|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 271/2008 |
| Fecha | de 15 de septiembre de 2008 |
| Sala | Sección Tercera |
| Magistrados | Don Guillermo Jiménez Sánchez, don Eugeni Gay Montalvo y don Pascual Sala Sánchez. |
| Núm. de registro | 2341-2006 |
| Asunto | Recurso de amparo 2341-2006 |
| Fallo | La inadmisión del presente recurso de amparo. |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. La Procuradora de los Tribunales doña Montserrat Gómez Hernández, asistida del Abogado don César Pinto Cañón interpuso el día 2 de marzo de 2006 recurso de amparo en nombre de don Héctor León Medina Tamayo contra el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2006, dictado en el recurso de casación núm. 10478-2004, contra la Sentencia de 12 de mayo de 2004 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, recaída en el recurso núm. 3953-2001 y contra la actuación de la Administración consistente en la ejecución de la resolución denegatoria de entrada en España y de retorno del demandante al lugar de su procedencia de 4 de junio de 2001, de la Delegación del Gobierno en Madrid, llevada a cabo a las 12:10 horas del día siguiente, así como contra este acto administrativo y contra el de 28 de diciembre de 2001 de la Dirección General de la Policía, que lo confirma.

2. Los hechos que dan lugar a la demanda de amparo y que resultan relevantes para pronunciarse sobre su admisión son, en síntesis, los siguientes:

a) El demandante, de nacionalidad colombiana, cuando se disponía a entrar en España por el Aeropuerto de Madrid, para efectuar una visita turística, vio denegada su admisión por resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de 4 de junio de 2001, debido a que no justificó el objeto y condiciones de la estancia prevista en España. El demandante había indicado que tenía efectuada una reserva con una agencia de viajes para realizar un tour por diferentes ciudades españolas. En un informe emitido por el funcionario actuante antes de adoptarse la resolución se hizo constar que la agencia de viajes, con la que se había puesto en contacto, informó de que la reserva se había efectuado, pero había sido cancelada a los dos días.

b) A las 9 horas del día siguiente interpuso recurso de alzada ante el Director General de la Policía, interesando que se suspendiera la ejecución del acto impugnado. A las 12:10 horas se ejecutó la devolución del demandante a su lugar de procedencia. En resolución de 28 de diciembre de 2001, notificada el 5 de marzo de 2002, la Dirección General de la Policía desestimó el recurso de alzada. Razonó que no procedía la suspensión de la ejecución porque no se había acreditado que de materializarse ésta se produjeran daños de difícil o imposible reparación.

c) El demandante interpuso recurso contencioso-administrativo, en el que alegó, entre otras razones que, a su juicio, determinaban que el acto administrativo impugnado era contrario a Derecho, que cumplía los requisitos para entrar en España y que la Administración había vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE al no haber resuelto sobre la solicitud de suspensión de la ejecutividad del acto administrativo, de modo tal que, al requerirse el agotamiento de la vía administrativa, sin el cual no cabe interponer recurso contencioso-administrativo, se le había imposibilitado solicitar medidas cautelares ante un órgano judicial antes de la ejecución de la resolución. En la fase de prueba la agencia de viajes contactada por el funcionario informó de que la cancelación de la reserva del tour había tenido lugar el 5 de junio de 2001. En Sentencia de 12 de mayo de 2004 la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid desestimó el recurso. Razona la Sentencia, a partir de la valoración conjunta de las pruebas obrantes en el expediente, y “de la presunción de veracidad de los datos de hecho objetivamente constatados y documentalmente reseñados en el expediente administrativo por el funcionario … responsable del control de entrada”, que no podía inferirse el propósito turístico del viaje a España del demandante, haciendo referencia a datos tales como la cantidad de dinero que portaba, el pago por sus familiares del pasaje de avión y a la circunstancia de que se hubiera cancelado la reserva del tour a que se ha aludido. Declara también la Sentencia que las garantías del art. 24.1 CE en el ámbito de los procedimientos administrativos eran aplicables sólo en los de carácter sancionador, naturaleza de la que no participa el seguido para denegar la admisión del demandante en España.

d) Notificada la Sentencia con la indicación de que contra la misma cabía recurso de casación, lo interpuso el demandante. El recurso de casación fue, sin embargo, inadmitido por Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de enero de 2006, en atención a que la Sentencia impugnada era de fecha posterior a la vigencia de la reforma operada en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 diciembre; el conocimiento del asunto, de haberse iniciado después de la reforma, habría correspondido no al Tribunal Superior de Justicia, sino al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. Considera el Auto, por remisión a otros dictados por misma la Sección , el primero de los cuales es el de 4 de octubre de 2004 (dictado en el recurso de queja 137-2004, y que, según el demandante fue el primero en sentar el criterio que el Auto impugnado reproduce) que en tal caso debía aplicarse la disposición transitoria primera, apartado 2, último inciso, de la LJCA, lo que significa que el régimen de recursos aplicable era el establecido en esa Ley para las Sentencias dictadas en segunda instancia, contra las que no cabe recurso de casación, según el art. 86.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA).

