

S E N T E N C I A N º 119

En Madrid, a veinte de Junio de dos mil tres.

El Sr. D. [REDACTED] Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número UNO de Madrid, habiendo visto los presentes autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO número 28/03 seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como recurrente XXXXXX, y de otra la XXXXXXXXXXXX, sobre denegación de entrada y retorno, y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora de los Tribunales D^a. [REDACTED] en nombre y representación de XXXXXXXX, se interpuso Recurso Contencioso-Administrativo contra la Resolución de la Dirección General de la Policía de fecha 04/09/2002.

SEGUNDO.- Por Providencia de fecha 12.03.03 se acordó tener por interpuesto el Recurso, ordenando, conforme establece el artículo 48 de la L.J.C.A., reclamar el Expediente Administrativo a la Administración demandada.

TERCERO.- Por Auto de fecha 21.04.03. se acordó la admisión del Recurso ordenando dar traslado del Expediente recibido a la parte recurrente para formalizar Demanda en el término de VEINTE DIAS.

CUARTO.- Formalizada la demanda por la parte recurrente, por Providencia de fecha 26.05.03. se acordó dar traslado de la Demanda y del Expediente Administrativo a la Administración demandada para contestarla en el plazo de VEINTE DIAS.

QUINTO.- Contestada la demanda, por Auto de fecha 03.06.03 se acuerda fijar la cuantía del recurso en indeterminada, no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba por las partes se declaran las actuaciones concluidas para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo según el escrito de interposición, la resolución de fecha 4 de septiembre de 2002 dictada por la Dirección General de la Policía, y notificada al recurrente el 20 de septiembre de 2002, por la que se acuerda decretar la expulsión del territorio nacional al recurrente.

La resolución originaria de 30.06.2002, en realidad no se refiere a la expulsión del territorio nacional sino a la denegación de entrada en territorio español y retorno al lugar de procedencia, siendo la causa de la misma "no presentar documentos que justifiquen el objeto y condiciones de la estancia prevista".

SEGUNDO.- La fundamentación jurídica tanto de aquella resolución como de la desestimatoria del recurso de alzada se remite a los art. 25 y 60.1 de la L.O. 4/2000, reformada por L.O. 8/2000 y al art. 5.1. c) del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen.

El primero de los preceptos citado dispone: "el extranjero que pretenda entrar en España, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente, que justifiquen el objeto y condiciones de estancia".

Y en correspondencia con ello, el art. 60.1 establece el retorno al punto de origen de aquellos a quienes en frontera no se les permita el ingreso en España.

Por último, el art. 5.1.c) del Convenio de Aplicación citado reglamenta que "para una estancia que no exceda de tres meses se podrá autorizar la entrada en el territorio de las Partes Contratantes a los extranjeros que cumplan las siguientes condiciones presentar los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios adecuados de subsistencia, tanto para el período de estancia previsto como para el regreso al país de procedencia o el tránsito hacia un tercer Estado en el que su admisión esté garantizada, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios".

TERCERO.- Con razón alega la Abogacía del Estado que no existe en nuestra legislación un derecho fundamental a entrar en el territorio nacional; que es éste un derecho de conformación legal y, por tanto, no incondicionado luce tanto del art. 13.1 de la CE como de la propia L.O. 4/2000 y su reforma.

Ello no significa, empero, que rijan en materia de extranjería - es decir, de la regulación de los derechos de los extranjeros en relación con España - la arbitrariedad, ni siquiera la discrecionalidad.

Es sobradamente conocida la teoría general de las potestades discrecionales: son aquellas que, atribuidas por la norma, como todas las

potestades administrativas, permiten un cierto margen de apreciación valorativa a la Administración Pública interviniente en su ejercicio; pero ese margen se mueve en el ámbito de **posibilidades igualmente lícitas** y por ello está vedado a los órganos de la Jurisdicción sustituir, en vía de recurso contencioso administrativo, la decisión de la que haya adoptado la Administración ya que ambas, cualquiera de las dos, son lícitas.

