a dichas unidades familiares -con o sin hijos- se les habría de facilitar alojamiento separado que garantice un adecuado grado de intimidad.

En cuanto al artículo 16 del Reglamento, tiene por objeto reconocer los derechos de los internos y entre ellos el de "tener en su compañía a sus hijos menores" con dos condicionamientos, el informe favorable del Ministerio Fiscal y la existencia en el centro de módulos que garanticen la unidad y la intimidad familiar. Así pues, la interpretación sistemática de ambos preceptos nos revela que cuando internos adultos constituyan una unidad familiar ha de procurarse que estén juntos (art.

7.2) y que, de tener hijos menores, los tengan en su compañía (art. 7.2), a lo cual tienen derecho (art. 16.2.k). Y en todo caso, a dichos internos que constituyan una unidad familiar se les debe facilitar, en la medida de lo posible, alojamiento separado (art. 7.2), lo que se reitera en los casos de internos con hijos, condicionado a que existan en el centro módulos adecuados para ello (art. 16.2.k). En definitiva, ambos preceptos tienen un contenido en gran medida coincidente, que es el que se debe procurar que las unidades familiares de internos estén juntas, con sus hijos menores en caso de haberlos y que, tengan o no hijos, se les aloje separadamente de forma que se garantice su unidad e intimidad, siempre que haya en el centro módulos adecuados. La diferencia entre ambos preceptos se debe exclusivamente a su diferente perspectiva, la de la unidad familiar en el artículo 7 (por ello comprende a las unidades familiares, con o sin hijos) y la de los derechos de los internos (art. 16), entre los que se encuentran a tener con ellos a sus hijos menores, por lo que el apartado 2.k) se refieren sólo a las unidades familiares con hijos menores.

Aclarado el contenido normativo de los apartados de los preceptos reglamentarios en los que se impugnan sendos incisos, podemos examinar la cuestión litigiosa, tal como la plantean las recurrentes, y es el condicionamiento de que en ambos preceptos se somete el derecho a que las unidades familiares, con o sin hijos, tengan un alojamiento separado. Dicho condicionamiento, de tipo genérico en el artículo 7.3, segundo párrafo -"en la medida de lo posible"-, queda mucho más especificado en el artículo 16.2.k) -siempre que "existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar"- . Pero ambos preceptos tienen el mismo fundamento, la eventual dificultad material de asegurar alojamientos separados a las unidades familiares.

Así las cosas debemos comprobar si, como dicen las recurrentes, tal condicionamiento es incompatible con el mandato del artículo 17.2 de la Directiva de Retorno . Antes hemos de recordar la circunstancia, esgrimida como argumento capital por el Abogado del Estado e ignorada por la parte actora, de que el artículo 16.2.k) del Reglamento impugnado reproduce literalmente el artículo 16 bis.2.i) de la Ley de Extranjería, lo que habremos de valorar una vez examinado si existe o no la contradicción que alegan las demandantes.

Como se recordará, el apartado 2 del artículo 17 de la Directiva de Retorno estipula que "a las familias internadas en espera de expulsión se les facilitará alojamiento separado que garantice un grado adecuado de intimidad". Hemos de descartar en primer lugar que las consideraciones que hace el Abogado del Estado en relación con las distinciones que efectúa el citado artículo 17 de la Directiva en sus distintos apartados tengan incidencia en nuestra decisión. En efecto, ninguno de los restantes apartados resulta relevante en el presente litigio. Así, la previsión de que los menores no acompañados y las familias con menores no sean internados sino como último recurso (apartado 1) no afecta al trato que haya de dárseles en caso de que finalmente hayan de ser internados, supuesto que es el que contemplamos. En cuanto a los apartados 3 y 4, referidos a los menores, tampoco afectan a la cuestión del alojamiento separado de las familias, con o sin menores: el apartado

3 contempla la obligación de otorgar a los menores (con o sin familiares) posibilidades recreativas y educativas, mientras que el apartado 4 se refiere exclusivamente a los menores no acompañados, supuesto ajeno al que se trata. Finalmente el apartado 5 establece el principio del interés superior del niño como consideración prioritaria en cuanto al internamiento de los menores en espera de expulsión, principio cuya incidencia iría en todo caso en el sentido de reforzar la protección de la unidad e intimidad familiar en los supuestos en que los menores estén acompañados.

Centrando nuestra atención, por consiguiente, en el apartado 2, su tenor no ofrece dudas de que impone a los Estados miembros la obligación de facilitar a las familias internadas alojamiento separado, en garantía de su intimidad. Desde la perspectiva que nos interesa hay dos aspectos que deben ser resaltados: en primer lugar, el carácter imperativo no sometido a condicionamientos de ningún tipo del mandato; y, en segundo lugar, que el mismo va referido a las familias en cuanto tales, sin consideración a que tengan o no hijos. En este sentido hay descartar la afirmación del Abogado del Estado de que el apartado se refiera a las familias sin hijos, puesto que el precepto se refieren a las familias con menores y a los menores no acompañados en los apartados

1 y 3. No hay nada, en efecto que apoye tal interpretación, puesto que como ya hemos visto, los distintos apartados del precepto están encaminados a finalidades diferentes, siendo la del apartado 2 la protección de la unidad e intimidad de las familias internadas (con o sin hijos).

Debe rechazarse también la interpretación del representante de la Administración en el sentido de que la Directiva contempla un supuesto, el internamiento de familias, que no puede darse en derecho español. Que el precepto se refiera a que haya familias internadas no quiere decir que el internamiento haya sido acordado de forma colectiva, sino que su ámbito de aplicación es el de internos que constituyan una familia (familias

internadas), con o sin hijos. Por lo demás, el precepto no hace referencia alguna al procedimiento seguido para el internamiento.

En cuanto al carácter incondicionado -puesto de relieve, como señalan las recurrentes, por el Consejo de Estado en su dictamen sobre el proyecto de Real Decreto-, deriva de su propio tenor literal, que no deja lugar a dudas sobre la imperatividad del mandato ("se les facilitará alojamiento separado"). Puede añadirse, como hace la parte actora, que los textos de las versiones oficiales en otras lenguas comunitarias revelan también igual sentido de preceptividad que el texto castellano.

"2. Families detained pending removal shall be provided with separate accommodation guaranteeing adequate privacy." (inglés)

"2. Les familles placées en rétention dans l'attente d'un éloignement disposent d'un lieu d'hébergement séparé qui leur garantit une intimité adéquate." (francés)

"2. Le famiglie trattenute in attesa di allontanamento usufruiscono di una sistemazione separata che assicuri loro un adeguato rispetto della vita privata." (italiano)

Sentado pues el carácter obligatorio que la Directiva da al mandato de que los internos que constituyan una familia deben disfrutar de un alojamiento separado que les asegure su unidad e intimidad, la trasposición efectuada por el Reglamento CIE en los artículos 7.3, segundo párrafo, y el 16.2.k) es incorrecta, puesto que condiciona dicha obligación a las disponibilidades materiales de módulos adecuados en los centros de internamiento. El artículo 17.2 de la Directiva de Retorno, por el contrario, obliga a los Estados a habilitar instalaciones que permitan el alojamiento separado de las familias internadas.

Una interpretación sistemática apoya esta conclusión. En efecto, ha de tenerse en cuenta de que se trata -salvo el supuesto específico, en el caso español, de internamientos en virtud del artículo 89.6 del Código Penal - de una medida cautelar respecto a personas no condenadas, sino en situación irregular, y a quienes se les priva exclusivamente de la libertad ambulatoria durante un período breve (máximo de seis meses en el caso español) al objeto de asegurar su expulsión del territorio nacional. En tal situación, no parece en modo alguno que pueda calificarse de medida excesivamente beneficiosa o injustificada el asegurar que al menos, durante dicha situación -no penitenciaria, hay que insistir-, los internos que formen una unidad familiar puedan permanecer juntos y en condiciones que aseguren su intimidad familiar, esto es, en alojamientos separados.

La contradicción de los preceptos impugnados con la Directiva obliga a estimar este punto del recurso. No plantea dificultad alguna la declaración de nulidad del artículo 7.3, segundo párrafo, del texto reglamentario, que no tiene correlato directo con ningún precepto legal en la Ley de Extranjería fuera de su conexión, ya examinada, con el artículo 16.2.k) del propio Reglamento y, por tanto, con el 62 bis.1.i) de la Ley. Quiere esto decir que la contradicción con el artículo 17.2 de la Directiva de Retorno nos lleva a anular el inciso "en la medida de lo posible" y a entender que la locución "se procurará" con que se inicia el párrafo ha de entenderse en la segunda de las acepciones del verbo procurar reconocidas por la Academia Española de la Lengua (conseguir o adquirir algo), no en la también común de hacer esfuerzos para que suceda algo. En definitiva, el Estado queda obligado a facilitar alojamiento separado a las familias internadas, tal como impone la Directiva de Retorno.

Más dificultades plantea la impugnación del artículo 16.2.k), dado que es reproducción literal del artículo 62.bis1.i) de la Ley de Extranjería. En este caso se nos pide que anulemos el inciso final "y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar", de forma que el derecho de los internos a tener en su compañía a sus hijos menores (con lo que constituirían una "familia internada" en la formulación de la Directiva o una "unidad familiar" en la del artículo 7.2 del Reglamento CIE), quedaría sometido a la única condición de que el Ministerio Fiscal informase favorablemente la medida.

Pues bien, la estimación, en este caso, nos lleva primero a inaplicar el inciso final del precepto legal en virtud del principio de primacía del derecho comunitario y, seguidamente, a anular el mismo inciso del Reglamento CIE. No es preciso justificar aquí algo plenamente asentado en la interrelación de los ordenamientos nacionales y comunitario como lo es la obligación de los jueces nacionales, que lo son al tiempo del ordenamiento comunitario, de aplicar las normas de la Unión Europea y dejar de aplicar las nacionales, cualquiera que sea su rango -sin entrar a considerar un supuesto ajeno al presente caso, cual es la hipotética contradicción con la propia Constitución-, en caso de que éstas resulten contradictorias con aquéllas ( Sentencia Costa-Enel, 15 de julio de 1.964 y posteriores). En el caso presente, la Directiva de Retorno ha sido ya, en la cuestión que ahora importa, traspuesta al derecho nacional, precisamente por la Ley de Extranjería y por el Reglamento aquí impugnado. Teniendo en cuenta esta circunstancia y que la fecha límite de trasposición era el 24 de diciembre de 2.010 (art. 20.1 de la Directiva), no cabe duda de que la Directiva ha de tener una aplicación directa cuando la trasposición haya sido defectuosa, como sucede en caso de que la misma contradiga sus mandatos, tal como hemos comprobado que ocurre.

Ahora bien, habida cuenta de que esta Sala constituye la última instancia judicial, hemos de considerar si procede que planteemos cuestión prejudicial en aplicación de lo dispuesto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuyo párrafo tercero señala que "cuando se plantee una cuestión de este

tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal".

Como es sabido, la obligación de que el órgano jurisdiccional nacional cuya decisión no sea susceptible de ulterior recurso judicial de derecho interno plantee la cuestión prejudicial presenta, merced a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las excepciones del acto claro y del acto aclarado, fundadas en la innecesariedad del planteamiento de la cuestión en ciertos supuestos teniendo en cuenta la finalidad de la institución. La obligación del planteamiento de la cuestión prejudicial contemplada en el citado párrafo tercero del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea tiene el objetivo de asegurar una aplicación homogénea del derecho comunitario por las diversas jurisdicciones nacionales. Ahora bien, esa misma finalidad ha llevado al Tribunal de Justicia a admitir que el planteamiento de la cuestión resulta innecesario cuando no existe el riesgo de una diversidad interpretativa, bien porque la norma o decisión comunitaria a aplicar presenta una interpretación inequívoca desde la propia perspectiva del derecho comunitario (acto claro) o bien ha sido ya clarificada por previas resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión (acto aclarado).

Pues bien, en el caso presente la Sala no tiene dudas ni de la claridad de la obligación impuesta por el artículo 17.2 de la Directiva de Retorno ni de la incompatibilidad del precepto legal español con el citado precepto de la Directiva de Retorno, en la medida en que este precepto establece la obligación de proporcionar alojamiento separado a las familias internadas en espera de expulsión.

