

STC 72/2005, de 4 de abril de 2005

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña

Presidenta, don

don

don

don

Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de amparo núm. 5291-2001, promovido por don Yahya Razougui, representado por la Procuradora de los Tribunales doña y asistido por la Letrada doña contra la Resolución del Jefe de servicio del puesto fronterizo de Almería de 26 de agosto de 2000, por la que se acordó denegar al recurrente la entrada en el territorio nacional ordenando el retorno al lugar de procedencia; contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Almería de 26 de marzo de 2001, que desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado contra la mencionada Resolución; y contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 30 de julio de 2001, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra aquella resolución judicial. Han comparecido el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente don quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 11 de octubre de 2001, la Abogada doña que había ostentado la defensa y representación de don en la vía judicial previa a este proceso constitucional, interpuso recurso de amparo en representación del Sr. contra la resolución administrativa y las Sentencias ya mencionadas, al tiempo que interesaba la designación de Procurador de los Tribunales del turno de justicia gratuita que actuara como representación procesal en el presente recurso de amparo.

2. Los hechos de los que deriva esta demanda son, en síntesis, los siguientes:

a) Don ciudadano marroquí, pretendió entrar en España, procedente de Nador (Marruecos), por el puesto fronterizo del puerto de Almería el 26 de agosto de 2000. Era aplicable en aquel momento la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (antes de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre), cuyo art. 23 exigía como requisito documental para entrar en España la presentación de pasaporte y de visado, salvo —con respecto a este último documento— cuando el extranjero sea titular de una autorización de residencia en España o documento análogo que le permita la entrada en territorio español.

b) El Sr. ██████ presentó su pasaporte y un permiso de residencia en su favor otorgado por la Subdelegación del Gobierno en Tarragona el 5 de junio de 2000, conforme a lo previsto en la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000 (relativa a la “regularización de extranjeros que se encuentren en España”) y en el Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, por el que se establece el procedimiento para la regularización de extranjeros prevista en la citada Ley. Estas normas exigían para la mencionada “regularización”, entre otros requisitos, que el extranjero hubiera estado en España de forma continuada desde antes del 1 de junio de 1999.

c) El Sr. ██████ en las dependencias del puesto fronterizo del puerto de Almería, asistido de intérprete y de Abogada del turno de asistencia jurídica gratuita, reconoció que él no había estado nunca en España (lo que se deducía, además, de su pasaporte), pero que un primo suyo había tramitado la regularización para él en España y se la había mandado por correo a Marruecos. Seguido el expediente administrativo, se dictó por el Jefe de servicio del puesto fronterizo de Almería Resolución el día 26 de agosto de 2000, por la que se acordaba denegar al recurrente en amparo la entrada en el territorio nacional y ordenar su retorno al lugar de procedencia, lo que se efectuaría a las 24:00 horas del mismo día. La citada Resolución administrativa motivaba la decisión con el argumento de que el Sr. ██████ “carece de visado o residencia en vigor, y pretendía burlar los controles policiales presentando impreso del procedimiento de regularización de extranjeros de la provincia de Tarragona obtenido de forma fraudulenta”.

d) La Letrada del turno de oficio que asistió al recurrente en las ya indicadas actuaciones interpuso recurso contencioso-administrativo (por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona establecido en los arts. 114 y ss. de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa), en el que se invocaban el derecho a la tutela judicial efectiva, el de “protección frente a sanciones de orden público” (*sic*) y la libertad de residencia, recurso que fue desestimado en primera y en segunda instancia con el argumento, en síntesis, de que la cuestión determinante en el caso sería la consideración del permiso de residencia (obtenido por el cauce de la “regularización”) como válido o inválido, lo que constituiría una cuestión de legalidad ordinaria sobre la que los órganos judiciales no pueden pronunciarse en el proceso especial promovido.

3. En la demanda de amparo el recurrente considera vulnerado, en primer lugar, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Expone el escrito por el que se inicia este proceso constitucional que a la Abogada que asistió al ciudadano extranjero que pretendía entrar no se le dio copia de la resolución denegatoria de la entrada (aunque sí de todos los documentos anteriores del expediente administrativo), por lo que ella no tendría constancia de que la resolución definitiva que se notificó al Sr. ██████ y que éste firmó fuera la que efectivamente consta en el expediente. Por ello, se solicitó en el proceso judicial la práctica de prueba pericial caligráfica con la que se pudiera acreditar si la firma del interesado en la resolución definitiva había sido realizada por la misma persona (el Sr. ██████ que había firmado los documentos anteriores del expediente (el documento de iniciación de las diligencias administrativas y la propuesta de resolución en la que consta la asistencia de intérprete y Abogado). A juicio del recurrente la falta de pronunciamiento por parte de las dos Sentencias impugnadas sobre

esos supuestos defectos formales y la falta de valoración de la prueba practicada vulnerarían el derecho a la tutela judicial efectiva.

También se invoca en la demanda de amparo el derecho a la libertad de residencia (art. 19 CE en relación con el art. 13.1 CE), que se habría vulnerado por haberse denegado la entrada a España de un extranjero que presentó la documentación legalmente exigida para entrar en el territorio nacional, puesto que el permiso de residencia obtenido por el Sr. [REDACTED] era una resolución administrativa firme y no revisada, que le autorizaba la entrada en España y que fue desconocida por los funcionarios del puesto fronterizo.

