

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo
Contencioso-Administrativo
Sección: QUINTA

SENTENCIA

Fecha de Sentencia: 01/04/2005

RECURSO CASACION

Recurso Núm.: 1706/2002

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Votación: 16/03/2005

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.1

Secretaría de Sala : Sra. Fernández Martínez

Escrito por: ADR

**EXTRANJEROS. CONTROL DE ENTRADA EN EL PAÍS. ARTÍCULO 5 DEL
CONVENIO DE SCHENGEN.-**

RECURSO CASACION Num.: 1706/2002

Votación: 16/03/2005

Ponente Excmo. Sr. D.: Rafael Fernández Valverde

Secretaría Sr./Sra.: Sra. Fernández Martínez

SENTENCIA

**TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: QUINTA**

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Mariano de Oro-Pulido y López

Magistrados:

**D. Pedro José Yagüe Gil
D. Jesús Ernesto Peces Morate
D. Segundo Menéndez Pérez
D. Rafael Fernández Valverde
D. Enrique Cancer Lalanne**

En la Villa de Madrid, a uno de Abril de dos mil cinco.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo el Recurso de Casación **1706/2002** interpuesto por **DON E.S.G.B.**, representado por la Procuradora Doña Alicia Martín Yáñez y asistido de Letrada, siendo parte recurrida la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL**

ESTADO, representada por el Abogado del Estado; promovido contra la sentencia dictada el 21 de diciembre de 2001 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso Contencioso Administrativo nº 1061/2000, sobre denegación de entrada en territorio español.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se ha seguido el recurso nº 1061/2000, promovido por DON E.S.G.B., y en el que ha sido parte demandada la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, sobre denegación de entrada en territorio español.

SEGUNDO.- Dicho Tribunal dictó sentencia en fecha 21 de diciembre de 2001, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Alicia Martín Yáñez, en nombre y representación de DON E.S.G.B. contra la resolución dictada por la Dirección General de la Policía de fecha 30 de junio de 2000, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la resolución dictada por la Comisaría de Policía adscrita al Aeropuerto de Barajas, Servicio de Control de Entrada de Extranjeros, de fecha 4 de abril de 2.000, por la que se procedió a denegarle la entrada en territorio español, declaramos ajustada a derecho las citadas resoluciones, sin hacer expresa imposición de las costas causadas".

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación de DON E.S.G.B. se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 11 de febrero de 2002, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

CUARTO.- Emplazadas las partes, el recurrente compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, al tiempo que formuló en fecha 13 de marzo de 2002 el escrito de interposición del recurso de casación, en el cual, tras exponer el motivo de impugnación que

consideró oportuno, solicitó se dictara resolución "casando la resolución impugnada, declarando ser contraria al ordenamiento jurídico, haber lugar a la admisión de entrada en territorio español D. E.S.G.B. ".

QUINTO.- El recurso de casación fue admitido por providencia de fecha 27 de enero de 2004, ordenándose también por providencia de 10 de marzo de 2004, entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO) a fin de que en el plazo de treinta días pudieran oponerse al recurso, lo que hizo en escrito presentado en fecha 31 de marzo de 2004, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y solicitó se dictara sentencia por la que "declare no haber lugar al recurso y se impongan las costas al recurrente".

SEXTO.- Por providencia de 8 de febrero de 2005 se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 16 de marzo de 2005, en que tuvo lugar.

SÉPTIMO.- En la sustanciación del juicio no se han infringido las formalidades legales esenciales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **RAFAEL FERNÁNDEZ VALVERDE**, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso de casación la sentencia que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó en fecha de 21 de diciembre de 2001, en su recurso contencioso administrativo nº 1061/2000, por medio de la cual se desestimó el formulado por **D. E.S.G.B.**, natural de Ecuador, contra la Resolución de la Dirección General de la Policía, de fecha 30 de junio de 2.000, por la que se desestimó el recurso de alzada formulado por el propio recurrente contra la anterior Resolución del Jefe de Servicio del Puesto Fronterizo del Aeropuerto de Madrid-Barajas (por delegación del Delegado del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid), de fecha 4 de abril de 2.000, por la que se acordó denegar al recurrente la entrada en el territorio nacional así como el retorno al lugar de su procedencia

(Guayaquil), que habría de efectuarse a las 12.50 horas del día 5 de abril de 2.000 en la compañía transportadora Iberia.