3. El demandante interpuso recurso de amparo. Alegó que el Auto del Tribunal Supremo que inadmitió su recurso de casación vulneraba el derecho a los recursos, integrado en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues, sin norma legal habilitante para ello, se le había privado de un recurso existente en el momento en que inició el proceso contencioso-administrativo. Se alegó igualmente que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en dos de sus vertientes: en primer lugar en la vertiente del mismo que reconoce un derecho a la llamada tutela cautelar, y ello porque la Administración ejecutó el acto administrativo de devolución sin haber resuelto sobre la suspensión de la ejecución y sin que el demandante, que tenía que esperar a que la Administración resolviera sobre dicha petición para poder acudir a los Tribunales, pudiera articular ninguna acción ante un órgano judicial, lo que es contrario, según la demanda de amparo a la doctrina establecida en las SSTC 66/1984, 115/1987, 14/1992, 238/1992, 148/1993 y 78/1996; y en segundo lugar, se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto que la Sentencia incurre en error patente de carácter fáctico al valorar la prueba practicada y concluir, como concluyó la Administración, que no había justificado el objeto y las condiciones de la estancia turística en España que pretendía. Según el demandante, el error patente deriva de que el informe del funcionario actuante, en cuanto afirma que la cancelación de la reserva del tour tuvo lugar antes de que se dictara la resolución, contiene una afirmación que se ha demostrado no ser cierta por el documento remitido por la agencia de viajes a las actuaciones contencioso-administrativas, en el que se indica que la cancelación tuvo lugar el 5 de junio de 2001. Solicitó que se le concediera el amparo y se reconocieran sus derechos a la tutela judicial efectiva —en su vertientes relativas al acceso al recurso legalmente establecido, a la tutela cautelar y a obtener una resolución fundada en Derecho que no incurra en error patente— y a entrar en España, se delarara la nulidad de pleno Derecho de las resoluciones judiciales y actuación administrativa impugnadas y se restablecieran los derechos del recurrente declarando que procedía autorizar su entrada en España o, subsidiariamente, que procedía la admisión a trámite del recurso de casación núm. 10478-2004, con retroacción de las actuaciones al momento anterior al en que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo lo inadmitió.

4. En providencia de la Sección Tercera de 31 de marzo de 2008 se acordó conceder a la parte demandante de amparo y al Ministerio Fiscal un plazo de diez días para que formulasen las alegaciones que estimaran pertinentes, de conformidad con el art. 50.3 LOTC, en su redacción anterior a la vigencia de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo.

5. La Procuradora Sra. Gómez Hernández, en escrito que presentó el 16 de abril de 2008, interesó en nombre del recurrente la admisión de la demanda de amparo. Expuso que procedía que este Tribunal examinara en primer lugar la queja relativa a la inadmisión del recurso de casación; en el caso de inadmitirse o desestimarse la misma habría que examinar las restantes, ya que la inadmisión del recurso de casación no supone que la demanda de amparo fuera extemporánea, toda vez que, por una parte, al interponer aquél la parte se ajustó a la instrucción de recursos recibida al notificársele la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid y que, por otra, la doctrina legal a la que se remite el Auto de inadmisión de 4 de enero de 2006 se inició en el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2004 que la representación procesal del demandante no podía, lógicamente, conocer en el momento en que preparó —junio de 2004— el recurso de casación luego inadmitido. Reitera después la representante procesal del demandante de amparo la argumentación de la demanda, prestando especial atención a la justificación del cumplimiento por su parte de la cargas de invocación del derecho fundamental y de agotamiento de la vía judicial. Aduce, en concreto, en relación con la invocación del derecho a entrar en España que el art. 19 CE, según ella, concede a su representado, que si bien no se invocó formalmente el precepto constitucional, sí se que se apeló al precepto legal que configura ese derecho para los extranjeros. En cuanto al agotamiento de la vía judicial respecto de la denunciada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en la actuación administrativa impugnada, sostiene que no pudo interesarse el cese de la actuación material como constitutiva de una vía de hecho, pues la ejecución de la devolución del recurrente fue inmediata y sin preaviso.

