



Administración  
de Justicia

**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N.28  
MADRID**

01900

PASEO GENERAL MARTÍNEZ CAMPOS, 27-EDIF. INTERIOR-PLANTA 1

Procedimiento: PROC. ABREVIADO 1254 /2009 P.S. MC 256/09

Sobre DENEGACION VISADO O ENTRADA EN TERRITORIO NACIONAL  
De D/ña. ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~

Procurador Sr./a. D./Dña. SIN PROFESIONAL ASIGNADO

Contra D/ña. DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA

Procurador Sr./a. D./Dña. SIN PROFESIONAL ASIGNADO

**A U T O**

En MADRID, a cuatro de diciembre de dos mil nueve

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En fecha 2/12/09 y por el Juzgado de Instrucción n° 36 de Madrid se dicto Auto en las DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 6498/2009 en cuya Parte Dispositiva dice: "...Procede acordar la suspensión del acto administrativo consistente en el retorno a Londres de ~~XXXXXXXXXX~~ ~~XXXXXXXXXX~~ ~~XXXXXXXXXX~~ Y ~~XXXXXXXXXX~~ ~~XXXXXXXXXX~~..."

**SEGUNDO.-** Mediante Providencia de este Juzgado de fecha 2/12/09 se cito a las partes de comparecencia así como al Ministerio Fiscal para la comparecencia a celebrar el día 4/12/09, en dicho día se celebó la comparecencia resultado que obra en autos.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La medida cautelar adoptada por el citado Juzgado de Instrucción, al amparo del art° 135 LJCA, se limita exclusivamente a la suspensión de la ejecutividad de la orden de retorno inmediato al país de procedencia, no afectando a la denegación de entrada en el territorio nacional, que acuerda la Resolución de 1-12-09 del Servicio del Puesto Fronterizo de Barajas, objeto de este procedimiento, y se acuerda, conforme a su F° J° 3°, a la vista de las alegaciones y situación de ambas en territorio español.

La Letrada de la parte actora postula en autos el mantenimiento de dicha medida adoptada, que se extiende a la denegación de entrada, en cuyo favor realiza varias consideraciones atinentes al fondo del asunto, señalando que la Sra. Argerich posee tarjeta de residencia legal en España, vigente hasta 26.6.10, teniendo además solicitada la nacionalidad española por vía de la Ley 52/07 y la



Madrid



prevalencia en todo caso del interés de la menor, bajo la guarda legal de su madre y escolarizada en España, lo que documenta de modo suficiente en la comparecencia celebrada, además de lo aportado anteriormente .

Ahora bien, en esta sede, el pronunciamiento ha de referirse a la suspensión en sí de la Resolución impugnada en su totalidad, ya que no cabe razonablemente limitar la suspensión de la ejecución a la orden de retorno, manteniendo la ejecución de la denegación de entrada durante la tramitación del presente recurso, siendo posible tal medida suspensiva conforme a reiterada jurisprudencia.

**SEGUNDO.-** El principio de tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la CE reclama que el control jurisdiccional (art. 106.1 de la CE), haya de proyectarse sobre la ejecutividad del acto administrativo. El Tribunal Constitucional ya en sentencia 14/92 proclamó que la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso, viniendo afirmando con reiteración la jurisprudencia de dicho Tribunal que la justicia cautelar se configura como otra manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, junto al derecho a obtener una resolución fundada en Derecho y el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales.

La Ley 29/98 de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción Contenciosa Administrativa (LJCA), en el capítulo II de su Título VI, prevé la posibilidad de adoptar a instancia de parte "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia". Los presupuestos básicos al respecto se recogen en los dos primeros artículos (129 y 130), cuya conjunción permite deducir que se adoptarán medidas cautelares encaminadas a asegurar la efectividad de la sentencia a dictar en el proceso, tras una valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, siempre que se aprecie que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, o cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada.