Pues bien, en el ámbito de los derechos y deberes de los extranjeros en España y, concretamente, en el caso enjuiciado, las referencias legales a "documentos que justifiquen el objeto y condiciones de estancia" y "medios de vida suficientes..." no pueden interpretarse a la luz de la discrecionalidad, de tal modo que existan varios documentos, de naturaleza distinta, pero todos igualmente válidos, que justifiquen dicho objeto y condiciones, y otro tanto cabe decir de los medios de vida: o existen o no, pero no es posible admitir su pluralidad y, además, todos igualmente válidos; mantener lo contrario abriría un espacio a la arbitrariedad - que, en definitiva, no es más que actuar sin sujeción a reglas, y por tanto por mera voluntad o capricho, rotundamente prohibida por la CE, ex art. 9.3.

Conviene, pues, a esas determinaciones legales la naturaleza de conceptos jurídicos indeterminados, en los cuales la norma no determina con precisión absoluta el alcance del cómputo que utiliza; en estas - como en la denominada "discrecionalidad técnica" - no existe margen valorativo de la Administración Pública, de tal modo que la situación a que se refiere el concepto jurídico indeterminado - por ejemplo, buen fe, buen padre de familia, ordenado comerciante, mérito y capacidad, etc... - existe o no **de modo objetivo**, con arreglo a **estándares socialmente adaptados**; en suma, los conceptos jurídicos indeterminados **son objetivables** con arreglo a criterios sociales de general aceptación, que vinculan a la Administración en sus decisiones determinando, en otro caso, la invalidez de la adoptada.

CUARTO. - Según resulta del expediente administrativo (f. 2 y 3),

- a) El recurrente que está soltero y viaja solo, manifiesta venir en viaje de turismo sin bien desconoce qué lugares turísticos o de interés cultural tiene pensado visitar limitándose a hacer una referencia genérica a "Madrid y Barcelona"; el tiempo de estancia previsto es de 25 días.
- b) No ha contratado con ninguna agencia turística ni presenta reserva hotelera ni tiene familia en España, aunque sí amigos, de los que ignora su paradero.
- c) Se afirma en el expediente que aquel "dice tener" 1.750 \$ en efectivo - no tarjeta de crédito o cheques de viaje - y que no presenta "ningún documento que justifique el origen del dinero".

No obstante en el informe-propuesta del Principio actuante si se reconoce que presenta 1.700 \$ en efectivo.

- d) No consta, por último, si tenía o no billete de retorno, ni se le ha inquirido por los medios de vida en el país de origen aunque, según manifiesta el recurrente " en su país acaba de terminar sus estudios de administración de empresas y que el viaje se lo ha pagado su padre por terminar los estudios".

QUINTO.- Ciertamente, la inmigración es social y sociológicamente una cuestión problemática que, con mayor o menor intensidad provoca "alarma social" que es, también, un concepto jurídico indeterminado.

Pero esta preocupación, por imperativo constitucional, queda extramuros de la función jurisdiccional en sentido estricto.

Así lo impone el art. 117 CE y, desde otra perspectiva, a los órganos encargados de ejecutarla - Juzgados y Tribunales corresponde el control de legalidad de la actividad administrativa, ex art. 106 CE; actividad que, en el caso del rechazo en frontera es, incluso conceptualmente, casuística, sin posibilidad de reglas generales, salvo las expresamente definidas en la norma, de tal modo que exige un análisis muy pormenorizado de cada caso pues infinitas son las circunstancias que pueden incidir en cada extranjero susceptible de ser rechazado.

Sobre estas bases, y sobre las argumentaciones - que, en realidad, no son más que presunciones - que ofrece la Administración Pública actuante en las resoluciones impugnadas, el recurso debe prosperar.

