

INFORME JURÍDICO SOBRE DERECHOS DE LA PERSONA SOLICITANTE DE ASILO PENDIENTE DE RECURSO

Gabriel de la Mora González
Abogado ICASAL nº2975



Introducción

El Derecho de asilo español tiene como fuente directa el Derecho internacional, la **Convención sobre el Estatuto de los Refugiados**, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967 y, en particular, el Derecho comunitario en la materia, formado por el **Sistema Europeo Común de Asilo** acordado en las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999, como conjunto de normas elaboradas por la Unión Europea con el objeto de establecer una política común en materia de asilo ofreciendo un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional para garantizar el respeto del principio de no devolución y de conformidad con la citada Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

Esta normativa, en virtud de los tratados de la Unión Europea, debe ser transpuesta al ordenamiento jurídico español. En este sentido la Ley de Asilo vigente reconoce su origen y que en el ámbito de la Unión Europea

*“... se ha desarrollado una política europea de asilo, que arranca con el Tratado de Ámsterdam de 1997 y que ha producido un **extenso elenco de normas comunitarias que deben ser incorporadas al ordenamiento jurídico interno** mediante los oportunos cambios legislativos que, en algunos casos, son de gran entidad.*

*De entre estas normas destacan, por afectar al núcleo de todo sistema de asilo, la **Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el***

reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida; la [Directiva 2005/85/CE, del Consejo, de 1 de diciembre, sobre normas mínimas para los procedimientos](#) que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado; y el Capítulo V de la [Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho de reagrupación familiar](#) relativo a los refugiados.

*De la naturaleza misma de las normas mínimas se desprende que los Estados miembros tienen competencia para introducir o mantener disposiciones más favorables para las personas de terceros países o apátridas que pidan protección internacional a un Estado miembro, siempre que tales **normas sean compatibles con lo dispuesto en las Directivas comunitarias que con la presente Ley se transponen.***"

De estas consideraciones, bien conocidas, se desprende que las Directivas de asilo vigentes y sus disposiciones deben incorporarse al ordenamiento interno y que, en todo caso, el Estado tiene competencia para introducir disposiciones más favorables, pero, en todo caso, respetando las "normas mínimas" establecidas por las **Directivas comunitarias en la materia**, que se han ido actualizando y que a la fecha son las siguientes:

- [Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011](#) , por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición) o partir de ahora "**Directiva de reconocimiento**"
- [Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional y a partir de ahora "**Directiva de procedimientos**"](#)

- [Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional \(refundición\)](#) y a partir de ahora **“Directiva de acogida”**

No obstante, la transposición al ordenamiento jurídico español de las **directivas comunitarias de asilo de 2013** no se ha completado de forma efectiva mediante la aprobación de una nueva ley de asilo, de modo que España sigue aplicando normativa anticuada (Ley de Asilo de 2009 y Reglamento de asilo de 1995) y, en ciertos casos, de forma restrictiva y contraria al Derecho comunitario.

Ante la falta de transposición, las disposiciones contenidas en las directivas tendrán un [efecto directo](#) si son **incondicionales y suficientemente claras y precisas**, pudiendo ser invocadas por los particulares de forma directa ante cualquier autoridad pública, siendo necesario interpretar de forma adecuada el conjunto del ordenamiento jurídico en la materia conforme la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos humanos.

En concreto, las Directivas de Acogida y de Procedimiento dispusieron que los Estados miembros debían poner en vigor las disposiciones necesarias para darles cumplimiento **a más tardar el 20 de julio de 2015**, y debían informar de ello inmediatamente a la Comisión.

Así, el [artículo 51 de la Directiva 2013/32/UE de Procedimiento](#) dispone que *“los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a los artículos (...) 46, a más tardar el 20 de julio de 2015. Comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones”*. Y, por su parte, el [artículo 31 de la Directiva 2013/33/UE de Acogida](#) expresa que *“los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir los artículos (...) 15 (...) a más tardar el 20 de julio de 2015. Comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones”*.

Y es que es reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia que recuerda que ***"las disposiciones de una directiva deben ser ejecutadas con indiscutible fuerza imperativa y con la especificidad, precisión y claridad requeridas para cumplir la exigencia de seguridad jurídica, la cual requiere que, cuando la directiva tenga como fin crear derechos a favor de los particulares, los beneficiarios puedan conocer plenamente sus derechos"***.

Por citar algunas, esto se recuerda en las sentencias 8 de julio de 1999, Comisión/Francia, C-354/98, EU:C:1999:386, apartado 11; de 14 de marzo de 2006, Comisión/Francia, C-177/04, EU:C:2006:173, apartado 48, y de 4 de octubre de 2018, Comisión/España, C-599/17, no publicada, EU:C:2018:813, apartado 19; de 17 de diciembre de 2020, Comisión/Hungría, C-808-18 y jurisprudencia citada.

I. Sobre la condición de "solicitante de asilo" tras una "resolución no definitiva"

La definición de "solicitante de asilo" se encuentra en la normativa comunitaria. Así, el art. 2 de la [Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional](#), a partir de ahora Directiva de Acogida, define al **"solicitante de asilo"** o **"solicitante"** como el *"nacional de un tercer país o apátrida que haya formulado una solicitud de protección internacional sobre la cual todavía **no se haya dictado una resolución definitiva**"*, desarrollando en su articulado las condiciones mínimas de acogida, así como los derechos reconocidos a las personas con dicha condición.

Por otro lado, la [Directiva 2013/32/UE de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional \(refundición\)](#), y a partir ahora Directiva de Procedimientos, define la **"resolución definitiva"**, como aquella

*"por la cual se establece si se concede o no al nacional de un tercer país o al apátrida el estatuto de refugiado o de protección subsidiaria en virtud de la Directiva 2011/95/UE y **contra la que ya no puede interponerse recurso en el marco de lo dispuesto en el capítulo V de la presente Directiva**, con independencia de que el recurso tenga el efecto de permitir*

que el solicitante permanezca en el Estado miembro de que se trate a la espera de su resultado".

Y en el capítulo V de la Directiva de procedimientos se reconoce el derecho de las personas solicitantes de asilo a un *"recurso efectivo **ante un órgano jurisdiccional**"* y que suponga un *"examen completo y ex nunc tanto de los hechos como de los fundamentos de Derecho, incluido cuando proceda un examen de las necesidades de protección internacional de conformidad con la Directiva 2011/95/UE, al menos en los recursos ante un juzgado o tribunal de primera instancia"*.

Así pues, de ambas directivas se desprende que la condición de "solicitante de asilo" debe mantenerse una vez rechazada en primera instancia la solicitud, siempre y cuando se esté **a la espera de una resolución judicial**, estando ambas directivas estrechamente relacionadas, como ha vuelto a recordar la reciente [STJUE de 17 de diciembre de 2020](#) que en su [apartado 286](#) reconoce que

*"Pues bien, habida cuenta del **estrecho vínculo** que existe entre el ámbito de aplicación de la Directiva 2013/32 y el de la Directiva 2013/33, **procede utilizar, a los efectos del artículo 2, letra b), de la Directiva 2013/33, la misma definición de resolución definitiva** que la que el artículo 2, letra e), de la Directiva 2013/32 fija para determinar el ámbito de **aplicación de esta última Directiva**, a saber, toda resolución por la cual se establece si se concede o no al interesado el estatuto de refugiado o de protección subsidiaria y contra la que ya no puede interponerse recurso en el marco de lo dispuesto en el capítulo V de dicha Directiva, **con independencia de que el recurso tenga el efecto de permitir que el solicitante de protección internacional permanezca en el Estado miembro** de que se trate a la espera de su resolución."*

De este modo, el mantenimiento de la condición de "solicitante de asilo" debe respetarse incluso cuando el recurso interpuesto no tenga efectos suspensivos en relación a la salida obligatoria del país, al no existir conexión directa entre la situación legal-administrativa de "solicitante de asilo" y la autorización a permanecer provisionalmente en el país en el Derecho comunitario.

Por ello, e incluso cuando no existe autorización de permanencia, la persona mantiene su condición de "solicitante" y, a priori, el resto de derechos derivados de la misma, como reconoce la [STJUE C181-2016, de 19 de junio de 2018](#), la cual recuerda que

*"en espera del resultado del recurso contra la decisión denegatoria de su solicitud de protección internacional en primera instancia adoptada por la autoridad decisoria, **el afectado debe poder beneficiarse, en principio, de los derechos que se derivan de la Directiva 2003/9.***

*En efecto, el artículo 3, apartado 1, de esa Directiva **no supedita la aplicación de dicha Directiva a que exista una autorización para permanecer en el territorio como solicitante** y, por consiguiente, no excluye que esta pueda aplicarse cuando al afectado, pese a disponer de esa autorización, está en situación irregular en el sentido de la Directiva 2008/115. A este respecto, del artículo 2, letra c), de la Directiva 2003/9 se desprende que **el afectado conserva su condición de solicitante de protección internacional**, en el sentido de dicha Directiva, **hasta que se adopta una decisión definitiva sobre su solicitud** (véase, en ese sentido, la sentencia de 27 de septiembre de 2012, Cimade y GISTI, C-179/11, EU:C:2012:594, apartado 53)."*

En resumen, la persona en determinados casos podría considerarse en situación irregular e incluso ser susceptible de la apertura de un expediente de expulsión o decisión de retorno, pero incluso en tal circunstancia deberán mantenerse la condición de "solicitante" y, en principio, los derechos derivados de la Directiva de Acogida.