Por último alega el recurrente la vulneración del derecho que la demanda de amparo denomina en numerosas ocasiones como “protección frente a las sanciones de orden público”, que se encontraría reconocido en el art. 25 CE.

En atención a todo lo expuesto, termina el recurrente solicitando que se declare la nulidad de las resoluciones impugnadas con las consecuencias inherentes a tal pronunciamiento.

4. Por diligencia de ordenación del Secretario de la Sala Primera de este Tribunal de 18 de octubre de 2001 se acordó requerir a la Abogada que suscribía la demanda de amparo para que presentara escrito de renuncia a percibir honorarios — salvo los que pudieran corresponderle por el turno de oficio—, trámite que fue cumplimentado por escrito presentado en este Tribunal el 6 de noviembre de 2001. Por diligencia de ordenación de 12 de noviembre de 2001 se tuvo por presentado el mencionado escrito y se acordó librar despacho al Colegio de Procuradores de Madrid para que designara Procurador del turno de oficio que ejerciera la representación en el presente proceso constitucional. La designación recayó en la Procuradora de los Tribunales doña [REDACTED] quien, con fecha 19 de diciembre de 2001 suscribió la demanda de amparo.

5. Por providencia de 16 de junio de 2003 la Sección Primera de este Tribunal acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, conforme a lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir atentamente al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Almería para que remitiesen, respectivamente, testimonio del rollo de apelación núm. 224-2001 y del recurso contencioso-administrativo núm. 351-2000; y se emplazara a quienes fueron parte en el proceso, con excepción del recurrente en amparo, para que pudieran comparecer en estos autos. Asimismo, se acordaba notificar dicha resolución al Abogado del Estado con la misma finalidad.

6. Por diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal de 22 de octubre de 2003, se acordó tener por recibidos los testimonios de las actuaciones remitidos por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Almería y por personado y parte al Abogado del Estado; y, conforme a lo dispuesto en el art. 52 LOTC, dar vista de todas las actuaciones del presente recurso de amparo, por plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que tuvieran por conveniente.

7. El Abogado del Estado presentó su escrito de alegaciones el 14 de noviembre de 2003. Comienza la representación procesal de la Administración poniendo de manifiesto que la demanda de amparo no cumpliría con la carga argumentativa que recae sobre el recurrente por lo que se refiere a las pretendidas vulneraciones de los arts. 24.1 y 25.1 CE. Ni la denegación de entrada es una sanción, ni el art. 25.1 CE garantiza un derecho —de contenido desconocido— de “protección frente a las sanciones de orden público”, sino que reconoce el derecho a la legalidad sancionadora. Por otra parte, si lo que se imputa a las Sentencias impugnadas es no haberse pronunciado sobre la alegación relativa a las supuestas irregularidades en la tramitación del expediente administrativo, hubiera sido necesario agotar la vía judicial previa mediante la solicitud de declaración de nulidad de actuaciones invocando incongruencia en el incidente regulado (antes de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre) en el art. 240.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

A continuación argumenta el Abogado del Estado que tampoco se habría vulnerado el derecho a la libertad de residencia y circulación (art. 19 CE) del Sr. [REDACTED]. Tras la exposición de la doctrina de este Tribunal relativa a los términos en que esos derechos están constitucionalmente reconocidos a los extranjeros, destaca el representante de la Administración que las actuaciones judiciales pondrían de manifiesto que el permiso de residencia obtenido por el Sr. [REDACTED] se habría conseguido con obrepción. La legislación vigente a la sazón exigía como requisito esencial para la regularización de extranjeros encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999 y haber permanecido en ella desde entonces. Fue el propio Sr. [REDACTED] el que reconoció que él nunca antes había estado en España, que fue su primo, [REDACTED] quien le consiguió el permiso y que se lo mandó por correo a Marruecos. El mencionado familiar debió de hacerse pasar por él ante las autoridades españolas, lo que explicaría la certificación de residencia expedida por el Jefe de la guardia municipal de Constanti (Tarragona). Por tanto, el documento presentado por el Sr. [REDACTED] en el puesto fronterizo contenía un acto administrativo cuya invalidez radical era manifiesta conforme a lo dispuesto por el art. 62.1 f) de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (nulidad de pleno derecho de los actos administrativos por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición). El permiso de residencia había sido obtenido “fraudulentamente, con engaño y probablemente de manera delictiva”.

Sostiene el Abogado del Estado que cuando son tan evidentes los signos de invalidez y de obtención fraudulenta de un permiso de residencia las autoridades de frontera pueden, sin más, desconocerlo y denegar lícitamente la entrada en España, sin que sea necesario revisar de oficio el acto nulo de pleno derecho o extinguir sus efectos al comprobarse la inexactitud grave de las alegaciones formuladas por el titular del permiso. La protección de la seguridad jurídica a la que sirve el procedimiento de revisión de los actos declarativos de derechos no estaría en juego aquí, dado el carácter grosero y perceptible a la vista de la causa de nulidad, que asemejaría el supuesto al de la falsificación material del documento. Por otra parte, si en esas circunstancias se permitiera la entrada en España del extranjero, se facilitaría que, una vez dentro del territorio nacional, se burlaran las consecuencias de la futura declaración de nulidad, con lo que se favorecería que quien ha actuado fraudulentamente se beneficiara de su propia maquinación. Además, la existencia de un proceso judicial con dos instancias en el que se ha podido discutir la regularidad o irregularidad de la obtención del permiso

compensaría sobradamente la falta de tramitación del procedimiento administrativo formal para declarar la invalidez del acto nulo. Por todo ello considera el Abogado del Estado que no se ha privado al recurrente en amparo arbitrariamente del derecho a entrar en España.