SEGUNDO.- Como decimos, la Sala de instancia desestimó el recurso contencioso administrativo, confirmando las Resoluciones impugnadas.

Tras dejar constancia de la jurisprudencia constitucional (SSTC 94/1993, de 22 de marzo y 116/1993, de 29 de marzo) que reconoce a los extranjeros la titularidad de los derechos fundamentales a residir y desplazarse libremente previstos en el artículo 19 de la Constitución "*si bien en los términos que establezcan los tratados y la Ley (art. 13.1 CE)*", reproduce el artículo 5.1 del Acuerdo ---en realidad, se trata del Convenio--- de Schengen (que establece las condiciones para la autorización de entrada de extranjeros en el territorio de las Partes contratantes del Acuerdo), así como los artículos 23.1 y 2 y 24.2 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los extranjeros en España y de su integración social (en su versión anterior a las modificaciones llevadas a cabo por las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre y 14/2003, de 20 de noviembre).

La sentencia recoge las siguientes y concretas conclusiones: "Descendiendo al estudio particularizado del supuesto aquí contemplado, el recurrente manifestó ante funcionarios del puesto fronterizo que venía a España para hacer turismo.

Pues bien, del propio expediente administrativo se desprende inequívocamente la falsedad del expresado motivo y objeto para la entrada en España. En efecto, de las diversas gestiones que fueron efectuadas por personal del puesto fronterizo, ha quedado debidamente acreditado que el recurrente dijo que venía hacer turismo a España, no teniendo reserva de ningún hotel, ni tampoco sabe nada al respecto de los lugares que va a visitar. Todo ello, denota con toda claridad, en atención a criterios de lógica y racionalidad, que la entrada en territorio nacional por parte del recurrente no tenía como objeto el mencionado por el mismo.

Así las cosas, siendo al actor al que indudablemente incumbe acreditar y justificar cumplidamente «el objeto y las condiciones de la estancia prevista» en territorio nacional, es de observar que en el caso concreto no lo ha conseguido, por lo que la denegación de su entrada en territorio nacional por la Administración resulta ser conforme con la normativa reseñada en el fundamento jurídico segundo de la presente resolución, quedando así desvirtuadas la totalidad de las alegaciones aducidas por la parte actora".

TERCERO.- Contra esa sentencia ha interpuesto la representación de **D. E.S.G.B.** recurso de casación, en el cual esgrime como único motivo de impugnación, articulado al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA), por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia que son aplicables para resolver la cuestión objeto de debate.

En concreto, y tras hacer una referencia genérica *“a los preceptos contenidos en la legislación de extranjería, legislación Europa y en nuestra Constitución”*, considera que la respuesta dada por el Tribunal de instancia *“es totalmente subjetiva, sin refrendo legal, por cuanto no se expresa claramente que la pretendida entrada no fuese conforme a derecho, y a la legislación vigente, sino que en base a presunciones y criterios subjetivos, se conforma la resolución administrativa”*. Considera el recurrente que la exigencia del conocimiento de los lugares de interés turístico, o la obligatoriedad de contratar hotel o tour turístico, supondría un gravamen para el interesado para entrar en el país así como una restricción contraria a la Declaración de Derechos Humanos. Cita, igualmente, como vulnerado el artículo 120 CE al no haber motivado y razonado en la sentencia la confirmación de la decisión administrativa, así como el artículo 25 (principio de legalidad) al no poder realizarse una interpretación extensiva de la Ley en contra del interesado.

En el ámbito de la legislación ordinaria, cita como infringidos los artículos 25 de la ley Orgánica 8/2000, el artículo 5 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, e, insiste, por último en los artículos 18, 24, 25 y 120 CE, alegando la ya citada falta de motivación (ahora, de

la resolución administrativa), así como la vulneración de los principios de presunción de inocencia y el de tutela judicial efectiva.