II. Sobre los derechos del solicitante de asilo pendiente de resolución definitiva

a) Derecho a permanecer en el país y efecto suspensivo automático de los recursos

El principio de no devolución establece la prohibición de expulsar o retornar a las personas a los países de los que proceden cuando se encuentren en situación de riesgo para su vida, su libertad o sus derechos fundamentales. Es la

pieza de toque del derecho de asilo y la garantía esencial que asiste al solicitante de asilo.

En este sentido, el [art. 5 de la Ley de Asilo Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria](#), a partir de ahora Ley de Asilo, recuerda que

*"La protección concedida con el derecho de asilo y la protección subsidiaria **consiste en la no devolución ni expulsión de las personas a quienes se les haya reconocido**, así como en la adopción de las medidas contempladas en el artículo 36 de esta Ley y en las normas que lo desarrollen, en la normativa de la Unión Europea y en los Convenios internacionales ratificados por España."*

Este principio se materializa en la práctica administrativa con la emisión de tarjeta de residencia a quien se le reconoce la necesidad de protección internacional, ya sea por motivos de persecución, riesgo grave a sufrir daños o razones humanitarias. No obstante, en la normativa se encuentran numerosas previsiones para evitar la devolución **desde el momento en el que la persona se encuentra en el territorio del Estado de acogida y solicita la protección**, al efecto de garantizar dicho principio.

Así, en el [art. 18. d\) de la Ley de Asilo](#), se establece que debe procederse "a la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al **solicitante**". Y el [art. 19](#) sobre los efectos de presentación de la solicitud que "la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida."

A lo establecido en la normativa de asilo se le suman las disposiciones propias de la normativa de extranjería, como el [art. 64.5 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social](#), a partir de ahora Ley de Extranjería, que recuerda que

"Se suspenderá la ejecución de la resolución de expulsión cuando se formalice una petición de protección internacional, hasta que se haya inadmitido a trámite o resuelto, conforme a lo dispuesto en la normativa de protección internacional"

Y según el [art. 58.4](#), en el caso de entrada ilegal o contrariando una prohibición de entrada, en el que no es necesaria la incoación de expediente de expulsión, se establece que *"no podrá llevarse a cabo la devolución hasta que se haya decidido la inadmisión a trámite de la petición, de conformidad con la normativa de protección internacional."* E, incluso en el caso de constar la existencia de una orden de expulsión la misma deviene inejecutable, según el [art. 57.6](#). *"cuando ésta conculcase el principio de no devolución"*

No obstante, una vez conste la intención de presentar la solicitud de protección internacional no puede incoarse expediente de expulsión, pues entre los trámites que esto conlleva se encuentra, según el [art. 62.5](#) de la citada norma básica, la comunicación *"al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país."*, cuestión vedada por el derecho de asilo, dada la posible persecución por parte de las autoridades por parte del solicitante.

Finalmente, y a los efectos de garantizar el cumplimiento de este principio, el solicitante de protección internacional tiene **derecho a que se le documente de forma inmediata**, haciendo constar su autorización para permanecer en el territorio. Así el [art. 6 de la Directiva de Acogida](#), recuerda que

*"Los Estados miembros velarán por que, en un plazo de tres días después de la presentación de una solicitud de protección internacional, se proporcione al solicitante un documento expedido a su nombre que certifique su condición de **solicitante o acredite que está autorizado a permanecer en el territorio del Estado miembro mientras su solicitud está en trámite** o pendiente de examen."*

No obstante, el principio de devolución se extiende a todo el procedimiento, motivo por el cual debe también respetarse incluso en el caso de notificarse resolución denegatoria en primera instancia, siempre que no conste *"resolución definitiva"* sobre el caso que, como se ha visto, se trata de la una resolución judicial en la que se puedan valorar tanto circunstancias de hecho como de Derecho, esto es, en el sistema procesal español, sentencia de la Audiencia Nacional.

Así pues, y en relación esta cuestión, el [apartado 5 del artículo 46 de la Directiva de Procedimientos sobre los recursos](#), reconoce, al solicitante de asilo que ha

visto rechazada en primera instancia su solicitud el derecho a un recurso con carácter suspensivo obligando a los Estados a permitir

*"que los **solicitantes permanezcan en el territorio** hasta que haya expirado el plazo dentro del cual pueden ejercer su derecho a un recurso efectivo y, **cuando se haya ejercitado ese derecho dentro del plazo**, en espera del resultado del recurso".*

Y es que el [art. 46.5 de la Directiva de Procedimientos de Asilo](#) no solo es una "**autorización de permanencia**" clara, precisa e incondicional, si no que en la práctica determina un "**efecto suspensivo automático**" de la resolución denegatoria. Hay que recordar al respecto que los únicos efectos de la denegación de una solicitud de asilo en vía administrativa, según el [art. 37 de la Ley de Asilo](#), son "*según corresponda, el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio español...*" ya que la condición de "solicitante de asilo" y el mantenimiento "a priori, de todos los derechos derivados" es cuestión separable o diferenciada de la permanencia en el país, como se ha argumentado previamente.

Esta suspensión automática de los efectos de la denegación es coherente con jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación a la normativa comunitaria previa (Directiva 2005/85/CE y Directiva 2008/115/CE), y los [artículos 13, 19 y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) sobre el derecho a un recurso efectivo en relación a la tutela de derechos y en el marco del principio de no devolución; e interpretados conforme el [art. 3 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos](#) y la jurisprudencia del TEDH, que debe tenerse en cuenta para interpretar el [artículo 19, apartado 2 de la Carta](#), como prescribe el [artículo 52, apartado 3](#), de la misma.

Entre la jurisprudencia más reciente puede citarse el [apartado 54 de la STJUE C-239/14, de 17 de diciembre de 2014](#) que reconoce que

"cuando un Estado decide devolver a un extranjero a un país en el que hay fundados motivos para creer que estará expuesto a un riesgo real de tratos contrarios al artículo 3 del CEDH, la efectividad del recurso interpuesto, prevista en el artículo 13 del CEDH, requiere que dicho extranjero disponga de un recurso suspensivo de pleno derecho contra la ejecución de la medida que permite su devolución (véanse, en particular, las sentencias del

TEDH Gebremedhin c. Francia, § 67, CEDH 2007-II, e Hirsi Jamaa y otros c. Italia, § 200, CEDH 2012-II).”

La [STJUE de 26 de septiembre de 2018, asunto C-175/17](#), que recuerda que *“el artículo 47 de la Carta exige que dicho solicitante disponga de un recurso suspensivo de pleno Derecho contra la ejecución de la medida que permite su devolución (...) Y que “incumbe a los Estados miembros garantizar la plena eficacia del recurso contra la decisión denegatoria de la solicitud de protección internacional suspendiendo todos los efectos de la decisión de retorno durante el plazo previsto para la interposición de dicho recurso y, en caso de que este se interponga, hasta su resolución (véanse, en este sentido, la sentencia de 19 de junio de 2018, Ghandi, C-181/16, EU:C:2018:465, apartados 56, 58 y 61 y jurisprudencia citada, y el auto de 5 de julio de 2018, C y otros, C-269/18 PPU, EU:C:2018:544, apartado 50).”*

Y la más reciente [STJUE de 17 de diciembre de 2020, en el asunto C-808/18](#), de la Comisión Europea contra Hungría que, al igual que España, no reconocía el efecto automático de suspensión de los recursos. Esta sentencia, en el apartado relativo “al derecho a permanecer en el territorio del Estado miembro en cuestión” (apartados 267 y siguientes), se expresa de forma meridiana sobre esta cuestión, y en relación al citado [art. 46.5 de la Directiva de Procedimientos](#). Y es que en el caso enjuiciado

*“La Comisión estima, en primer lugar, que Hungría no ha transpuesto correctamente el **artículo 46, apartado 5, de la Directiva 2013/32**, que garantiza el derecho del solicitante de protección internacional a permanecer en el territorio del Estado miembro de que se trate en espera de que se resuelva el procedimiento de examen del recurso judicial interpuesto contra la decisión por la que se haya denegado en primer grado su solicitud.*

*Señala a este respecto que, **según el Derecho húngaro, la interposición de recurso contra una decisión administrativa no tiene, en principio, efectos suspensivos**, en la medida en que el artículo 50 del Código de Procedimiento Contencioso-Administrativo solamente prevé la **posibilidad de que un tribunal ordene tales efectos suspensivos si se reúnen determinados requisitos.**”*

Las apreciaciones del Tribunal son taxativas. Así en los [apartados 287 y 288](#) viene a decir que

*“De ello se deduce, por una parte, que, si bien el artículo 46, apartado 5, de la Directiva 2013/32 se limita a conferir al solicitante de protección internacional comprendido en su ámbito de aplicación un **derecho a permanecer en el territorio** del Estado miembro de que se trate, **la existencia de este derecho se consagra, no obstante, de manera incondicional**, sin perjuicio de las excepciones previstas en los artículos 41, apartado 1, y 46, apartado 6, de dicha Directiva, y, por otra parte, que un Estado miembro solamente puede fijar condiciones de ejercicio de este derecho en la medida en que sean conformes, en particular, con las Directivas 2013/32 y 2013/33.”*

No obstante, el efecto suspensivo automático con el mantenimiento del derecho a permanecer en el país puede **modularse o limitarse en determinados casos**. Sería el caso de una decisión denegatoria del asilo, según el [art. 46.6 de la Directiva](#):

- a) por la que se considere una **solicitud manifiestamente infundada** de acuerdo con el artículo 32, apartado 2, o infundada tras el examen de acuerdo con el artículo 31, apartado 8, salvo cuando esas decisiones se basen en las circunstancias a que se refiere el artículo 31, apartado 8, letra h);
- b) por la que se considere una **solicitud inadmisible** de conformidad con el artículo 33, apartado 2, letras a), b) o d);
- c) por la que se **rechace la reapertura del caso** del solicitante **que ha sido suspendido** de acuerdo con el artículo 28, o;
- d) por la que **se deja de examinar** o de examinar íntegramente la solicitud **de conformidad con el artículo 39**.