6. El Fiscal interesó, en escrito que se registró el día 4 de junio pasado, que se inadmitiera la demanda por falta de contenido constitucional. En cuanto al invocado derecho de acceso a los recursos, expone el Fiscal, con abundantes referencias a la jurisprudencia de este Tribunal, que el examen del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de los recursos es una cuestión de legalidad ordinaria, cuya revisión en el proceso de amparo constitucional debe ceñirse a los supuestos de error patente, arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad, cuya ponderación debe efectuarse con gran escrupulosidad cuando la resolución que se enjuicia procede, como en este caso, del Tribunal Supremo. El Auto impugnado reconoce que en la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, no existe una previsión normativa análoga a la de la disposición transitoria primera de la LJCA; pero, por ello mismo, procede a una interpretación integradora de la disposición transitoria décima de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, con las disposiciones transitorias primera y tercera LJCA, con un desarrollo argumental del que no puede decirse que sea ilógico o arbitrario. En lo que se refiere a la queja relativa a la actuación administrativa consistente en ejecutar la resolución denegatoria de la entrada del demandante en España sin haber resuelto el recurso administrativo interpuesto y sin permitir que los Tribunales pudieran haber adoptado, con carácter previo a la ejecución, una medida cautelar, invoca el Fiscal los criterios establecidos en nuestra STC 236/2007, de 7 de noviembre. En este caso no se ha limitado el derecho a acceder a la jurisdicción, que se ha ejercitado en los términos establecidos por el legislador para los procedimientos de retorno previstos en el art. 60 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx), la brevedad de cuyos plazos responde a una finalidad necesaria que la hace constitucionalmente inobjetable. De aceptarse la argumentación del recurrente se haría imposible la ejecución de las resoluciones administrativas de retorno y se incumpliría el citado art. 60 LOEx. Además, si, de acuerdo con el FJ 16 de la STC 236/2007, de 7 de noviembre, la brevedad de los plazos establecidos en art. 63.2 LOEx, referente a un procedimiento sancionador, es legítima no se puede aplicar un criterio más riguroso en el procedimiento de retorno, que no tiene tal carácter. Por otra parte, nada se opondría, según el Fiscal, a una revisión jurisdiccional de la situación creada, que el propio demandante califica de vía de hecho, recordando que el art. 65 LOEx prevé que los ciudadanos extranjeros, aun cuando no se encuentren en España, podrán cursar los recursos procedentes. Niega también el Fiscal el contenido constitucional de la queja relativa al supuesto error patente de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Recuerda que, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, el derecho a la tutela judicial efectiva no permite convertir a este Tribunal en una nueva instancia que proceda a un juicio sobre los hechos y a una valoración de la prueba que sustituya a los ya realizados por los órganos judiciales y que para declarar que una resolución de éstos ha incurrido en error patente es preciso que éste sea de carácter fáctico y determinante de la resolución impugnada. Esa última exigencia no se cumple en este caso, pues, la negación del carácter turístico del viaje del demandante no se sustenta en un solo elemento probatorio, como el que el demandante pretende que ha sido erróneamente apreciado en la Sentencia impugnada.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. La disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, establece que la admisión e inadmisión de los recursos de amparo interpuestos antes de su entrada en vigor se regirá por la normativa anterior. Con arreglo al art. 50 LOTC [apartados 3 y 1 c)], en la redacción anterior a la vigencia de la citada Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, la Sección puede acordar mediante Auto y oídos el solicitante de amparo y el Ministerio Fiscal la inadmisión del recurso cuando la demanda carezca manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma. En este caso se encuentra la que da origen al presente proceso constitucional, en la que se impugna con carácter preferente el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2006, que inadmitió el recurso de casación núm. 10478-2004 promovido por el demandante de amparo contra la Sentencia de 12 de mayo de 2004 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid. Para el caso de que no se admita esa queja se pide amparo frente a la mencionada Sentencia, y también frente a la actuación de la Administración consistente en la ejecución de la resolución denegatoria de entrada en España y de retorno del demandante al lugar de su procedencia de 4 de junio de 2001, de la Delegación del Gobierno en Madrid, llevada a cabo a las 12:10 horas del día siguiente, así como contra este acto administrativo y contra el de 28 de diciembre de 2001 de la Dirección General de la Policía, que lo confirma. La pretensión que a título principal se ejercita en la demanda es la propia, pues, de un recurso de amparo del art. 44 LOTC; la pretensión subsidiaria es, en cambio, mixta en cuanto se dirige tanto frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid (art. 44 LOTC), como frente a actos y actuaciones de autoridades administrativas (art. 43 LOTC).

2. Como hemos expuesto en los antecedentes, el Auto del Tribunal Supremo impugnado inadmitió el recurso de casación que el demandante había interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid que había desestimado su recurso contencioso-administrativo contra la resolución administrativa que le había denegado la entrada en España. Consideró el Tribunal Supremo que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia que se pretendía recurrir había sido dictada después de la vigencia de la Ley Orgánica 19/2003, de 19 de diciembre. La disposición adicional decimocuarta de dicha Ley Orgánica modificó la redacción del art. 8 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) e introdujo en el mismo un apartado 4 con arreglo al cual el conocimiento de todos los recursos contencioso-administrativos contra resoluciones de órganos periféricos de la Administración del Estado en materia de extranjería correspondería a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y no, como sucedía hasta entonces, a las Salas de ese orden jurisdiccional de los Tribunales Superiores de Justicia, que, en lo sucesivo conocerían de esa materia en segunda instancia (art. 10.2 LJCA). Considera la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, por remisión, entre otros, a su Auto de 4 de octubre de 2004, que en tal caso se debía aplicar la disposición transitoria primera, apartado 2, último inciso, de la LJCA, lo que significa que el régimen de recursos será el establecido las Sentencias dictadas en segunda instancia, contra las que no cabe recurso de casación, (art. 86.1 LJCA). Alega el recurrente que la única norma transitoria aplicable es la disposición décima de las de ese carácter de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, la cual se limita a prever que las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia continuarían conociendo de los asuntos iniciados antes de la vigencia, aun cuando la competencia para conocer de los mismos correspondiera en lo sucesivo a otros órganos. Ante el silencio de la Ley Orgánica 19/2003 sobre el régimen transitorio de los recursos, la inadmisión de su recurso de casación supone, dice el demandante, una arbitrariedad, máxime cuando se le aplica una norma transitoria de la LJCA dictada para un momento determinado y concreto distinto al de tránsito de la situación anterior a la Ley Orgánica 19/2003 a la nueva y posterior, lo cual infringe de modo patente el art. 4.2 del Código civil (CC), que determina que las leyes de ámbito temporal, como son las disposiciones transitorias, no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. Sostiene también el demandante que con la interpretación que sustenta el Auto el Tribunal Supremo está privando al demandante del derecho a un recurso que, habiendo iniciado el proceso en 2001, tenía integrado en su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. El Tribunal Supremo infringe, además, el art. 2.3 CC, que establece que las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario.