Por la Teoría General de las presunciones (art. 1249 y ss Cc) es sabido que no constituyen un medio de prueba sino un **criterio de valoración** de la existente; requiere, pues, un juicio lógico de interpretación y para que despliegue su eficacia, a tenor de lo dispuesto en el art. 1.253 del Cc, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquél que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Son, pues sus elementos:

El hecho demostrado, generalmente denominado en doctrina "afirmación base", puede o no haber sido objeto de alegación por las partes, pero es imprescindible que se encuentre plenamente acreditado en el proceso. Es el punto de partida para la elaboración del juicio lógico que ha de efectuarse para establecer la presunción, y puede tratarse de un hecho único de una serie compaginada de ellos.

El hecho que se trata de deducir, y que en la doctrina se conoce como "afirmación presumida", es el que tiene valor probatorio e incide directamente sobre la Sentencia, y debe encontrarse alegado en el proceso, sin que se encuentre suficientemente probado por otros medios.

Finalmente, entre la afirmación base y la afirmación presumida como resultado de la labor racional del Juez, debe existir un enlace preciso y directo, de modo que, además de consistir en un juicio lógico acertado, tenga un valor racional evidente, lo que habrá de conseguirse si este enlace o nexo entre ambas afirmaciones, tiene precisión e inmediatez intelectual, respondiendo todo ello al criterio conducido por la luz de la recta razón.

Pues bien, de admitirse aquéllas como suficientes para el rechazo en frontera y retorno, se estaría admitiendo el entronizamiento de la más absoluta arbitrariedad - es decir, de la voluntad caprichosa y subjetiva - en este ámbito.

A nadie se le puede hacer un exámen de geografía, de historia o cultura españolas; a nadie se le puede exigir que, previamente tenga familiares en el territorio nacional pues, aplicando la tesis de la resolución originaria el primer familiar que intentó entrar en España ya fue rechazado; a nadie se le puede exigir que, para viajar a otro país, necesariamente deba contraer matrimonio o hacerlo acompañado.

No se alcanza a entender del todo a que se refiere el acta - f.2 citado - cuando afirma que el recurrente no presenta ningún documento que justifique el origen del dinero; cabe, pues, preguntarse si se está refiriendo a la nómina de su salario o al documento de cambio de moneda, pero en cualquier caso acreditar el origen de dinero metálico no es tarea fácil a estos efectos.

Por otro lado, no todos los turistas que visitan España viajan con reserva de hotel o con un poder adquisitivo significativo y, por el contrario, aproximadamente 70 euros diarios permiten una estancia modesta, desde luego, pero posible, y a este respecto el Tribunal Supremo en sentencia de 19.06.2001 ha señalado que "en cuanto a la segunda de las causas por las que la Administración ha justificado la expulsión - carecer de medios ilícitos de vida - que la ciudadana colombiana expulsada cambió 1.500 dólares (178.320 pesetas) ..., lo que en principio acredita una disponibilidad económica que no cabe sin más calificar como de origen ilícito, sin haber ofrecido antes algún elemento o indicio de cargo que efectivamente puede conducir a esa calificación de ilicitud del origen de dichos 1.500 dólares, pues lo único que resulta del expediente es que la actora obtuvo el contravalor en pesetas de la divisa mencionada, sin que este dato objetivo, que de por sí solamente prueba la disponibilidad de la suma correspondiente para atender las necesidades vitales, pueda convertirse sin más, por una pura afirmación de la autoridad administrativa sin soporte probatorio alguno, en una prueba de cargo de

ilicitud del origen para justificar el acto de la expulsión", en cualquier caso, no parece dudoso que existan nacionales que disponen de cantidades menores para sobrevivir.

Así, pues, la Administración pública ha aplicado, a juicio del proveyente, tanto un estándar social erróneo al objeto de la estancia y a los medios de vida de que dispone el recurrente, como no ha documentado con el suficiente rigor las afirmaciones base de que trae causa con afirmación presumida, es decir, el incumplimiento por el momento de los requisitos de entrada.