Es decir, en casos muy excepcionales de solicitudes manifiestamente infundadas, inadmisibles por distintos motivos (tercer país seguro, solicitud ya aceptada por otro país, etc.), solicitudes posteriores o durante la pendencia de recursos ante una segunda instancia judicial, entre otros.

Así, en estos casos específicos, este mismo [apartado 6 del art. 46](#) establece que en

"un órgano jurisdiccional será competente para decidir si el solicitante puede o no permanecer en el territorio del Estado miembro, bien previa petición del solicitante concernido, bien de oficio, si la decisión pone fin al derecho del solicitante a permanecer en el Estado miembro y cuando, en tales casos, el derecho a permanecer en el Estado miembro mientras se resuelve el recurso no se contemple en el Derecho nacional."

Sobre esta modulación restrictiva **en el caso de solicitudes posteriores** ya la [STJUE C-239/14, de 17 de diciembre de 2014](#) determinó la conformidad del Derecho nacional que no garantizara la suspensión automática. No obstante, también recuerda dicha sentencia que la

"jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deriva que, en cualquier caso, un recurso debe tener necesariamente efecto suspensivo cuando se interpone contra una decisión de retorno cuya ejecución puede exponer al nacional de un tercer país de que se trate a un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes, garantizando así, a dicho nacional de un tercer país, la observancia de las exigencias de los artículos 19, apartado 2, y 47 de la Carta (véase, en este sentido, la sentencia Abdida, C-562/13, EU:C:2014:2453, apartado 53)."

Y **en relación a los recursos de apelación**, la [STJUE de 26 de septiembre de 2018, asunto C-175/17](#) ha recordado que el Derecho comunitario no se opone a que

"una normativa nacional que, aunque prevé un recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia que confirman una decisión por la que se deniega una solicitud de protección internacional y se impone una obligación de retorno, no atribuye a ese recurso efectos suspensivos de pleno Derecho ni siquiera cuando el interesado alega un riesgo serio de vulneración del principio de no devolución".

Por su parte, una regulación similar consta de forma expresa en la normativa europea en los recursos derivados de decisiones tomadas en virtud del [Reglamento CE 604/2013, conocido como Reglamento de Dublín](#), que en su [artículo 27.3](#) reconoce que:

*"En caso de **recurso o revisión de la decisión de traslado**, los Estados miembros establecerán en su Derecho nacional que:*

- a) el recurso o la revisión otorga a la persona interesada el derecho de permanecer en el Estado miembro en cuestión hasta la resolución del recurso o revisión, o*
- b) el traslado se suspende automáticamente y dicha suspensión expirará después de un plazo razonable, durante el cual un órgano jurisdiccional tendrá que adoptar, tras un examen pormenorizado y riguroso, una decisión sobre si se concede un efecto suspensivo del recurso o revisión, o*
- c) se ofrece a la persona interesada la oportunidad de pedir a un órgano jurisdiccional, en un plazo razonable, que suspenda la ejecución de la decisión de traslado hasta la resolución de su recurso o revisión. Los Estados miembros se asegurarán de que se produce la tutela efectiva mediante la suspensión del traslado hasta que se adopte la decisión sobre la primera petición de suspensión. Cualquier decisión sobre la suspensión de la ejecución de una decisión de traslado se adoptará en un plazo razonable que permita un examen pormenorizado y riguroso de la petición de suspensión. Una decisión que no suspenda la ejecución de la decisión de traslado tendrá que motivarse"*

Por ello, cabe reconocer que este régimen relativo a traslados internos es menos favorable para el interesado, en la medida en que no existe a priori riesgo de violación del principio de no devolución, ya que la decisión de retorno se produce para proceder al estudio de la solicitud de asilo, y dentro de un país que contaría con las garantías del Derecho europeo.

Así pues, la Directiva de Procedimientos, conforme el acervo comunitario, **consagra el derecho a un recurso suspensivo automático de los recursos contra la denegación de la solicitud de asilo** que conlleve la salida obligatoria del país, debiendo autorizarse la permanencia provisional mientras se sustancie el recurso, como también lo ha venido dejando patente el [apartado 4.1.3](#) "Recursos con efecto de suspensión automática" del **Manual de Derecho**

europeo sobre asilo, fronteras e inmigración¹, publicado por la [Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) y el Consejo de Europa en 2014, (y en su vigente versión de 2020). Y del mismo modo lo afirma la [Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados²](#), la que interpretó con motivo de la publicación de las nuevas directivas que

*"de conformidad con el Derecho Internacional de los Refugiados y con la jurisprudencia de los Tribunales europeos. **La refundición de la Directiva sobre los Procedimientos de Asilo reconoce -en general- un derecho automático a permanecer en el territorio del Estado miembro concernido para los solicitantes de asilo que recurran una decisión negativa.** En algunas circunstancias, el efecto suspensivo del recurso no es automático. Sin embargo, existe la posibilidad de solicitar a un juzgado o tribunal el derecho a permanecer en el territorio mientras está pendiente la decisión en segunda instancia. En opinión del ACNUR este precepto, si se aplica correctamente, debería garantizar que los solicitantes de protección internacional no sean devueltos a situaciones de persecución o riesgo grave."*

De hecho, este efecto de suspensión automática de los recursos de asilo, y dado que forma parte del acervo jurídico de la UE, es reconocido por todos los países europeos bajo la órbita del Sistema Europeo de Asilo, siendo únicamente España y Hungría los únicos países que no lo han incorporado a su ordenamiento jurídico de forma plena, forzando a acudir a los tribunales a la mayoría de solicitantes de asilo para solicitar medidas cautelares. Un dudoso honor que ha puesto de relieve recientemente la [Clínica Jurídica de la Universidad de Salamanca³](#).

¹ **Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Consejo de Europa**, *"Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración"*, 27 de junio de 2014, disponible online: <https://fra.europa.eu/es/publication/2020/manual-de-derecho-europeo-sobre-asilo-fronteras-e-inmigracion>

² **ACNUR**, *"Avanzando hacia un Sistema Europeo Común de Asilo: Comunicado del ACNUR sobre el paquete legislativo de asilo de la Unión Europea"*, junio de 2013, disponible online: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9206.pdf>

³ **USAL**, *"INFORME SOBRE LOS EFECTOS SUSPENSIVOS EN LOS RECURSOS PRESENTADOS POR SOLICITANTES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL"*, Clínica Jurídica Línea Migrantes y Derechos de la Universidad de Salamanca, 2 junio 2021, disponible online en:

<https://www.facebook.com/681473865350997/posts/1904405333057838/>

En este sentido, la vigente [Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria](#), a partir de ahora Ley de Asilo, establece en su [art. 37 los efectos de las resoluciones denegatorias](#), en concreto:

“el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio español o el traslado al territorio del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo”

Y todo ello sin perjuicio que con arreglo a la normativa general de extranjería o por razones humanitarias, la persona pueda ver autorizada su permanencia en situación de estancia o residencia o, una vez solicitada medida de suspensión con la interposición de recurso, la misma sea acordada de forma expresa, en cuyo caso incluso se prevé de forma reglamentaria la emisión de documentación provisional como solicitante, como se verá.

No obstante, en las resoluciones denegatorias de asilo en primera instancia se hace constar que ***“De carecerse de los requisitos necesarios para permanecer en España, será de aplicación el art. 37 de la Ley 12/2009”***. Por lo que la misma daría pie a la aplicación del art. 46 de la Directiva entendiendo que la persona, si cumple los requisitos establecidos en dicho artículo, dispondría autorización de permanencia y no sería aplicable el art. 37 y la salida obligatoria del país que de forma automática aplican la mayoría de Brigadas de Extranjería de la Policía Nacional, informando a las personas de su inminente detención si no se produce la salida voluntaria 15 días tras la notificación.

En todo caso, en la normativa procesal de asilo interna no constan los efectos de suspensión automática de los recursos. En el [art. 29 de la Ley de Asilo sobre los recursos](#) únicamente se incluye como especificidad la *“consideración de especial urgencia”* de la solicitud de suspensión del acto recurrido en el caso de interposición de recurso contencioso, sin hacer referencia a las previsiones de la normativa comunitaria sobre el efecto automático de suspensión.

No obstante, en el [art. 21 y 22 en relación a las solicitudes presentadas en puestos fronterizos](#) cuando sean inadmitidas o denegadas, la petición de reexamen tendrá efectos suspensivos y el transcurso del plazo para inadmitir,

denegar o resolver el reexamen o el recurso de reposición producirá el efecto de transformar el procedimiento y autorizar provisionalmente la entrada y permanencia en el territorio *"sin perjuicio de lo que pueda acordarse en la resolución definitiva del expediente"*.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es también reiterada sobre esta cuestión. Cuando la persona alega que su expulsión le expondría a un trato contrario al [artículo 2 o 3 del CEDH](#), debe contar con un recurso efectivo, tanto en la práctica como en la ley, a nivel interno de conformidad con el [artículo 13 del CEDH](#), que exige imperativamente, entre otras cosas, un escrutinio independiente y riguroso de cualquier alegación de que existan motivos sustanciales para temer un riesgo real de tratamiento contrario a los artículos 2 o 3 y **efecto suspensivo automático** ([MSS v Belgium and Greece \[GC\], § § 288 y 291](#): para una descripción general de la jurisprudencia del CEDH en cuanto a los requisitos del artículo 13 tomados en conjunto con los artículos 2 o 3 en los casos de deportación, véanse, en particular, [ibid.](#), §§ 286-322; [Abdolkhani y Karimniav. Turquía, §§ 107-117](#); [Gebremedhin \[Gaberamadhien\] contra Francia, §§53-67](#); [IM v France](#); [Chahal v. El Reino Unido \[GC\], §§ 147-154](#); [Shamayev y otros contra Georgia y Rusia, § 460](#)).