El escrito concluye con la solicitud de que se dicte sentencia denegatoria del amparo y, por otro lado, se interesa que se requiera la remisión de los expedientes administrativos: el tramitado en el puesto fronterizo del puerto de Almería, el seguido por la Subdelegación del Gobierno en Tarragona para la concesión del permiso de residencia y el tramitado para la regularización por el Área de Trabajo y Asuntos Sociales de la citada Subdelegación; expedientes que —según se pide— deberán ser puestos de manifiesto a las partes con nuevo plazo para alegar.

8. El Ministerio Fiscal presentó escrito el 18 de noviembre de 2003 en el que exponía que, para formular alegaciones, era necesario el conocimiento del expediente administrativo completo, por lo que solicitaba que, con suspensión del plazo conferido, se procediera a la reclamación del mencionado expediente.

9. Por diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal de 21 de noviembre de 2003 se acordó requerir la remisión de los expedientes solicitados por el Abogado del Estado y por el Fiscal; que se tuvieron por recibidos por nueva diligencia de ordenación de 5 de enero de 2004, que acordó, igualmente, conceder nuevo plazo de veinte días al Ministerio Fiscal y demás partes personadas para formular las alegaciones que a su derecho conviniera.

10. El Abogado del Estado presentó su nuevo escrito de alegaciones el 23 de enero de 2004, en el que, después de ratificarse en las ya formuladas, expone que el expediente administrativo pone de manifiesto que la firma que consta en la solicitud de permisos no guarda relación alguna con la que el Sr. ██████ consignó en los documentos que firmó en el puesto fronterizo, ni con la del pasaporte “a la que torpemente pretende imitar”; y que las notificaciones remitidas al Sr. ██████ en la dirección postal que se había consignado en la mencionada solicitud están firmadas por otra persona llamada ██████ De estos datos se derivaría la veracidad de las declaraciones del recurrente en amparo en el puesto fronterizo relativas a que nunca había estado en España antes del 26 de agosto de 2000, por lo que no merecería crédito alguno la certificación de residencia emitida por el Jefe de la guardia municipal de Constanti. El escrito termina solicitando que se deniegue el amparo interesado.

11. El Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones el 26 de enero de 2004. Tras la exposición de los antecedentes, opina el Fiscal que no podría otorgarse el amparo por la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). En primer lugar, porque no se habría puesto de manifiesto con la mínima claridad imprescindible cuál de las vertientes de este derecho fundamental se considerara conculcada y por qué. Si los defectos formales se imputan al procedimiento administrativo, el reproche debe rechazarse, dado que en supuestos como el presente el derecho fundamental invocado no puede vulnerarse hasta que se alcanza la fase judicial. Si lo que se denuncia es que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía no hubiera dado respuesta a la alegación relativa a la falta de valoración de la prueba pericial, el defecto imputable a dicha resolución judicial consistiría en una incongruencia que podía y debía haberse denunciado por la vía del incidente de nulidad

de actuaciones regulado (antes de la reforma que llevó a cabo la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre) en el art. 240.3 LOPJ, por lo que, con respecto a esta alegación no se habría agotado la vía judicial previa [art. 44.1 a) LOTC]. Por otra parte, opina el Ministerio Fiscal que, dada la argumentación de las Sentencias, nada variaría lo decidido en ellas por la valoración de la prueba que se practicó en el curso del proceso.

En cuanto a la alegación referida al art. 25 CE, afirma el Fiscal que no ha cumplimentado el recurrente la carga de proporcionar la fundamentación necesaria que razonablemente es de esperar —conforme exige la jurisprudencia de este Tribunal— y que la denegación de la entrada en territorio español no constituye una sanción.

Y por lo que se refiere a la supuesta vulneración del art. 19 CE, el Fiscal indica que la jurisprudencia de este Tribunal ha considerado que el derecho de circulación y residencia de los extranjeros es un derecho de configuración legal, y que la cuestión central planteada en el conflicto del que deriva este recurso de amparo consistiría en la interpretación de la legalidad relativa a la validez del permiso de residencia que se otorgó al Sr. ██████████. Así las cosas, entiende el Fiscal que, puesto que no se valió el recurrente del proceso contencioso-administrativo ordinario, sino del especial para la protección de los derechos fundamentales, sólo podría estimarse el recurso de amparo si fuera posible calificar como arbitraria, irrazonable o patentemente errónea la consideración realizada por los órganos judiciales que les llevó a estimar que dicha cuestión central se refería a la legalidad ordinaria o infraconstitucional, lo que no sería el caso.

En atención a lo expuesto, solicita el Ministerio Fiscal que se dicte sentencia por la que se deniegue el amparo solicitado.

12. Por providencia de 24 de febrero de 2005 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 28 de mismo mes y año, trámite que ha finalizado el día de la fecha.