Es fácil advertir que esta queja por la supuesta vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva carece manifiestamente de fundamento. Según ha declarado reiteradamente este Tribunal, la Constitución, al reconocer el derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho a la obtención de una respuesta motivada sobre el fondo de las pretensiones deducidas ante los Jueces y Tribunales, no impone, salvo en favor del condenado en un proceso penal, el derecho a una doble instancia judicial, ni, por lo tanto, mucho menos el derecho a un determinado sistema de recursos contra las resoluciones judiciales. Si, fuera de la expresada salvedad, no existe un derecho fundamental a la doble instancia resulta que la selección, interpretación y aplicación de las normas procesales sobre el acceso a los recursos son operaciones que versan sobre la llamada legalidad ordinaria, competencia exclusiva de los Jueces y Tribunales ex art. 117 CE. Ciertamente, al decidir sobre tales cuestiones, los Jueces y Tribunales han de dictar resoluciones jurídicamente fundadas. El derecho a la tutela judicial efectiva sustenta el ejercicio de los demás derechos que confiere el ordenamiento y, entre ellos, el derecho que la parte puede entender que le asiste para impugnar una resolución judicial desfavorable (o para defender la firmeza de una favorable). En tal caso el derecho fundamental invocado en el recurso de amparo garantiza no el acceso mismo al recurso contra la resolución desfavorable (tampoco la firmeza de la resolución favorable), sino, al igual que frente a pronunciamientos judiciales que versen sobre derechos sustantivos derivados de la legalidad ordinaria, que la decisión de inadmisión (o de admisión, en su caso) ni sea arbitraria en la aplicación del Derecho ni incurra en errores fácticos patentes. Si no existe un derecho fundamental a la doble instancia es obvio que, en virtud del derecho a la tutela judicial efectiva, tampoco garantiza la Constitución una perpetuación del régimen jurídico procesal aplicable a una controversia ni, por tanto, impone al legislador que conserve el régimen de recursos existente en el momento en que se inicia un proceso determinado. Hemos declarado que la extensión de la reforma legislativa de los recursos existentes en un momento dado a situaciones jurídicas precedentes mediante fórmulas de Derecho transitorio es constitucionalmente lícita (ATC 116/1992, de 4 de mayo). La discrepancia del recurrente con el Auto del Tribunal Supremo impugnado versa, pues, sobre una cuestión de legalidad ordinaria, en la que la jurisdicción de amparo no puede terciar. Si la Constitución no impone que el demandante tenga acceso a un recurso de casación contra la Sentencia que desestimó su recurso contencioso-administrativo, por mucho que aquel medio de impugnación fuera viable en el momento en que se inició el proceso de instancia, parece obvio que habrá de estarse a lo que sobre esa cuestión —ajena, como hemos dicho, a garantía constitucional alguna salvo para el condenado en un proceso penal— haya resuelto el Tribunal Supremo, que es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes (art. 123.1 CE), al que compete, mediante la selección e interpretación de las normas, decir la última palabra sobre esa cuestión. Parece claro, por otra parte, que, al resolverla, el Tribunal Supremo no incurrió en la arbitrariedad que denuncia el demandante. El Auto de inadmisión del recurso de casación se funda en normas vigentes antes de su preparación e interposición (LJCA y Ley Orgánica 19/2003), de modo que es patente que no ha hecho aplicación retroactiva de norma alguna. La afirmación de que el Auto aplica indebidamente las disposiciones transitorias de la LJCA que, en opinión del demandante, son normas de vigencia temporal acotada, parte del prejuicio de que toda norma transitoria es, por definición temporal, cuando ello no es necesariamente así. Nada impide, en efecto, que el legislador formule las normas transitorias con vocación de aplicación a futuras reformas legislativas (para el caso de que el legislador futuro no establezca normas diferentes). La disposición transitoria primera LJCA, en lo que ahora importa, establece para un supuesto de hecho (la existencia de procesos pendientes ante los Tribunales Superiores de Justicia cuando se atribuye la competencia en lo sucesivo a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo) dos consecuencias jurídicas: la de que aquellos Tribunales continúan conociendo de los procesos iniciados ante ellos y la de que en tal caso el régimen de recursos aplicable a las Sentencias que los resuelvan es el de las dictadas en segunda instancia. La Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que ha integrado la ampliación de competencias de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo en el texto y en el sistema de la LJCA, modificando el tenor de su art. 8, no contiene ciertamente disposición transitoria alguna sobre el régimen de recursos frente a las Sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia en asuntos de los que en lo sucesivo deberían conocer los Juzgados. Del silencio del legislador de 2003 en este punto no se deduce necesariamente que quiso mantener el régimen de recursos, pues puede sostenerse con todo fundamento que si tal era el designio legal pudo la nueva norma decirlo expresamente o derogar o modificar la disposición transitoria primera LJCA, cuyo tenor literal no excluye su aplicabilidad a todo supuesto de alteración de las atribuciones de los órganos integrados en el orden contencioso-administrativo. Sin perjuicio de que quizás pudiera sostenerse la interpretación que patrocina el demandante (según la cual la disposición transitoria primera LJCA había agotado su vigencia cuando entró en vigor la Ley Orgánica 19/2003), la que deriva del Auto impugnado está sólidamente fundada y lejos de la arbitrariedad que se le imputa. Máxime, además, cuando se trataba de interpretar las normas que regulan el acceso al recurso de casación, instrumento al servicio antes que del ius litigatoris, al de la protección de la norma aplicada e interpretada por los Tribunales inferiores, permitiendo así la formación de jurisprudencia y la uniformidad en la aplicación del Derecho (STC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 11), lo que supone un amplio margen de disponibilidad para el legislador.

