

La mera manifestación de voluntad por parte del interesado de solicitar asilo suspende el procedimiento de expulsión o devolución

23/04/2025

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección 5.ª

Sentencia 1772/2024, de 06 de noviembre de 2024

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 7691/2022

Ponente Excmo. Sr. CARLOS LESMES SERRANO

En Madrid, a 6 de noviembre de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número RCA/7691/2022, interpuesto por la procuradora doña Helena Margarita Leal Mora en nombre y representación de D. Rogelio, bajo la dirección letrada de don Alberto Berrocal Acedo, contra la sentencia de fecha 8 de julio de 2022 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, que estimó el recurso de apelación n.º 359/2020 interpuesto por la Abogacía del Estado contra la sentencia dictada el 5 de diciembre de 2019 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Málaga en el recurso contencioso administrativo núm. 324/2018.

Ha comparecido como parte recurrida la Administración General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Carlos Lesmes Serrano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En el recurso de apelación núm. 359/2020, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga, con fecha 8 de julio de 2022, dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor:

“Estimar el recurso de apelación interpuesto por la Administración del Estado, representada y defendida por la Abogacía del Estado, contra la Sentencia núm. 423/2019, de 5-12-2019, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 3 de Málaga, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 324/2018, efectuando los siguientes pronunciamientos:

- 1.- Revocar y declarar sin efecto dicha sentencia apelada.
- 2.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo planteado por D. Rogelio.
- 3.- No hacer imposición de las costas del recurso de apelación ni de las de la primera instancia.”

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la Abogacía del Estado recurso de casación, que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, tuvo por preparado mediante auto de 18 de octubre de 2022 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por auto de fecha 8 de marzo de 2023 acordó que la cuestión planteada en el

recurso, presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los siguientes términos:

“1.º) Admitir el recurso de casación n.º 7691/2022, preparado por la representación procesal de D. Rogelio (quien también aparece referido en las actuaciones como D. Rogelio) contra la sentencia de 8 de julio de 2022 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, por la que, con estimación del recurso de apelación n.º 359/2020 y revocación de la sentencia de 5 de diciembre de 2019 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Málaga, se desestima el recurso contencioso-administrativo n.º 324/2018.

2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

a) Reafirmar, complementar, matizar o, en su caso, corregir o rectificar nuestra jurisprudencia de acuerdo con la cual “la solicitud de protección internacional implica la suspensión del procedimiento de expulsión por estancia irregular (art. 53.1.a/ LOEx) que pudiera afectar al solicitante hasta que la Administración dicte una inicial resolución de desestimación o inadmisión de aquella solicitud”; y, singularmente,

b) Precisar si la referida suspensión del procedimiento de expulsión debe producirse desde que se manifieste la intención de solicitar protección internacional o si, por el contrario, la suspensión del procedimiento de expulsión sólo debe surtir efectos a partir de la efectiva formalización de la solicitud de protección internacional.

3.º) Identificar como normas que, en principio, serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia pudiera extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, las mencionadas en el Razonamiento Jurídico Segundo, apartado III, de este auto.

[...]”

CUARTO.- Admitido el recurso, por diligencia de ordenación de 10 de marzo 2023, se concedió a la parte recurrente un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición, lo que efectuó la representación procesal de D. Rogelio, por escrito de fecha 25 de abril de 2023, en el que, tras alegar cuanto tuvo por conveniente, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

“...dicte sentencia por la que, con estimación del recurso interpuesto, acuerde casar y anular la sentencia recurrida, desestimando el recurso de apelación 359/2020 interpuesto contra la sentencia dictada el 5 de diciembre de 2019 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Málaga en el procedimiento abreviado 324/2018, que tiene por objeto la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Málaga de 27 de diciembre de 2017, confirmada en alzada por otra de la Delegación del Gobierno en Andalucía de 14 de marzo de 2018, que acordó la devolución del recurrente al amparo del artículo 58.3 b) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, dejando sin efecto la actuación administrativa impugnada, por ser contraria a Derecho, y todo ello, con expresa imposición de condena en costas a la Administración demandada.”