CUARTO.- El precepto que sirve de fundamento a las Resoluciones administrativas que fueron revisadas en la sentencia de instancia fue el artículo 5 del Convenio para la Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, que en su apartado 1 dice así: “1. *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 condiciones siguientes:*

a) *poseer un documento o documentos válidos que permitan el cruce de la frontera, determinados por el Comité ejecutivo;*

b) *estar en posesión de un visado válido cuando éste sea exigido;*

c) *en su caso, 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;*

d) *no estar incluido en la lista de no admisibles;*

e) *no suponer un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de una de las Partes contratantes”.*

Debemos insistir en que el precepto que sirvió de fundamento es el mencionado precepto convencional (5.1.c del Convenio), aunque con rango de ley (el Instrumento de Ratificación del Protocolo de Adhesión de España al citado Acuerdo es de fecha 23 de junio de 1993, BOE de 13 de marzo de 1997), por cuanto la legislación interna española en vigor en el momento de dictarse la Resolución denegatoria de la entrada era la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y de su Integración Social, no exigía el expresado requisito de presentar los documentos que justificaran el objeto y las condiciones de estancia, limitándose el artículo 23.1 (dedicado a los “*Requisitos para la entrada en territorio español*”) a señalar que “*el extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de*

convenios internacionales suscritos por España y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España”; añadiéndose en el 24.2. siguiente que “a los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, les será denegada mediante resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deben formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada”. Requisito tampoco contemplado en la inicial Ley Orgánica 7/1985, de 1º de julio, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (artículos 11 y 12).

Por el contrario, el requisito sí vendría exigido por la norma reglamentaria en vigor en el momento de los hechos, a la sazón el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1º de julio, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, aprobado por Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero (que, por una parte, derogó el inicial Reglamento de la Ley Orgánica citada, aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, y que, por otra parte, se mantuvo en vigor hasta su derogación por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, ---hoy sustituido por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre---, que aprobaron sucesivamente los Reglamentos de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, tras sus dos modificaciones). Pues bien, la citada norma reglamentaria, en su artículo 26 dispuso que “los extranjeros deberán, si así se les requiere, especificar el motivo de su solicitud de entrada en España. Los funcionarios encargados del control de entrada deberán exigirles, en caso de duda, la presentación de documentos que justifiquen o establezcan la verosimilitud del motivo de entrada invocado”.

Cuestión distinta ---más sin que resulte de aplicación al supuesto de autos--- sería tras la modificación de la citada Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, introduciéndose entonces en el nuevo artículo 25.1 (que, en realidad, era una reenumeración del anterior 23.1 citado) la expresión *“Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia”*; precepto que no resultaría modificado por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. También con posterioridad a los hechos determinantes del recurso, el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero,

aprobado ---tras su reforma por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre--- por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, insistiría en tal requisito en su artículo 1º, y, detallaría en su artículo 24, desde una perspectiva documental, los requisitos precisos para tal justificación, en función del tipo de viaje de que se tratara. Igualmente, y con pequeños matices, en la actualidad el requisito se contempla en los artículos 1º y 4.1.c) del vigente Reglamento de la Ley, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, requisito que es desarrollado en su artículo 7.

A lo anterior, simplemente añadiremos que, por su parte, el artículo 56.1 de la misma Ley Orgánica 4/2000 (60 tras la modificación por la Ley Orgánica 8/2000) determina la forma de proceder al retorno, a su punto de origen y en el plazo mas breve posible, de los extranjeros a los que en la frontera no se les permita el ingreso en el país ---con intervención judicial e internamiento en lugar designado al efecto--- siendo, el procedimiento a seguir, desarrollado (con posterioridad a los hechos del recurso) en el artículo 137 del mencionado Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, y, hoy, en el artículo 156 del actual Reglamento de la Ley, aprobado, como ya hemos señalado, por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

QUINTO.- Los mencionados hechos tuvieron lugar en el Puesto Fronterizo del Aeropuerto de Madrid-Barajas, a las 15.00 horas del día 4 de abril de 2.000, lugar y momento en el que el recurrente se persona ante los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía del citado Puesto Fronterizo, procedente de la ciudad de Guayaquil (Ecuador), desde la que ha viajado a Madrid en el vuelo de la compañía Iberia-6634, siendo requerido para la presentación de los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista.