La incompatibilidad de la normativa española con la Directiva queda corroborada por la expresa previsión del artículo 18.1 de la propia Directiva, que contempla la posibilidad de que "en situaciones en que un número excepcionalmente importante de nacionales de terceros países que deban ser retornados plantee una carga imprevista para la capacidad de las instalaciones de internamiento de un Estado miembro" los Estados adopten "medidas urgentes con respecto a las condiciones de internamiento que se aparten de las fijadas en [...] el artículo 17, apartado 2". Por un lado, esta posibilidad excepcional sólo adquiere sentido a partir de la obligatoriedad de la medida prevista en el artículo 17.2 que el precepto español excluye. Pero, además, esta posibilidad abierta por el artículo 18.1 de no cumplir con los términos del artículo 17.2 proporciona una considerable flexibilidad a los Estados miembros en situaciones de emergencia; sin embargo, no puede equipararse tal previsión excepcional respecto a una imposibilidad material transitoria de hacer frente a la obligación de proporcionar alojamiento separado a las familias internadas en espera de expulsión, a supeditar de manera general el cumplimiento de la obligación impuesta por la Directiva a las condiciones materiales de cada centro de internamiento. Tal incorporación al derecho español de una posibilidad excepcional como una regulación ordinaria evidencia la incorrecta trasposición de la Directiva en este punto.

Así pues, de conformidad con todo lo expuesto en el presente fundamento jurídico, declaramos inaplicable por contradicción con el apartado 2 del artículo 17 de la Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, el inciso "y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar" del artículo 62 bis.1 i) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y anulamos los incisos ", en la medida de lo posible," del artículo 7.3, segundo párrafo, y "y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar" del artículo 16.2.k) del Reglamento CIE aprobado por el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo.

**Cuarto. Sobre el servicio con armas de fuego en los centros de internamiento (artículo 11.4 del Reglamento impugnado).**

Las entidades recurrentes impugnan el apartado 4 del artículo 11 del Reglamento CIE . El precepto completo tiene el siguiente tenor:

"Artículo 11. Unidad de seguridad .

1. La unidad de seguridad estará integrada por los efectivos del Cuerpo Nacional de Policía que se consideren idóneos para la custodia y vigilancia del centro, con dependencia funcional de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras y orgánica de la plantilla policial de la provincia en la que se encuentre ubicado el centro.

2. Al frente de la unidad se hallará un jefe nombrado por el Director General de la Policía entre funcionarios de carrera del subgrupo A1 del Cuerpo Nacional de Policía, a propuesta del Comisario General de Extranjería y Fronteras.

3. El jefe de la unidad de seguridad, además de sustituir al director en los supuestos mencionados en el artículo 9.4, desarrollará las siguientes funciones:

a) Desempeñar la jefatura directa del personal que integra la unidad, sin perjuicio de las competencias que correspondan al director.

b) Impartir las directrices de organización necesarias para un correcto funcionamiento de la vigilancia y la custodia de los extranjeros, para lo que podrá recabar cuantos datos sean precisos de los distintos servicios.

c) Adoptar, en primera instancia, por razones de urgencia, las medidas necesarias para restablecer y asegurar el orden y la convivencia entre los extranjeros internados, sin perjuicio del superior criterio del director.

d) Verificar el cumplimiento de las normas de régimen interior, dando cuenta al director de las disfunciones e irregularidades detectadas.

e) Comprobar el estricto cumplimiento de los requisitos previstos en este reglamento para la entrada, salida, o traslado de extranjeros de los centros, así como para las inspecciones, registros y exámenes personales que pudieran practicarse tanto de los internos como de los visitantes.

f) Ordenar la incoación de los atestados policiales que sean precisos sobre la base de conductas que pudieran ser constitutivas de delito o falta.

4. La unidad de seguridad asumirá la protección, custodia y mantenimiento del orden, tanto del interior como del exterior de las instalaciones. En aquellas zonas o espacios en las que razones de seguridad así lo aconsejen, se podrá prestar servicio sin armas de fuego. Dicha medida será propuesta por el director del centro y autorizada por la Comisaría General de Extranjería y Fronteras ."

La impugnación se debe a que las recurrentes consideran que el apartado cuarto establece la regla general de que los miembros de la unidad de seguridad presten servicio con armas de fuego, de manera que lo excepcional será el hecho de hacerlo sin ellas. Entienden que el uso de armas de fuego se debería circunscribir, al igual que en la normativa penitenciaria, inclusive la de carácter militar, a situaciones de grave alteración del orden. Solicitan que anulemos los siguientes incisos (en negrita)

"4. La unidad de seguridad asumirá la protección, custodia y mantenimiento del orden, tanto del interior como del exterior de las instalaciones. En aquellas zonas o espacios en las que razones de seguridad así lo aconsejen, se podrá prestar servicio sin armas de fuego. Dicha medida será propuesta por el director del centro y autorizada por la Comisaría General de Extranjería y Fronteras."

Consideran que la exigencia de autorización por parte de la Comisaría General para la no utilización de armas de fuego, que constituye la excepción en vez de la regla general, no concuerda con el carácter no penitenciario de los centros de internamiento de extranjeros establecido imperativamente en la Ley de Extranjería. Y añaden que la regla de no prestar servicio con armas de fuego resulta plenamente coherente con los establecido por el preámbulo de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que prevé que la utilización de armas de fuego por los funcionarios de policía "exige el establecimiento de límites y la consagración de principios, sobre moderación y excepcionalidad en dicha utilización". Adicionalmente, señalan, el Real Decreto 1484/1987, de 4 de diciembre, que regula diversos aspectos relativos al Cuerpo Nacional de Policía, no impone que la policía deba prestar servicio activo con armas de fuego, sino que su artículo 22.1 se limita a establecer que debe actuar solamente con alguna de las armas que se establezcan como reglamentarias.

El Abogado del Estado, por su parte, señala que precisamente porque los centros de internamiento de extranjeros no son establecimientos penitenciarios, no cabe extender a éstos el régimen de servicio sin armas que se establece para el interior de los centros penitenciarios. Por otra parte, afirma, la seguridad de los centros de internamiento de extranjeros está a cargo de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, no de los funcionarios de prisiones; por tanto, aquéllos han de prestar servicio de conformidad con sus normas, que imponen el uso de sus armas reglamentarias ordinarias, que incluyen las de fuego.

La Ley de Extranjería, añade el Abogado del Estado, no determina nada sobre el régimen de seguridad de los centros de internamiento de extranjeros, por lo que al atribuirse la seguridad al Cuerpo Nacional de Policía, dichas funciones han de prestarse en la forma que prevén sus normas reguladoras, que es con sus armas reglamentarias.

Procede en primer lugar clarificar el sentido de la regulación sobre seguridad en los centros de internamiento de extranjeros que es objeto de impugnación, teniendo en cuenta que nada dice la Ley Orgánica 4/2000 sobre el régimen de seguridad de los centros de internamiento. Pues bien, el artículo 11 del Reglamento crea una unidad de seguridad a cargo de efectivos del Cuerpo Nacional de Policía, con dependencia funcional de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras y dependencia orgánica de sus mandos policiales en la provincia. Aparte de los aspectos orgánicos y funcionales que se contemplan en el precepto, en lo que ahora importa el apartado 4 les atribuye "la protección, custodia y mantenimiento del orden, tanto del interior como del exterior de las instalaciones". Y en el resto del precepto prevé que a propuesta del director del centro y previa autorización de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, "en aquellas zonas en las que razones de seguridad así lo aconsejen, se podrá prestar servicio sin armas de fuego".

Esta previsión supone, como señala la parte recurrente, que la regla general es que el servicio de seguridad prestado por los miembros de la unidad de seguridad (policías del Cuerpo Nacional) se preste con sus armas de fuego reglamentarias, y que sólo en los lugares en los que así se haya acordado por el procedimiento antes prescrito se podrá prestar servicio sin armas de fuego.

Al partir las recurrentes del planteamiento inicial de que el régimen de los centros de internamiento ha de ser necesariamente más benévolo o favorable que el régimen penitenciario, es comprensible que les parezca

rechazable una regla general semejante, cuando el régimen de seguridad ordinario en los centros penitenciarios - fuera de situaciones de grave alteración del orden- corre a cargo de los funcionarios de prisiones, que prestan servicio sin armas de fuego. Ahora bien, tiene razón el Abogado del Estado cuando afirma que no cabe equiparar el régimen de seguridad vigente en los establecimientos penitenciarios a los centros de internamiento de extranjeros. Ciertamente la Ley establece que el régimen de los centros de internamiento no es de carácter penitenciario, y resulta evidente que la Ley trata de asegurar que las restricciones que sufren los internos en estos centros sean las mínimas, aparte de la propia libertad deambulatoria; y cabe pensar en abstracto que resulta más adecuado para un internamiento preventivo y cautelar de carácter no penitenciario, como el de los centros de internamiento, que el personal a cargo de la seguridad no lleve armas de fuego en situaciones ordinarias. Pero ninguna de estas presunciones, perfectamente legítimas, implica que una interpretación sistemática de la Ley de Extranjería lleve a considerar que el criterio del titular de la potestad reglamentaria sobre el servicio de armas plasmado en el artículo 11.4 sea contrario a derecho.

En primer lugar porque, como acabamos de señalar, del hecho de que el régimen de los centros de internamiento no tenga carácter penitenciario, con la consecuencia que parece derivarse de ello de que el régimen de internamiento haya de ser menos restrictivo, no deriva -en contra de lo que sostienen las recurrentes- ninguna consecuencia legal concreta en relación con la forma de prestarse el servicio de seguridad. Por un lado, porque el que los miembros de la Policía Nacional lleven sus armas de fuego reglamentarias no supone que deban emplearlas como medio ordinario para mantener la seguridad, sino sólo como medida excepcional y en último término en casos de grave alteración del orden y para asegurar la integridad física propia y de los internos, como por lo demás es la regla general para su uso en cualquier contexto y circunstancia. Por otro lado, porque el Reglamento atribuye la responsabilidad de la seguridad en los centros de internamiento a los miembros del Cuerpo Nacional de Policía, y estos prestan servicio de manera ordinaria -como indica el Abogado del Estado- llevando sus armas de fuego reglamentarias. Finalmente, porque en circunstancias extremas siempre habría necesidad de encargar el restablecimiento del orden a las fuerzas de seguridad provistas de sus armas reglamentarias, tal como ocurre en los centros penitenciarios.

En definitiva, la previsión que se impugna no parece ser sino la consecuencia de la opción del titular de la potestad reglamentaria de encomendar la seguridad en los centros de internamiento al Cuerpo Nacional de Policía, cuyos miembros actúan de forma ordinaria llevando sus armas de fuego reglamentarias. Y precisamente por ser esa la forma habitual de prestar servicio los miembros del Cuerpo Nacional de Policía se especifica la posibilidad de que cuando así lo permitan o aconsejen razones de seguridad, se pueda acordar que pueda prestarse servicio sin armas de fuego.

Así las cosas, no existen razones de orden legal que apoyen la impugnación que sostienen las demandantes. Podrá considerarse una medida equivocada la de atribuir la protección de la seguridad en los centros de internamiento a los miembros del Cuerpo Nacional de Policía, pero una vez establecida no resulta contrario a derecho el que presten servicio de forma ordinaria con sus armas de fuego reglamentaria. Y, a la inversa, ningún mandato legal positivo impone la obligación de que el Reglamento tuviera que prever que en todo caso los miembros del Cuerpo Nacional de Policía que prestasen el servicio de seguridad en los centros de internamiento debieran prescindir de llevar sus armas de fuego reglamentarias salvo situaciones de grave alteración del orden. En este sentido y tal como hemos indicado más arriba, el preámbulo de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que aducen las recurrentes se refiere a la prudencia y excepcionalidad de la utilización de las armas de fuego, no tanto a si los miembros de dichas fuerzas o cuerpos deban llevarlas o no en el servicio ordinario.

Debe pues desestimarse este punto del recurso.

**Quinto.** *Sobre la posibilidad de solicitar un nuevo internamiento por las mismas causas ( artículo 21.3 Reglamento CIE ).*

Las entidades recurrentes impugnan el apartado 3 del artículo 21 del Reglamento CIE, cuyo tenor es el siguiente:

"Artículo 21. Requisitos legales del ingreso y plazo máximo de estancia .

1. El ingreso en los centros solamente se podrá realizar en virtud de resolución de la autoridad judicial competente, en los supuestos y con los efectos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y en el artículo 89.6 del Código Penal .

2. El período de internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente y no podrá exceder en ningún caso de sesenta días.

La decisión judicial que lo autorice, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, podrá establecer un periodo máximo de duración del internamiento inferior al citado.