3. Inadmitida la queja frente al Auto del Tribunal Supremo, procede examinar la admisibilidad de las restantes por referencia a su contenido constitucional, ya que debemos excluir que en este punto el recurso se haya interpuesto extemporáneamente, habida cuenta de que, aunque el recurso de casación intentado resultó inadmitido, a la creencia en la viabilidad de su preparación e interposición fue inducido el demandante por la instrucción de recursos que recibió cuando fue notificado de la Sentencia impugnada, lo que descarta que se pueda calificar su comportamiento procesal de prolongación artificial de la vía judicial (STC 241/2006, de 20 de julio).

En lo que se refiere a la primera de las quejas subsidiarias, relativa al error patente de carácter fáctico que se imputa a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, es palmaria su falta de contenido constitucional. Con arreglo a reiterada jurisprudencia constitucional, el error patente de los órganos judiciales que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva es el error fáctico “inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales” (STC 64/2006, de 27 de febrero, FJ 3, entre otras muchas) o, en otros términos, el error “manifiesto, evidente o notorio” (ATC 288/2006, de 24 de julio), que, además, ha sido determinante de la decisión adoptada, de forma que constituya su soporte único o fundamental (STC 61/2008, de 26 de mayo, FJ 4, entre otras muchas) y tales requisitos no concurren en este caso, en el que el supuesto error deriva de someter a una ponderación discutible la valoración de parte del material probatorio (el documento emitido por la agencia de viajes), con preterición de otra parte (el informe del funcionario y el resto de las actuaciones del expediente), revisión que no puede efectuar la jurisdicción de amparo (ATC 208/2007, de 16 de abril, entre otros) y en el que, además, de haberse producido no habría constituido, como indica el Fiscal, el único fundamento de la conclusión del órgano judicial de que el demandante no acreditó el propósito turístico como objeto de la estancia que pretendía ni las condiciones de la misma (art. 25.1 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España: LOEx).

4. Procede analizar ahora si son admisibles las quejas dirigidas contra las resoluciones y actuación administrativas impugnadas en el marco del art. 43 LOTC. En la súplica de la demanda de amparo se pide a este Tribunal que reconozca el derecho del demandante “a entrar en España el 4 de junio de 2001 vulnerado por las resoluciones administrativas recurridas en sede judicial”. Del planteamiento de la demanda de amparo, en la que ninguna referencia se hace a la vulneración de un supuesto derecho fundamental a entrar en España y en la que no se cita el art. 19 CE, se deduce que tal reconocimiento se pide como mera consecuencia de la solicitud de que se estimara la queja anterior, solicitud, según se acaba de ver, consistente en declarar que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid había vulnerado el derecho del demandante a la tutela judicial efectiva por haber incurrido en un error patente de carácter fáctico. Ello explica, sin duda, que el Fiscal en sus alegaciones no se pronunciara sobre esta cuestión. Sin embargo, en el escrito de alegaciones presentado por la representación del recurrente para cumplimentar lo acordado en nuestra providencia de 31 de marzo de 2008 se denuncia abiertamente que los actos administrativos impugnados vulneraron un derecho fundamental del demandante a entrar en España cuyo reconocimiento se sitúa en el art. 19 CE. Bastaría con el silencio de la demanda sobre este particular para inadmitirla en virtud del art. 50.1 c) LOTC (en su redacción anterior a la vigencia de la Ley Orgánica 6/2007), pues es el de la demanda precisamente el contenido que hay que enjuiciar en el trámite de admisión (que es el acto único de interposición del recurso de amparo) y la misma ha de contener la cita de los preceptos constitucionales que se estimen infringidos (art. 49.1 LOTC en su redacción anterior a la vigencia de la Ley Orgánica 6/2007), por lo que su ampliación en este trámite ha sido declarada proscrita (como recuerdan, por ejemplo, la STC 48/2006, de 13 de febrero; y el ATC 27/2008, de 28 de enero). Pero es que, aun prescindiendo de esa circunstancia, el derecho a entrar en España, está reconocido en el art. 19 CE sólo a los españoles y el demandante no tiene esa condición. “El derecho a entrar en España no es un derecho fundamental del que sean titulares los extranjeros con apoyo en el art. 19 CE” (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 14) ni tampoco se deduce de una interpretación sistemática de dicho precepto constitucional en relación con el art. 13 CE y con los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales, como dijimos en la STC 72/2005, de 4 de abril, (FJ 7), resolución, por cierto, que permitiría inadmitir esta queja en virtud del art. 50.1 d) LOTC (en su redacción anterior a la Ley Orgánica 6/2007).