Deberán pues otorgarse las medidas solicitadas cuando la concesión sea imprescindible para asegurar el legítimo fin del pleito, teniendo presente que si la finalidad legítima de cualquier recurso es evitar la actuación administrativa -u obligar a la Administración a una determinada actuación-, esta finalidad sólo permite la adopción de la medida cautelar cuando estemos ante la imposibilidad de restituir "in natura" la situación perjudicada por la ejecución del acto, esto es cuando no sea posible tras una sentencia estimatoria, restituir al recurrente a la situación que tenía o debía tener si la Administración hubiera actuado correctamente, no pudiendo adoptarse en aquellas otras situaciones de fácil reversibilidad. Asimismo la propia LJCA no ha derogado ni modificado el artículo 56 de la Ley 30/92, de 26-11, por lo que, al igual que en el sistema de la derogada LJCA de 1956, la regla general es la ejecutividad del acto administrativo y la suspensión la excepción, sin que el mero hecho de





Administración  
de Justicia

interponer recurso contencioso administrativo suponga, necesariamente, la suspensión de la actuación administrativa impugnada.

Todo ello conforme a jurisprudencia ya muy consolidada, cuya cita concreta no resulta por ello precisa, dado su general conocimiento.

**TERCERO.-** A este respecto, cual significa la STS de 15-12-05 (RDJ 289103), a título de ejemplo y con carácter general:

"TERCERO.- Los presupuestos fácticos que dejamos consignados en la motivación anterior son en sí mismos demostrativos de la falta de fundamento del único motivo casacional, debiendo de notarse, en primer lugar, que si acotamos como objeto del recurso de casación los estrictos términos de los escritos de interposición y de súplica y aun el recurso interpuesto en esta sede casacional, el recurrente no solicita formalmente la suspensión de la ejecución del acuerdo de denegación de entrada, (por más que el designio final de su pretensión cautelar sea la entrada en territorio español) pues sólo hace referencia, como daño o perjuicio, a la hipotética imposibilidad futura de realizar el viaje, pero, de otro y sobre todo, debe de notarse que esa lectura estricta del objeto de la pretensión cautelar conduciría, de ser acogida su pretensión, a su permanencia por el tiempo que durara el proceso en los espacios de tránsito habilitados en las dependencias aeroportuarias.

Por ello y entendiéndose que el objeto mediato de la pretensión cautelar no es otro que un acto de contenido negativo, (la denegación de entrada), y la pretensión cautelar en sí misma no es otra que la autorización provisional de la entrada, con independencia ahora de cual podría ser el escenario de acogerse dicha pretensión y confirmarse posteriormente en sentencia la resolución denegatoria de la entrada, debemos de notar que el recurrente no acredita en modo alguno un daño singular y concreto por aquella denegación de entrada, más allá del valor económico del billete siempre resarcible, y ese perjuicio singular es de obligada presencia en la necesaria ponderación de los intereses en conflicto.

En efecto, de referirse el actor a un perjuicio común o general como proyección de la ejecución en ese patrimonio de derechos e intereses, lo que viene a proponer el recurrente es una eficacia suspensiva general de la ejecución de las resoluciones administrativas de la naturaleza que nos ocupa por la simple interposición de un recurso en sede jurisdiccional, tesis que no puede acogerse, pues ni la Ley Jurisdiccional la contempla ni así lo disciplina la legislación sectorial que nos ocupa, y esa acreditación de un perjuicio concreto y cualificado es función que corresponde acreditar al recurrente para la obligada ponderación de los intereses en conflicto, y sin esa acreditación debe prevalecer la ejecución de las resoluciones administrativas.

**CUARTO.-** Por todo ello hemos de hacer constar una vez más que el mecanismo establecido en el invocado artículo 130 para dar lugar a la medida cautelar de suspensión, se encuentra en gran manera predeterminada por la "previa ponderación circunstanciada de todos los intereses en conflicto", -inciso literal con el que se inicia el precepto-, razón determinante de que, en la actual legalidad, al igual que en la representada por la Ley de 1.956, haya de hacerse siempre una ponderación suficientemente motivada de los intereses públicos y privados concurrentes, y como en el supuesto actual, cual señalábamos en el fundamento anterior, no puede tenerse por justificada la concurrencia de perjuicios irreparables en razón del acuerdo de retorno acordado, es por lo que tampoco cabe entender que la denegación de la suspensión haga perder su finalidad legítima el recurso, cuando en todo caso aquí ahora resultan prevalentes los intereses públicos, en contemplación de los flujos