3. Podrá solicitarse un nuevo internamiento del extranjero, por las mismas causas que determinaron el internamiento anterior, cuando habiendo ingresado con anterioridad no hubiera cumplido el plazo máximo de sesenta días, por el periodo que resta hasta cumplir éste. Igualmente se podrán solicitar nuevos ingresos del extranjero si obedecen a causas diferentes, en este caso por la totalidad del tiempo legalmente establecido."

Las recurrentes solicitan que declaremos la nulidad del primer inciso del indicado apartado 3, "Podrá solicitarse un nuevo internamiento del extranjero por las mismas causas que determinaron el internamiento anterior, cuando habiendo ingresado con anterioridad no hubiera cumplido el plazo máximo de sesenta días, por el periodo que resta hasta cumplir éste".

Fundamentan su impugnación en que el artículo 62.2 de la Ley de Extranjería establece que la duración máxima de internamiento no podrá exceder de 60 días y que no puede acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente. Quiere ello decir, en la interpretación de las entidades actoras, que el citado período de sesenta días es un plazo máximo, sin que pueda solicitarse un nuevo internamiento por la autoridad administrativa.

El extranjero, afirman, se encuentra a disposición de la autoridad judicial que acordó su internamiento, que podría en su caso acordar una prórroga del tiempo de internamiento inicialmente establecido dentro del plazo de sesenta días -tal como reconoció la STC 115/87 -. En consecuencia, solicitar un nuevo internamiento a otra autoridad judicial supondría vulnerar la verdadera disponibilidad judicial e incurrir en fraude de ley. Entienden, en definitiva las recurrentes, que la Ley de Extranjería prohíbe expresamente en su artículo 62.1, al igual que el Reglamento de Extranjería ( Real Decreto 557/2011) en el artículo 246.3 in fine, un nuevo internamiento sobre la base del mismo expediente.

El Abogado del Estado sostiene que no es correcta la interpretación de la parte actora. Considera que la medida cautelar de internamiento es solicitada por el instructor en tanto se tramita el expediente y se adopta valoradas las circunstancias; y que igual que si desaparecen las circunstancias que han determinado la adopción de la medida, ésta puede cesar, nada impide que se pueda volver a acordar el internamiento si vuelven a surgir circunstancias que lo aconsejen, siempre que no se supere el plazo máximo de la medida cautelar. En definitiva entiende que el precepto legal permite el internamiento hasta 60 días en el mismo expediente, de una vez o en varias, sea por la misma causa o por otra. Concluye señalando que esta interpretación se ajusta al régimen establecido por la Directiva de Retorno en su artículo 15, que vincula la medida de internamiento a su causa justificadora, la cual determina su adopción, mantenimiento y levantamiento, o su readopción, dentro del plazo máximo que en la Directiva es muy superior, de seis meses.

El artículo 62 de la Ley de Extranjería dice así:

"Artículo 62. Ingreso en centros de internamiento .

1. Incoado el expediente por alguno de los supuestos contemplados en las letras a) y b) del artículo 54.1, en las letras a), d) y f) del artículo 53.1 y en el artículo

57.2 de esta Ley Orgánica en el que pueda proponerse expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador.

El Juez, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, resolverá mediante auto motivado, en el que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tomará en consideración las circunstancias concurrentes y, en especial, el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes. Asimismo, en caso de enfermedad grave del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero.

2. El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima de 60 días, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente.

3. Cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el apartado 1, el extranjero será puesto inmediatamente en libertad por la autoridad administrativa que lo tenga a su cargo, poniéndolo en conocimiento del Juez que autorizó su internamiento. Del mismo modo y por las mismas causas, podrá ser ordenado el fin del internamiento y la puesta en libertad inmediata del extranjero por el Juez, de oficio o a iniciativa de parte o del Ministerio Fiscal.

4. No podrá acordarse el ingreso de menores en los centros de internamiento, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 62 bis 1. i) de esta Ley. Los menores extranjeros no acompañados que se encuentren en España serán puestos a disposición de las entidades públicas de protección de menores conforme establece la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y de acuerdo con las normas previstas en el artículo 35 de esta Ley .

5. La incoación del expediente, las medidas cautelares de detención e internamiento y la resolución final del expediente de expulsión del extranjero serán comunicadas al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país.

6. A los efectos del presente artículo, el Juez competente para autorizar y, en su caso, dejar sin efecto el internamiento será el Juez de Instrucción del lugar donde se practique la detención. El Juez competente para el control de la estancia de los extranjeros en los Centros de Internamiento y en las Salas de Inadmisión de fronteras, será el Juez de Instrucción del lugar donde estén ubicados, debiendo designarse un concreto Juzgado en aquellos partidos judiciales en los que existan varios. Este Juez conocerá, sin ulterior recurso, de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales. Igualmente, podrá visitar tales centros cuando conozca algún incumplimiento grave o cuando lo considere conveniente."

Por su parte, el artículo 21 del Reglamento impugnado tiene el siguiente tenor:

"Artículo 21. Requisitos legales del ingreso y plazo máximo de estancia .

1. El ingreso en los centros solamente se podrá realizar en virtud de resolución de la autoridad judicial competente, en los supuestos y con los efectos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y en el artículo 89.6 del Código Penal .

2. El período de internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente y no podrá exceder en ningún caso de sesenta días.

La decisión judicial que lo autorice, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, podrá establecer un periodo máximo de duración del internamiento inferior al citado.

3. Podrá solicitarse un nuevo internamiento del extranjero, por las mismas causas que determinaron el internamiento anterior, cuando habiendo ingresado con anterioridad no hubiera cumplido el plazo máximo de sesenta días, por el periodo que resta hasta cumplir éste. Igualmente se podrán solicitar nuevos ingresos del extranjero si obedecen a causas diferentes, en este caso por la totalidad del tiempo legalmente establecido."

A la vista de los dos preceptos reproducidos y de las posiciones de las partes que se han expuesto, el objeto de la controversia está claramente delimitado. En cuanto a la interpretación de los términos empleados, el expediente al que hacen referencia tanto el precepto legal como el reglamentario, es el de expulsión, ya que no hay propiamente un "expediente" de la medida cautelar de internamiento; ésta es, precisamente, una medida preventiva en el seno de un expediente de expulsión. Y, en segundo lugar, las causas a las que se refieren también ambos preceptos son las que motivan la adopción de la medida cautelar

-no las causas que determinan la expulsión-, las cuales son enumeradas a título ejemplificativo en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 62 de la Ley cuando se refiere a las "circunstancias concurrentes" que el juez de instrucción tomará en consideración para resolver sobre la solicitud del instructor de acordar el internamiento: "en especial, el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes".

Así pues, el supuesto de hecho es el de un expediente de expulsión en el que se ha solicitado por el instructor la medida de internamiento, y la misma ha sido acordada por el juez de instrucción en atención a una o varias causas o circunstancias, por un tiempo inferior al máximo legal de sesenta días; pues bien, la cuestión es si una vez puesto en libertad, puede acordarse un nuevo internamiento, en el marco del mismo expediente de expulsión y por las mismas causas que determinaron el internamiento, por un tiempo que no exceda de lo que restaba para dicho plazo máximo. En tal supuesto, el artículo impugnado establece en su primer inciso que efectivamente puede acordarse un nuevo internamiento, por tanto, en el mismo expediente de expulsión y por las mismas causas que el juez había solicitado un primer internamiento, siempre dentro del límite máximo de sesenta días.

Como hemos visto la parte aduce, por un lado, el tenor literal de la Ley; por otro lado, sostiene que solicitar un nuevo internamiento a una autoridad judicial distinta equivaldría a vulnerar la disponibilidad judicial del extranjero ante el juez que acordó el internamiento inicial, el cual no acordó la prórroga del internamiento del extranjero como podía haber hecho. Hemos de descartar este segundo argumento, puesto que nada hay en el precepto reglamentario impugnado que lleve a entender que la nueva medida de internamiento vaya a solicitarse ante una autoridad judicial distinta; además, la propia Ley en el apartado 6 del propio artículo 62 determina la competencia en favor del juez de instrucción "debido designarse un concreto Juzgado en aquellos partidos judiciales en los que existan varios". Así pues, de lo que se trata es de si el juez de instrucción que resulte competente puede, una vez agotado el plazo de internamiento acordado y puesto en libertad el extranjero, acordar un nuevo internamiento por las mismas causas.

Frente a la posición de la parte recurrente, el representante de la Administración se ciñe a una interpretación literal del precepto reglamentario, en el sentido de que el plazo total de internamiento por las

mismas causas no superaría el máximo legal de los seis meses, que sería lo único excluido por el artículo 62.2 de la Ley de Extranjería, la cual se limitaría a prohibir un nuevo internamiento que superase el plazo máximo de seis meses, adoptado por las mismas causas ya aducidas en el mismo expediente de internamiento.

Pues bien, hemos de dar la razón a las entidades recurrentes, ya que debe prevalecer el tenor claro y taxativo de la Ley sobre una interpretación que, si bien podría ser compatible, en sus términos literales, con el precepto legal, no deja de contravenir tanto un entendimiento natural del mandato legal como el sentido de la prohibición de un nuevo internamiento por las mismas causas.

En efecto, hay que partir del hecho indiscutible de que la Ley prohíbe de manera taxativa e incondicionada un nuevo internamiento por las mismas causas en un mismo expediente, y lo hace de manera separada al establecimiento del plazo máximo de internamiento. De esta manera, la Ley configura una doble garantía en relación con la medida de internamiento: un plazo máximo de seis meses de internamiento, por un lado, y un solo internamiento en un mismo expediente de expulsión por las mismas causas, por otro. En cuanto a esta segunda garantía se trata pues de asegurar que la concurrencia de unas concretas causas sólo da lugar a un internamiento, con independencia del tiempo por el que se acordase el internamiento, seis meses o menos. Y en el caso de que el interno haya de ser puesto en libertad por agotarse el internamiento acordado por el juez -haya sido de seis meses o de menos- y no haber finalizado el expediente de expulsión, o porque habiendo finalizado el mismo no hay podido practicarse la expulsión, no puede acordarse un nuevo internamiento por las mismas razones que llevaron al internamiento ya agotado.

Así las cosas, entender como hace el Reglamento y defiende el Abogado del Estado, que el internamiento debido a determinadas circunstancias puede dar lugar a uno o varios acuerdos de internamiento por esas mismas causas en tanto no se supere el límite de los seis meses, aun siendo posible entender que resulta compatible con los términos literales de la Ley, no deja de ser una completa alteración de la lógica del precepto, que es bien sencilla: acordada una medida cautelar de internamiento en un expediente de expulsión por unas determinadas razones, no puede volverse a acordar de nuevo por dichas mismas razones, sea cual sea el plazo por el que se acordó la medida.

Ha de estimarse por tanto el recurso en este punto y acordar la nulidad del inciso primero del apartado 3 del artículo 21, así como, por conexión, el primer término ("igualmente") y la locución "en este caso" del segundo inciso, quedando el apartado de la siguiente forma: "Se podrán solicitar nuevos ingresos del extranjero si obedecen a causas diferentes, por la totalidad del tiempo legalmente establecido".

**Sexto. Sobre la suspensión de una comunicación ( artículo 42.8 del Reglamento CIE ).**

Las entidades demandantes impugnan el inciso segundo del apartado 8 del artículo 42 del Reglamento CIE, que prevé que los funcionarios puedan suspender una comunicación en la que los participantes no están observando las normas de régimen interior, dando inmediata cuenta a la dirección para que ésta adopte la resolución que proceda. El apartado 8 tiene el siguiente tenor:

"Artículo 42. Visitas de familiares y otras personas . [...]

8. Durante las entrevistas, tanto los extranjeros internados como los visitantes deberán ajustarse a la normativa de régimen interior, que será de público conocimiento. Cuando no se observen las referidas normas, la comunicación podrá ser suspendida por los funcionarios encargados de la vigilancia, dando inmediata cuenta a la dirección, a fin de que adopte la resolución que proceda."

Las entidades actoras entienden que, de conformidad con lo que dispone el artículo 62 bis de la Ley de Extranjería, sólo mediante resolución judicial pueden imponerse restricciones a las comunicaciones, sin que sea admisible que puedan hacerlo ni los funcionarios ni el director del centro. El inciso impugnado sería por tanto, en su opinión, una limitación introducida ex novo y sin cobertura legal por el reglamento. La reserva legal para las restricciones ha sido también afirmada, afirman, por esta Sala en sus Sentencias de 11 de mayo de 2.005 (RC 1.888/2.001 ) y 20 de marzo de 2.003 (RCA 488/2.001 ), al anular determinados apartados del artículo 30 de la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1.999, sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, y algunos apartados del artículo 130 del Real Decreto 864/2001, que desarrollaba la Ley de Extranjería, respectivamente.

