

10 11 1

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SEVILLA

SENTENCIA

ILMOS. SRES:

D. ANTONIO MORENO ANDRADE

D. EDUARDO HERRERO CASANOVA

D. JOSÉ SANTOS GÓMEZ

Sevilla a veintiocho de octubre de dos mil diez.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, formada por los Magistrados que arriba se expresan, ha visto **EN NOMBRE DEL REY** el recurso de apelación nº. **437/2010**, interpuesto contra la sentencia de 7 de junio de 2010, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 2 de Ceuta, en los autos nº. 81/2010, siendo parte apelante don ██████████ representado y asistido por el Letrado ██████████ y parte apelada la Delegación del Gobierno en Ceuta, representada y asistida por el Sr. Abogado del Estado y por tratarse de un proceso especial de Derechos Fundamentales interviene el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. José Santos Gómez, quien expresa el parecer de la Sección Segunda.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 7 de junio de 2010 el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 2 de Sevilla, dictó sentencia en los autos 81/2010, cuya parte dispositiva desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto pro el proceso la protección de Derechos Fundamentales de la persona, contra la vía de hecho de la Administración consistente en no permitir al actor trasladarse a territorio peninsular una vez obtenida la admisión a trámite de petición de asilo.

SEGUNDO.- Contra la resolución indicada, se presentó en tiempo y forma recurso de apelación por don ██████████, habiendo las partes expuesto sus alegaciones, que quedan unidas.

TERCERO.- No se ha abierto fase probatoria en esta instancia.

CUARTO.- Señalado día para votación y fallo, tuvo éste lugar con arreglo a lo que a continuación se expresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como cuestión previa a la pretensión de fondo debe resolverse la petición sobre recibimiento a prueba en esta segunda instancia. El régimen jurídico se contiene en el art. 85.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción y permite el derecho al recibimiento a prueba, únicamente en los supuestos en que las pruebas fueron denegadas o indebidamente practicadas, por causas que les sean imputables a las partes. No es atendible la petición pues la denegación de las pruebas fue ajustada a Derecho, en la medida en que la petición del recibimiento a prueba se denegó por infracción del art. 60 en relación con el art. 120 de la normativa referida, pues no se concretaron los puntos de hecho sobre los que debía versar la prueba; sin que el auto denegatorio fuera impugnado por lo que la parte actora no agotó los recursos procesales que la normativa le brinda para apoyar su derecho.

SEGUNDO.- Por lo que se refiere a la cuestión de fondo la Sección Cuarta de esta Sala se ha pronunciado en sentencia de 25 de octubre de 2010, dictada en el recurso de apelación 398/2010, en la que se expresó lo siguiente:

PRIMERO.- Se recurre la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n. 2 de Ceuta dictada en el recurso contencioso administrativo n. 76/10, por la que se desestima el recurso interpuesto por el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, contra la vía de hecho de la Administración consistente en no permitir al actor trasladarse a territorio peninsular una vez obtenida la admisión a trámite de su petición de

asilo.

Considera la parte recurrente, como fundamento para acudir al procedimiento especial mencionado, que se ha vulnerado el derecho a la residencia y libre circulación consagrado constitucionalmente.

Y por lo que se refiere a la adecuación del procedimiento ningún reproche se realiza en esta apelación ya que resuelto el tema en la sentencia de instancia en el sentido de estimar correcto acudir a dicho procedimiento especial, la misma no ha sido objeto de impugnación por tal motivo.

Hemos pues de limitar nuestro estudio al fondo del asunto, esto es, a si es correcta o no la actuación de la Administración impidiendo al actor trasladarse a territorio peninsular una vez obtenida la admisión a trámite de su petición de asilo.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia parte de la base de que al no constar que la entrada del recurrente en España lo haya sido de forma regular es posible no reconocerle el derecho cuestionado, solo predicable de quienes tiene derecho a residir en España, y ello como consecuencia de lo previsto en el art. 5 de la Ley 4/2000 cuando limita el derecho de circulación a los extranjeros que se encuentren de forma regular en España.

Tal conclusión no puede ser aceptada por la Sala puesto que si de lo que se trata es de decidir acerca de los derechos que el solicitante de asilo, cuya solicitud ha sido admitida a trámite, tiene, y en concreto la libre residencia y circulación, ha de partirse de la base de que por lo general el solicitante de asilo ha entrado en España de forma irregular, ya que de haber entrado de forma regular carecería de sentido instar dicha solicitud. Así el hecho de que el art. 36.1 h) de la Ley 12/2009 de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo, al que mas adelante nos referiremos, establezca como derecho del quien ha obtenido el derecho de asilo, la libre circulación, sin distinguir la forma de entrada en España, apoya la tesis que sostenemos.

Por otra parte, la interpretación del Juez a qué supondría tanto como sancionar la entrada irregular en España de quien posteriormente ha formalizado una solicitud de asilo, lo que choca con la legislación vigente (art. 17.2 de la ley 12/2009)

Es mas, tal como señala el recurrente en su escrito de apelación, si el art. 25 de la Ley 4/2000 establece que los requisitos exigidos a los extranjeros con carácter general para la entrada en territorio español no se aplica a los solicitantes de asilo no puede deducirse que la entrada irregular en territorio español tenga como consecuencia el no poder reconocer a quien solicita el asilo el derecho a la libre circulación.