El recurrente expuso ser la primera vez que viajaba a España, viajar solo, no conocer a nadie, venir por motivos de turismo por diez días, los cuales pasará en Madrid, contar con reserva para el Hotel Convención (desconociendo, sin embargo, los días que tenía abonado), y querer conocer las partes mas bonitas e interesantes de la ciudad. Al margen de lo anterior expone que trabaja como supervisor en una compañía, traer la cantidad de 1.080 \$, y que tanto este dinero, como el

pasaje, --que incluye el de regreso-- se lo han ayudado a pagar sus padres.

En el Informe propuesta de denegación de entrada se expone que puestos en contacto con el Hotel Convención para la comprobación del “voucher” que porta el pasajero, por el citado Hotel se manifiesta que con el nombre del recurrente no figura ninguna reserva, deduciéndose, en el mencionado Informe “que el `voucher` carece de legitimidad”, y añadiéndose, a continuación, que “desconoce sitios turísticos a visitar y lugares importantes a conocer”, circunstancias de las que se deduce que “no presenta ningún interés turístico”.

La Resolución denegatoria de la entrada se fundamenta en que “el pasajero no reunía el requisito de presentar los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de estancia previstas que la legislación vigente exige para que pueda autorizársele la entrada”, circunstancia que es ratificada al resolver la alzada formulada por el recurrente, en la que se insiste en la comprobación de que la reserva no existía, “es decir, el recurrente no acreditó ser cierto lo manifestado en la frontera”.

Por otra parte, ya conocemos ---pues lo hemos transcrito en el Fundamento Segundo de la presente sentencia--- los razonamientos de la Sala de instancia para declarar ajustadas a derecho las mencionadas Resoluciones administrativas.

Hemos de descartar, por supuesto, que, desde una perspectiva formal, en la función de control llevada a cabo por los funcionarios actuantes se haya producido la vulneración de las normas establecidas, en la forma en que ha sido interpretadas por el Tribunal Constitucional (STC 13/2000, de 29 de enero), que señaló que *“los requerimientos policiales de identificación efectuados a fin de controlar el cumplimiento de la legislación de extranjería encuentran cobertura normativa en el art. 72.1 del Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, que obliga a los extranjeros a llevar consigo el pasaporte o documento con base en el cual hubieran efectuado su entrada en España, y, en su caso, el permiso*

de residencia, y a exhibirlos, cuando fueran requeridos por las autoridades o sus agentes, sin perjuicio de poder demostrar su identidad por cualquier otro medio si no los llevaran consigo. Del mismo modo el art. 11 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, dispone que «los extranjeros que se encuentren en territorio español están obligados a disponer de la documentación que acredite su identidad y el hecho de hallarse legalmente en España, con arreglo a lo dispuesto en las normas vigentes», pudiendo ser requerida su identificación a tenor del art. 20.1 de dicha norma. Pues bien, es en el marco del ejercicio de esta potestad, amparada legalmente cuando no se desvía de la finalidad para la que se otorgó, en el que ha de indagarse si se produjo una discriminación encubierta por motivos raciales. A tal efecto, forzoso es reconocer que, cuando los controles policiales sirven a tal finalidad, determinadas características físicas o étnicas pueden ser tomadas en consideración en ellos como razonablemente indiciarias del origen no nacional de la persona que las reúne.

A esto cabe añadir que el lugar y el momento en el que dicha persona se encuentra, en los cuales es usual que lleve consigo la documentación acreditativa de su identidad, hace que no resulte ilógico realizar en ellos estos controles, que, por las circunstancias indicadas, resultan menos gravosos para aquél cuya identificación se requiera. La variedad de circunstancias de esta índole (lugares de tránsito de viajeros, de hospedaje, zonas con especial incidencia de la inmigración, etc.) determina que su valoración sea eminentemente casuística. A lo anterior ha de añadirse que, aun contando con cobertura legal y ejercitándose el requerimiento para el cumplimiento del fin previsto normativamente, el ejercicio de las facultades de identificación ha de llevarse a cabo de forma proporcionada, respetuosa, cortés y, en definitiva, del modo que menos incidencia genere en la esfera del individuo. La transgresión de esta condición de ejercicio, no sólo hace a éste contrario al Ordenamiento, sino que puede ser reveladora de que, la que en principio puede parecer una razonable selección de las personas a identificar en el ejercicio de las funciones policiales, no es tal, sino que ha sido efectuada o aprovechada para infligir un daño especial o adicional a quienes pertenecen a determinado grupo racial o étnico. Es decir, que bajo el manto protector del ejercicio de unas funciones legalmente previstas se encubre un móvil racista o xenófobo en la decisión misma de ejercitar