En este sentido, España ha sido condenada en varias ocasiones por el TEDH por no suspender de forma automática la salida obligatoria en caso de recursos contra la inadmisión a trámite de solicitudes de asilo en frontera, en los conocidos casos [STEDH Asunto N.D. Y N.T. c. España, de 3 de octubre de 2017](#) y [STEDH A.C. y otros c. España, de 22 de abril de 2014](#), por la que España resultó condenada por vulneración del art. 13 (derecho a un recurso efectivo) combinado con los artículos 2 y 3 del Convenio.

Esta vulneración de derechos se concreta con la sistemática aplicación de salida obligatoria del país y la posterior apertura de expedientes de expulsión a las personas que han visto denegada su solicitud en el procedimiento ordinario en territorio, aunque hayan interpuesto recursos y solicitado la suspensión invocando las previsiones del Derecho comunitario.

En todo caso, cabe reconocer que dada la primacía del Derecho comunitario las Directivas pueden ser invocadas ante cualquier autoridad pública, conforme a la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por lo

que las previsiones del art. 37 sobre la salida del país no son aplicables, al menos durante el plazo de interposición de los recursos y, en el caso de su ejercicio, hasta la resolución definitiva de los mismos, conforme el art. 46.5 de la Directiva de Procedimientos.

Por lo expuesto, cabe concluir que, en la práctica, España no cumple adecuadamente las garantías establecidas la normativa comunitaria que obliga a los Estados a garantizar efectos suspensivos a los recursos, al menos ante la primera instancia judicial, y de forma automática (con las excepciones previstas), autorizando la permanencia en el país y garantizando los derechos derivados de la Directiva de Acogida a las personas en dicha situación, a todos los efectos.

Además, una vez reconocido el derecho a permanecer, el resto de derechos y condiciones de acogida van anudados al mismo. A este respecto, la referida [STJUE de 17 de diciembre de 2020](#), reconoce en su [apartado 285](#) que

*“En efecto, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2013/33 establece que **el solicitante de protección internacional ha de disfrutar de las condiciones de acogida contempladas en esta Directiva mientras esté autorizado a permanecer en el territorio del Estado miembro** de que se trate en su condición de solicitante, y, según el artículo 2, letra b), de dicha Directiva, el nacional de un tercer país o apátrida debe tener la **consideración de solicitante de protección internacional, a los efectos de esta Directiva, hasta que se resuelva definitivamente sobre su solicitud.**”*

b) Derecho a documentación que acredite la condición de solicitante o la permanencia en el territorio

El derecho a la documentación es esencial para garantizar los derechos de las personas. En este sentido, la normativa comunitaria establece la obligación de documentar a todo solicitante de protección internacional e incluir apelación a la autorización de permanencia y trabajo, en su caso, siendo posible que además sirva como documento de identidad.

Así, el art. 18.1 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, a partir de ahora Ley de asilo, establece que *"el solicitante de asilo, presentada la solicitud"*, tiene el derecho a *"ser documentado como solicitante de protección internacional"*, por lo que actualmente y la fecha de este escrito se le entrega el conocido como **Resguardo de Presentación de la Solicitud o Tarjeta Blanca**, que acredita su condición, garantiza la autorización para permanecer, trabajar a partir del sexto mes. Sin embargo, no es un documento de identidad como la **Tarjeta Roja**, que se entrega a partir del noveno mes, retirando el documento previo.

A estos documentos acreditativos de la condición de solicitante, en la práctica española y derivado del elevado retraso en las citas para formalizar la solicitud de asilo, se le suma la **Manifestación de Voluntad** que garantiza el principio no de devolución y la autorización provisional para permanecer, y que se entrega en el momento en que la persona solicita asilo, y hasta que se celebra la entrevista de asilo, en muchas provincias hasta varios meses después.

No obstante, sobre la situación del solicitante tras una denegación provisional, no consta más previsión en la normativa española que la recogida en el art. 40 del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, en adelante Reglamento de asilo, que establece que

*"(...) la **admisión de una solicitud de reexamen** del expediente y la **interposición de recurso contencioso-administrativo con suspensión judicial del acto administrativo** implicarán la renovación o, en su caso, expedición de la documentación provisional de solicitante de asilo hasta tanto recaiga resolución firme sobre la concesión o denegación del estatuto del refugiado"*

Esta regulación no prevé la suspensión automática de las resoluciones por interposición de recursos hasta resolución definitiva, al no haberse transpuesto la Directiva de procedimientos de 2013, pero tampoco la suspensión administrativa conforme a los principios generales del Derecho administrativo español contenidos en la derogada Ley 30/1992 y la actual normativa administrativa de procedimiento.

Por este motivo, y para mantener la “conformidad” de estas previsiones legales y reglamentarias con el Derecho comunitario y la normativa procedimental vigente, es posible realizar un ejercicio interpretativo, acudir a estas normas superiores y acomodar el precepto, no derogado, mediante las reglas de interpretación previstas en el art. 4.1. del Código civil que establecen que *“procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecia identidad de razón”*.

En este sentido, el [art. 6 de la Directiva de Acogida](#) establece que el “solicitante de asilo” tendrá derecho a que se le proporcione *“un documento expedido a su nombre que certifique su condición de solicitante o acredite que está autorizado a permanecer en el territorio del Estado miembro **mientras su solicitud está en trámite o pendiente de examen**”* y que los Estados miembros están obligados a adoptar *“las medidas necesarias para **facilitar a los solicitantes el documento** (...), que tendrá validez **mientras estén autorizados a permanecer en el territorio del Estado miembro de que se trate**”*, aunque no necesariamente podrá acreditar su identidad.

Y dado que el citado [art. 46.5 de la Directiva de procedimientos](#) obliga al Estado a autorizar la permanencia provisional del interesado, en el plazo de interposición de recursos, y una vez ejercido el recurso, mientras se sustancie el mismo hasta resolución definitiva, cabe deducir que, de forma general, **el recurrente, “solicitante de asilo”, podrá exigir del Estado de acogida que le proporcione un documento** que acredite su específica condición de solicitante de protección internacional y, **en todo caso, mientras esté autorizado a permanecer en el país**, esto es, mientras se resuelva el recurso interpuesto.

Y así lo reconoce el manual de derecho europeo referido anteriormente, el cual sobre esta cuestión reconoce que

*“En el marco del Derecho de la UE, los solicitantes de asilo tienen derecho de permanencia en el territorio del Estado de acogida **mientras se encuentren a la espera de una decisión definitiva** sobre su solicitud de asilo y se les deben **facilitar documentos de identidad** (véase el Apartado 2.1.)”*

De igual modo, y conforme a la suspensión administrativa, debe interpretarse el vigente art. 40 del Reglamento de asilo en el sentido de extender su aplicación, por analogía, a los casos en los cuales el Ministerio del Interior **decreta de forma expresa la suspensión** de la salida obligatoria, por ejemplo por atender solicitud del interesado como medida cautelar contenida en recurso de reposición, así como en el caso de que esta **suspensión provenga de estimación de la citada medida cautelar por silencio administrativo**, conforme [art. 117.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas](#) (a partir de ahora LPACAP).

c) Derecho a unas condiciones de vida dignas y acceso al mercado laboral

Los solicitantes de asilo tienen derecho a que en espera de una resolución definitiva se garanticen unas condiciones dignas de vida, para lo cual se les deben facilitar ciertas "*condiciones materiales de acogida*", acceso a la formación y el empleo y otros derechos, como la asistencia sanitaria, y así se deduce de las disposiciones contenidas en las directivas comunitarias.

Así, el [art. 17 de la Directiva de Acogida](#) establece que

"los Estados miembros velarán por que los solicitantes puedan disponer de las condiciones materiales de acogida cuando presenten su solicitud de protección internacional" y que "podrán conceder todas o algunas de las condiciones materiales de acogida y de atención sanitaria a condición de que los solicitantes carezcan de medios suficientes para tener atención sanitaria y un nivel de vida adecuado que les permita subsistir."

No obstante, los Estados podrán reducir o retirar todas o algunas de las condiciones materiales de acogida en caso de determinadas circunstancias o incumplimiento de obligaciones por parte de los solicitantes y tras un procedimiento con garantías (art 20), pero *"En cualquier caso, los Estados miembros **asegurarán el acceso a la atención sanitaria** (...) y **garantizarán condiciones de vida dignas para todos los solicitantes**".*

Por su parte, para *"fomentar la autonomía de los solicitantes"* (exposición de motivos) los Estados pueden facilitar su acceso al mercado de trabajo. Así, el [art. 15 de la Directiva de Acogida](#) obliga los Estados a garantizar este acceso

"a más tardar a los nueve meses desde la fecha de presentación de la solicitud de protección internacional, cuando las autoridades competentes no hayan adoptado una resolución en primera instancia y la demora no pueda atribuirse al solicitante".

Y si los solicitantes de protección internacional tienen acceso al mercado de trabajo y además *"han trabajado durante un período de tiempo razonable"* de tal forma que cuenten con *"recursos suficientes"*, entonces podrá exigirse a los solicitantes que *"sufragen o contribuyan a sufragar los costes inherentes a las condiciones materiales de acogida y a la atención sanitaria previstos en la presente Directiva..."*, tal como reconoce el art. 17, de lo cual se deriva que existe una conexión evidente entre el permiso para trabajar y la obligación de garantizar unas condiciones dignas de vida por parte del Estado de acogida.