Por otra parte, afirman, el Tribunal Constitucional admite que las normas de régimen interior, en cuanto tienen como finalidad asegurar la convivencia en el centro, pueden conllevar restricciones, pero siempre que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional ( STC 17/2013, de 31 de enero ). Frente al supuesto que se contemplaba en dicha Sentencia constitucional, en el presente caso no existe habilitación legal, pues la Ley de Extranjería sólo permite la limitación de las comunicaciones por decisión de la autoridad judicial.

Finalmente, aducen, en la normativa penitenciaria es la propia Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, la que en el artículo 51 habilita al director del centro penitenciario para suspender las comunicaciones, exigiendo motivación y puesta en conocimiento inmediata a la autoridad judicial. Lo cual resulta

coherente, afirman, con lo establecido por el Tribunal Constitucional en el sentido de que es necesaria la comunicación al órgano judicial, no bastando que el control dependa del eventual ejercicio por el interno de los recursos que sean procedentes.

El Abogado del Estado responde que el precepto no contempla una restricción de las comunicaciones en el sentido de reducir ese derecho del interno, sino simplemente la interrupción de una concreta entrevista en la que se están infringiendo las normas de régimen interior del establecimiento, dando cuenta a la dirección a los efectos de adoptar la resolución que proceda. Se trata pues de una medida de orden interior, pero sin restricción del derecho a las comunicaciones.

En opinión del Abogado del Estado la adopción de ese tipo de medidas está prevista en el artículo 62 sexies de la Ley de Extranjería, que faculta al director del centro a adoptar las medidas necesarias para asegurar el orden y la correcta convivencia entre los extranjeros "y la imposición de medidas a los internos que no respeten las normas de correcta convivencia o régimen interior". Y el artículo 62 ter impone a los internos el deber las normas por las que se rige el centro y las instrucciones generales impartidas por la dirección y las particulares que reciban de los funcionarios en el ejercicio legítimo de sus funciones, encaminadas al mantenimiento del orden y la seguridad dentro del centro. Añade el Abogado del Estado que la legalidad de las medidas de restablecimiento del régimen interior es admitida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 17/2003, de 13 de enero (fundamento de derecho 13).

Procede en primer lugar aclarar cuál es el sentido del inciso que se impugna puesto que, como hemos visto, la parte recurrente lo interpreta como una restricción de las comunicaciones de los internos, mientras que el Abogado del Estado lo califica como una simple medida de orden interior. Tiene sin duda razón el Abogado del Estado en cuanto al alcance de la previsión reglamentaria. No nos encontramos, en efecto, ante una restricción de las comunicaciones, lo que ciertamente no podría ser establecido por una norma reglamentaria, sino ante una medida de policía frente a una infracción de normas de orden interior. Ello hace irrelevantes los argumentos de la parte en lo que respecta a la necesidad de habilitación normativa o de autorización judicial para la restricción de las comunicaciones, puesto que no estamos ante tal situación de "restricción de las comunicaciones"; pero ello no nos exime de verificar si una medida de policía como la que se discute está contemplada o admitida por la Ley de Extranjería y si el procedimiento previsto para su adopción en el precepto reglamentario se acomoda a las previsiones legales.

En cuanto a los concretos argumentos esgrimidos por las recurrentes, está claro que no son pertinentes los dirigidos a combatir lo que no es la medida impugnada, pues no se trata de una restricción pro futuro de la libertad de comunicación de los internos. Así, no puede objetarse que no se contemple una decisión o autorización previa de la autoridad judicial, puesto que se trata de una medida puntual de policía adoptada por razones de urgencia e inmediatez, no una medida de carácter preventivo. Tampoco resulta acertado el argumento de que la Ley de Extranjería "sólo permite la limitación de las comunicaciones por decisión de la autoridad judicial", mientras que el artículo 51.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria contiene una previsión expresa que habilita al director del centro penitenciario para suspender las comunicaciones de forma motivada y poniéndolo inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial; en realidad, la citada previsión de la Ley General Penitenciaria es precisamente equiparable a las contempladas en el artículo 62 quinquies y sexies de la Ley de Extranjería, que constituyen sin duda una habilitación legal suficiente para la medida que se impugna.

El supuesto que contempla el inciso impugnado es, como anticipábamos antes, una medida de policía (la suspensión de una concreta comunicación que estaba desarrollándose) debido a que los participantes en la misma (interno o visitantes) no respetan la normas de régimen interior. La suspensión se produce mediante la intervención de los funcionarios "encargados de la vigilancia" -por tanto, con inmediatez o proximidad-, dando cuenta inmediata a la dirección para que ésta adopte la medida que proceda. Pues bien, es precisamente el Reglamento objeto del presente procedimiento el que establece, en desarrollo de la regulación de los centros de internamiento prevista en la Ley de Extranjería (artículos 62 y siguientes ) y, concretamente, de su artículo 62 sexies ("Funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros"), las normas de régimen interior de los Centros de Internamiento de Extranjeros (Título IV) y las medidas de seguridad y control (Título VI). Asimismo, el citado artículo 62 sexies de la Ley habilita al director de cada centro a "adoptar las directrices de organización necesarias, coordinando y supervisando su ejecución".

Así pues, existen normas de régimen interior que los internos y los visitantes están obligados a respetar; el artículo 62 ter b) de la Ley de Extranjería explicita dicha obligación en relación con los internos al enumerar sus deberes; y el propio artículo 42.8 del Reglamento que examinamos, la impone con carácter general respecto a internos y visitantes ("durante las entrevistas, tanto los extranjeros como los visitantes deberán ajustarse a la normativa de régimen interior, que será de público conocimiento"). Por otra parte, en cuanto al mantenimiento del orden en los centros y la garantía del respeto a las normas y directrices de funcionamiento, la Ley contiene los dos artículos ya citados 62 quinquies, relativo a las medidas de seguridad que se pueden adoptar, y sexies, referido a la autoridad del director para adoptar las medidas necesarias para ello. En lo que ahora importa en relación con el precepto reglamentario impugnado, el artículo 62 sexies atribuye al director la responsabilidad de "adoptar las medidas necesarias para asegurar el orden y la correcta convivencia entre extranjeros y asegurar el cumplimiento

de sus derechos, y de la imposición de medidas a los internos que no respeten las normas de correcta convivencia o régimen interior". Es pues el responsable del orden y a quien la Ley le atribuye expresamente la competencia para adopción de medidas concretas de aseguramiento o restablecimiento del mismo, inclusive al imposición de medidas a los internos.

Pues bien, a la vista de la regulación legal y reglamentaria que se acaba de describir, hemos de dar la razón al Abogado del Estado y rechazar la impugnación del segundo inciso del citado artículo 42.8 del Reglamento. Como hemos justificado ya, en cuanto a la interrupción de una comunicación por incumplir cualquiera de los participantes en la visita la normativa de régimen interior, no cabe duda de que la dirección del centro tiene atribuida la capacidad para adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento del orden interior que haya sido infringido. El inciso impugnado tiene como supuesto precisamente el incumplimiento de las normas de régimen interior, situación ante las que el precepto contempla tres consecuencias: la (posible) interrupción de la comunicación por parte de los funcionarios encargados de la vigilancia, la inmediata cuenta a la dirección, y la adopción por parte de la dirección de la resolución que proceda.

Así las cosas, es claro que el precepto se limita a prever el procedimiento de restablecimiento del orden por parte del director del centro, que es quien debe adoptar la resolución que proceda, que puede ir desde la continuación de la comunicación, su conclusión definitiva o, en su caso, incluso medidas de las contempladas en el artículo 62 quinquies 2 y 3 de la Ley (medidas de contención física personal) en caso de que ello resultare necesario por darse los supuestos de hecho contemplados en dicho precepto (actos de violencia o semejantes). El procedimiento previsto en el inciso cuestionado es la eventual interrupción de la entrevista por los funcionarios encargados de la vigilancia para dar cuenta a la dirección a fin de que esta adopte las medidas oportuna, sin que dicho procedimiento pueda reputarse contrario a ninguna norma legal, irrazonable o excesivo, sino que es una previsión necesaria para permitir que el director adopte la resolución que proceda. No podría, en efecto, prescindirse de un procedimiento tal u otro semejante, puesto que resulta evidente que ni puede el director estar presente en las entrevistas (como en cualquier otro recinto del centro donde pudiera producirse una infracción de las normas de régimen interior) ni puede dejar de preverse la eventual necesidad de una intervención inmediata por parte de los funcionarios encargados de la vigilancia en función de la naturaleza de la alteración del orden o de la infracción de las normas que se haya cometido. En este sentido, incluso en el supuesto de las medidas de contención física personal que, según el artículo 62 quinquies apartado 3 de la propia Ley de Extranjería, requieren la previa autorización del director, se prevé su aplicación directa por parte del personal responsable en caso de urgencia, con puesta inmediata del hecho en conocimiento del director.

Así pues, en conclusión, resulta conforme a derecho que una concreta visita o entrevista pueda ser suspendida en caso de incumplimiento de las normas de régimen interior contenidas en el propio Reglamento de los Centros de Internamiento de Extranjeros y en las directrices dictadas por la dirección del centro, si bien sólo cuando ello resulta imprescindible para el restablecimiento del orden y a fin de dar inmediata cuenta a la dirección para que esta adopte la medida que estime procedente. Y debe también señalarse que tanto la suspensión de la comunicación por parte de los funcionarios, como la posterior medida que adopte el director, deben estar presididas por los principios de proporcionalidad y razonabilidad, dado que en todo caso constituyen una restricción de un derecho de un interno (el derecho a las visitas o comunicaciones personales), aunque se trate de una medida de policía sobre una comunicación concreta. Quiere esto decir que la suspensión inmediata y posterior medida del director sólo resultarán procedentes si las mismas resultaban apropiadas y proporcionadas para el restablecimiento del orden en función de la concreta infracción de las normas de régimen interior que se hubiere cometido.

Debe pues rechazarse la impugnación del inciso segundo del apartado 8 del artículo 42 del Reglamento recurrido.

**Séptimo.** *Sobre los supuestos para el registro personal de los internos (artículo 55.2 del Reglamento CIE).*

Las entidades recurrentes impugnan la redacción del párrafo primero del apartado 2 del artículo 55, en particular el uso de la conjunción disyuntiva "o", en vez de la copulativa "y", en la enumeración de los supuestos que habilitan los registros personales. Entienden que con dicha redacción se admiten tres supuestos de registro en el que cabe imponer el desnudo integral -en situaciones excepcionales, para garantizar la seguridad del centro y cuando existan motivos fundados para creer que la persona esconde objetos o sustancias prohibidas o no autorizadas-, en contra de la doctrina del Tribunal Constitucional, que sólo admite dos situaciones -las "situaciones excepcionales" del centro, y cuando concurren los requisitos de garantizar la seguridad del centro y las razones individuales sobre un interno concreto-. En consecuencia, postulan que sustituyamos la partícula copulativa "o" por la conjuntiva "y", de forma que sólo se contemplarían los mismos dos supuestos admitidos por el Tribunal Constitucional.

El artículo 55 del Reglamento tiene el siguiente tenor:

"Artículo 55. Vigilancia y control de los internos .

1. Los funcionarios policiales realizarán la vigilancia de los internos con el fin de garantizar su seguridad personal y custodia y evitar posibles alteraciones del orden y de la convivencia en el centro.

2. En situaciones excepcionales, y cuando sea necesario para garantizar la seguridad del centro o existan motivos racionalmente fundados para creer que el interno pudiera esconder objetos o sustancias prohibidas o no autorizadas, se podrá realizar el registro personal del mismo, incluso con desnudo integral si fuera indispensable, el cual se practicará por funcionarios del mismo sexo que el interno, en lugar cerrado y sin la presencia de otros internos, preservando en todo momento su dignidad e intimidad. Para ello será necesaria la autorización previa del director, salvo que concurren razones urgentes o de extraordinaria necesidad, en cuyo caso será precisa la autorización del jefe de la unidad de seguridad, comunicándolo de forma inmediata al director.

En estos supuestos se dejará constancia documental del examen mediante documento suscrito por los funcionarios actuantes en el que se hará constar los motivos que justificaron la medida y su resultado. Una copia de dicho escrito se remitirá al Juez competente para el control de la estancia en el centro."