Administración  
de Justicia

migratorios que ahora se están produciendo, debiendo, en fin, tenerse en cuenta, de un lado, que, según la doctrina del Tribunal Constitucional, la tutela efectiva que han de prestar los tribunales, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución, y en orden a la suspensión de los actos administrativos, queda satisfecha con la intervención o control de aquellos respecto de la medida cautelar administrativa y, de otro, que nada impide que, estimado el fondo del recurso contencioso administrativo planteado, se proceda al retorno al territorio nacional e incluso, en su caso, a la reclamación de los perjuicios que hubieran podido ocasionarse".

Asimismo, cual recoge la STSJ Madrid de 1-2-07 (EDJ 46258), también a título de ejemplo:

"TERCERO.- No entiende la Sección que el Auto apelado carezca de motivación suficiente si bien la misma pueda calificarse de sucinta.

Así el mencionado auto tras realizar una ponderación de los intereses en conflicto, con cita de la jurisprudencia que considera aplicable, llega a la conclusión de que no procede acceder a la medida cautelar solicitada, concretado que:

"... que se trata de un procedimiento de rechazo en frontera. No puede olvidarse que, en nuestro ordenamiento jurídico no se configura un derecho universal a la entrada en territorio Schengen, debiendo cumplir los tratados internacionales vigentes para el Reino de España. Así lo viene entendiendo el T.C. en sentencia de 14-03-97 y posteriores, a lo que se debe añadir: que se trata de una resolución negativa, de rechazo en la frontera exterior Schengen, sin que sea factible en la medida cautelar entrar a conocer de los motivos de fondo de la controversia, según pacífica doctrina jurisprudencial, citándose, por todas, las sentencias del Tribunal Supremo de 11-04-94, 03-07-95, 16-04-96 y la de fecha 21-12-99 ."

CUARTO.- Es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo que considera que la mera salida del territorio nacional no supone, por sí sola, un perjuicio irreparable que deba prevalecer, en todo caso y sin más, frente al evidente interés público existente en que la entrada y permanencia en España de los extranjeros se efectúe de acuerdo con los requisitos establecidos por las leyes.

En el presente caso, además, el recurrente ni siquiera alega que exista un perjuicio alguno en nuestro país del que poder deducir la existencia de unos perjuicios más onerosos derivados de la denegación de su entrada en España, siendo, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuya virtud el arraigo en España corresponde, en estos casos, presupuesto necesario para acceder a la tutela cautelar de resoluciones administrativas sobre entrada o expulsión de extranjeros, arraigo que se define en dicha jurisprudencia como la existencia de especiales intereses familiares, sociales o económicos dentro del Estado español, esto es, de una especial vinculación familiar, social, económica o profesional con otras personas o empresas de nacionalidad española, arraigo que corresponde acreditar a quien lo alega (STJ, 3ª, de 13 de febrero de 1998 EDJ1998/926, 4 EDJ1999/1231 y 9 de febrero de 1999 EDJ1999/1289, 23 de marzo de 1999 EDJ1999/17211)".

CUARTO.- Pues bien, a la vista de dicha jurisprudencia, de la comparecencia celebrada, de las alegaciones de la parte comparecida al efecto y documental aportada a autos hasta



Madrid



Administración  
de Justicia

este momento procesal, que incluye el expediente tramitado al efecto, no procede sino el mantenimiento de la medida cautelar previa adoptada, al acreditarse los requisitos exigibles para ello.