Así pues, es obligación de los Estados proporcionar o garantizar unas condiciones dignas de vida a los solicitantes de asilo, siendo posible reducir o retirar cualquier ayuda encaminada a tal fin si los solicitantes tienen derecho a trabajar y además han trabajado suficiente tiempo como para disponer de cierta autonomía.

Por tanto será condición indispensable que los Estados faciliten este apoyo mínimo a las personas y en caso de que el Estado no permita trabajar, e incluso cuando lo haga, pero el solicitante no haya trabajado el tiempo razonable como para disponer de cierta autonomía, por no contar con recursos suficientes.

Este vínculo entre las condiciones de vida dignas y el derecho a trabajar queda confirmado por la [STJUE de 14 de enero de 2021](#), que en su apartado 68 reconoce que

"aun cuando el acceso al mercado de trabajo no es una condición material de acogida stricto sensu, a efectos del artículo 2, letra g), de la Directiva 2013/33, está comprendido en las condiciones de acogida, en el sentido de su artículo 2, letra f), entendidas como los derechos y beneficios conferidos por esa Directiva a cualquier solicitante de protección internacional cuya solicitud no haya sido resuelta definitivamente."

Y en el [apartado 69](#) recuerda que

"el considerando 11 de la Directiva 2013/33 señala que deben establecerse unas normas sobre la acogida de los solicitantes, que sean suficientes, para garantizarles un nivel de vida digno y unas condiciones de vida comparables en todos los Estados miembros. (...)

*Pues bien, como señaló el Abogado General en el punto 85 de sus conclusiones, **el trabajo contribuye de forma evidente a la preservación de la dignidad del solicitante**, puesto que los ingresos que obtiene por un empleo no solo le permiten procurarse su propia manutención, sino también disponer de un alojamiento fuera de las estructuras de acogida, en el que podrá albergar, en caso necesario, a su familia."*

Y el apartado 70 profundiza sobre esta realidad, pues reconoce que

*"Además, el considerando 23 de la Directiva 2013/33 señala que uno de los objetivos perseguidos por esta norma consiste en «fomentar la autonomía de los solicitantes» de protección internacional. A este respecto, es preciso recordar que, como puso de relieve la Comisión en su Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2008, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros [COM (2008) 815 final], el acceso al mercado de trabajo puede beneficiar tanto al solicitante de protección internacional como al Estado miembro de acogida. **Facilitar el acceso al mercado de trabajo para estos solicitantes puede prevenir un riesgo considerable de aislamiento y de exclusión social**, habida cuenta de la precariedad de su situación. Fomenta asimismo la autonomía de los solicitantes de protección internacional, que es uno de los objetivos de la Directiva 2013/33."*

No cabe duda que impedir el acceso al mercado de trabajo a los solicitantes de protección internacional que no pueden ser expulsadas por razones jurídicas o de hecho, empuja a éstas a la economía informal, la marginalidad y la exclusión social, generando problemas sociales y enormes costos al erario público, derivados de la actuación de los servicios sociales en atención a estas personas que, por otro lado, podrían estar trabajando y contribuyendo al Estado de acogida.

La política restrictiva en esta materia es injusta e ineficiente y se hace más evidente y visible en el caso de los solicitantes de asilo que se encuentran trabajando y que, por motivo de la denegación, se las invita o fuerza a abandonar el empleo y caer en la economía informal y los servicios sociales, y todo ello mientras recurren en vía administrativa o judicial la decisión, pudiendo demorarse la contestación de la administración española durante meses e incluso años.

Esta problemática no le es ajena a algunas administraciones públicas españolas que empiezan a posicionarse sobre la situación, siendo así que [la Junta de Castilla y León](#), ha reconocido públicamente⁴ que en relación a los solicitantes de asilo, en este momento, la mayor urgencia

*"(...) es la privación del acceso al mercado de trabajo de las personas solicitantes de asilo que han visto denegada su solicitud por parte del Ministerio del Interior, pero que se encuentran pendientes de recurso ante una segunda instancia (administrativa o judicial), no solo no es oportuna, sino que **incluso puede ser contraria a la normativa comunitaria** (art. 2 y 15 Directiva de Acogida y STJUE C.181-2016, de 19 de junio).*

(...)

*En consecuencia, **el vicepresidente y consejero de la Junta reclama "directrices ministeriales de interpretación" para mantener los derechos de los solicitantes de asilo pendientes de recurso**, en lo que se refiere al empleo y el mercado de trabajo.*

*Igea también expone que el problema planteado podría ser resuelto considerando que una solución de este tipo supondría un **ahorro sustancial de fondos públicos**, se producirían más empleos, más cotizaciones y servicios públicos en el medio rural."*

4 Junta de Castilla y León - Consejería de Transparencia, Ordenación del Territorio y Acción Exterior. "El vicepresidente Igea pide al Gobierno de España mejorar la coordinación de las políticas migratorias y ofrece la colaboración de Castilla y León como territorio de acogida para solicitantes de asilo", 9 de diciembre de 2020, Disponible online en:

<https://comunicacion.jcyl.es/web/jcyl/Comunicacion/es/Plantilla100Detalle/1284882246693/NotaPrensa/1285009348540/Comunicacion>

d) Sobre la regulación normativa de la autorización para trabajar

Como se ha expuesto, el [artículo 15 de la Directiva de Acogida](#) prevé que los Estados deban autorizar a trabajar a los solicitantes de asilo transcurridos 9 meses desde la solicitud *"cuando las autoridades competentes no hayan adoptado una resolución en primera instancia y la demora no pueda atribuirse al solicitante"* y que los Estados miembros deberán decidir los requisitos para conceder el acceso al mercado de trabajo con arreglo a su Derecho nacional, pero siempre en el interés de garantizar *"el acceso efectivo de los solicitantes al mercado de trabajo"*, pudiendo establecer prioridad en favor de nacionales y residentes legales.

Además, el apartado tercero de dicho artículo establece que *"No se privará al solicitante del acceso al mercado de trabajo **cuando se interponga un recurso, que tenga efectos suspensivos**, contra una decisión negativa tomada en un procedimiento ordinario, hasta la notificación de su desestimación."*

No obstante, la normativa española es anterior a estas disposiciones. Así, la [Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria](#), a partir de ahora Ley de Asilo, transpone lo establecido por la Directiva 2003/9/CE, ya derogada, y en su artículo 32 establece que *"Las personas solicitantes de protección internacional serán autorizadas para trabajar en España en los términos que reglamentariamente se establezcan."*

Por su parte, el [Reglamento de Asilo](#) (de 1995), en su artículo 15.2 establece que *"el solicitante de asilo podrá ser autorizado a trabajar por la autoridad competente, de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente de extranjería, en función de las circunstancias del expediente y la situación del interesado"*.

Y, finalmente, el [Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000](#), en su disposición adicional vigésimo primera, reconoce que

*"Los solicitantes de protección internacional estarán autorizados para trabajar en España una vez transcurridos seis meses desde la presentación de la solicitud, siempre que ésta hubiera sido admitida a trámite **y no estuviera resuelta por causa no imputable al interesado**"*.

Sin embargo, no se delimita si la resolución a la que se refiere es la “definitiva” en el sentido apuntado por el Derecho comunitario, o a una resolución provisional, esto es a la decisión en primera instancia que actualmente se toma por parte del Ministro del Interior, previo dictamen de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio.

Por otro lado, a efectos operativos la regulación también expresa que

“La autorización para trabajar se acreditará mediante la inscripción «autoriza a trabajar» en el documento de solicitante de protección internacional y, si procede, en sus sucesivas renovaciones, y estará condicionada a su validez.”

No obstante, esta cuestión de operatividad técnica ha quedado superada en la práctica, y en especial con motivo de la pandemia del Covid-19, motivo por el cual ante las dificultades operativas para renovar la documentación, el Ministerio del Interior ha publicado instrucciones por las cuales reconoce el derecho a trabajar de los solicitantes de asilo sin necesidad de que el documento se encuentre en vigor o figure en el mismo la inscripción física, dentro de ciertos plazos extraordinarios: 7 meses tarjetas rojas y 9 meses los resguardo de presentación de la solicitud que hubieran sido emitidos con anterioridad al 14 de marzo de 2020.

En todo caso, la norma reglamentaria establece que

“En caso de que no proceda esta inscripción porque no se cumplan los citados requisitos, la Oficina de Asilo y Refugio hará constar tal hecho en resolución motivada y se lo notificará al interesado”

Así pues, de una interpretación conforme con el Derecho comunitario, debiera entenderse que mientras la solicitud no se encuentre resuelta por causa no imputable al interesado la autorización para trabajar persiste, y que la resolución a la que se refiere no puede ser otra, actualmente, que la resolución definitiva, esto es, la de la primera autoridad judicial que tome noticia sobre el asunto.

No obstante, en la actualidad en España, y una vez notificada la denegación de la solicitud de asilo por parte del Ministerio del Interior, la policía de extranjería procede a retirar, con carácter general, la documentación identificativa que

acredita la condición de solicitante y, aunque se interponga recurso, administrativo o judicial, no facilita nueva documentación.

En este sentido, la autoridad gubernativa aplica la normativa procesal española que no incorpora el efecto automático suspensivo de los recursos en casos de asilo, por lo que incluso es frecuente que proceda a la apertura de procedimientos sancionadores por estancia irregular, considerando igualmente que no cabe derecho a trabajar y asimilando e identificando a todos los efectos a los solicitantes de asilo en esta situación con las personas extranjeras en situación irregular, restringiendo y limitando sus derechos, al interpretar la aplicación de la salida obligatoria de forma sistemática con toda resolución denegatoria del asilo, según art. 37 de la Ley.