dichas funciones o en el modo concreto en que, atendidas las circunstancias, se llevaron a cabo”.

SEXTO.- Un principio de unidad de doctrina y seguridad jurídica nos obliga a mantener y ratificar la doctrina establecida en la STS de 1 de abril de 2.005 (RC 1016/2002), que en su Fundamento Sexto se expresa en los siguientes términos:

«Sexto.- La norma que hemos transcrito en el fundamento de derecho segundo de esta sentencia no exige que *en todo caso* hayan de ser presentados *los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista*. Lo exige *en su caso*. Lo cual debe entenderse en el sentido de que la no presentación de esos documentos justificativos puede amparar una decisión de denegación de la entrada no siempre, sino sólo: a) cuando haya datos o circunstancias, y así se exprese razonadamente en la decisión, que levanten la sospecha de que el objeto y/o las condiciones de la estancia declarados no se corresponden con la realidad; y b) cuando por su naturaleza o por su singularidad, sea usual que el viajero esté en posesión de documentos que justifiquen aquel objeto y/o aquellas condiciones.

SÉPTIMO.- En consecuencia, la norma convencional que analizamos (con la expresión “*en su caso*”), habilita a los funcionarios encargados del control de entrada, en los puestos habilitados al efecto, para solicitar, en el marco del ejercicio de la citada potestad de control, una determinada documentación dirigida a justificar el objeto y las condiciones de la estancia prevista en el país. Si bien se observa, de las cinco condiciones que el citado artículo 5 del Convenio de Schengen establece, es ésta la única que aparece precedida por la expresión “*en su caso*”.

La norma, pues, establece, en relación con esta concreta exigencia, un marco de discrecionalidad, que hemos tratado de objetivar en el fundamento anterior, y que, con posterioridad a los hechos, normativamente, concretarían y objetivarían, tanto el artículo 25 de la Ley Orgánica 4/2000 (tras su modificación por la 8/2000) ---que, en concreto, se refiere al deber de “*presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia*”---

, como las dos normas reglamentarias que han desarrollado la citada Ley Orgánica 4/2000 (esto es, como hemos expuesto, los aprobados por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, y, hoy, por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre).

El expresado carácter discrecional de la potestad administrativa que la norma convencional habilita se aprecia, con mayor claridad, si cabe, en la norma interna española, cuya redacción resulta especialmente significativa y sirve para poner de manifiesto que, en realidad, lo pretendido tanto por la norma convencional, como por la reglamentaria a que ahora nos referimos, es la imposición de una obligación principal (1) para poder entrar en el país, y el establecimiento de un mecanismo ---accesorio y documental--- para la acreditación del cumplimiento de la citada obligación (2); elementos ambos, exigibles, en el marco de discrecionalidad que los preceptos establecen:

1º. Pues bien la obligación principal consiste “especificar el motivo de su solicitud de entrada en España”. Esto es, discrecionalmente (el precepto dispone, concretamente, y en relación con la citada obligación de especificar el motivo de entrada: “*si así se les requiere*”), los funcionarios encargados del control de entrada en los puestos fronterizos se encuentra habilitados para solicitar del peticionario de entrada los motivos o razones de la misma. La amplitud de respuestas es variada pero, obviamente, cuenta con el límite de la legalidad del motivo derivada, bien de su propia naturaleza, bien de la documentación que se aporte (así, la viabilidad del motivo “trabajar” en el país vendría determinada por la aportación de la documentación necesaria). Ocurre, sin embargo, que existen una serie de motivos para la entrada en el país que se nos presentan como neutros o, simplemente, posibles, desde el punto de vista de su legalidad (Así ---con posterioridad a los hechos--- el artículo 23 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, los clasificó en cuatro grupos: carácter profesional, en el marco de estudios o con fines de formación o investigación, de carácter turístico o privado y por otros motivos; y hoy, el 7 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, ha suprimido el segundo grupo).