5. La demanda de amparo impugna no sólo las resoluciones administrativas a que se ha hecho referencia en el fundamento jurídico anterior, sino la actuación desplegada por la Administración el día 5 de junio de 2001 a las 12:10 horas en que se llevó a cabo el retorno del demandante al lugar de su procedencia, en ejecución de la Resolución del Gobierno en Madrid del día anterior que le había denegado la entrada en España, a pesar de que horas antes de la materialización del retorno un representante del demandante había interpuesto recurso de alzada contra dicha Resolución ante la Dirección General de la Policía y solicitado con fundamento en el art. 111.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LPC), la suspensión de la ejecución del acto impugnado. El retorno se materializó sin que el órgano administrativo hubiese resuelto sobre la suspensión cautelar interesada. Cuando, al desestimar la Dirección General de la Policía el recurso de alzada, se rechazó la suspensión cautelar y quedó expedita la vía judicial, el acto ya había sido ejecutado. Sostiene el demandante que, puesto que sin agotar la vía administrativa no podía interponer recurso contencioso-administrativo y sin interponer éste no podía acudir formular su pretensión cautelar ante un órgano judicial, ha visto vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que comprende, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, lo que el demandante califica de un derecho “a la tutela cautelar”. La actuación de la Administración, según el demandante, vulnera el derecho fundamental al impedir que un órgano judicial pueda examinar la procedencia del retorno antes de que se ejecute. Cita en apoyo de su pretensión nuestras SSTC 66/1984, de 6 de junio; 115/1987, de 7 de julio; 14/1992, de 10 de febrero; 238/1992, de 17 de diciembre; 148/1993, de 29 de abril; y 78/1996, de 20 de mayo. Según el demandante, el órgano judicial, si bien no es el responsable inmediato de la vulneración no la reparó.

Cuestiona el demandante la licitud constitucional de la ejecución de una resolución aún no firme en vía administrativa (y, por tanto no impugnable jurisdiccionalmente, ex art. 25.1 LJCA) cuando el interesado ha pedido su suspensión a la propia Administración. Antes de examinar el contenido constitucional de esta queja parece procedente recapitular brevemente nuestra doctrina sobre la cuestión. Hemos dicho, en primer lugar, que la ejecutividad de los actos administrativos, incluso de los sancionadores, no es algo indefectiblemente contrario al derecho a la tutela judicial efectiva; este derecho se satisface sencillamente facilitando que “la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión” (STC 66/1984, de 6 de junio, FJ 3). La necesidad de hacer posible el control judicial del carácter inmediatamente ejecutivo de los actos administrativos es consecuencia de la efectividad de la tutela judicial, exigible en favor de cualesquiera derechos e intereses legítimos y no sólo de los derechos fundamentales (STC 238/1992, citada, FJ 4).