TERCERO.- La sentencia sostiene igualmente que del tenor literal del art. 36.1 h) de la Ley 12/2009 de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo, que señala que la concesión del derecho de asilo implicará el reconocimiento, entre otros, del derecho de libre circulación y residencia, cabe concluir que solo a partir de ese momento, es decir, de la concesión del derecho de asilo y no de la admisión a trámite de la solicitud, se podrá gozar del mencionado derecho a la libre circulación.

Pues bien, en principio hemos de partir de la base de que el art. 5 de la Ley 4/2000 reconoce a los extranjeros que se hallen en España en situación administrativa de regularidad el derecho a circular libremente por el territorio nacional y a elegir su residencia.

Desde esta perspectiva todo parece indicar que aquel a quien le ha sido admitida a trámite una solicitud de asilo se encuentra en España en una situación administrativa de regularidad, transitoria si se quiere, pero regular. Y precisamente esa transitoriedad es la que conlleva que el legislador haya modulado o restringido el derecho del que tratamos mediante la imposición de obligaciones, entre las que se encuentra la comunicación de los cambios de domicilio. Limitación esta no exigible a quien ya ha obtenido el derecho de asilo. Esto es, el goce del derecho a la libre circulación lo será con carácter definitivo y sin condicionantes cuando la situación administrativa de regularidad es definitiva, y lo será condicionada cuando dicha situación de regularidad sea provisional, lo que sucede cuando la solicitud de asilo ha sido admitida a trámite pero no ha sido aún concedido el derecho.

CUARTO.- Por otra parte hemos de considerar que a la vista la regulación contenida en la Ley 12/2009 de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo, de la admisión a trámite de la solicitud de asilo no cabe deducir que quien se encuentra en dicha situación no goce del derecho a la libre circulación. En efecto cuando el art. 19. 2 d) establece la obligación de la persona a quien le ha sido admitida a trámite la solicitud de asilo de comunicar sus cambio de domicilio, no supone, como considera el Juez de Instancia, que no goce de dicho derecho, puesto que como tal se recoge expresamente en el art. 36.1 h) para cuando el derecho al asilo ha sido concedido.

Esta misma Sala y Sección ya ha dicho en numerosas ocasiones que la interpretación de las normas jurídicas no puede conducir al absurdo, y ello es lo que ocurre si entendemos que se tiene obligación de comunicar los cambios de domicilio pero no se tiene el derecho de circular libremente. Entonces ¿a que cambios de domicilio se refiere la norma? ¿Solo dentro de la misma

calle? ¿O del mismo barrio? ¿O de la misma ciudad? ¿O solo si la solicitud de asilo se realiza en la península pero nunca fuera de ella?

Todas estas situaciones carecen de sentido y, si estamos a lo dicho mas arriba, se entiende que lo que la norma establece es un derecho condicionado a la notificación del domicilio a circular libremente, cuando la situación de regularidad es provisional, es decir, cuando se ha admitido a trámite la solicitud de asilo, y un derecho definitivo y no condicionado a circular libremente cuando la situación de regularidad es definitiva, es decir, cuando se ha obtenido el asilo.

Y ello es perfectamente compatible con la doctrina constitucional que señala la posibilidad de limitar el goce de los derechos. En efecto la obligación de comunicar los cambios de domicilio es precisamente una limitación al goce del mencionado derecho.

Por otro lado una interpretación contraria a la que aquí propugnamos sería contraria a los principios constitucionales y jurisprudencia constitucional relativa a las interpretaciones restrictivas de derechos fundamentales. Por supuesto que estos se pueden limitar y condicionar, pero el TC exige que tal limitación lo sea a través de una ley y no por vía interpretativa, como aquí acontece. Véanse por todas la STC 94/1993, de 22 de marzo y la mas reciente n. 260/2007, de 20 de diciembre. Concretamente la primera de ellas, además reconoce la libertad de circulación "a los extranjeros que se hallan legalmente en nuestro territorio". Es decir no condiciona el goce a la entrada regular, sino a encontrarse legalmente en España y ninguna duda cabe que a quien se le ha admitido a trámite su solicitud de asilo, expidiéndosele incluso un documento de identidad que le permite su permanencia, al menos hasta que se resuelva definitivamente la petición. Y hasta tal punto ello es así que se exige que comunique cualquier cambio de domicilio. Es decir, resultaría ilógico y contradictorio sostener que carece de autorización para permanecer en España a quien al mismo tiempo se le exige que comunique los cambios de domicilio. Si se reconoce que se tiene un domicilio, el cual hay que comunicar a las autoridades, es porque se esta autorizando su permanencia.