QUINTO.- Por providencia de 8 de mayo de 2023 se acordó dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que pudiera oponerse, habiendo presentado el Abogado del Estado en fecha 13 de junio de 2023, escrito de oposición al recurso, en el que tras hacer las alegaciones que estimó oportunas terminó suplicando que se dicte sentencia desestimatoria del recurso con los demás pronunciamientos legales.

SEXTO.- No habiendo solicitado ninguna de las partes la celebración de vista pública y, al considerarla innecesaria atendiendo a la índole del asunto, quedó concluso el recurso y por providencia de fecha

18 de septiembre de 2024, se señaló para deliberación, votación y fallo el 22 de octubre de 2024, fecha en la que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso.

Se impugna en este recurso de casación la sentencia de 8 de julio de 2022, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga), por la que se revocaba la sentencia de 5 de diciembre de 2019 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Málaga que había estimado el recurso interpuesto por la representación procesal de D. Rogelio (quien también aparece referido en las actuaciones como D. Rogelio) frente a la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Málaga de 27 de diciembre de 2017, confirmada en alzada por otra de la Delegación del Gobierno en Andalucía de 14 de marzo de 2018, que acordó su devolución al amparo del artículo 58.3 b) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Según relata la sentencia del Juzgado, el recurrente se encontraba el día 25-12-2017 en una embarcación patera ocupada por ciudadanos de origen subsahariano, siendo rescatados por una patrullera de Salvamento Marítimo. Antes de que se acordara su expulsión del territorio nacional, por aplicación de la legislación de extranjería, solicitó la protección internacional (asilo) y pese a ello fue acordada su devolución. El Juzgado estima su recurso por este motivo (acuerdo de devolución posterior a la solicitud de asilo) siguiendo criterio sentado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (sede Málaga), con cita de varias sentencias de este Tribunal Supremo.

Recurrida esta sentencia en apelación por la Abogacía del Estado, la Sala de Málaga dictó la sentencia de 8 de julio de 2022, por la que se estimaba el recurso.

Precisa la Sala que en el expediente figura (folio 20) un documento de "manifestación de voluntad de presentar solicitud de protección internacional", de la misma fecha en la que se adopta la resolución de devolución (27-12-2017). En ese documento, en el que consta la fotografía y datos personales del interesado, se indica que es acreditativo de la intención de don Rogelio de presentar solicitud de protección internacional y que se le autoriza a permanecer en España hasta su caducidad un mes después, concretamente el 25 de enero de 2018. En el documento también se advierte que no tiene la consideración de presentación formal de la solicitud de protección internacional pero que garantizaba la "no devolución" hasta la fecha en que formalizara la solicitud de protección internacional o hasta la fecha de su caducidad. También señala el documento que la no comparecencia en el período indicado implicaba la pérdida de cualquier derecho derivado del documento, entre ellos el de garantizar la "no devolución".

Partiendo de los hechos anteriores, la Sala de Málaga centra la cuestión jurídica a resolver en la fijación del momento en que se entiende solicitado el asilo o la protección internacional: si desde la sola manifestación de la voluntad en el momento inicial cuando el interesado es interceptado pretendiendo entrar ilegalmente (en los supuestos de devolución), o poco después (pero antes de dictarse la resolución de devolución), o cuando efectivamente formaliza esa solicitud (con todos los trámites, incluida la entrevista, que contempla el ordenamiento). La Sala concluye que solo puede entenderse solicitado el asilo cuando se formaliza la petición y lo razona de la siguiente manera:

“Entendemos que desde la formalización, cuando la voluntad del interesado queda efectivamente plasmada (y, además, así, se conjura que el anuncio de pedir asilo obedezca sólo al designio de evitar que se dicte la orden de devolución). Ello sin perjuicio de que, como reconoce el documento expedido,

ut supra transcrito, la Administración no pueda llevar a término la devolución ordenada hasta tanto no transcurra el plazo concedido para poder formalizar la solicitud. De todo lo cual deriva que, en este caso, como no se había formalizado al momento de ordenarse la devolución, la resolución originariamente impugnada sea conforme a Derecho, al margen de su eficacia y de la ulterior suspensión de trámites si se hubiera producido esa formalización, lo que no consta.