2º. Pero, manifestado el expresado motivo de entrada al país, y contrastada la legalidad del mismo, la propia normativa que analizamos

igualmente permite ---en el ámbito de discrecionalidad al que nos referimos--- a los mencionados funcionarios habilitados para el control de entrada, exigir el *“presentar los documentos que justifiquen el objeto y condiciones de estancia”*, si bien con una finalidad concreta y específica: justificar o establecer la verosimilitud del motivo de entrada previamente establecido; mas ello, no siempre sino *“en su caso”* ---como señala la norma convencional que interpretamos---, o, ---como con mayor precisión establece la reglamentaria--- *“en caso de duda”*. En modo alguno, pues, tal exigencia resulta posible en supuestos de ausencia de duda sobre el motivo manifestado.

En consecuencia, a la conclusión que debemos llegar, enlazando con lo manifestado en el fundamento anterior, es que lo que las normas imponen a los viajeros que pretendan la entrada en el país es (1) manifestar un motivo lícito de entrada y (2) justificar documentalmente la verosimilitud de tal motivo; pero en el bien entendido sentido de que esta exigencia, accesoria y documental, en modo alguno es exigible en todo caso, sino solo *“en su caso”*, esto es, *“en caso de duda”* sobre el motivo que previamente se ha manifestado. Dicho de otro modo, sólo estas situaciones son las que habilitan a los funcionarios encargados de los puestos fronterizos ---en el marco de la discrecionalidad que la norma contiene--- para la tan reiterada exigencia documental de precedente cita. Situaciones que hemos tratado de objetivar en el Fundamento anterior (a y b).

OCTAVO.- Debemos, pues, en primer lugar, comprobar si en el supuesto de autos concurren datos o circunstancias de las que pudiera deducirse la sospecha de que el objeto del viaje declarado por el recurrente a su llegada (turismo) no se corresponde con la realidad del mismo.

En relación con tal circunstancia, debemos señalar que la existencia de una sospecha generalizada en tal sentido en relación con los ciudadanos ecuatorianos, deducida, en la época en que los hechos tuvieron lugar, de la innecesariedad del requisito del visado para la entrada en España no puede resultar de recibo; ni siquiera la conocida situación, socialmente contrastable, del flujo migratorio de los ciudadanos de dicho país hacia España, con la finalidad de establecerse

laboralmente en el país, puede ser entendida como un elemento determinante de la referida sospecha generalizada. O, dicho de otra forma, la simple nacionalidad ecuatoriana ---en este supuesto--- no puede conducir, sin más, a la sospecha de que la finalidad turística manifestada carece de verosimilitud. En el supuesto de autos son varios los datos que podemos destacar del exiguo expediente aportado a las actuaciones para poder comprobar la verosimilitud de la finalidad turística declarada por el recurrente:

1. La concreta y limitada estancia pretendida en el país, de diez días.

2. La titularidad de pasaje de avión de regreso para el décimo día posterior.

3. Portar la cantidad de 1.080 \$.

4 Portar un "voucher" (bono de viaje) para el Hotel Convención de Madrid; sin embargo, practicada diligencia (de la que no existe constancia ni dato alguno sobre su práctica), consta en el expediente que por el citado Hotel se manifiesta que con el nombre del recurrente no figura ninguna reserva, deduciéndose, en el Informe propuesta del funcionario actuante "que el `voucher` carece de legitimidad".

5. La manifestación del recurrente, al ser preguntado por el turismo a realizar, de que "querer conocer las partes mas bonitas e interesantes de la ciudad"; respuesta de la que el funcionario deduce que "desconoce sitios turísticos a visitar y lugares importantes a conocer", y, en consecuencia, que "no presenta ningún interés turístico".