Y la segunda de las Sentencias del TC citadas señala: "Ahora bien, el legislador no goza de absoluta libertad al configurar los derechos de los extranjeros en cuanto a su entrada y, por lo que ahora importa, permanencia en España. En tal sentido, como tiene declarado este Tribunal (SSTC 94/1993, de 22 de febrero, FJ 4; 116/1993, de 29 de marzo, FJ 2; 24/2000, de 31 de enero, FJ 4), los arts. 12 y 13 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, ratificados por España y parámetros de interpretación de los arts. 19 y 13 CE por imperativo de su art. 10.2, reconocen el derecho a la libre circulación de las personas que se hallan legalmente

en el territorio del Estado, de forma que las Leyes y tratados que regulan la circulación de extranjeros en España deben respetar el grado de libertad que reconocen los arts. 12 y 13 del Pacto internacional a todas las personas que se hallan legalmente en el territorio del Estado y las medidas que repercuten sobre la libre circulación de las personas deben fundarse en una Ley, y aplicarla en forma razonada y razonable."

Y la ley efectivamente limita el derecho a la libre circulación de los extranjeros en el art. 5 de la Ley Orgánica 4/2000, en su redacción dada por la LO 2/2009. En efecto este precepto señala que "1. Los extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de esta Ley, tendrán derecho a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por los tratados y las Leyes, o las acordadas por la autoridad judicial, con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición en el que el extranjero tenga la condición de imputado, víctima o testigo, o como consecuencia de sentencia firme.

2. No obstante, podrán establecerse medidas limitativas específicas cuando se acuerden en la declaración de estado de excepción o de sitio, en los términos previstos en la Constitución, y, excepcionalmente por razones de seguridad pública, de forma individualizada, motivada y en proporción a las circunstancias que concurran en cada caso, por resolución del Ministro del Interior, adoptada de acuerdo con las garantías jurídicas del procedimiento sancionador previsto en la Ley. Las medidas limitativas, cuya duración no excederá del tiempo imprescindible y proporcional a la persistencia de las circunstancias que justificaron la adopción de las mismas, podrán consistir en la presentación periódica ante las autoridades competentes y en el alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente."

Como vemos las limitaciones a este derecho solo pueden tener un carácter provisional y además se limita su adopción a supuestos muy especiales y tasados, sin que entre ellos se encuentre a los peticionarios del derecho de asilo cuando su solicitud ha sido admitida.

QUINTO.- Por último y por lo que se refiere a la actuación policial concreta, ninguna duda cabe del derecho de estos a realizar el control fronterizo correspondiente. De ahí la especialidad que supone que el solicitante de asilo se encuentre en Ceuta y no en la península, ya que de encontrarse en ella ningún control, en principio, podría haber sobre sus movimientos.

Pero al especialidad de Ceuta lo será en lo que se refiere al control pero no en cuanto a una limitación no impuesta por Ley.

El que la policía pueda controlar no significa que pueda impedir el goce del derecho. En efecto el control es consecuencia de lo dispuesto en el Acta Final del Acuerdo de adhesión de España al Convenio Schengen, en el que se establece la obligatoriedad de presentar, tanto españoles como extranjeros en las conexiones aéreas y marítimas entre Ceuta con otro punto del territorio nacional, la documentación acreditativa de identidad y situación regular en España. Eso es lo que hizo la Policía correctamente y eso fue lo que hizo el solicitante de asilo, presentó el documento de identidad que le había sido expedido. Pero de ahí a impedir su traslado a la península hay una gran diferencia, tal como hemos visto mas arriba.

SEXTO.- Procede en consecuencia la estimación del recurso interpuesto revocándose la sentencia de instancia y declarándose no ajustada a derecho la actuación de la Delegación del Gobierno en Ceuta objeto del presente recurso, al tiempo que procede reconocer el derecho del recurrente a gozar del derecho a la libre circulación y residencia al haberse admitido a trámite su solicitud de asilo y hasta tanto esta se resuelva, sin que proceda fijar indemnización alguna por cuanto ni se pidieron en la demanda, ni se alegan perjuicios concretos ni se cuantifica el importe de la indemnización.

La única diferencia que presentan estas actuaciones es la constancia de la resolución denegatoria de petición de asilo, lo que no es óbice para asumir el régimen jurídico de la sentencia transcrita.

En base a lo anteriormente expuesto procede la estimación parcial del recurso de apelación.

TERCERO.- No procede conforme al art. 139.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción la imposición de costas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia contra la sentencia que se dice en los antecedentes de esta resolución la cual revocamos y en su

lugar declaramos no ajustada a derecho la actuación de la Delegación del Gobierno en Ceuta objeto del presente recurso, al tiempo que procede reconocer el derecho del recurrente a gozar del derecho a la libre circulación y residencia, con la obligación de comunicar sus cambios de domicilio, al haberse admitido a trámite su solicitud de asilo y hasta tanto se resolvió la petición, sin que proceda fijar indemnización alguna. No procede la condena en costas. Hágase saber a las partes que contra esta sentencia no cabe recurso.

Con certificación de esta sentencia, devuélvase el expediente al lugar de procedencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.