

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº1 DE MADRID

SENTENCIA Nº 227/03

En Madrid, a uno de diciembre 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 ABREVIADO número 119/03 seguidos ante este Juzgado entre partes, de una como recurrente D. representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. [REDACTED] y defendido por la Letrada D^a. [REDACTED] y de otra la DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA representada y defendida por el Abogado del Estado, sobre denegación de entrada en territorio español, y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte recurrente se interpuso demanda Contencioso-Administrativa contra la resolución de 17.05.02, dictada por la Dirección General de la Policía, y en cuyo suplico se solicitaba se dictara sentencia estimatoria de sus pretensiones.

SEGUNDO.- Por providencia de fecha 09.10.03, se acordó admitir a trámite la demanda por el procedimiento Abreviado nº 119/03, y al tiempo que se ordenaba reclamar el expediente administrativo a la administración demandada, se señalaba la celebración de la vista para el día 25.11.03, a las 09:45 horas de su mañana, celebrándose la misma con el resultado obrante en autos,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo según el escrito de interposición, la resolución de fecha 17.12.02, dictada por la Dirección General de la Policía, Comisaría General de Extranjería y Documentación por la que se desestima el Recurso e Alzada interpuesto por la parte recurrente, contra la Resolución denegatorio de entrada y retorno a su País de procedencia, dictada por la Dirección General de la Policía, Puesto Fronterizo del Aeropuerto de Madrid-Barajas.

La resolución originaria de 9.10.02, deniega a la recurrente la entrada en territorio nacional y acuerda el retorno al lugar de procedencia.

SEGUNDO.- La fundamentación jurídica tanto de aquella resolución como de la desestimación del recurso de alzada se remite a los art. 25.1 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 citados 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. 51.1.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 periodo 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 rija 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 estas 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, buena fé, 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),

Que el pasajero manifiesta que el motivo de su visita es por turismo, siendo el tiempo de estancia previsto de veinte días.

Que es la primera vez que viene a España, viajando por cuenta propia, no habiendo contratado con agencia turística, viaje programado por nuestro país.

Es su deseo conocer la ciudad de Madrid, no pudiendo en estos momentos concretar los lugares turísticos o de interés cultural o artístico que desea visitar.

El pasajero **carece de reserva hotelera** para la totalidad de su estancia, teniendo pensado quedarse hospedado en el domicilio de su tía ████████, la cual se encuentra en nuestro país trabajando en el cuidado de niños, siendo su domicilio en la calle, número cinco, cuarto izquierda, y teléfono

Que carece de carta de invitación de su tía.

Que el viajero está casado, y tiene dos hijos, expresando que los mismos no han podido viajar con él por motivos escolares.

En su país el pasajero trabaja como vendedor de joyas y ropa, ganando unos 300 \$ dólares a mes, no teniendo familia, amigos o conocidos en España que no sean la anteriormente nombrada. En estos momentos, a parte del **billete de avión de retorno**, el pasajero no puede presentar ningún otro documento que justifique el objeto y las condiciones de la estancia prevista.

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.

SEXTO.-En el caso enjuiciado, de admitirse aquellas como suficientes para el rechazo en frontera y retorno, se estaría admitiendo e entronizamiento de la más absoluta arbitrariedad -es decir, de la voluntad caprichosa y subjetiva- en este ámbito.

A nadie se le debe hacer un examen de geografía, de historia o cultura españolas, tampoco exigir que viaje con sus hijos o con su familia.

No consta en el expediente administrativo siquiera los medios económicos de que dispone.

Se indica que carece de reserva hotelera para la **totalidad** de su estancia; se infiera, pues, si la tiene para parte de ella, la situación de ilegalidad ó indocumentación de la persona que cita como referencia, su tía, de suyo y por sí solo, no constituye motivo suficiente de rechazo, y, por otro lado, entre familiares no es costumbre, no constituye un estándar social,

causarse cartas de invitación formal; persona que, no obstante, y según se recoge en el informe propuesto, se presentó en las dependencias policiales "para preguntar por el pasajero", no haciéndose constar tampoco si de tal presentación se siguió alguna actuación.

Por último en el acto de la vista la Abogacía del Estado alegó que habiendo afirmado el recurrente que su estancia sería de 20 días, el billete de vuelta, del que si dispone, indica una estancia de 30 días (del 15.05.02 al 14.06.02; folio 11). Tal extremo carece de importancia pues, frente a lo dicho en sus dependencias policiales, advertido de la posibilidad del retorno a su país, no puede prevalecer sobre una prueba documentada, cual es el citado billete de retorno.

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 recurrente de los requisitos de entrada.

Puede 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, de los mismos derechos -de todos los contemplados en el Título I, a salvo lo dispuesto en el númeral 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 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.

SEPTIMO.- Es cierto que la circular 3/95, de 3 de marzo de la Secretaría de Estado de Interior sobre modificaciones del Régimen General de Extranjería como consecuencia de la entrada en vigor, el 26 de marzo de 1995, del convenio de aplicación del acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras

comunes, establece circunstancias como las reseñadas en la resolución impugnada. Pero no obstante lo manifestado en su Exposición de Motivos e, incluso lo que parece indicar su mismo título, la jerarquía normativa del citado instrumento no deja de ser la que es y, por tanto está sometida a la regulación legal que se establece en el art. 21.1 Ley 30/92, a cuyo tenor "los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio".

Tiene, pues, validez ad intra pero no ad extra de la Administración Pública actuante.

OCTAVO.- 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 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 inferior a 18.000 euros, sin que dicho acto se dicte en el ejercicio de potestades sobre el dominio público, ni afecto 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.

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

DILIGENCIA.- La extiendo yo, la secretaria Judicial, para hacer constar que en el día de hoy el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de este Juzgado hace entrega de la Sentencia nº 227/03, de fecha uno de diciembre de dos mil tres, que es pública y libro testimonio de la misma que queda unido a las actuaciones procediendo a su notificación a las partes.

En Madrid, a uno de diciembre de dos mil tres. Doy fé.-