Es precisamente la ponderación de intereses en conflicto, que recoge y valora la jurisprudencia extractada, la que nos lleva a dicha decisión, siendo así que en este caso en particular, dadas las específicas circunstancias concurrentes, ha de entenderse que la no concesión de la suspensión determinaría la existencia de perjuicios irreparables o de difícil reparación para la parte solicitante, habida cuenta de lo actuado, debiendo asimismo tenerse en cuenta, junto a las alegaciones formuladas en esta pieza y documentación aportada, la declaración de la madre y el contenido de la exploración de la menor en el Juzgado instructor, sin que, por último, quepa en esta pieza separada entrar en el fondo del asunto litigioso.

Respecto de la madre, dada su situación de residente legal en territorio nacional, nada más ha de añadirse al respecto.

La alegación del interés de la menor, de otra parte, se acompaña de prueba bastante al efecto, siendo de significar la razonada postura del Ministerio Fiscal al respecto en la las comparecencia señalada, apoyando el mantenimiento de la medida, dadas a circunstancias concurrentes y el específico interés de la menor.

En este sentido puede también citarse al STSJ Madrid de 29.2.08 (EDJ 37856), a cuyo tenor:

"TERCERO.- Sentado lo anterior, y a la vista de lo expresado más arriba, esta Sala entiende que el Auto recurrido no es conforme a derecho al acordar que procede levantar la medida cautelar acordada con carácter urgente en Auto de fecha 1 de junio de 2007 y que consistió en autorizar la permanencia del menor en España de forma provisionalísima y la suspensión cautelar de la repatriación del menor José Ignacio.

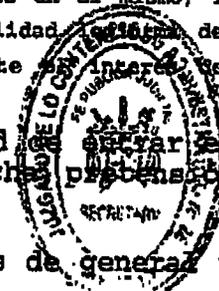
Y ello es así porque se han acreditado datos relevantes que justifican su posible arraigo en nuestro país, y la existencia de vínculos importantes en el mismo, lo que implica que la ejecución del acto hiciese perder la finalidad del recurso, considerándose, en todo caso, de protección prevalente del interés del menor frente al de la administración...".

La mera enunciación de lo anterior, sin necesidad de entrar en mayores consideraciones, lleva al éxito de dicha pretensión cautelar de la actora.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

Por lo expuesto y vistos los demás preceptos de general aplicación al caso,

**DECIDO: MANTENER y confirmar** la medida de suspensión de la ejecución, acordada en auto de 2-12-09 del Juzgado de Instrucción n° 36 de Madrid (Dil. Previa P.Abr. 6498/09), respecto de la Resolución de 1-12-09 del Servicio del Puesto Fronterizo de Barajas (Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil- Ministerio del Interior), por la que se deniega a la ciudadana Dª [REDACTED],



Madrid



Administración  
de Justicia

nacional de Argentina, y a D. [REDACTED], menor de edad de igual nacionalidad, la entrada en territorio nacional, acordando su retorno al lugar de procedencia, Resolución administrativa cuya ejecución queda pues suspendida a todos los efectos.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en un solo efecto en el plazo de quince días ante este Juzgado para la Ilma. Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y de conformidad con lo dispuesto en la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre (artículo primero, apartado 19) se recuerda la necesidad de constituir depósito para recurrir y que se deberá, en los casos que proceda dicha constitución consignar la cantidad correspondiente en la cuenta "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" de este Juzgado entidad BANESTO n.º 3565 0000 00 0000-00. En el resguardo de Ingreso se indicara que se trata de un "RECURSO", las últimas 6 cifras se completarán con el n.º de procedimiento y año, y las dos anteriores con los siguientes códigos, según el caso: Código 20-Reposición/Súplica (25 Euros); Código 21-Revisión de resoluciones Secretario Judicial (25 Euros); Código 22-Apelación (50 Euros); y Código 23-Queja (30 Euros), lo que deberá acreditarse para la admisión del recurso. En caso de estar exento el recurrente por habersele reconocido derecho a la asistencia jurídica gratuita, se deberá aportar en el mismo plazo resolución de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita por la que se haya reconocido el beneficio

Así lo acuerda, manda y firma JOSE RAMON GIMENEZ CABEZON, Magistrado-Juez de lo Contencioso-Administrativo número 28 de los de MADRID

EL MAGISTRADO-JUEZ



DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.



Madrid