II. Fundamentos jurídicos

1. El Sr. ██████████ ciudadano marroquí, pretendió entrar en España por el puesto fronterizo del puerto de Almería, procedente de Nador (Marruecos), el 26 de agosto de 2000. Era aplicable en ese momento la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (antes de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre). El art. 23.1 y 2 de la Ley Orgánica 4/2000 exigía, en síntesis, como requisito para entrar en España, la presentación de pasaporte y de visado, aunque el visado podía ser sustituido por una autorización de residencia o documento análogo.

El Sr. ██████████ recurrente en amparo, presentó su pasaporte y un permiso de trabajo y residencia en su favor otorgado por la Subdelegación del Gobierno en Tarragona el 5 de junio de 2000, conforme a lo previsto en la disposición transitoria primera de la citada Ley Orgánica 4/2000 y en el Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, por el que se establece el procedimiento para la regularización de extranjeros prevista en la citada Ley. Estas normas exigían para tal “regularización”, entre otros requisitos, que el extranjero hubiera estado en España de forma continuada desde antes

del 1 de junio de 1999. El Sr. ████████ reconoció en el puesto fronterizo, en las diligencias administrativas practicadas con asistencia de intérprete y Abogada del turno de oficio, que él no había estado nunca en España (y eso se deducía, además, de su pasaporte), pero que un familiar había tramitado la regularización para él en España y se la había mandado por correo a Marruecos. En consecuencia, consideraron los funcionarios que el permiso de residencia no era válido y, por tanto, se denegó la entrada en territorio nacional y se ordenó el retorno a Marruecos que tendría lugar a las 24:00 horas del mismo día 26 de agosto de 2000.

La Letrada del turno de oficio que asistió al recurrente en las actuaciones administrativas interpuso recurso contencioso-administrativo, por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, en el que se invocaban los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, el de “protección frente a las sanciones de orden público” (*sic*) y la libertad de residencia, que fue desestimado en primera y en segunda instancia con el argumento, en síntesis, de que la cuestión determinante en el caso sería la consideración del permiso de residencia (obtenido por el procedimiento de la “regularización”) como válido o inválido, lo que constituye una cuestión de legalidad ordinaria sobre la que los órganos judiciales no pueden pronunciarse en el procedimiento especial promovido.

El recurrente imputa directamente a la resolución administrativa que acordó la denegación de la entrada en el territorio español y ordenó el retorno al lugar de procedencia una vulneración del derecho a la libertad de residencia (art. 19 CE en relación con el art. 13.1 CE), así como de lo que en numerosas ocasiones la demanda denomina como “protección frente a sanciones de orden público”, que se sitúa como supuesto contenido del art. 25 CE. Por otra parte, hace valer el demandante una supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que hay que entender atribuida a las dos Sentencias que se dictaron en el proceso previo a este recurso de amparo.

El Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, como se ha detallado en los antecedentes, interesan la denegación del amparo.

Sobre esta base y en cuanto al orden de examen de las cuestiones planteadas, hemos de recordar que nuestra doctrina concede “prioridad a aquéllas de las que pudiera derivarse la retroacción de actuaciones (SSTC 19/2000, de 31 de enero, FJ 2, 96/2000, de 10 de abril, FJ 1, 31/2001, de 12 de febrero, FJ 2, y 70/2002, de 3 de abril, FJ 2)” (STC 39/2003, de 27 de febrero, FJ 2), lo que implica que hemos de examinar ante todo la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

2. Ya en este punto, es de señalar que el recurrente entiende que las Sentencias impugnadas han vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), alegando que a la Abogada que le asistió en el puesto fronterizo no se le dio copia de la resolución denegatoria de la entrada (aunque sí de todos los documentos anteriores del expediente administrativo), por lo que ella no tendría constancia de que la decisión que se notificó al Sr. ████████ y que éste firmó fuera la que efectivamente figura en el expediente. Por ello, se solicitó en el proceso la práctica de prueba pericial caligráfica con la que se pudiera acreditar si la firma del interesado en la resolución definitiva había sido realizada por la misma persona (el Sr. ████████ que había firmado los documentos anteriores del expediente (el documento de iniciación de las diligencias

administrativas y la propuesta de resolución en la que consta la asistencia de intérprete y Abogado). La práctica de dicha prueba fue admitida conforme a un “criterio amplio a favor de la práctica de toda prueba” (según expone el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Almería de 10 de noviembre de 2000, por el que se adoptó dicha decisión).

A juicio del recurrente la falta de pronunciamiento por parte de las dos Sentencias impugnadas sobre esos supuestos defectos formales y la falta de valoración de la prueba practicada vulnerarían el derecho a la tutela judicial efectiva.

Estas alegaciones no pueden aceptarse. En primer lugar, hay que destacar que no es la Abogada la que tenía derecho a que se le notificara la resolución sino, precisamente, el interesado, al que se le informará en ese momento “acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deben formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada” (art. 24.2 de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción aplicable a los hechos de los que deriva este proceso constitucional). Consta en el expediente administrativo remitido a este Tribunal la resolución notificada al Sr. ██████████ que cumple estos requisitos. Será el interesado quien, en actuación del derecho a la asistencia letrada, pueda instar al profesional que le defienda en el ejercicio de las acciones que procedan. Es la propia demanda de amparo la que reconoce que el interesado firmó en presencia de la Abogada “las tres hojas comprensivas de las diligencias ... relativas a los requisitos exigibles para entrar en España, motivos de denegación de entrada, instrucción, propuesta y resolución”. No es fácil comprender —porque nada se explica al respecto a lo largo de las actuaciones y en la demanda de amparo— en qué motivo razonable puede fundar sus dudas la Abogada del recurrente sobre la circunstancia de que la firma que figura en la notificación de la resolución administrativa fuera la realizada por el Sr. ██████████. En cualquier caso, no hay aquí actuación alguna que haya podido ser causante de una indefensión material, si se tiene en cuenta que fue la resolución que consta en el expediente la que acordó la denegación de la entrada al Sr. ██████████ y la que se impugnó en el proceso previo a este recurso de amparo.