El demandante no denuncia, sin embargo, que se le impidiera ejercer la posibilidad de someter la ejecutividad de la resolución a control judicial, sino que la Administración procedió a su ejecución antes de que un tribunal pudiera pronunciarse sobre la cuestión. No faltan en nuestra jurisprudencia pronunciamientos relativos a las cuestiones que suscita la ejecución inmediata de los actos administrativos cuando ésta tiene lugar sin que se haya resuelto acerca de la solicitud de suspensión formulada por el interesado. En una de las SSTC que invoca el demandante de amparo —en la STC 78/1996, de 20 de mayo, FJ 3— declaramos que, en efecto, la ejecución inmediata de un acto administrativo es “relevante desde la perspectiva del art. 24.1 CE ya que si tiene lugar imposibilitando el acceso a la tutela judicial puede suponer la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende”. En consecuencia, “el derecho a la tutela se extiende a la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos que, si formulada en el procedimiento administrativo, debe permitir la impugnación jurisdiccional de su denegación y si se ejercitó en el proceso debe dar lugar en el mismo a la correspondiente revisión específica” (STC 78/1996, de 20 de mayo, FJ 3). En la STC 78/1996 citada se enjuiciaba un acto administrativo que acordaba iniciar la ejecución de una sanción disciplinaria que había sido recurrida en vía administrativa, vía en la que se había solicitado la suspensión; sin que el órgano que tenía que pronunciarse sobre tal suspensión lo hubiera hecho, se acordó iniciar la ejecución; el recurrente alegaba que el hecho de que se ordenase ejecutar la sanción sin esperar a su firmeza y aun sin haber resuelto ni el recurso de reposición ni la solicitud de suspensión suponía “sustraer a la posibilidad de amparo judicial la decisión sobre la suspensión de la ejecución del acto vulnerando así el derecho a la tutela judicial efectiva”. “La argumentación expuesta”, dijo la STC 78/1996, “debe determinar la estimación del presente recurso de amparo”. Y ello porque si bien es cierto que en el proceso de impugnación del acto sancionador “podría obtenerse no sólo una resolución de fondo sobre su legalidad sino, eventualmente, un Acuerdo de suspensión, éste sería evidentemente tardío y entre tanto se habría consumado la indefensión del sancionado en cuanto a su solicitud de suspensión del acto que no hubiera podido ser ya revisada por el Tribunal competente. Ello lesiona, de modo evidente, el art. 24.1 CE al impedir el acceso de dicha petición al Juez y, en consecuencia, hace que proceda la estimación del amparo” (FJ 5). Si el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal “es lógico entender que mientras se toma aquella decisión no pueda impedirse ejecutando el acto, con lo cual la Administración se habría convertido en Juez. Los obstáculos insalvables a esta fiscalización lesionan, por tanto, el derecho a la tutela judicial (STC 78/1996, FJ 3). En palabras de la STC 199/1998, de 13 de octubre, FJ 2, “por imperativo del art. 24.1 CE la prestación de la tutela judicial ha de ser efectiva y ello obliga a que, cuando el órgano judicial competente se pronuncie sobre la ejecutividad o suspensión a él sometida, su decisión pueda llevarla a cabo, lo que impide que otros órganos del Estado, sean administrativos o sean de otro orden jurisdiccional distinto, resuelvan previamente sobre tal pretensión, interfiriéndose de esa manera en el proceso judicial de que conoce el Tribunal competente y convirtiendo así en ilusoria e ineficaz la tutela que pudiera dispensar éste. Hasta que no se tome la decisión al respecto por el Tribunal competente, el acto no puede ser ejecutado por la Administración, porque en tal hipótesis ésta se habría convertido en Juez”. En el ATC 48/2004, de 12 de febrero, se inadmitió un recurso de amparo dirigido contra una providencia en la que el órgano judicial declaró que no apreciaba la concurrencia de circunstancias de especial urgencia que justificaran la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad de la resolución administrativa impugnada en el proceso judicial, que acordaba la expulsión del recurrente del territorio español, sin oír a la parte contraria (art. 135 LJCA). En el ATC citado declaramos que “por parte del órgano judicial se dio cumplimiento a las exigencias que el art. 24.1 CE impone en el ámbito cautelar del proceso” ante la posibilidad que tuvo el ciudadano extranjero demandante de que “la ejecutividad de su orden de expulsión fuera sometida a un control judicial que pudo concluir con la suspensión de los efectos del acto administrativo —si bien recibió del órgano judicial una respuesta negativa—, y ello antes de que los mencionados efectos comenzaran a desplegarse, evitándose así que la Administración se convirtiera en Juez, por emplear una expresión de nuestras SSTC 66/1984, FJ 3 y 78/1996, FJ 1” (FJ 4). En el caso citado el órgano contencioso-administrativo examinó inmediatamente de ser presentada la petición cautelar del recurrente, formulada, alegando “circunstancias de especial urgencia”, al amparo del art. 135 LJCA y la resolvió en el mismo día en que fue deducida, y ello antes de que la orden de expulsión se hiciera efectiva.

La cuestión que plantea el demandante guarda indudables concomitancias con la resuelta en la citada STC 78/1996, de 20 de mayo. Pero existen también notables diferencias. En el presente caso la Administración, que sería la responsable la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, por haberle impedido con hechos consumados no tanto pedir como obtener un pronunciamiento cautelar de un Tribunal, ha ajustado su actuación a lo establecido en el art. 60.1 LOEx, que establece que “los extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país serán retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible”, plazo que, como se deduce del inciso segundo no deberá exceder normalmente de setenta y dos horas. Este precepto no excluye el derecho a interesar la suspensión cautelar ni ante la Administración ni ante los Tribunales y así viene siendo interpretado por el Tribunal Supremo (Sentencia de la Sección Quinta de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 28 de febrero de 2006, dictada en recurso 6845-2002, FJ 4). De su tenor [lo mismo que del art. 13.2 del Reglamento (CE) núm. 562-2006, del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen), posterior a la resolución administrativa sobre la que versa este recurso de amapro] sin embargo, puede deducirse que no reconoce al ciudadano extranjero rechazado el derecho a que la Administración se abstenga de ejecutar el retorno en tanto inste la suspensión cautelar y obtenga un pronunciamiento del órgano competente sobre la misma. Si como regla general el legislador quiere que la devolución se materialice “de forma inmediata” y dentro del plazo máximo de setenta y dos horas es que excluye pura y simplemente la posibilidad de que la eventual solicitud de una medida cautelar determine per se su paralización hasta que exista un pronunciamiento judicial. Obsérvese que cuando el legislador ha querido excluir el retorno inmediato, como en el caso de la petición de reexamen de la inadmisión a trámite de una solicitud de asilo, lo ha dicho expresamente (art. 5.7 en relación con art. 17.1 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo).