Al margen de la cita concreta de la STC 57/1994, de 28 de febrero, la parte sólo añade a la citada argumentación que el Reglamento Penitenciario ( Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero), sólo prevé el registro integral en su artículo 68.2 por motivos de seguridad concretos y específicos y existiendo razones individuales y contrastadas respecto a un interno.

El Abogado del Estado considera que el precepto impugnado sólo admite la medida de registro que se regula en dos supuestos, siempre en situaciones excepcionales: para garantizar la seguridad del centro y porque existan motivos fundados para creer que el interno esconde objetos o sustancias prohibidas o no autorizadas. Entiende, en consecuencia, que el precepto se ajusta a la doctrina del Tribunal constitucional expuesta en la Sentencia 17/2003 (fundamento de derecho 14).

Se equivoca la parte recurrente al afirmar que el precepto impugnado contempla tres distintos supuestos en los que es posible la medida de registro personal, con o sin desnudo integral. Tiene en efecto razón el Abogado del Estado al señalar que son sólo dos supuestos, puesto que la referencia a las situaciones excepcionales es un requisito exigible en todo caso; esto es, según el apartado 2 del artículo 55 del Reglamento que enjuiciamos el registro de internos sólo es posible en situaciones excepcionales y cuando se den una de estas dos circunstancias: que resulte necesario para garantizar la seguridad del centro, o que haya motivos fundados de que el interno pudiera esconder objetos o sustancias prohibidas o no autorizadas. Pues bien, al margen de la equivocada referencia a tres supuestos de registro, lo que en todo caso objetan las recurrentes es que puedan constituir dos supuestos distintos la necesidad de garantizar la seguridad del centro y las sospechas individualizadas sobre un interno. Debemos pues pronunciarnos si estos dos requisitos pueden constituir cada uno de forma separada un supuesto que habilite a la dirección del centro a ordenar o autorizar un registro personal. Ha de resaltarse, además, que la cuestión relevante es si es posible el registro, no tanto el que éste pueda llegar a realizarse mediante el desnudo integral del interno. Si bien es manifiesto que la realización de un registro mediante el desnudo integral del interno, en tanto que afecta directamente a la dignidad de la persona y requiere la plena justificación de tener que llegar hasta ese extremo, desde la perspectiva de la norma que enjuiciamos dicha circunstancia resulta irrelevante, pues los requisitos para el registro y el procedimiento para su autorización son idénticos se realice o no mediante desnudo integral del interno.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, plasmada en la citada Sentencia 17/2013, de 31 de enero, la preservación del orden y la seguridad en el centro constituyen el bien jurídico protegido por el artículo 62 quinquies de la Ley de Extranjería (fundamento de derecho 13, último párrafo). Y las posteriores referencias de la Sentencia a la seguridad del centro, lo son en tanto que constituye el bien jurídico protegido, de forma que las medidas de registro personal han de suponer un medio necesario para la protección de la seguridad del centro, y sólo en esa medida podría calificarse ésta como un requisito para la realización de registros (fundamento de derecho 14, párrafo sexto). Ahora bien, el Tribunal afirma también que dichas medidas, además de ser necesarias para garantizar la seguridad del centro y la convivencia en el mismo, deben atenerse a la conducta previa del extranjero internado ("la medida ha de encontrarse justificada en atención a la conducta previa del extranjero internado", *ibidem*, párrafo quinto). El

Tribunal declaró en el fallo de la referida Sentencia que el citado artículo 62 quinquies -en la misma redacción que ahora tiene- era constitucional interpretado en los términos establecidos en el citado fundamento jurídico 14.

Pues bien, al valorar el precepto reglamentario impugnado consideramos que la formulación de dos requisitos distintos y alternativos para proceder a un registro personal -con o sin desnudo integral-, como lo son la seguridad en el centro o las sospechas sobre el interno, no se ajusta a la referida interpretación del Tribunal Constitucional, ni respeta los principios de necesidad y proporcionalidad al ponderar el equilibrio entre el bien jurídico protegido (la seguridad en el centro) y los derechos del interno -principios también exigidos expresamente por la propia Sentencia constitucional-. En efecto, no resulta compatible con las mencionadas exigencias constitucionales que se pueda ordenar un registro personal a un interno sin que existan razones fundadas para

creer que dicho interno pueda estar ocultando objetos o sustancias prohibidos o no autorizados; esto es, no resulta una medida razonable ni proporcionada que se realice el registro de un interno sin que se acredite la necesidad de proceder al mismo, sea cual sea su modalidad, con el sacrificio que ello conlleva de los derechos del extranjero, quien -salvo las excepciones derivadas de la aplicación del artículo 89.6 del código Penal - sólo está sometido a la privación de la libertad ambulatoria, siendo todas las demás privaciones las consecuencias de ésta que resulten ineludibles.

Así pues, de conformidad con la doctrina constitucional expuesta, los registros en los centros de internamiento de extranjeros sólo podrían producirse, en el esquema del precepto reglamentario, "en situaciones excepcionales" y cuando resultase "necesario para garantizar la seguridad del centro", respecto de aquellos internos sobre los que existiesen "motivos racionalmente fundados para creer que el interno pudiera esconder objetos o sustancias prohibidas o no autorizadas".

Ahora bien, habida cuenta de que el precepto se formula de manera no respetuosa con los derechos fundamentales del interno, tal como se ha indicado, al permitir que puedan acordarse registros de internos sin necesidad de que existan sospechas racionales de su justificación sobre las concretas personas afectadas, hemos de estimar el motivo de impugnación y anular el apartado 2 del precepto en su integridad, antes que corregir su formulación en el sentido expresado por las entidades recurrentes.

En efecto, la Sala entiende que tratándose de una cuestión extremadamente sensible en materia de derechos fundamentales tan básicos como la dignidad e intimidad de las personas, resulta procedente anular el precepto que no resulta respetuoso con los citados valores y derechos al objeto de evitar una errada aplicación de la medida de registro contemplada en el mismo. Deberá pues, en su caso, el titular de la potestad reglamentaria aprobar una nueva redacción del precepto que resulte respetuosa con los derechos afectados, debiendo entre tanto aplicarse las medidas de registro personal contempladas en el artículo 62 quinquies, apartado 1, de la Ley de Extranjería, de conformidad con los criterios antes expresados.

***Octavo. Sobre la previsión de objetos no autorizados (artículo 56 del Reglamento CIE).***

En el último apartado de su recurso las demandantes impugnan tres partes del artículo 56 del Reglamento CIE : el apartado 2 del artículo 56, el inciso "y los no autorizados" del apartado 3 y la letra b) de mismo apartado 3. Los tres fragmentos impugnados se refieren a los objetos no autorizados, concepto que consideran que carece de apoyatura legal y que no puede ser definido por norma reglamentaria. Entienden que los extranjeros internados sólo tienen restringida su libertad ambulatoria, por lo que no pueden sufrir una limitación, como lo es la imposibilidad de disponer de "objetos no autorizados", sin una expresa previsión legal que la contemple.

El Abogado del Estado considera, por el contrario, que el establecimiento de un régimen de objetos no autorizados se apoya en los mismos fundamentos legales que la previsión de registro, esto es, en el artículo 62 sexies de la Ley de Extranjería .

El artículo 56 del Reglamento CIE dice así:

"Artículo 56. Objetos prohibidos y no autorizados .

1. Tendrán la consideración de artículos u objetos prohibidos a efectos de este reglamento, los que lo sean conforme a la legislación vigente y en especial:

- a) Las armas u otros objetos susceptibles de ser utilizados como tales.
- b) Las drogas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas y medicamentosas, salvo que medie prescripción facultativa.

2. Se considerarán artículos u objetos no autorizados todos aquellos que puedan suponer, en cualquier forma, un peligro para la integridad física, la seguridad, la ordenada convivencia o la salud de cualquier persona que se halle en el centro o una intromisión en su derecho a la intimidad o a la propia imagen.

3. Los artículos u objetos prohibidos y los no autorizados serán retirados de inmediato, procediéndose con ellos de la siguiente forma:

- a) Los prohibidos serán incautados y, en su caso, remitidos a la autoridad competente en unión del informe respectivo.
- b) Los no autorizados serán devueltos al interno cuando abandone el centro."

La impugnación no puede prosperar. El artículo 56 establece limitaciones en relación con objetos prohibidos y con objetos "no autorizados". Aunque no se refiere expresamente la Ley de Extranjería a ninguno de dichos tipo de objetos, los objetos prohibidos están referidos por el precepto reglamentario a la legislación general

("los que lo sean conforme a la legislación vigente"), y se refieren expresamente a armas, drogas o sustancias de efectos análogos, esto es, a objetos y sustancias no autorizados sino en casos y supuestos muy delimitados (licencia de armas, usos médicos, etc.). Pero también es verdad que son igualmente calificados como objetos prohibidos aquéllos "susceptibles de ser utilizados como tales", categoría genérica que, por razones obvias, va referida a una multiplicidad de objetos que no podrían ser enumerados y que no pueden calificarse como objetos prohibidos por la legislación vigente, pues pueden ser usados como armas una gran cantidad de objetos de uso común.

En cuanto a los objetos "no autorizados", son descritos también de forma más genérica en el apartado 2 impugnado, como aquéllos que pueden generar peligro en general o permitir una intromisión en la intimidad o la propia imagen (esto es, aparatos grabadores o similares). Es evidente, por lo demás, que perfectamente los objetos susceptibles de ser empleados como armas podrían no ser autorizados como consecuencia de dicha posibilidad.

Pues bien, aunque la parte impugna solamente el contenido del precepto relativo a los objetos no autorizados, tanto los objetos susceptibles de ser empleados como armas como los no autorizados son objetos que no se permiten a los internos, planteando las entidades recurrentes la supuesta falta de base legal para una restricción semejante.

Sin embargo, la falta de mención expresa a estas restricciones no supone que las mismas sean contrarias a derecho, puesto que sin duda alguna los artículos 62 quinquies y sexies de la Ley -éste último invocado por el Abogado del Estado- proporcionan una base legal suficiente para las mismas. En efecto, es preciso tener en cuenta que aunque los centros de internamiento no sean centros penitenciarios -aunque pueden albergar reclusos en los supuestos del artículo 89 del Código Penal -, se trata de centros donde son internados extranjeros en contra de su voluntad, con carácter previo a su expulsión del territorio nacional, lo que conlleva la necesidad de tomar medidas para garantizar el orden y la pacífica convivencia entre los internos. A ello se provee en los artículos 62 quinquies y sexies de la Ley, que prevén respectivamente las medidas de seguridad más gravosas (registros y medidas de contención física) y las facultades de la dirección del centro tanto para dictar directrices de régimen interior como para adoptar medidas concretas encaminadas a asegurar el orden y la correcta convivencia.

Por un lado, las medidas de inspecciones de locales y dependencias y de registros personales contempladas en el artículo 62 quinquies 1 presuponen la posible existencia de objetos y sustancias que pueden poner en riesgo la seguridad y la convivencia en el centro y que habrían de ser retenidos, sin que resulte razonable restringir tal posibilidad a los objetos prohibidos de forma expresa por las leyes. Resulta, por el contrario, congruente con la regulación legal que dichas inspecciones y registros se extiendan a todos aquéllos objetos y sustancias que racionalmente puedan poner en riesgo los citados bienes a proteger.

Por otro lado, no pueden interpretarse los citados preceptos de una manera que lleve a conclusiones absurdas o incongruentes. Tal sería la consecuencia de admitir que se otorguen al director del centro facultades para adoptar directrices de organización y medidas necesarias para asegurar el orden (artículo 62 quinquies ), que sin duda podrían comprender la prohibición de mantener en posesión de los internos objetos o sustancias que pudieran resultar un peligro para la seguridad del centro y de la convivencia en el mismo, y sin embargo considerar que dicha prohibición no la puede hacer, en defensa de los mismos bienes protegibles, el propio reglamento que otorga las referidas facultades al director.

Así las cosas, las restricciones son razonables, proporcionadas e idóneas para garantizar la seguridad del centro y la correcta convivencia en el centro, objetivos y bienes protegibles de conformidad con los artículos 62 quinquies y sexies, por lo que debemos rechazar esta impugnación.

#### **Noveno. Conclusión y costas.**

De conformidad con lo expuesto en los fundamentos jurídicos precedentes, procede estimar en parte el recurso interpuesto por la Asociación pro Derechos Humanos de Andalucía, la Federación de Asociaciones de S.O.S. Racismo del Estado Español y la Federación Andalucía Acoge contra el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros.