Por otra parte, ocurre que en el escrito del recurso de apelación la única indicación relativa a la prueba pericial caligráfica fue literalmente “ausencia y/o error en el valoración de la prueba”, sin alusión alguna a la trascendencia que desde la perspectiva del art. 24.1 CE pudiera tener ese dato. Esto bastaría para inadmitir esta alegación por falta de agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1 a) LOTC].

A pesar de todo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia sí se pronuncia sobre el alcance de esas supuestas irregularidades. De los alegados defectos formales del expediente administrativo no extrae ninguna consecuencia la Sentencia de segunda instancia desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva porque este derecho “se circunscribe al ámbito del correspondiente procedimiento judicial” y se había “oído, por lo demás, al extranjero, con adopción de la resolución pertinente que le fue notificada” (Fundamento de Derecho cuarto de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia). Motivación sucinta, pero suficiente para conocer la *ratio decidendi* de la decisión judicial (por todas, STC 116/1998, de 2 de junio, FJ 3). Excluida por el órgano jurisdiccional cualquier indefensión material relevante desde la perspectiva del art. 24.1 CE, era superflua la referencia expresa a los resultados de la prueba pericial practicada.

3. No mejor suerte han de correr las alegaciones que se refieren a la vulneración de un derecho que la demanda de amparo denomina en numerosas ocasiones como “protección frente a sanciones de orden público” y sitúa bajo la invocación del art. 25 CE. Hay que coincidir con el Fiscal y el Abogado del Estado cuando consideran que, en este punto, el recurrente no cumplimenta la carga que le corresponde de proporcionar la mínima argumentación fáctica y jurídica (SSTC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 9, y 202/2000, de 24 de julio, FJ 2) necesaria para conocer qué derecho fundamental se considera vulnerado y por qué concreto motivo.

Por lo demás, debe destacarse que, sin duda, la resolución administrativa de la que se trata en este caso carece de naturaleza sancionadora. La denegación de la entrada en España regulada en el art. 24.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (antes de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre), es una resolución que se dicta como consecuencia jurídica reglada de la constatación administrativa del incumplimiento de requisitos legales para el ejercicio del derecho de entrada en el territorio nacional. No concurre en ella la “función represiva, retributiva o de castigo” (SSTC 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 3, y 132/2001, de 8 de junio, FJ 3), propia de las sanciones. Dicha resolución administrativa constata la inexistencia de un derecho por falta de sus requisitos y prohíbe, en consecuencia, su ejercicio, pero no suprime o restringe derechos pertenecientes a su destinatario “como consecuencia de un ilícito” (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 9).

4. Y, ya en último término, hemos de examinar la alegada vulneración del art. 19 CE. Dos son los derechos reconocidos en este precepto constitucional que, en una inicial aproximación *prima facie*, podrían haber sido conculcados al ciudadano extranjero al que en frontera se le deniega la entrada en el territorio nacional y se le ordena el retorno al lugar de procedencia: el derecho a entrar en España y la libertad de residencia.

Debe destacarse, sin embargo, que ambos derechos, reconocidos en el mismo art. 19 CE son —como es evidente— dos derechos distintos con un contenido también diverso, sin perjuicio de su posible interrelación. Para quien está fuera de España —sin que sea necesario ahora hacer referencia a quién es titular de este derecho, cuestión que se tratará más adelante— el derecho a entrar en el territorio nacional protege la conducta consistente precisamente en pasar de estar fuera de nuestras fronteras a encontrarse en el territorio nacional. La libertad de residencia, por su parte, protege la conducta del individuo consistente en “elegir libremente su residencia en territorio español”: es “el derecho subjetivo y personal a determinar libremente el lugar o lugares donde se desea residir transitoria o permanentemente” en España (STC 28/1999, de 8 de marzo, FJ 7, que cita el ATC 227/1983, de 25 de mayo, FJ 2).

La concreta y pormenorizada redacción del art. 19 CE impone precisión en la tarea interpretativa de delimitar los ámbitos constitucionalmente protegidos por los mencionados derechos, no obstante la posible zona de intersección entre ellos, con el fin de separar las conductas protegidas y evitar su solapamiento.