La argumentación del demandante, en el sentido de que resulta constitucionalmente exigible, en virtud del derecho a la tutela judicial efectiva, esa paralización hasta que quede abierta la vía judicial y exista un pronunciamiento del Juez o Tribunal competente, no puede ser aceptada. En efecto, la autotutela de la Administración que es significativa a los efectos que examinamos es la que supone ejecución de resoluciones que alteran situaciones jurídicas preexistentes. Las resoluciones mediante las que la Administración, como poder público, declara el derecho con presunción de validez (art. 57.1 LPC) pueden, naturalmente tener muy diferente alcance e intensidad: desde la negativa a cambiar una situación dada hasta alterar, incluso por propia iniciativa de la Administración, situaciones fácticas y jurídicas preexistentes ordenando la restauración del orden jurídico perturbado o imponiendo sanciones. Fuera de los casos de alteración de la situación jurídica preexistente, la autotutela administrativa pierde buena parte de su especificidad. A diferencia de lo que sucede con la expulsión de un ciudadano extranjero, el rechazo en frontera supone una resolución negativa, que le deniega la entrada en España, en la que la Administración no altera la situación previa a la denegación en la que se encontraba el interesado. Aunque las “zonas de tránsito” o de “rechazados” de los aeropuertos españoles sean territorio español (ATC 55/1996, de 6 de marzo) y pese a que quienes allí se encuentran están sometidos a un poder público español (STC 53/2002, de 27 de febrero), éstos no han entrado, jurídicamente hablando, en este país. Por esa razón el legislador se refiere al retorno en el art. 60 LOEx, como consecuencia específica de la denegación de entrada, sin mencionar esa figura, en cambio, en el art. 28.3 LOEx, que regula los supuestos de “salida obligatoria”, noción que presupone la entrada previa. Como expusimos en la antes citada STC 72/2005, de 4 de abril, en esas hipótesis los ciudadanos extranjeros pretenden entrar en España, lo que supone que tal entrada no se ha materializado. Es ciertamente indiscutible que en el proceso contencioso-administrativo pueden pedirse por los recurrentes y adoptarse por los tribunales medidas cautelares positivas (ello está expresamente admitido en el preámbulo de la LJCA). Pero la efectividad de la tutela judicial no impone que cuando la Administración ha resuelto negativamente una solicitud, la petición de que se suspenda cautelarmente la ejecución de lo resuelto sitúe a aquélla en la obligación de alterar positivamente el statu quo previo; tal obligación sólo existirá cuando la medida cautelar haya sido efectivamente adoptada por el órgano judicial y comunicada al órgano administrativo (art. 134.1 LJCA). Si en la antes citada SSTC 78/1996, de 20 de mayo, concedimos el amparo fue precisamente porque la Administración, antes de que el interesado hubiera podido obtener un pronunciamiento judicial sobre la ejecutividad de lo resuelto por aquélla, inició la ejecución de una sanción disciplinaria que le había impuesto, acto que, a diferencia de uno meramente negativo, suponía la alteración de la situación jurídica anterior; en el caso de la también citada STC 199/1998, de 13 de octubre, la actividad de la Administración cuya ejecutividad se discutía era también un acto que alteraba la situación jurídica existente, pues se trataba de la orden de desalojar una vivienda por sus moradores.

Parece obvio que si el demandante no había entrado en España no podía exigir a la Administración, con invocación del derecho a la tutela judicial efectiva, que le franqueara el paso y le permitiera su estancia en el país hasta que hubiera obtenido un pronunciamiento judicial cautelar. Se trata de algo que, por otra parte, hemos negado que sea constitucionalmente exigible para los solicitantes de asilo (STC 53/2002, de 27 de febrero), a los que sólo se reconoce un derecho a permanecer en el puesto fronterizo de modo provisional en tanto se resuelve sobre la admisión a trámite de la solicitud, ya que “el solicitante de asilo en frontera carece de todo derecho, ni constitucional ni legal, a entrar o circular por España” (STC 53/2002, citada, FJ 4). Si no hay fundamento en la CE para que el ciudadano extranjero solicitante de asilo (institución reconocida en el art. 13.4 CE) entre provisionalmente en España, más difícil será encontrarlo para que disfrute de ese derecho quien pretende la entrada no para eludir peligros para su vida o libertad sino con otras finalidades. Obviamente tampoco es exigible en virtud del citado derecho fundamental la permanencia en la llamada “zona de rechazados” del aeropuerto en tanto un órgano judicial resuelve la pretensión cautelar; ello supondría someter al recurrente a un estado de compulsión (STC 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 4) por un período de tiempo indeterminable, cuya duración dependería tanto de la diligencia del ciudadano extranjero en plantear su solicitud de tutela cautelar al órgano judicial como de la celeridad de éste en darle respuesta. La ejecución inmediata del retorno forzoso no es consecuencia tanto de que la denegación de entrada requiera por sí misma un actuar de la Administración, sino de la propia naturaleza de las cosas. No hay, pues, inconveniente constitucional en que, sin perjuicio del derecho del demandante a promover recurso contencioso-administrativo contra la resolución que le denegó la entrada en España y a solicitar en el seno del mismo las medidas cautelares que tenga por convenientes, la Administración proceda a materializar su retorno, sin que ello suponga, por utilizar los términos de la STC 78/1996, que la Administración se haya erigido en Juez, de modo que no puede considerarse que su actuación en este caso vulnerase el derecho fundamental del demandante a la tutela judicial efectiva. Tampoco puede, en consecuencia, aceptarse que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, al desestimar el recurso contencioso-administrativo del demandante, desconociera tal derecho fundamental. Encontrándose también esta última queja, como las anteriores, en el caso del art. 50.1 c) LOTC (en su redacción anterior a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo), procede la inadmisión de este recurso de amparo, que no justifica una decisión en forma de Sentencia sobre el fondo de sus alegaciones.

Por todo lo expuesto, la Sección

ACUERDA

La inadmisión del presente recurso de amparo.

Madrid, a quince de septiembre de dos mil ocho