En consecuencia, en relación con la impugnación relativa a los artículos 7.3 y 16.2.k) del Reglamento de Funcionamiento y Régimen Interior de los Centros de Internamiento de Extranjeros, según lo expresado en el fundamento de derecho tercero procede declarar inaplicable el inciso "y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar" del artículo 62 bis 1.i) de la Ley Orgánica

4/2000, de 11 de enero, habida cuenta de su contradicción con el artículo 17.2 de la Directiva de Retorno . Por la misma razón hemos de declarar la nulidad de los incisos ", en la medida de lo posible," del artículo 7.3, segundo párrafo, y "y existan en el centro módulos que garantice la unidad e intimidad familiar" del artículo 16.2.k) del citado Reglamento.

Respecto a la impugnación del artículo 21.3 del Reglamento, y de acuerdo con lo expuesto en el fundamento de derecho quinto, declaramos nulo el inciso "Podrá solicitarse un nuevo internamiento del extranjero,

por las mismas causas que determinaron el internamiento anterior, cuando habiendo ingresado con anterioridad no hubiera cumplido el plazo máximo de sesenta días, por el período que resta hasta cumplir éste". Asimismo, por conexión con el inciso anulado y dado de que se trata de términos que hacen referencia al mismo y que tras la anulación quedan sin sentido, se anulan las expresiones "Igualmente" y "en este caso", del segundo inciso del mismo apartado, cuya redacción queda de la siguiente manera: "Se podrán solicitar nuevos ingresos del extranjero si obedecen a causas diferentes, por la totalidad del tiempo legalmente establecido".

Finalmente, respecto a la impugnación de la redacción del apartado 2 del artículo 55 del referido Reglamento, se anula en su integridad por las razones expuestas en el fundamento de derecho séptimo. Asimismo y como se indica en dicho fundamento, habida cuenta que con dicha anulación el artículo 62 quinquies de la Ley de Extranjería queda sin desarrollo reglamentario, las medidas de registro personal contempladas en el dicho precepto legal habrán de aplicarse de conformidad con los criterios expresados en el fundamento de derecho séptimo.

Se desestima el recurso en todo lo demás por las razones expresadas en los restantes fundamentos de derecho.

De conformidad con lo expuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, no procede la imposición de costas.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

### **FALLAMOS**

Que ESTIMAMOS EN PARTE el recurso ordinario interpuesto por la Asociación pro Derechos Humanos de Andalucía, la Federación de Asociaciones de S.O.S. Racismo del Estado Español y la Federación Andalucía Acoge contra el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, en los siguientes extremos:

1. Declaramos inaplicable el inciso "y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar" del artículo 62 bis 1.i) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero ; se declaran inválidos y nulos los incisos ", en la medida de lo posible," del artículo 7.3, segundo párrafo, y "y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar" del artículo 16.2.k) del Reglamento de Funcionamiento y Régimen Interior de los Centros de Internamiento de Extranjeros .

2. Se declara inválido y nulo el inciso "Podrá solicitarse un nuevo internamiento del extranjero, por las mismas causas que determinaron el internamiento anterior, cuando habiendo ingresado con anterioridad no hubiera cumplido el plazo máximo de sesenta días, por el período que resta hasta cumplir éste" del artículo 21.3 del Reglamento impugnado; se anulan, por conexión, los términos "Igualmente" y "en este caso", del segundo inciso del mismo apartado, cuya redacción queda de la siguiente manera: "Se podrán solicitar nuevos ingresos del extranjero si obedecen a causas diferentes, por la totalidad del tiempo legalmente establecido".

3. Se declara inválido y nulo el apartado 2 del artículo 55 del Reglamento impugnado, debiendo aplicarse las medidas de registro personal contempladas en el artículo 62 quinquies, apartado 1, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de conformidad con los criterios expresados en el fundamento de derecho séptimo.

4. Se desestima el recurso en todo lo demás.

No se hace imposición de las costas procesales.

Procédase a la publicación de la parte dispositiva de esta resolución en el Boletín Oficial del Estado, conforme a lo establecido en el artículo 72.2 de la Ley de la Jurisdicción .

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos-José Manuel Sieira Míguez-José Rodríguez-Zapata Pérez-Pedro José Yagüe Gil-Rafael Fernández Montalvo-Manuel Vicente Garzón Herrero-Segundo Menéndez Pérez-

Manuel Campos Sánchez Bordona-Nicolás Maurandi Guillén-Pablo Lucas Murillo de la Cueva-Eduardo Espín Templado-José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat-Rafael Fernández Valverde-Celsa Pico Lorenzo-Octavio Juan Herrero Pina-Emilio Frías Ponce-José Díaz Delgado-Eduardo Calvo Rojas-Luis María Díez Picazo Giménez-Joaquín Huelin Martínez de Velasco-María del Pilar Teso Gamella-Juan Carlos Trillo Alonso-José Antonio Montero Fernández-María Isabel Perelló Doménech-José María del Riego Valledor-Wenceslao Francisco Olea Godoy-Diego Córdoba Castroverde-José Juan Suay Rincón-Inés Huerta Garicano-José Luis Requero Ibáñez-César Tolosa Tribiño- Francisco José Navarro Sanchís-Jesús Cudero Blas-Ramón Trillo Torres-Vicente Conde Martín de Hijas-Manuel Martín Timón-Jesús Ernesto Peces Morate-Juan Gonzalo Martínez Micó-Firmado-

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

## VOTOS PARTICULARES

*VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. DON Jorge Rodríguez Zapata Pérez EN EL RECURSO 373/2014 INTERPUESTO CONTRA EL REAL DECRETO 162/2014, DE 14 DE MARZO POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE FUNCIONAMIENTO Y RÉGIMEN INTERIOR DE LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS Y AL QUE SE ADHIERE PARCIALMENTE LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. DOÑA Inés Huerta Garicano EN LO QUE SE REFIERE A LA IMPUGNACIÓN DEL ARTÍCULO 55.2 DEL REGLAMENTO CIE.*

Disiento, mediante este voto particular, de los razonamientos que han llevado al Pleno a estimar el recurso en cuanto al artículo 21.3 y el apartado 2 del artículo 55 del Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, aprobado por el Real Decreto 162/2014 . Estoy de acuerdo con el fallo que desestima la impugnación del artículo 11.4 del Reglamento, pero no comparto la totalidad del razonamiento que conduce al mismo.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 260.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial doy a este voto particular la forma de sentencia, en la que acepto, por remisión, los puntos de hecho y fundamentos de Derecho con los que estoy conforme, como indica el citado artículo 260 LOPJ . Todo ello con mi máximo respeto a la opinión contraria de mis compañeros de Sala, que siempre pondero con la máxima atención. En Madrid, a diez de febrero de dos mil quince.

El Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha examinado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador don Agustín Sanz Arroyo en nombre y representación de la Asociación pro derechos humanos de Andalucía, por la Federación de Asociaciones de S.O.S. racismo del Estado español y por la Federación Andalucía Acoge contra el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros.

Ha sido parte demandada la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Único

Acepto los antecedentes de hecho primero a quinto de la sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero a Tercero.

Acepto los fundamentos de Derecho primero, segundo y tercero de la sentencia del Pleno y el primer apartado estimatorio del fallo. El recurso debió ser desestimado en todo lo demás.

### Cuarto.

En cuanto al fundamento de Derecho cuarto (sobre el servicio con armas de fuego en los centros de internamiento (artículo 11.4 del Reglamento impugnado) comparto que se desestime la impugnación de que trata pero creo que para hacerlo sería suficiente atender a lo que razona el Abogado del Estado y recoge la fundamentación de la sentencia en los primeros párrafos del FJ 4. No comparto los seis últimos párrafos de ese FJ 4, que contienen manifestaciones innecesarias para desestimar el punto controvertido.

### Quinto.

Sobre la posibilidad de solicitar un nuevo internamiento por las mismas causas ( artículo 21.3 Reglamento CIE ).

Acepto los razonamientos jurídicos que inician el FJ 5 de la sentencia de la mayoría, en cuanto evitan una innecesaria repetición de argumentos. Discrepo de la razón de decidir, que ocupa los cuatro últimos párrafos del FJ 5.

La propia sentencia reconoce que el artículo 21.3 del Reglamento es compatible con los términos literales del artículo 62.2 de la Ley orgánica de extranjería (versión de la LO 2//2009, de 11 de enero ). Comparto esa apreciación y considero que es impropio adoptar en este caso la interpretación extensiva que ha llevado a apreciar un vicio de ilegalidad en el artículo 21 del Reglamento CIE .

El internamiento de extranjeros tiene diferencias sustanciales con las detenciones preventivas de carácter penal, no sólo en las condiciones físicas de su ejecución, sino también en función del diverso papel que cumple la Administración en uno y otro caso. En materia penal, una vez puesto el detenido por el órgano gubernativo a disposición judicial, la suerte final del detenido se condiciona a decisiones judiciales posteriores, tanto en lo relativo a la detención preventiva como en el resultado del proceso penal posterior. En el procedimiento de expulsión, la decisión final sobre la misma corresponde al órgano gubernativo, y por ello es una decisión que puede condicionar la propia situación del extranjero detenido. Ello significa que el órgano que pide un internamiento u otro nuevo, cuando no se haya cumplido el plazo máximo de sesenta días establecido en la Ley, persigue un interés específico estatal, relacionado con la policía de extranjeros, y no actúa ya, como en la detención penal, como un mero auxiliar de la justicia, sino como titular de intereses públicos propios. Así lo ha entendido la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 115/1987, de 7 de julio (FJ 1).

#### **Sexto.**

El internamiento es una medida cautelar necesaria para que se lleve a cabo la expulsión del extranjero. De acuerdo con lo que exige hoy el artículo 62.2 de la Ley orgánica de extranjería el internamiento ha de ser imprescindible para la expulsión. El Tribunal Constitucional, en la citada STC 115/1987, aclaró que « aún cuando » - la Ley- "utiliza el término "imprescindible" sólo respecto a la duración" -del internamiento"- implícitamente parece dar a entender que ha de ser también imprescindible la propia pérdida de libertad, de modo que no es la sustanciación del expediente de expulsión, sino las propias circunstancias del caso, por razones de seguridad, orden público, etc., las que han de justificar el mantenimiento de esa pérdida de libertad, siendo el Juez, guardián natural de la libertad individual, el que debe controlar esas razones ».

En ese régimen legal es necesario destacar la garantía esencialísima que supone en nuestro Derecho, a diferencia de lo que acontece en Derecho comparado, (cfr. Art. 15.2 de la Directiva de retorno 2008/115/CEE, de 16 de diciembre) que la disponibilidad sobre la pérdida de libertad de un extranjero mediante el internamiento sea siempre judicial sin perjuicio del carácter administrativo que, como se ha dicho, ostenta tanto la decisión de retorno como la ejecución de la expulsión misma.

El artículo 246.3 del Reglamento de extranjería (RD 557/2011, de 20 de abril ) establece que « el internamiento se mantendrá por el tiempo indispensable para ejecutar la expulsión [...] o hasta que se constate la imposibilidad de ejecutarla en ese plazo».

Parece razonable que para la ejecución de las decisiones de retorno se pueda solicitar del juez un nuevo internamiento del extranjero cuando no se hubiese cumplido en el internamiento anterior el plazo máximo de sesenta días y por el tiempo que reste hasta ese plazo. Si la decisión original de internamiento fue conforme a Derecho, la Administración acordó la libertad por prolongarse la operación de expulsión (Cfr. Art. 15. 6 de la Directiva 2008/115/CE ) y se interpreta, con la sentencia de la que respetuosamente discrepo, que no se puede pedir del Juez que acuerde nuevo internamiento hasta agotar el plazo de sesenta días la ejecución de la decisión de retorno podría ser imposible.

El carácter excepcional de la medida de internamiento, y los principios necesarios de proporcionalidad y de " favor libertatis" determinan -como también dijo en forma expresa la STC 115/1987 (FJ 1) - que « dentro de esa duración máxima " -que es hoy de sesenta días- " podrá el Juez autorizar la pérdida de libertad sin perjuicio de que, en el caso de haberse autorizado una duración menor, pueda la autoridad administrativa solicitar de nuevo del órgano judicial la ampliación del internamiento sin superar, claro está, el tiempo máximo fijado en la ley »..

Es probable que el redactor del Reglamento haya tenido en cuenta la declaración del Tribunal Constitucional en la STC 115/1987 que se acaba de transcribir al redactar el inciso anulado del artículo 21.3 del Reglamento. El artículo 15.6 de la Directiva de retorno preve también supuestos de prórroga del plazo en ella previsto -hasta 18 meses a diferencia de los 60 días del Derecho español- cuando se prolongue por las circunstancias que expresa la operación de expulsión.