El extranjero que —como el ahora recurrente en amparo— no ha estado nunca en España, no puede invocar la libertad de residencia —el derecho a elegir el lugar o lugares donde se desea residir transitoria o permanentemente en el territorio español— para amparar una conducta que se sitúa en el ámbito definido por el tipo de un derecho distinto: el de entrar en el territorio nacional. Para ese extranjero la circunstancia de

encontrarse ya en España constituye un presupuesto lógico —y, en este caso, también cronológico— para que pueda entrar en juego la libertad de residencia en el territorio nacional. Mientras no se haya entrado en España no es posible ejercer el derecho a elegir en ella el lugar de residencia ni, por tanto, cabe aceptar que los eventuales impedimentos u obstáculos del poder público a las pretensiones del extranjero constituyan vulneraciones de la libertad de residencia garantizada por el art. 19 CE. En su caso, serán otros los derechos vulnerados. Cuestión distinta sería la derivada de la hipotética obtención, por un extranjero, porque el ordenamiento lo haya así previsto, de un permiso de residencia antes de entrar en España por no exigirse, en tal caso, como requisito para esa obtención, el encontrarse previamente en el territorio español. Esa hipótesis no cabe descartarla por completo, pero, de un lado, no es la del caso que nos ocupa, de otro, no se estaría entonces en presencia de un derecho de libertad de residencia *ex art. 19 CE*, sino de una simple autorización administrativa o, todo lo más, de ejercicio de un derecho legal y no constitucional y, finalmente, cuando se intentase ingresar en España no se estaría ejercitando ese derecho a residir, sino exactamente el derecho a entrar, aunque aquél, en ese supuesto, sirviese de apoyo a éste. De todos modos, como antes se dijo, el caso objeto del presente recurso de amparo es otro bien distinto: el de un extranjero que, habiendo reconocido que no ha estado nunca en España, no puede alegar, para amparar un pretendido derecho a entrar en ella, la libertad de residencia cuando, en su caso, como se desprende con nitidez de los antecedentes de este asunto, a tal residencia sólo podría aspirar si se hubiese encontrado previamente en territorio español.

Por eso, aunque la demanda de amparo se refiera, cuando cita el art. 19 CE, al derecho a residir en España, debe destacarse que el derecho que se pretendió ejercer por el ciudadano marroquí recurrente en amparo y cuya actuación fue impedida por la resolución administrativa que denegó la entrada en territorio nacional y ordenó el retorno fue, precisamente, el derecho a entrar en España, reconocido en el mismo precepto constitucional; lo que ha de llevarnos a abordar frontalmente la cuestión de si existe un derecho fundamental de los extranjeros a entrar en España. Debe advertirse, sin embargo, que la argumentación y la conclusión a la que se llegue, que se desenvuelven en un terreno muy general, ni afectan ni se proyectan sobre supuestos concretos en los que concurren circunstancias específicas que cualifican la situación, como son: el régimen jurídico del derecho de asilo (objeto de la específica regulación contenida en el art. 13.4 CE); el derecho a entrar en España de los ciudadanos de la Unión Europea, regulado por tratados internacionales y por otras normas que lo separan sustancialmente del régimen aplicable a los demás extranjeros; la situación de los extranjeros que ya estén residiendo legalmente en España y pretendan entrar en el territorio nacional después de haber salido temporalmente, situación ésta que no es la que plantea la demanda de amparo; y los supuestos de reagrupación familiar, también ajenos al caso objeto de este proceso constitucional.

5. El art. 19 CE reconoce a “los españoles” cuatro derechos fundamentales distintos: el derecho a elegir libremente su residencia, el derecho a circular por el territorio nacional, el derecho a entrar en España y el derecho a salir libremente del territorio nacional. A pesar de que el tenor literal del mencionado precepto constitucional alude de forma expresa únicamente a los ciudadanos españoles como titulares de dichos derechos fundamentales, la jurisprudencia de este Tribunal ha declarado que de dicha regulación no puede extraerse la conclusión de que los extranjeros no puedan ser titulares de derechos fundamentales garantizados en la

mencionada norma constitucional: “la dicción literal del art. 19 CE es insuficiente porque ese precepto no es el único que debe ser considerado; junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos que determinan la posición jurídica de los extranjeros en España, entre los que destaca el art. 13 CE” [SSTC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 2; 116/1993, de 29 de marzo, FJ 2; 242/1994, de 20 de julio, FJ 4, y 169/2001, de 16 de julio, FJ 4 a)], cuyo apartado 1 dispone que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”.

Y dado que en nuestro ordenamiento jurídico sólo son derechos fundamentales aquellos que la Constitución reconoce con ese carácter, “es procedente recordar que una interpretación del texto constitucional que conduzca a un resultado distinto de su literalidad sólo puede ser admitida cuando existe ambigüedad en el mismo o ésta se deriva de la falta de cohesión o coherencia sistemática entre preceptos constitucionales (STC 72/1984, de 14 de julio, FJ 6)” (STC 215/2000, de 18 de septiembre, FJ 6).

Nuestro punto de partida ha de ser, pues, la literalidad del art. 13.1 CE para recoger después los resultados que arroje una interpretación sistemática del precepto. El art. 13.1 CE sólo se refiere a las libertades públicas de los extranjeros “en España” y ello con una doble precisión: a) no se refiere a la totalidad de los derechos de los extranjeros en España, sino sólo a derechos fundamentales; y b) dentro de éstos no recoge todos sus derechos fundamentales sino principalmente aquéllos que, previstos para los españoles —los de los arts. 19, 23, etc.—, el art. 13.1 CE extiende a los extranjeros en España, pues buena parte de los demás —derecho a la vida, libertad religiosa, libertad personal, tutela judicial efectiva, etc.— corresponden a aquéllos sin necesidad de la extensión que opera el art. 13.1 CE, es decir, sin necesidad de tratado o ley que lo establezca.