Pueden surgir, desde luego, dudas, sospechas incluso, de que el reiterado objeto es la entrada legal para devenir ilegal la permanencia en el territorio nacional, pero por tratarse de la limitación de un derecho, por muy de conformación legal que éste sea, ha de exigirse una probanza más sólida o, al menos, unos indicios más precisos; los extranjeros, y no es ocioso reiterarlo, gozan, en los términos de la ley y los Tratados desde luego, los mismos derechos - de todos los contemplados en el Título 1, a salvo lo dispuesto en el numeral 2 del art. 13 CE y, con las matizaciones que no son del caso hacer ahora, del art. 14 -. Este mandato constitucional no puede, por la vía del proceso aplicativo de la norma que lo conforma y regula, quedar vacío de contenido haciendo interpretaciones que desbordan cualquier estándar de interpretación e intelección, que serían rotundamente realizados en otro ámbito de la actividad administrativa y, en todo caso rechazables si se aplicasen a los nacionales españoles por otros Estados los mismos criterios mediante la reciprocidad.

Finalmente, la Administración demandada ha aportado una sentencia de la sala de lo Contencioso Administrativo del TSJM que, en su decir, avala la tesis de la resolución impugnada. Sin embargo, la misma ha sido dictada en procedimiento especial de protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona, que tiene su propia especificidad y, por ello, no se pronuncia sobre lo que constituye el objeto principal de este procedimiento; únicamente en el Fundamento de Derecho 7º, párrafo 2º alude a las circunstancias concretas que motivaron la resolución de rechazo en frontera y retorno, pero conectándolas con el requisito de la motivación. Y, solo muy tangencialmente, casi obiter dicta - pues está analizando, como se ha dicho, la motivación de la resolución administrativa - afirma que " Ello hace que no esté demostrado, como la Administración afirma, la razón de su viaje".

SEXTO.- Procede, en consecuencia, declarar no ajustado a Derecho el acto administrativo impugnado y, en consecuencia, declararlo nulo.

No es posible sin embargo, acoger la pretensión subsidiaria de la Abogacía del Estado, a saber, que de estimarse el recurso, se reconozca al recurrente exclusivamente el Derecho " a la estancia en España durante el tiempo que tenía

previsto permanecer aquí cuando le fue denegada la entrada (25 días) pero en ningún caso con una duración mayor al número de días proyectado inicialmente".

El "carácter revisor" de la jurisdicción contenciosa administrativa está sometida, más aún desde la vigencia de la Ley 29/98, a constante revisión.

Basta citar, como ejemplo, la STSJ Andalucía de 13.2.2001: si alguna nota ha sido destacada a la hora de delimitar el procedimiento contencioso administrativo, esta, sin duda, ha sido la de ser una jurisdicción esencialmente revisora. Tal carácter ha sufrido una profunda transformación de cómo se entendía en su primera formulación a cómo se entiende hoy, actualmente se considera que hemos pasado de la justicia del acto, que venía limitado casi a una mera declaración de validez o anulabilidad del acto atendiendo a la legalidad o no del mismo, para pasar a una justicia plena de tutela de derechos e intereses, a una "verdadera tutela de derechos e intereses legítimos". Fiel reflejo de lo que decimos se plasma en variadísimos problemas que se han visto reformados bajo el manto protector y garantista que representa la de ser una jurisdicción plena de tutela de derechos e intereses; con todo, nadie discute el carácter esencialmente revisor de esta jurisdicción, lo que le otorga una peculiaridad exclusiva por la vinculación que se crea, a efectos de viabilidad formal, respecto del antecedente necesario en vía administrativa, de suerte, y en lo que ahora interesa, que el objeto del recurso contencioso-administrativo viene condicionado e identificado por el objeto que se haya planteado ante la Administración, entendiéndose por objeto la materia o tema planteado, en lo que respecta a su verdadero contenido, que es lo que sirve de base y el que configura la petición y pretensiones correspondientes. Como señala la propia Exposición de Motivos de su Ley reguladora, la jurisdicción contencioso administrativa es revisora, en cuanto requiere la previa existencia de un acto de la Administración y en tal sentido, ha precisado reiterada jurisprudencia que "el art. 69.1 de la Ley Jurisdiccional autoriza a introducir en el debate procesal temas no tratados en vía administrativa mientras no padezca el principio de contradicción firmemente asentado en los arts. 43 de la citada Ley y 24.1 de la constitución pero no permite que se puedan introducir en la demanda pretensiones nuevas y distintas a las formuladas en vía administrativa". Pues bien al determinar los arts. 43.1 y 69.1 de la LJ, que "esta jurisdicción juzgará dentro de los límites de las pretensiones de las partes y de las alegaciones para fundamentar el recurso y la oposición" y que "en los escritos de demanda y contestación se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de derechos y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de los cuales pueden alegarse cuantos motivos procedan aunque no se hubieran expuestos en el previo recurso de reposición o con anterioridad", lo que se está autorizando es la alegación de cuantos motivos se tengan por convenientes se hayan o no utilizado en sede administrativa".