Y es que las autoridades españolas sólo reconocen los derechos del solicitante de asilo cuando interpuesto recurso contencioso-administrativo, se solicita medida cautelar de suspensión, y es la autoridad judicial la que decreta la misma; pero no con carácter general, tal como reconoce la normativa y jurisprudencia comunitaria.

No obstante, dado que no existen mayores previsiones legales en el Derecho español sobre la autorización para trabajar una vez denegada la solicitud, parece que se hace necesario acudir la fuente de este derecho, que no es otra que el ya referido [artículo 15 de la Directiva de Acogida](#), que en su apartado tercero establece que

*"No se privará al solicitante del acceso al mercado de trabajo cuando se interponga un **recurso, que tenga efectos suspensivos**, contra una decisión negativa tomada en un procedimiento ordinario, **hasta la notificación de su desestimación**".*

Y como ha reiterado la jurisprudencia europea, los recursos contra denegación de la protección internacional ante la primera autoridad judicial deberán tener efectos suspensivos automáticos, por lo que una vez interpuesto recurso con efectos suspensivos el Estado debería documentar a la persona acreditando su condición de solicitante, su autorización provisional para permanecer en el país y, en su caso, si la primera decisión se ha retrasado más de 6 meses, además de practicar una inscripción con la autorización para trabajar en el documento,

pero que ex-lege le concede la DA 21ª del reglamento de extranjería y el art. 15 de la Directiva de acogida.

Por otro lado, la ya comentada [STJUE de 14 de enero de 2021, asuntos acumulados C-322/19 y C-385/19](#), ha resuelto varias de las interrogantes que se suscitaban al respecto, en relación al mantenimiento de este derecho y su posible limitación.

En primer lugar se reconoce que

*"la obligación que se impone al Estado miembro de que se trate, con arreglo al artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2013/33, de conceder al solicitante de protección internacional acceso al mercado laboral **solo se extingue en el momento del traslado definitivo del interesado** con destino al Estado miembro requerido".*

Así pues, incluso en los casos de denegación por motivos de Dublín, con obligación de traslado, se debe mantener la autorización para trabajar hasta que se ejecute materialmente, por eso se concluye en el fallo que

"El artículo 15 de la Directiva 2013/33 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que excluye a un solicitante de protección internacional del acceso al mercado de trabajo por el único motivo de que se haya dictado respecto a él una decisión de traslado", de acuerdo con el Reglamento (UE) n.º 604/2013".

Además, reconoce que no se puede atribuir demora al solicitante por ejercer su derecho a la tutela efectiva, ya que recuerda que *"no puede atribuir al solicitante de protección internacional la demora (...) por "la interposición (...) de un recurso judicial con efecto suspensivo contra la decisión de traslado dictada respecto a él, de acuerdo con el Reglamento n.º 604/2013."*

Esta sentencia también considera que no se le puede atribuir demora al solicitante porque llegara a un país de la UE y procediera a cambiar el domicilio a otro Estado en el que solicitara la protección internacional, es decir *"por no haber presentado su solicitud ante el primer Estado miembro de entrada"*.

De este modo, confirma que la conducta que puede penalizar al solicitante se debe referir a la *"falta de cooperación con las autoridades competentes"*, y en

relación a la *"adopción de una resolución en primera instancia"*. Además, atendiendo a una interpretación finalista de la norma la conducta ilícita creo que debería circunscribirse a retrasar la solicitud más allá de los 9 meses, con el fin de obtener de forma fraudulenta el permiso de trabajo, en exclusiva. No obstante, esta cuestión no ha sido hasta la fecha objeto de pronunciamiento judicial.

Finalmente, y también conforme esta reciente sentencia, cabría interpretación extensiva sobre la habilitación para trabajar a las personas cuya solicitud de asilo haya sido denegada en primera instancia, antes del plazo de 9 meses. Siguiendo la interpretación no formalista de la citada sentencia, cabría interpretar que, en estos casos, si se recurre la decisión de tal modo que pueda considerarse provisional y no definitiva, también se adquirirá la habilitación para trabajar transcurridos los plazos correspondientes.

En este sentido, es cierto que el art. 15 limita esta obligación de autorizar a trabajar en el caso de que *"las autoridades competentes no hayan adoptado una resolución en primera instancia"*, excluyendo, a priori, y por tanto, que si en primera instancia se resuelve de forma negativa se pueda acceder al permiso de trabajo.

Sin embargo, el fallo de la citada sentencia del TJUE de 14 de enero llega a contrariar la literalidad del art. 15.3 que permite privar al solicitante del acceso al mercado de trabajo cuando se interponga un recurso suspensivo una vez que se produzca la *"notificación de su desestimación."* Esto es, la sentencia en una interpretación extensiva de derechos y en relación a las condiciones de vida dignas, se salta esta previsión legal, admitiendo, como se ha recordado al inicio de este epígrafe que

*"la obligación que se impone al Estado miembro de que se trate, con arreglo al artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2013/33, de conceder al solicitante de protección internacional acceso al mercado laboral **solo se extingue en el momento del traslado definitivo del interesado** con destino al Estado miembro requerido".*

De este modo, anuda a la permanencia efectiva en el territorio la autorización para trabajar, de tal modo que cabría también interpretar que una persona a la que se resuelve el expediente en primera instancia antes de los 6 meses, pero

recurre, y por mor del art. 46.5 de la Directiva de procedimiento no se la puede expulsar, y, si se demora la resolución definitiva por parte del Estado más allá del plazo legal, cabría la posibilidad de habilitarle para trabajar, de forma análoga a la interpretación del art. 15.3 que ha realizado la STJUE de 14 de enero de 2021, con el fin de garantizar condiciones de vida dignas durante el tiempo de demora atribuible al Estado.

No obstante, la citada DA del reglamento de extranjería literalmente expresa que *"Los solicitantes de protección internacional estarán autorizados para trabajar en España **una vez transcurridos seis meses desde la presentación de la solicitud, siempre que ésta hubiera sido admitida a trámite y no estuviera resuelta por causa no imputable al interesado**"*, por lo que no especifica si se refiere a la primera instancia o de forma genérica, por lo que a través de una interpretación "conforme" al art. 15, podría entenderse la palabra "resuelta" por "resuelta de forma definitiva", de tal modo que, en este punto, cabría reputar como no contraria a la directiva dicho artículo del reglamento de extranjería e interpretar que, en el caso español, la normativa es más favorable, permitiendo contabilizar el tiempo de pendencia de recurso, a efectos de los seis meses y, por tanto, habilitar a trabajar a partir de los mismos, aunque la decisión de rechazo en primera instancia haya sucedido antes de dicho plazo.

e) Otros derechos y prestaciones:

En la medida que se reconoce la condición de solicitante de asilo y los derechos derivados de tal situación legal-administrativa, deberían mantenerse otros derechos y prestaciones a las que actualmente tienen acceso los solicitantes pendientes de decisión en primera instancia.

Así pues, cuestiones tales como el canje del permiso de conducción que actualmente se permite obtener, ligado en muchos casos a la autorización para trabajar, así como las prestaciones por desempleo, de carácter ordinario y contributivo e incluso extraordinarias y no contributivas como las rentas mínimas y cuyo objetivo es garantizar unas condiciones de vida dignas, deben de mantenerse tras una denegación de la solicitud de asilo.

El mantenimiento de estos derechos y prestaciones debería garantizarse hasta que transcurriera el plazo para la interposición del recurso, y si se ejerce el derecho, hasta se notifique resolución definitiva e incluso hasta que se ejecute de forma material el traslado, aquellas que tengan la finalidad de garantizar la dignidad de las personas, fundamento último del ordenamiento constitucional europeo.

III. Sobre la ejecutividad y el efecto suspensivo de los recursos en el Derecho administrativo español aplicado al asilo

En el marco del Derecho español, interpuesto recurso administrativo de reposición contra una resolución denegatoria de protección internacional en el marco del principio de no devolución, cabría entender que no es posible ejecutar la resolución, pues como reconoce la reciente [STS de 28 de mayo de 2020](#) (RC 5751/2017. Ponente D. Francisco José Navarro Sanchís) aunque el interesado no hubiera solicitado la suspensión de la ejecutividad del acto al interponer el recurso potestativo de reposición, **la Administración no puede ejecutar el acto, hasta que no resuelva dicho recurso.**

“(...) de la recta configuración legal del principio de ejecutividad y de sus límites, así como del régimen del silencio administrativo -lo que nos lleva a extender el elenco de preceptos interpretados a otros como los artículos 21 a 24 de la LPAC y sus concordantes; de los artículos 9.1, 9.3, 103 y 106 LJCA; así como el principio de buena administración -que cursa más bien como una especie de metaprincipio jurídico inspirador de otros-, puede concluirse la siguiente interpretación:

- 1) La Administración, **cuando pende ante ella un recurso o impugnación administrativa, potestativo u obligatorio, no puede dictar providencia de apremio sin resolver antes ese recurso de forma expresa**, como es su deber, pues el silencio administrativo no es sino una mera ficción de acto a efectos de abrir frente a esa omisión las vías impugnatorias pertinentes en cada caso.*
- 2) Además, no puede descartarse a priori la posibilidad de que, examinado tal recurso, que conlleva per se una pretensión de anulación del acto,*

fuera atendible lo que él se pide. De esa suerte, la Administración no puede ser premiada o favorecida cuando no contesta tempestivamente las reclamaciones o recursos, toda vez que la ejecutividad no es un valor absoluto, y uno de sus elementos de relativización es la existencia de acciones impugnatorias de las que la Administración no puede desentenderse.