6. Ya más concretamente, hemos de recordar que el art. 13.1 CE es el precepto que “en nuestra Constitución establece los límites subjetivos determinantes de la extensión de la titularidad de los derechos fundamentales a los no nacionales” [Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992, FJ 3 b)]. La redacción del apartado 1 del art. 13 CE, que se refiere a los términos en que los extranjeros gozarán de los derechos del Título I CE “en España”, pone de manifiesto que la regulación de dicho precepto constitucional no tiene como finalidad reconocer derechos, en general, a los miles de millones de ciudadanos extranjeros que se encuentran en otros países ni, en concreto, convertir en derecho fundamental la eventual expectativa de entrar en España de todos los extranjeros que están fuera de nuestro país y que se presenten en nuestras fronteras, sino, precisamente, regular la posición jurídica de los extranjeros que ya se encuentran en España. El sujeto de derechos al que se refiere la regulación del art. 13.1 CE no es el extranjero sin más, sino el extranjero *en España, el que ya ha entrado en nuestro país*, circunstancia ésta que actúa como presupuesto de la extensión de derechos que lleva a cabo el art. 13.1 CE.

Por eso, ya en su dicción literal, la regulación del art. 13.1 CE no se proyecta en concreto sobre uno de los derechos fundamentales —el derecho a entrar en España— que se reconocen en el art. 19 CE, lo que tiene como consecuencia que sólo sean titulares de este derecho fundamental los españoles, con las salvedades a que hemos aludido en el último párrafo del fundamento jurídico 4 y que no vienen a desvirtuar esta afirmación. El derecho fundamental del nacional a ser en todo momento aceptado por el

propio Estado y, por tanto, a entrar en su país, es uno de los elementos esenciales de la nacionalidad y, en consecuencia, una de las diferencias jurídicas básicas en el estatuto personal del nacional y el extranjero, “tradicional binomio” que sólo progresivamente va siendo objeto de “parcial superación”, por ahora, en el marco de “una naciente ciudadanía europea” [Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992, FJ 3 a)].

Es claro, pues, que la literalidad del art. 13.1 CE, sin ninguna ambigüedad, no incluye el derecho a entrar en España como derecho fundamental de los extranjeros.

7. Y en el terreno de la interpretación sistemática, a la hora de aclarar en qué medida el art. 13.1 CE extiende a los extranjeros derechos fundamentales recogidos en el art. 19 CE, hemos de recordar no sólo que el art. 13.1 CE se remite expresamente a los tratados, sino también y sobre todo que el art. 10.2 CE establece un muy relevante criterio para la interpretación sistemática de la Constitución española al erigir en contexto de ésta en el campo de los derechos fundamentales los tratados y acuerdos internacionales sobre esa materia ratificados por España: la regulación contenida en éstos adquiere así “trascendencia interpretativa a estos efectos” (STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 5).

Comenzaremos examinando el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP), de 19 de diciembre de 1966. A partir de la regulación contenida en sus arts. 12 y 13 ha declarado este Tribunal que los extranjeros que se hallen legalmente en España “tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el art. 19 CE, aun cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles”, y son titulares del derecho fundamental a no ser expulsados del territorio nacional, si no es en virtud de una causa legal aplicada razonablemente y con un mínimo esencial de garantías de procedimiento —en los términos dispuestos por el art. 13 PIDCP (SSTC 94/1993, de 22 de marzo, FFJJ 3 y 4; 242/1994, de 20 de julio, FFJJ 4 y 5; y 24/2000, de 31 de enero, FJ 4).

Conviene ahora prestar atención detenida a los derechos garantizados por los arts. 12 y 13 PIDCP y por otros tratados internacionales sobre la misma materia para utilizar su regulación como vía interpretativa adecuada que permita dar respuesta a la pregunta de si existe un derecho fundamental de los extranjeros a entrar en España. El art. 12 PIDCP reconoce a toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado —por tanto, también a los extranjeros— el derecho a “circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia”, así como el derecho de todos a “salir libremente de cualquier país, incluso del propio”. También garantiza dicho precepto que nadie sea “arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país”. El art. 13 PIDCP, por su parte, reconoce, en los términos ya expuestos, el derecho del extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado a ser expulsado sólo “en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley”. El examen atento de los preceptos citados pone de manifiesto sin lugar a dudas que el derecho a entrar en un país sólo se reconoce en el Pacto internacional a los nacionales de ese país.

A la misma conclusión conduce la regulación de la Declaración universal de los derechos humanos (a la que remite expresamente el art. 10.2 CE), que reconoce a todos el derecho a salir de cualquier país, pero sólo garantiza el derecho a entrar en el país propio —“toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a

regresar a su país”— (art. 13 DUDH); e, incluso, la regulación del Protocolo núm. 4 del Convenio europeo de derechos humanos (firmado, pero aún no ratificado por España), que también garantiza el derecho de quien se encuentre en situación regular en un Estado a circular libremente y a escoger su residencia, así como el derecho de toda persona a abandonar cualquier país (art. 2) y el de no ser expulsado “del Estado del cual sea ciudadano” (art. 3.1); pero el derecho a entrar sólo se reconoce con respecto “al territorio del Estado del cual [se] sea ciudadano” (art. 3.2).