La impugnación debió ser desestimada.

#### **Séptimo. Sobre los supuestos para el registro personal de los internos ( artículo 55.2 Reglamento CIE ).**

La sentencia no cuestiona la ausencia de rango legal del artículo 55.2 del Reglamento y lo anula únicamente por entender que contradice el fundamento jurídico 14 de la STC 17/2013, de 31 de enero . Considero que la impugnación también debió ser rechazada en este punto.

Discrepo de la interpretación que la sentencia hace del artículo 55.2 del Reglamento. La posibilidad de que se acuerde un registro " con desnudo integral " de un interno esta previsto, en el precepto que la sentencia anula, únicamente cuando existan motivos racionalmente fundados para creer que el interno pudiera esconder objetos o sustancias prohibidas o no autorizadas, no por razones abstractas de seguridad del centro, como entiende la sentencia. Basta una lectura atenta del artículo 55.2 para percatarse de que cuando se refiere al registro personal del interno " incluso con desnudo integral si fuera indispensable " se refiere a " registro personal del mismo " (sic)

por lo cual se está refiriendo a un interno del que se tengan motivos racionalmente fundados para creer que pueda esconder objetos o sustancias prohibidas o no autorizadas (entre los que considero que se encontrarán comprendidos los explosivos, si se atiende a lo que dispone el artículo 56 del propio Reglamento). En definitiva la tacha que la sentencia encuentra en la redacción del artículo 55.2 del Reglamento era infundada en la medida en que el segundo supuesto de registros personales, esto es los basados en sospechas sobre el interno, se atiende a la jurisprudencia constitucional.

#### **Octavo.**

Tampoco comparto la equiparación que se efectúa en la sentencia entre los registros con desnudo integral y los demás registros personales. La jurisprudencia constitucional es mucho más exigente respecto de los primeros ( SSTC 204/2000, de 24 de julio (FFJ 3, 4 y Fallo), 218/2002, de 25 de noviembre (FJ 4 y Fallo) y 196/2006, de 3 de julio, FJ 4) en cuanto que tales registros no conciernen sólo a la intimidad personal ( artículo 18.1 CE ) sino que también pueden afectar al derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes ( artículo 15.1 CE ). Considero, sin embargo, que las exigencias concretas establecidas en el artículo 55.2 del Reglamento para los supuestos de registro personal con desnudo integral eran conformes a las exigencias de excepcionalidad, proporcionalidad y motivación que exige la jurisprudencia constitucional, por lo que la impugnación carecía de consistencia en este punto.

Y, en lo demás, atendiendo a todos los argumentos que expresa el FJ 14 de la tantas veces citada STC 17/2013, considero que el registro de personas, ropas y enseres que establecía el precepto anulado, que afecta a la intimidad personal del artículo 18.1 CE era conforme a las exigencias de ese FJ 14 de la STC 17/2013, cuando concurriesen circunstancias excepcionales que obligasen a garantizar la seguridad del centro. Entiendo, en definitiva que la conjunción disyuntiva "o", que impugnaron los recurrentes, era la adecuada, que el texto anulado era conforme a Derecho y que la impugnación debió ser desestimada en este punto.

#### **Noveno.**

Tampoco comparto que, una vez declarada ya la nulidad del precepto, sea solución adecuada la que propugna la sentencia como alternativa al fallo estimatorio.

El artículo 71.2 de la de la LRJCA 29/1998, de 13 de julio, impide que dicemos sentencias interpretativas de las disposiciones reglamentarias que anulemos, al disponer que los órganos de este orden de jurisdicción no pueden determinar la forma en la que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen. Por ello la sentencia anula correctamente todo el artículo 55.2 del Reglamento pero, con todo respeto, discrepo de ella cuando invita de nuevo al titular de la potestad reglamentaria para que apruebe " una nueva redacción del precepto que resulte respetuosa con los derechos afectados, debiendo entre tanto aplicarse las medidas de registro personal contempladas en el artículo 62 quinquies apartado 1 de la Ley de extranjería, de conformidad con los criterios antes expresados ".

Si se atiende al apartado 2.º a) del Fallo de la STC 17/2013 resulta que el referido artículo 62 quinquies, 1, de la Ley de extranjería sólo es constitucional si se interpreta en los términos establecidos en el FJ 14 de la misma STC 17/2013 . Y, al ser en este punto la sentencia constitucional una sentencia interpretativa aditiva o manipuladora de la Ley orgánica de extranjería (versión de la Ley orgánica 14/2003) el expresado FJ 14 integra y complementa necesariamente el artículo 62 quinquies 1 de la Ley orgánica de extranjería.

Las discrepancias que ha suscitado la interpretación del apartado quinto del expresado FJ 14 que se refiere, con una conjunción disyuntiva "o", a " la conducta previa del extranjero internado o a las condiciones del centro ", pero que ha llevado a la sentencia de la que discrepo a una interpretación contraria a la mía suscita perplejidad y lleva a plantear la cuestión de la procedencia de una nueva regulación del artículo 62 quinquies de la Ley orgánica con una redacción clara, precisa, detallada y asequible al ciudadano, que evite que se genere inseguridad o incertidumbre sobre su forma de aplicación efectiva.

#### **Décimo.**

Cuando se regulan medidas limitativas de un derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona humana, y que se predica por igual para españoles como para extranjeros, aunque se encuentren en una relación de sujeción especial, como es el derecho a la intimidad personal garantizado en el artículo 18.1 CE, el problema que se crea con el vacío de regulación que provoca la nulidad del artículo 55.2 del Reglamento CIE no se soluciona con una nueva redacción del citado Reglamento -cuyo preámbulo declara además haber tenido presente en forma expresa la sentencia 13/2013, de 31 de enero- sino cumpliendo las exigencias de lo que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la doctrina del Tribunal constitucional han denominado de " calidad de la ley" [ SSTC 49/1999, de 5 de abril ( FJ 5); 169/2001, de 16 de julio ( FJ 6); 34/2010, de 19 de julio, FJ 5 ; 145/2014, de 22 de septiembre FJ 7 y sentencias del TEDH de 26 de abril de 1979, caso

Sunday Times, § 49 ; de 2 de agosto de 1984, caso Malone, § 66 y siguientes; de 30 de julio de 1998, caso Valenzuela contra España § 46 y siguientes].

" Calidad de la ley " que es inexcusable cuando se regulan instituciones o medidas limitativas de derechos fundamentales y que la doctrina del Tribunal Constitucional no ha atinado a colmar en este caso si, como parece resultar de este proceso, tampoco se ha pronunciado en forma clara e inequívoca.

Y, en este sentido, formulo mi Voto particular expresando de nuevo mi máximo respeto al criterio contrario de mis compañeros de la Sala.

Madrid, a 10 de febrero de 2015

Jorge Rodríguez Zapata Pérez-Inés Huerta Garicano-Firmado-

TRIBUNAL SUPREMO  
Sala de lo Contencioso-Administrativo

*VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat, al amparo del artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2015, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 373/2014, interpuesto por la representación procesal de la ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA (APDHA), la FEDERACIÓN ANDALUCÍA ACOGE y la FEDERACIÓN SOS RACISMO contra el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, al que se adhiere el MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Jesús Ernesto Peces Morate.*

Respetuosamente, debo mostrar mi discrepancia con el pronunciamiento del Pleno de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que, en la expresión de su voto mayoritario, considera que es conforme a derecho el apartado 2 del artículo 5 del Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros; disentiendo que sustento en los siguientes razonamientos jurídicos:

#### **Primero.**

Considero que debió estimarse la pretensión formulada por la ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA (APDHA), la FEDERACIÓN ANDALUCÍA ACOGE y la FEDERACIÓN SOS RACISMO en el suplico del escrito de demanda, relativa a que se declare la ilegalidad y anulación del apartado 2 del artículo 5 del Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, que dispone que «cuando concurren situaciones de emergencia que desborden la capacidad de los centros, podrán habilitarse otros centros de ingreso temporal o provisional procurando que sus instalaciones y servicios sean similares a los de los centros, gozando los internos de los mismos derechos y garantías», que se sustenta en el argumento de que no procedía «abrir por vía reglamentaria la posibilidad de habilitar otros lugares como centros de internamiento, sin serlos», en cuanto estimo que esta disposición reglamentaria infringe el principio de reserva de ley formulado en el artículo 53.1 de la Constitución, en relación con lo dispuesto en el artículo 17 CE, pues dicha regulación afecta de modo sustancial al estatuto jurídico de los extranjeros ingresados por orden judicial en centros de internamiento, ya que determina el lugar y las condiciones de los centros en que se ejecuta la orden de privación de libertad.

Para resolver la controversia jurídica planteada, acerca de la ilegalidad del apartado 2 del artículo 5 del Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por no respetar -según aducen las Asociaciones recurrentes- la reserva de ley establecida en el artículo 17.1 de la Constitución, que establece que «toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad, sin que nadie pueda ser privado de su libertad, sino ... en los casos y en la forma previstos en la ley», cabe partir de la premisa de que por exigencia constitucional, que deriva de los artículos 10.1, 13, 17.2, 25 y 53.1 de la Constitución, las restricciones o limitaciones al ámbito de libertad de los extranjeros deben definirse en la Ley, de modo que corresponde al legislador, y no al Gobierno, titular originario de la potestad reglamentaria, establecer la regulación de los supuestos en que el juez competente puede decretar el internamiento de extranjeros en establecimientos públicos habilitados, a los efectos de su expulsión, así como la fijación de los límites temporales en que puede mantenerse dicha medida precautoria, la determinación de las condiciones básicas del internamiento, la ordenación esencial del régimen interior de funcionamiento de los centros, las previsiones referidas a la forma en que se limita exclusivamente la libertad ambulatoria de los internos y la enunciación de las garantías jurídicas de defensa.

En este sentido, cabe poner de relieve que el Tribunal Constitucional ha afirmado que el principio de reserva de ley enunciado en el artículo 53.1 de la Constitución constituye uno de los límites de la potestad reglamentaria que se aplica a la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II

del Título Primero de la Constitución, entre los que se incluye el derecho a la libertad y seguridad personal garantizado en el artículo 17 CE, cuyo enunciado incorpora específicas reservas de ley respecto de los casos y la forma en que cabe la privación de libertad, de modo que la determinación de las limitaciones que pueden imponerse a esta libertad requiere necesariamente la adopción de una disposición de rango legal emanada de las Cortes Generales.

En la sentencia constitucional 112/2006, de 15 de abril, se desvela el significado del principio de reserva de Ley como garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, cuyo fin es asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad de los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad del legislador, al sostener que la observancia del principio de reserva de Ley comporta que el legislador no pueda renunciar a regular la materia reservada ni efectuar habilitaciones o remisiones genéricas al reglamento, porque veda una regulación independiente o no claramente subordinada a la Ley, según se refiere en los siguientes términos:

« [...] La primera de las objeciones de los recurrentes al ya reproducido art. 4 de la Ley impugnada ( RCL 1997\1708) consiste en que el mismo lesiona el principio de reserva de Ley, formulado por el art. 53.1 CE, cuando dispone que «sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades» reconocidos en el capítulo segundo del título primero de la Constitución.

Sobre este principio ha tenido ocasión el Tribunal Constitucional de pronunciarse con cierta frecuencia, desde que en la STC 83/1984, de 24 de julio, F. 4, dejara sentado que el mismo «entraña una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho», siendo su significado último «el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes», suponiendo que toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, que limite y condicione su ejercicio, precisa una habilitación legal [por todas, SSTC 49/1999, de 5 de abril; F. 4 y 184/2003, de 23 de octubre, F. 6, a)], y desempeñando una doble función: de una parte, asegurar «que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes»; y, de otra, «en un Ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos únicamente al imperio de la Ley ... garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas».

[...]

No hemos excluido, sin embargo, que las Leyes «contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador» ( STC 83/1984, de 23 de julio, F. 4, confirmado, por todos, en el F. 14 de la STC 292/2000, de 30 de noviembre ). Las habilitaciones o remisiones legales a la potestad reglamentaria deben, según nuestra doctrina allí expresada, restringir el ejercicio de dicha potestad «a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley», criterio «contradicho con evidencia mediante cláusulas legales... en virtud de las que se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir».

De la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se desprende, asimismo, que es necesaria la interposición de la Ley para regular el régimen jurídico de las privaciones de libertad de aquellos ciudadanos extranjeros sometidos a un procedimiento de expulsión, reserva que alcanza a las condiciones de ejecución del mandamiento judicial que ordena el internamiento (STEDH de 29 de enero de 1998).

La doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en las sentencias de 20 de marzo de 2003 (RCA 488/2001 ) y de 11 de mayo de 2005 (RC 1888/2001 ), formulada respecto de la observancia del principio de reserva de ley por el titular de la potestad reglamentaria, determina que proceda la anulación de aquellas disposiciones reglamentarias que incurren en insuficiencia de rango normativo, por regular aspectos esenciales del régimen jurídico de los extranjeros internados en centros de internamiento sin la cobertura de una específica habilitación legal para complementar la normación establecida por el legislador.

## **Segundo.**

Procede dejar constancia de que el legislador ha respetado esta exigencia constitucional derivada del principio de reserva de ley, en cuanto que en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se establece de forma precisa la regulación de los supuestos en que cabe decretar el ingreso de extranjeros en centros de internamiento, la definición de la naturaleza y de las características de los centros de internamiento de extranjeros, así como la determinación del régimen de

funcionamiento interno de dichos centros y la enumeración de los derechos de los internos reconocidos, salvo en lo que concierne a la regulación de los lugares y condiciones de internamiento en situaciones de emergencia, que considero que constituye una materia reservada a la Ley.

Con la excepción de esta proposición, ello evidencia que el legislador orgánico no ha renunciado a regular esta materia reservada, que delimita las condiciones de privación de libertad de los extranjeros con carácter preventivo, a los efectos de ejecutar órdenes de expulsión, ni ha transferido indebidamente la potestad de normación al titular de la potestad reglamentaria.

Al respecto, cabe poner de relieve que el preámbulo del Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros impugnado, hace referencia, de forma explícita, al principio de reserva de ley, que rige la regulación de los centros de internamiento de extranjeros, al señalar que: « la necesaria regulación, mediante norma con rango de ley orgánica, de los aspectos más trascendentes del funcionamiento de los centros de internamiento de extranjeros tiene lugar con la aprobación de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, llevada a cabo por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre», que «en los artículos 62 bis a 62 sexies, introducidos por dicho texto legal, se abordan aspectos esenciales del funcionamiento de estos centros como son los derechos y obligaciones de los internos, la información que debe serles suministrada a su ingreso, la formulación de peticiones y quejas, la adopción de medidas de seguridad y la figura del director como responsable último del funcionamiento del centro, aspectos desarrollados posteriormente en los artículos 153 a 155 del Reglamento de dicha ley orgánica, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, derogado después por el Reglamento de la misma actualmente en vigor, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril».

### **Tercero.**

Procede, asimismo, significar que la regulación de las situaciones de emergencia se considera un elemento sustancial del régimen jurídico del internamiento de extranjeros a efectos de expulsión y, por ello, se establecen sus condiciones y límites en el artículo 16 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en los siguientes términos:

#### «Artículo 16. Condiciones del internamiento .

1. Como norma general, el internamiento se llevará a cabo en centros de internamiento especializados. En los casos en que un Estado miembro no pueda proporcionar alojamiento en un centro de internamiento especializado y tenga que recurrir a un centro penitenciario, los nacionales de terceros países sujetos al internamiento estarán separados de los presos ordinarios.

2. Previa petición, se autorizará a los nacionales de terceros países en régimen de internamiento a que entren en contacto en el momento oportuno con sus representantes legales, los miembros de su familia y las autoridades consulares competentes.

3. Se prestará particular atención a la situación de las personas vulnerables. Se les dispensará atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de las enfermedades.

4. Las organizaciones y los organismos nacionales, internacionales y no gubernamentales pertinentes y competentes podrán visitar los centros de internamiento a que se refiere el apartado 1, en la medida en que se utilicen para el internamiento de nacionales de terceros países con arreglo al presente capítulo. Tales visitas podrán estar sujetas a autorización previa.

5. Los nacionales de terceros países en régimen de internamiento recibirán de forma sistemática información sobre las normas aplicables en el centro y sobre sus derechos y obligaciones, incluida información sobre su derecho, con arreglo a la legislación nacional, a ponerse en contacto con las organizaciones y organismos a que se refiere el apartado 4. » .

Al respecto, cabe sostener que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Directiva 2008/115/CE, la medida de internamiento de extranjeros a los efectos de expulsión tiene un carácter excepcional, en cuanto los Estados miembros podrán mantener internados a los nacionales de terceros países que sean objeto de procedimientos de retorno únicamente a fin de preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión, salvo que en el caso concreto de que se trate puedan aplicarse con eficacia otras medidas suficientes de carácter menos coercitivo, lo que determina, en una interpretación sistemática de este precepto con lo dispuesto en el artículo 16 de la referida norma comunitaria europea, a la luz de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea expuesta en la sentencia de 6 de diciembre de 2011 (C-329/11 ), que el legislador español debería regular las condiciones de internamiento en situaciones de emergencia con el objeto de que se respeten plenamente los principios de razonabilidad y proporcionalidad, que rigen la ejecución de las órdenes de

internamiento, evitando cualquier riesgo de que las decisiones de las autoridades gubernativas sobre los alojamientos alternativos provisionales sean adoptadas por meras razones de conveniencia administrativa y puedan tacharse, por ello, de arbitrarias

Por ello, considero que la adecuada transposición de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, al ordenamiento jurídico español, acorde con el respeto al sistema de fuentes de producción normativa establecido en la Constitución española, exigiría que la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, previese la incorporación a su texto normativo de la regulación de las situaciones de emergencia con las mismas prescripciones y limitaciones establecidas por el legislador comunitario, puesto que esta laguna legal no puede subsanarse mediante la intervención del titular de la potestad reglamentaria.

En suma, aunque comparta plenamente el pronunciamiento de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo respecto de que el artículo 5.2 del Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, impugnado, debe interpretarse en el sentido de que expresa «la identidad del régimen jurídico entre los centros de internamiento permanentes y los temporales», considero que, conforme a la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo expuestas, la regulación de las situaciones de emergencia contemplada en el artículo 5.2 del Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, que habilita a la Administración, sin necesidad de solicitar autorización judicial específica, a prescindir temporalmente del internamiento en los establecimientos públicos especializados habilitados al efecto, reconocidos como Centros de internamiento de Extranjeros, debió declararse inválido por infringir los límites constitucionales de la potestad reglamentaria respecto del principio de reserva de ley, al corresponder su normación a la Ley Orgánica reguladora de los Derechos y libertades de los extranjeros en España, por afectar a aspectos esenciales de las condiciones de internamiento.

La declaración de nulidad de la disposición reglamentaria impugnada descansa, como hemos expuesto, en que el legislador, y no el Gobierno, debió establecer de forma suficientemente precisa la regulación de las circunstancias excepcionales en que resulta admisible el ingreso de extranjeros pendientes de expulsión en centros de internamiento no normalizados, y del régimen jurídico de las condiciones de permanencia en dichos establecimientos, con el fin de garantizar que la privación temporal de libertad se produzca de la forma menos gravosa para los afectados, en consonancia con el respeto debido al valor de la dignidad humana y los derechos fundamentales, preservando eficientemente la atención especializada, particularmente, de las personas ingresadas mas vulnerables.

En último término, me adhiero al voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate a esta sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2015, en cuanto comparto el razonamiento respecto de que debió declararse nulo el artículo 11.4 del Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, en lo que concierne a la regulación de la prestación del servicio de seguridad con armas de fuego en el interior de los centros de internamiento de extranjeros, por los convincentes argumentos jurídicos que en dicho voto particular se expresan.

Madrid, a 10 de febrero de 2015-

José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat-Jesús Ernesto Peces Morate- Firmado-

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

*VOTO PARTICULAR, que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate al disentir parcialmente de lo resuelto por el Pleno de la Sala Tercera de Tribunal Supremo en la sentencia pronunciada el 10 de febrero de 2015 en el recurso contencioso-administrativo 373 de 2014:*

#### **Primero.**

Además de adherirme al voto particular formulado por el Magistrado de la Sala Don José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat al considerar, por las mismas razones que en dicho voto particular se expresan, que por vía reglamentaria no cabe la habilitación de otros lugares como centros de internamiento temporal o provisional para extranjeros pendientes de expulsión del territorio nacional, no comparto la decisión de la Sala en cuanto a la prestación del servicio de seguridad con armas de fuego ( artículo 11.4 del Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, aprobado por Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo ) ni respecto de la suspensión de las comunicaciones por los funcionarios encargados de la vigilancia (artículo 42.8 del citado Reglamento), y, por consiguiente, es mi parecer que estos preceptos deberían ser

declarados nulos por ser contrarios a Derecho con estimación también en tales extremos del recurso contencioso-administrativo sostenido por las Asociaciones demandantes.

### **Segundo.**

Justifica la Sala la prestación del servicio de seguridad en el interior de las instalaciones con armas de fuego porque, al haber sido encomendada aquélla, ante el silencio de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, al Cuerpo Nacional de Policía por el Reglamento en cuestión, los funcionarios de dicho Cuerpo deben prestar el servicio en la forma ordinaria con sus armas de fuego reglamentarias.

Tal deducción no me parece razonable, porque, como aducen las demandantes, el artículo 22.1 del Real Decreto 1484/1987, de 4 de diciembre, no impone que los miembros del Cuerpo Nacional de Policía deban prestar servicio activo con armas de fuego sino con alguna de aquéllas que se establezcan como reglamentarias.

Si se tiene en cuenta el carácter y finalidad de los centros de internamiento de extranjeros y las personas en ellos ingresadas, no es coherente con aquéllos la prestación del servicio con armas de fuego por los graves riesgos que de ello se derivan.

Se podrá argüir que tal apreciación se la ha atribuido el legislador, ante el silencio que guarda, a la Administración, pero lo cierto es que ésta, dentro de la potestad que efectivamente ostenta para regular la protección, custodia y mantenimiento del orden en los centros de internamiento de extranjeros, no puede establecer medidas a tal fin no acordes con el referido carácter de unos centros, en que residen personas, incluso menores, y familias exclusivamente privadas de su libertad deambulatoria a fin de posibilitar su futura expulsión.

Resulta, por tanto, extraño y ajeno a esa finalidad que la regla sea prestar el servicio de protección, custodia y mantenimiento del orden con armas de fuego y la excepción su prestación sin ellas, como prevé el precepto impugnado ( artículo 11.4 del Reglamento aprobado por el referido Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo ), cuando lo lógico y razonable sería lo contrario (habitualmente sin armas de fuego y excepcionalmente con ellas), y por ello, como piden los demandantes, este precepto debe ser declarado nulo por contravenir el carácter y la finalidad de los centros de internamiento de extranjeros.

### **Tercero.**

Finalmente, no comparto el parecer de mis colegas al declarar ajustado a Derecho el precepto reglamentario (artículo 42.8 del Real Decreto en cuestión) que autoriza a los funcionarios encargados de la vigilancia a suspender una entrevista o comunicación de los ingresados en los centros de internamiento de extranjeros cuando éstos o sus visitantes no observen las normas de régimen interno, discrepancia ésta que se basa en que tal suspensión de la comunicación sólo puede ser acordada por el director del centro, según establece categóricamente el artículo 62 sexies de la Ley de Extranjería 4/2000, al facultar a éste para adoptar las medidas necesarias con el fin de asegurar el orden y la correcta convivencia entre los extranjeros y la imposición de medidas a los internos que no respeten las normas de correcta convivencia o régimen interior .

Este precepto legal impide a los funcionarios encargados de la vigilancia suspender una comunicación aun dando cuenta inmediata al director del centro, ya que es a éste exclusivamente al que la citada Ley Orgánica le faculta para adoptar medidas necesarias para asegurar el orden y la correcta convivencia cuando los funcionarios encargados de la vigilancia le diesen cuenta de que aquéllas han sido conculcadas por un extranjero internado o por un visitante.

En definitiva, es mi parecer que, además de ser nulos de pleno derecho los preceptos incluidos en los apartados 1, 2, y 3 de la parte dispositiva de la sentencia, son radicalmente nulos también los preceptos del Reglamento de Funcionamiento y Régimen Interior de los Centros de Internamiento de Extranjeros, aprobado por Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, contenidos en sus artículos 5.2, 11.4 y 42.8, último inciso, y así se debe declarar con estimación en tales extremos también del recurso contencioso-administrativo deducido frente a aquél por las Asociaciones demandantes.

Dado en Madrid, en la misma fecha de la sentencia de la que se discrepa-Jesús Ernesto Peces Morate-Firmado-

PUBLICACIÓN- Leída y publicada fue la anterior sentencia junto con sus votos particulares en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.