De tales circunstancias no podemos deducir una sospecha fundada sobre la inverosimilitud del destino turístico manifestado por el recurrente; la frustrada reserva hotelera ---producida en los dudosos términos que hemos reseñado--- y el desconocimiento de los concretos lugares o destinos a visitar, no pueden constituir, una vez contrastados con los otros elementos mencionados, el soporte de la mencionada sospecha de inverosimilitud, pues como hemos señalado en la sentencia de esta misma fecha de precedente cita *"lo exigible será exponer las razones que conduzcan a tener por fundada la sospecha, pues así lo requieren conocidos principios de nuestro ordenamiento jurídico, como son los que proscriben la arbitrariedad de los poderes públicos, u otorgan los derechos de defensa y de tutela judicial, o someten la actuación de la*

Administración al control de los Tribunales”, argumentos, todos ellos, esgrimidos en el recurso de casación.

NOVENO.- Por otra parte, tampoco podemos elevar a la categoría de usual, normal, frecuente o habitual la práctica de viajes turísticos con reserva de hospedaje y transporte, mediante tour o circuito organizado, y con la finalidad de conocer o asistir a los lugares o eventos de general o especial promoción, pues no puede considerarse inusual, anormal, infrecuente o inhabitual, como hemos señalado en la sentencia de precedente cita, *“un viaje de turismo carente de programación, en el que los lugares sucesivos a visitar y de hospedaje queden al albur de las informaciones que ya dentro del país puedan obtenerse, o de las apetencias que en cada momento puedan surgir ante las varias opciones que se presenten, o, en fin, al albur del propio discurrir del viaje”*. Por ello, la edad del viajero, el conocimiento del idioma del país de destino, los medios económicos, etc., son circunstancias que pueden alentar una decisión semejante.

En consecuencia, una interpretación mas acertada de la norma contenida en el artículo 5.1.c) del Convenio para la aplicación del Tratado de Schengen hubiera debido conducir a afirmar la disconformidad a Derecho de las resoluciones administrativas que en el caso enjuiciado denegaron la entrada del actor en el territorio nacional.

DÉCIMO. Por lo expuesto, procede declarar haber lugar al recurso de casación y, en cuanto al fondo del asunto, estimar el recurso contencioso administrativo formulado, declarando contrarias a derecho, y, por tanto anulando, la Resolución de la Dirección General de la Policía, de fecha 30 de junio de 2.000, por la que se desestimó el recurso de alzada formulado por el propio recurrente contra la anterior Resolución del Jefe de Servicio del Puesto Fronterizo del Aeropuerto de Madrid-Barajas (por delegación del Delegado del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid), de fecha 4 de abril de 2.000, por la que se acordó denegar al recurrente la entrada en el territorio nacional así como el retorno al lugar de su procedencia (Guayaquil), reconociéndole el derecho a entrar y permanecer en territorio español por el tiempo previsto.

DÉCIMO-PRIMERO.- Conforme al artículo 139.2 LJ, no procede hacer declaración expresa sobre las costas causadas en la instancia ni en este recurso.

VISTOS los preceptos y jurisprudencia citados, así como los de pertinente aplicación.

Por todo ello, en nombre de S. M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

F A L L A M O S

1º.- Que debemos declarar y declaramos haber lugar a los recursos de casación interpuesto por **D. E.S.G.B..**

2º.- Que debemos anular y anulamos y casamos la sentencia de 21 de diciembre de 2001, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid en su recurso contencioso administrativo 1061/2000.

3º.- Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso administrativo formulado por **D. E.S.G.B.** contra la Resolución de la Dirección General de la Policía, de fecha 30 de junio de 2.000, por la que se desestimó el recurso de alzada formulado por el propio recurrente contra la anterior Resolución del Jefe de Servicio del Puesto Fronterizo del Aeropuerto de Madrid-Barajas (por delegación del Delegado del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid), de fecha 4 de abril de 2.000, por la que se acordó denegar al recurrente la entrada en el territorio nacional así como el retorno al lugar de su procedencia (Guayaquil); anulando las mismas, por su disconformidad con el Ordenamiento jurídico y reconociéndosele al recurrente el derecho a entrar y permanecer en territorio español por el tiempo previsto.

4º.- No hacer expresa imposición de las costas causadas en la instancia y en casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. Don Rafael Fernández Valverde, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.