*Es cierto que **el recurrente no promovió, como le era posible, la suspensión** del acto recurrido en reposición, pero tal **circunstancia sólo habría hecho más clara y evidente la necesidad de confirmar la sentencia**, pues al incumplimiento del deber de resolver sobre el fondo -la licitud de la liquidación luego apremiada-, sobre el que nos hemos pronunciado, se solaparía además, haciendo la conducta aún más grave, el de soslayar el más acuciante pronunciamiento pendiente, el de índole cautelar.*

Por otro lado, en la [Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas](#) (a partir de ahora LPACAP), y en su art. 117, se regula la suspensión de resoluciones administrativas cuya "ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación" o cuando se fundamente la impugnación en la lesión de "derechos fundamentales y libertades susceptibles de amparo constitucional".

Y las resoluciones denegatorias de asilo, al no reconocer la protección internacional tienen como efecto la devolución al país de origen y pueden suponer en sí mismas una vulneración de derechos fundamentales, en el sentido apuntado en el [art. 10 de la Ley de Asilo](#) y en [art. 15 de la Directiva 2011/95/UE de Reconocimiento](#), conectadas de forma directa con normas internacionales de derechos humanos, como el [art. 19 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE](#) que establece la prohibición de devolución, expulsión o extradición de quien "corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes", o el [art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos](#) que también se refiere a la prohibición de torturas, penas o trato inhumano o degradante, entre otros convenios internacionales.

Así pues, una vez se solicita medida cautelar de suspensión de la ejecución, **cabe entenderse estimada dicha medida por silencio positivo** si no se

contesta en el plazo oportuno, y ello conforme el apartado tercero del citado [art 117.3 de la LPACAP](#) que establece que

"La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurrido un mes desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para decidir sobre la misma, el órgano a quien compete resolver el recurso no ha dictado y notificado resolución expresa al respecto".

En todo caso, cabe analizar si los efectos del silencio son acordes con el ordenamiento jurídico, pues como recuerda la [STS de 28 de junio de 2004](#) *"La teoría del silencio positivo no implica de ningún modo que su consecuencia permanente, aun en el caso de que hayan transcurrido los plazos legalmente previstos, sea la de reconocer incólume y sin objeción alguna la petición formulada por el administrado, sino que además ha de constar el requisito sustancial de que el **contenido de la petición sea acorde con el ordenamiento**, de forma que de ningún modo cabe obtener por vía de silencio lo que no fuese pertinente con arreglo a derecho".*

En este sentido, y dado que **la normativa comunitaria reconoce la condición de solicitante de asilo** de quien se encuentra pendiente de recurso, hasta una resolución definitiva, y el mantenimiento, a priori, de los derechos derivados de tal condición, no cabe más que reconocer que este expreso contenido de la medida de suspensión es plenamente acorde al ordenamiento.

Por otro lado, los efectos del silencio positivo no pueden conllevar medidas positivas de la administración de especial relevancia, puesto que la propia naturaleza del silencio lo excluye. Sería el caso de la pretensión de regulación de un aspecto de un servicio público relacionado con potestades de la Administración. Así lo establece la [STS de 25 de Junio de 2014 \(rec.3111/2012\)](#) que establece que:

"... A diferencia del silencio negativo, el silencio positivo no tiene su fundamento en una simple fictio iuris en orden a la ulterior tutela judicial, sino que se basa en que la disponibilidad sobre la actividad de que se trate pertenece al sujeto que se dirige en petición a la Administración, por lo que no cabe extender de ninguna manera el efecto estimatorio del silencio a los supuestos en los que la solicitante, como sucede en el caso de autos,

*pretende **la regulación de un aspecto del servicio público** de la educación, en concreto, el referido a la **programación planificada de las enseñanzas de idiomas en los centros docentes**, cuya titularidad no le pertenece pues se integra en una potestad de la Administración.”*

Finalmente, es posible discutir si esta peculiaridad del sistema español de recursos, de contar con un recurso de reposición de carácter potestativo, puede generar duda respecto la posible demora atribuible al interesado cuando interponga este recurso, en vez del recurso judicial con efecto suspensivo automático.

Por un lado, cabe recordar nuevamente la [STS de 28 de mayo de 2020](#), que considera como práctica intolerable la que se deriva de “*la concepción de que el recurso de reposición no tiene ninguna virtualidad ni eficacia favorable para el interesado, aun en su modalidad potestativa, que es la que aquí examinamos. En otras palabras, que se trata de una institución inútil, que no sirve para replantearse la licitud del acto, sino para retrasar aún más el acceso de los conflictos jurídicos, aquí los tributarios, a la tutela judicial*”.

Y es que recuerda que

*“Como muchas veces ha reiterado este Tribunal Supremo, el **deber jurídico de resolver las solicitudes, reclamaciones o recursos** no es una invitación de la ley a la cortesía de los órganos administrativos, sino un **estricto y riguroso deber legal** que obliga a todos los poderes públicos, por **exigencia constitucional (arts. 9.1; 9.3; 103.1 y 106 CE)**, cuya inobservancia arrastra también el quebrantamiento del **principio de buena administración**, que no sólo juega en el terreno de los actos discrecionales ni en el de la transparencia, sino que, como presupuesto basal, exige que la Administración cumpla sus deberes y mandatos legales estrictos y no se ampare en su infracción -como aquí ha sucedido- para causar un innecesario perjuicio al interesado.”*

Así pues, y en referencia expresa a la autorización para trabajar, en la referida [STJUE de 14 de enero de 2021, asuntos acumulados C-322/19 y C-385/19](#) aunque se reconoce expresamente que no sería causa de inhabilitación para trabajar la interposición de un recurso judicial, cabe interpretar de la misma que de forma análoga la demora producida por la interposición de un recurso de

reposición o revisión no puede atribuirse al interesado, puesto que el plazo legal de respuesta del mismo es de 1 mes, siendo además un derecho del interesado y la posible demora causa imputable a la administración por lo que no se le puede penalizar por el ejercicio del mismo. Además, la misma sentencia reconoce que la demora se refiere en exclusiva a la decisión de la primera instancia y, por interpretación finalista, en relación a la obtención del permiso de trabajo.

Por tanto, cabe reconocer que la interposición del recurso de reposición no debería suponer, en ningún caso, un supuesto para inhabilitar a trabajar a la persona solicitante, siendo responsabilidad de la administración una pronta respuesta al mismo, para, en caso de denegación, dejar abierta la vía judicial al solicitante.

Además, una vez estimada la medida cautelar solicitada, por efecto del silencio positivo no cabe acordar su desestimación, pues el Tribunal Supremo ha atribuido a los actos obtenidos por silencio administrativo positivo los mismos efectos que los obtenidos de forma expresa, incluyendo la posibilidad de no ser contradichos por la propia Administración, ([STS de 5 de junio de 2006 en recurso noº1483/2001](#))

Por todo lo expuesto, algunas administraciones han empezado a reconocer esta interpretación, incluso orientando a las personas para la interposición de recursos, con la finalidad de mantener el derecho a trabajar y el acceso a los servicios públicos de empleo. Es el caso del [Instituto Aragonés de Empleo](#), que en instrucciones internas del Servicio de Intermediación (I-INT-17/2020), de 29 de octubre de 2020, dirigidas a los servicios públicos del Gobierno de Aragón en materia de empleo, procediendo a expresar que

"Podrá inscribirse como demandante de empleo o seguir manteniendo su inscripción una vez se le notifique la resolución denegatoria, si acredita haber recurrido la resolución.

En estos casos se modificará la fecha de fin de vigencia de su autorización a fecha de notificación de la resolución denegatoria + cinco meses.

*Pasada esta fecha **podrá seguir conservando su inscripción si acredita que el recurso de reposición no ha sido todavía resuelto**, o que ha interpuesto recurso contencioso administrativo que está en trámite y ha solicitado suspensión cautelar de la efectividad de la resolución y no ha sido denegada.*

En este último supuesto la fecha fin de vigencia de la autorización se irá ampliando por periodos de tres en tres meses solicitando al final de cada periodo acreditación del mantenimiento de las circunstancias."

En el mismo sentido incluso se ha pronunciado la [Abogacía del Estado en Soria \(AE R.5/2021\)](#), a los efectos de dictaminar sobre expediente de expulsión de personas a las que se habría notificado la incoación de expediente de expulsión, pero que habían solicitado asilo, se les había denegado y habían interpuesto recurso de reposición con solicitud de medida cautelar de suspensión no contestado por el Ministerio del Interior en el plazo legal.

La Abogacía concluyó que el silencio positivo operaba con toda su fuerza, por lo que al suspender la totalidad de los efectos de la resolución denegatoria, se **recuperaba la condición de solicitante de asilo** y, por tanto, todos los derechos anudados a la misma y reconocidos en la Ley de Asilo.

IV. La suspensión cautelar en la Audiencia Nacional

Derivado de la falta de incorporación del efecto de suspensión automática, en la actualidad y con carácter general, a los solicitantes a los que se deniega la solicitud en primera instancia se las obliga a acudir al juzgado, solicitando medidas cautelares, las cuales suelen ser sistemáticamente rechazadas, acudiendo a la doctrina clásica.