No hay, pues, ambigüedad ninguna ni en la literalidad del art. 13.1 CE ni en la interpretación sistemática que lo proyecta sobre el art. 19 CE en relación con los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales, de suerte que hemos de concluir que el derecho a entrar en España, con el carácter de fundamental, sólo corresponde a los españoles y no a los extranjeros.

8. Nada tiene que ver esta cuestión, por cierto, con la afirmación categórica de que, con carácter general, los derechos fundamentales vinculan al poder público español con independencia de que éste actúe o no “en España”. Una cosa es la delimitación del alcance subjetivo de la extensión de ciertos derechos fundamentales para los cuales es relevante ser español o ser extranjero —ésta es la cuestión regulada por el art. 13.1 CE— y otra distinta es la delimitación del ámbito territorial de vigencia de los derechos fundamentales para los poderes públicos españoles. La vinculación de todos los poderes públicos españoles a los derechos fundamentales, sin limitación de ámbito territorial alguno, está establecida en el art. 53.1 CE; y de buena parte de los derechos fundamentales —para los que es irrelevante ser español o extranjero— es titular cualquier persona como atributo derivado de su dignidad (SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3, y 95/2000, de 10 de abril, FJ 3).

Por otra parte, ninguna contradicción existe entre lo que antes se ha declarado y la afirmación contenida en nuestra jurisprudencia referida a que “el apartado 2 del art. 13 CE solamente reserva a los españoles la titularidad de los derechos reconocidos en el art. 23 CE” (SSTC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 2; y 242/1994, de 20 de julio, FJ 4, que citan la Declaración de este Tribunal de 1 de julio de 1992). La lectura atenta de la mencionada Declaración de 1 de julio de 1992 pone de manifiesto que dicha reserva constitucional a los españoles de un determinado derecho fundamental —en concreto, el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales, que fue el derecho sobre el que este Tribunal se pronunció en aquella ocasión y el que dio lugar a la reforma constitucional de 27 de agosto de 1992— hacía referencia a un derecho fundamental del que por disposición constitucional sólo podían ser titulares los españoles, de forma tal que quedaba prohibido que la ley o el tratado lo otorgaran a otros sujetos. Se pronunció la Declaración de 1 de julio de 1992 sobre una regla constitucional contenida en el art. 13.2 CE “que reserva a los españoles la titularidad y el ejercicio de muy concretos derechos fundamentales, derechos —como el de sufragio pasivo que aquí importa— que no pueden ser atribuidos, ni por ley, ni por tratado, a quienes no tengan aquella condición; esto es, que sólo pueden ser conferidos a los extranjeros a través de la reforma de la Constitución” (FJ 5).

No es eso, en absoluto, lo que sucede con la entrada en España. Este derecho lo tienen con el carácter de derecho fundamental que garantiza el art. 19 CE tan sólo los españoles, pero —a diferencia de lo que sucedía con el sufragio pasivo en las elecciones municipales— el legislador puede otorgarlo a los extranjeros que cumplan los requisitos

establecidos en la ley. Que de la Constitución no se derive un derecho fundamental de los extranjeros a entrar en España no significa, evidentemente, que el derecho del extranjero a entrar en nuestro país conforme a lo regulado por la ley carezca de protección: se tiene la protección que el ordenamiento dispensa a los derechos que concede la ley y, en concreto, sí que tienen los extranjeros —aunque no hayan entrado (en el sentido jurídico estricto) en España, sino que sólo se encuentren fácticamente en territorio español, en situación, por tanto, de “sometimiento ... a un poder público español” [STC 53/2002, 27 de febrero, FJ 4 a)]— el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva —art. 24.1 CE— (SSTC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2, y 115/1987, de 7 de julio, FJ 4) para la defensa del derecho del que se consideren asistidos ante los Jueces y Tribunales españoles.

Procede, pues, declarar, que el derecho a entrar en España —“sólo reconocido constitucionalmente a los españoles” (STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 4), como ha expuesto este Tribunal en una afirmación incidental— no es derecho fundamental del que sean titulares los extranjeros con apoyo en el art. 19 CE, aunque, obviamente, quien esté de hecho en España puede solicitar la protección de ese derecho por los Jueces y Tribunales españoles, que deberán tutelarlos de acuerdo con las exigencias impuestas por el art. 24 CE, que sí recoge un derecho del que son titulares los extranjeros.

9. En el caso que plantea la demanda de amparo si la defensa del recurrente no se hubiera encauzado por la vía del proceso especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, sino por la vía de un recurso contencioso-administrativo no limitado en cuanto al objeto de la cognición judicial, podría haberse obtenido una respuesta judicial relativa a la cuestión de si los funcionarios del puesto fronterizo podían desconocer la presunción de validez y eficacia de un acto administrativo declarativo de derechos, dada la gravedad de los vicios de nulidad que en él concurrirían —como alega el Abogado del Estado—, o si, por el contrario, para eliminar los efectos de ese acto administrativo era necesario tramitar algún específico procedimiento administrativo de revisión o de extinción de aquellos efectos. Por el órgano judicial de la jurisdicción ordinaria se habría prestado la tutela que mereciera el derecho del ciudadano extranjero, resolviendo la mencionada cuestión, en principio, ajena a la jurisdicción de este Tribunal.

Procedente será, por tanto, el pronunciamiento previsto en el art. 53 b) LOTC.

F A L L O

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por don ██████████

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a cuatro de abril de dos mil cinco.