Existe, pues, en el caso un acto administrativo, pero la pretensión de la parte recurrente se vincula exclusivamente al derecho de entrada en el territorio nacional; no ejerce, pues pretensión alguna relacionada con la estancia durante un periodo temporal concreto, limitándose, como ya se ha dicho a señalar como posible un periodo de 25 días.

Por tanto, este órgano jurisdiccional no puede más que controlar la legalidad del acto que se somete a su jurisdicción y, además, carece absolutamente de competencia para determinar el plazo de estancia del recurrente en España ante un eventual regreso.

SÉPTIMO.- No habiéndose deducido por el recurrente pretensión resarcitoria alguna conforme autoriza el art. 31.2 L.J.C.A. ningún pronunciamiento ha de hacerse sobre este particular.

OCTAVO.- Por último, el juzgado es consciente de que otros órganos jurisdiccionales de la misma jerarquía y sede han dictado resoluciones de sentido contrario a la tesis mantenida en la presente. Sin embargo, es doctrina constitucionalmente asentada que tal circunstancia no conculca los arts. 14 y 24 CE por corresponderse con el Principio, también constitucional, de independencia de Juzgados y Tribunales.

NOVENO.- En cuanto a los **recursos** contra la presente resolución, el mismo criterio de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 8ª) del TSJM que ha servido para atribuir a este Juzgado la competencia para el conocimiento del recurso que impide admitir el de apelación.

En efecto, el TSJ afirma que la "cuantía es perfectamente determinable pues no es otra que los perjuicios que se causan a quien dice venir, además, por razones turísticas y que no son otros que el importe de los billetes de avión y, en su caso, los gastos de reserva hotelera, cantidad muy inferior no solo a 60.000 euros, sino también a 18.000 euros, por lo que dimanando el acto de un órgano periférico de la administración del Estado, de cuantía perfectamente determinable e interior a 18.000 euros, sin que dicho acto se dicte en el ejercicio de potestades sobre el dominio público, ni afecte a obras públicas del Estado, expropiación forzosa y propiedades especiales".

En consecuencia, y en virtud de lo dispuesto en el art. 81.1 a) de la Ley Jurisdiccional, no cabe interponer recurso alguno contra la presente Sentencia a salvo, desde luego, el recurso de casación en interés de la Ley regulado en el art. 100 L.J.C.A.

DECIMO.- A tenor de lo dispuesto en el art. 139 LJCA no se hace declaración sobre costas.

FALLO

Que **ESTIMANDO** el Recurso formulado por la parte recurrente, debo declarar y declaro no ajustada a Derecho la Resolución impugnada, sin hacer declaración sobre Costas.

Notifíquese la presente Resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer Recurso alguno.

Así, por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a las actuaciones y archivando el original en el libro de sentencias de este Juzgado, lo pronuncio, mando y firmo.

EL MAGISTRADO-JUEZ