Esta solicitud de medidas cautelares se encauza a través del [art. 129 de la LJCA](#). Sin embargo, como se verá, y derivado de la argumentación precedente es necesario un **enfoque que haga compatible la normativa comunitaria** con la valoración y análisis del tándem *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* que se desprende del propio [art. 130.1. de la LJCA](#), en relación a las condiciones o requisitos para la valoración de medidas cautelares de suspensión de la ejecutividad tal como lo ha venido interpretando el Tribunal Supremo, en

esencia: "1) la producción de un perjuicio al recurrente consecuencia de la ejecución del acto administrativo impugnado. 2) Que este perjuicio sea irreparable o de muy difícil reparación, única situación en la que se compromete la virtualidad del recurso. 3) Que la suspensión del acto administrativo no produzca perturbación grave a los intereses generales o de terceros." (por todas: STS de 8 de mayo en el Rec. 1201/2015), y de forma adaptada al asilo, y por todas, STSS de 14 de octubre de 2008 -dictada en el recurso de casación núm. 193/07 - o de 17 de septiembre de 2009 -dictada en el recurso de casación núm. 3660/08), que establece que la valoración "ha de atender primordialmente a la **apariencia de riesgo de persecución** por alguna de las **razones que justifican la concesión de asilo**, lo que ha de valorarse en función de las **condiciones objetivas del país** de origen, y también en función de las **circunstancias personales del solicitante de asilo...**".

Esta valoración como veremos debería limitarse a **comprobar si la solicitud NO es manifiestamente infundada o inadmisile en términos generales**, cuya valoración correspondería al órgano administrativo y, en su caso, al órgano judicial en su función de control, siendo un hecho excepcional que los órganos judiciales se deban pronunciar sobre esta materia, siendo contrario a la normativa y jurisprudencia comunitaria que valoren la apariencia de riesgo de persecución por motivos de asilo en función de las condiciones objetivas o las circunstancias personales.

No puede desconocerse la norma, sino aplicarla de forma razonable realizando una labor de integración, completando el ordenamiento, función de interpretación otorgado a los operadores jurídicos.

Y es que derivado del incremento exponencial de las solicitudes de asilo en los últimos años y la incapacidad de la Oficina de Asilo para dar el tratamiento debido a las mismas, con un estudio razonable y una **adecuada inadmisión de las solicitudes manifiestamente infundadas o su denegación expresa por estos motivos motivando así la falta de suspensión automática (art. 46.6 Directiva)**, se ha llegado incluso a plantear por el Tribunal Supremo cierto criterio, inédito, pero del cual debe reconocerse fin legítimo (aunque errado en su aplicación a criterio de este letrado), y que se sintetiza en numerosos autos de la Audiencia Nacional al decir que "...también existe un interés público en que

la institución del asilo no se desnaturalice y se transforme en un mecanismo de emigración fraudulenta."

Lo cierto es que el tribunal no puede suplir a las partes en el cumplimiento de sus obligaciones, en este caso a la Administración, al menos tal como se está haciendo en la actualidad y muchos menos acabar socavar el principio de no devolución en interés precisamente de no desnaturalizar la institución del asilo, pues además de traspasar los límites establecidos por la normativa comunitaria se estarían vulnerando derechos fundamentales de las personas y, en numerosos casos, su bien más preciado, la propia vida e integridad física.

En este sentido, es pionero el Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Nacional, de 10 de septiembre de 2021, en un caso de violencia e inseguridad en Colombia, por parte de una persona que habría denunciado actividades delictivas a las autoridades en su localidad y debiendo posteriormente huir del país ante la desprotección efectiva del Gobierno colombiano.

En este auto se reconoce que la normativa y jurisprudencia comunitaria es concisa y otorgar un derecho incondicional a permanecer con carácter general al solicitantes de asilo que vea denegada su solicitud, y que la autoridad judicial sólo debería pronunciarse en los casos en los cuales la norma comunitaria excepciona la aplicación de dicho régimen, concluyendo que la persona no se encuentra en tales casos, por lo que resuelve el reconocimiento de la suspensión cautelar, la autorización para permanecer, el libramiento de documento identificativo y, por supuesto, la autorización para trabajar, provisional, durante la pendencia del recurso, y sin pronunciarse sobre el fondo del asunto, al efecto de no prejuzgar.

V. Conclusiones:

La argumentación precedente y salvo mejor opinión, concluye en lo siguiente:

Primera.- El solicitante de asilo que haya visto denegada su solicitud por parte del Ministerio del Interior e interponga un recurso ante esta resolución denegatoria de primera instancia, de tal modo que pueda considerarse no definitiva, debe mantener su condición de "solicitante" o "solicitante de asilo", y,

en principio, los derechos derivados de la Directiva de Acogida, debiéndose desconectar de la autorización para permanecer en el territorio.

Segunda.- La interposición de un recurso ordinario conlleva, y con carácter general, un efecto suspensivo automático, esto es, la suspensión de *"todos los efectos de la decisión de retorno"*, no solo tras la interposición y hasta la resolución, también *"durante el plazo previsto para la interposición de dicho recurso"* por lo que la salida obligatoria establecida en la ley de asilo es inaplicable, al considerar la directiva comunitaria la autorización provisional a permanecer en el país como un derecho consagrado de carácter incondicional, anudándose al mismo, además, las condiciones de acogida, entre ellas derecho a documentación identificativa mientras se resuelva el recurso, unas condiciones de vida digna o la atención sanitaria, entre otros derechos derivados de la Directiva de acogida.

Tercera.- De igual modo, la persona debe mantener la autorización para trabajar de forma provisional, esto es, *"durante el plazo previsto para la interposición"* y, tras su ejercicio, mientras se resuelva y notifique resolución al respecto e incluso hasta que la decisión no se haga efectiva de forma material. Así pues, tras la resolución judicial de la Audiencia Nacional, como la instancia judicial responsable de la decisión definitiva según el Derecho procesal español, y ante decisiones de traslado a otros países europeos en virtud del Reglamento de Dublín, hasta que estas decisiones de salida obligatoria no se ejecuten materialmente.

Cuarta.- Debe mantenerse la habilitación para trabajar como un derecho derivado de la directiva relacionado con la garantía de unas condiciones de vida dignas de los solicitantes, pero por analogía también otros derechos derivados y prestaciones tales como la atención sanitaria como *"solicitante de asilo"*, el canje del permiso de conducción, ayudas ordinarias y extraordinarias por desempleo o la rentas mínimas, como prestaciones sociales destinadas a garantizar condiciones mínimas de vida digna a los solicitantes de asilo, especialmente si no se les autoriza a trabajar o no han trabajado el tiempo razonable para lograr recursos suficientes, y todo ello mientras se resuelva su solicitud de forma definitiva y hasta que se produzca la ejecución material del traslado.

Quinta.- De igual modo, siguiendo la interpretación extensiva del art. 15 de la Directiva de Acogida emanada de la STJUE de 14 de enero de 2021, los solicitantes de asilo a los que se deniega en primera instancia antes del plazo máximo legal para resolver de 9 meses, pudieran llegar a adquirir el derecho a trabajar, si interponen los recursos correspondientes y la resolución de los mismos se demorara por causa imputable a la administración, de tal modo que ésta pusiera en peligro la garantía de unas condiciones de vida dignas.

Sexta.- En el Derecho español, la autorización para trabajar se adquiere a partir de los 6 meses de la presentación de la solicitud, siempre que la misma se encuentre en trámite y no se encuentre resuelta. De este modo, contiene previsiones más favorables que la normativa comunitaria, permitiendo contabilizar el período de tiempo como “solicitante de asilo pendiente de recurso” a efectos de la habilitación para trabajar, por lo que sería posible adquirir la autorización cuando la solicitud sea denegada antes de los 6 meses, pero una vez interpuesto recurso y, mientras se encuentre pendiente, transcurra dicho período siempre que la demora no pueda ser atribuible al interesado.

Séptima.- A mayores, en el Derecho español, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que no se puede ejecutar el acto administrativo impugnado mediante recurso de reposición, hasta que no se resuelva el mismo aunque no se solicite expresamente la suspensión de la ejecutividad conforme el principio de confianza legítima y, en todo caso, una vez transcurrido el plazo máximo de respuesta de un mes, cuando se solicite la suspensión cautelar, surgirá plenos efectos por silencio administrativo positivo, reforzando de este modo la situación de mantenimiento de los derechos del solicitante de asilo a todos los efectos, no pudiendo considerarse causa de demora imputable al interesado ni que el contenido de dicha petición no sea acorde con el ordenamiento, al contar con amparo directo en la normativa comunitaria, ni inmiscuirse en la regulación de de servicios públicos o pretender sustituir potestades de la administración.

Octava.- La Sección Segunda de la Audiencia Nacional ha empezado a aplicar la doctrina y jurisprudencia comunitaria en materia de suspensión cautelar de los efectos de las denegaciones de asilo pendientes de recurso, realizando la labor de integración en el ordenamiento español del Derecho comunitario limitándose a valorar si la solicitud de asilo denegada se encuentra entre las

causas de exclusión tasadas, procediendo en caso contrario a reconocer la autorización para permanecer y trabajar ordenando al Ministerio del Interior el libramiento de la correspondiente documentación identificativa.

En Salamanca, a 17 de septiembre de 2021

Gabriel de la Mora González
Abogado ICASAL nº2975

Esta nota que se actualiza periódicamente está concebida como un puzzle jurídico en continua construcción y en el que vienen colaborando como fuentes numerosas personas (abogados-as, funcionarios-as, estudiantes, solicitantes de asilo, etc.), siendo labor del autor la mera composición e interpretación conjunta, por lo que se distribuye libremente bajo licencia copyleft, garantizando así el derecho de cualquier persona a utilizar, modificar y redistribuir el texto o sus derivados, siempre que se mantengan las mismas condiciones de utilización y difusión, que no son otras que ser útil a cualquier persona y/o profesional interesada en la defensa de los derechos humanos.

Sólo la lucha hace Justicia.

Contacto:

g.delamora.glez@gmail.com