En cuanto al fondo del asunto, procedía la devolución, por tratarse de supuesto del art. 58.3.b) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y no haber motivo, según el criterio reiterado de esta Sala, para no acordar dicha medida. Y es que, sobre motivación, constan en el expediente todos los elementos necesarios para dar a conocer las razones de la devolución decretada (único efecto previsto en la norma aplicable, respuesta apta para mantener la legalidad intentada vulnerar con la entrada ilegal) y poderse revisar su conformidad o no a Derecho. No se está ante una sola resolución dictada para todo un grupo de extranjeros rescatados, sino que el acto recurrido es singular e individualizado para el recurrente, al margen de que las circunstancias de tiempo y lugar en que fue interceptado (y por cuyo intento de acceso ilegal procede la devolución) sean las mismas que para los demás compañeros de viaje, lo que explica y justifica su común descripción. No es apreciable indefensión del interesado, que disfrutó desde un principio de asistencia letrada. Y no tratándose de procedimiento de carácter punitivo, no cabe alegar con éxito la desproporción de una inexistente sanción, ni la garantía de la presunción de inocencia u otros principios de esa índole, relativos al ejercicio de la potestad sancionadora.

En consecuencia, cumple estimar el recurso de apelación, revocar la sentencia apelada y desestimar el recurso contencioso-administrativo planteado ante el Juzgado.”

SEGUNDO.- La cuestión de interés casacional.

El auto de admisión dictado por la Sección Primera de esta Sala en 8 de marzo de 2023 estableció que la cuestión que en este caso tiene interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

“a) Reafirmar, complementar, matizar o, en su caso, corregir o rectificar nuestra jurisprudencia de acuerdo con la cual “la solicitud de protección internacional implica la suspensión del procedimiento de expulsión por estancia irregular (art. 53.1.a/ LOEx) que pudiera afectar al solicitante hasta que la Administración dicte una inicial resolución de desestimación o inadmisión de aquella solicitud”; y, singularmente,

b) Precisar si la referida suspensión del procedimiento de expulsión debe producirse desde que se manifieste la intención de solicitar protección internacional o si, por el contrario, la suspensión del procedimiento de expulsión sólo debe surtir efectos a partir de la efectiva formalización de la solicitud de protección internacional.”

Dicho auto identificó como normas que, en principio, deberían ser objeto de interpretación las siguientes: artículo 58.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en relación con los artículos 5, 18.1.d) y 19 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria y con los artículos 4, 8.1 y 3, 11 y 19 del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero; y tomando en consideración lo dispuesto en la 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.

TERCERO.- Doctrina jurisprudencial establecida sobre los efectos en los procedimientos de expulsión o devolución de extranjeros de la solicitud de protección internacional.

Sobre esta cuestión, la Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en varias sentencias - SSTS n.º 1.458/2021, de 13 de diciembre (RC 7863/2020); n.º 1.502/2021, de 16 de diciembre de 2021 (RC 7864/2020); y n.º 132/2022, de 3 de febrero (RC 1622/2020)- en las que se fijó la siguiente doctrina:

Destacamos la STS n.º. 1.458/2021, primera de esta serie, que dio respuesta a la cuestión de si la solicitud de protección internacional implicaba la automática paralización de los procedimientos de expulsión por estancia irregular que pudieran afectar al solicitante o sólo afectaba a la ejecución de la expulsión que pudiera acordarse en dichos procedimientos, cuestión sobre la que señaló lo siguiente:

“B).- Nuestra respuesta ha de venir guiada por el respeto al principio de no devolución que garantiza que ninguna persona sea repatriada a un país en el que sufra persecución, que se erige en la garantía fundamental de la protección internacional reconocida en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado de 28 de julio de 1951 (art. 33.1), y que ha sido configurado como derecho fundamental en los arts. 18 y 19.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y reafirmado en el art. 21 de la Directiva 2011/95, en el considerando 3 de la Directiva 2013/32, y en el considerado 8 y en el art. 5 de la Directiva 2008/115.

En el ámbito interno es el art. 5 de la Ley 12/2009, el que proclama la no devolución ni expulsión como derecho sustancial que garantiza el estatuto de asilo y protección subsidiaria, y para garantizar la efectividad de este derecho nuclear de la protección internacional se adelanta su salvaguarda al momento mismo de presentación de la solicitud de protección internacional. A ello responden los arts. 18.1.d) y 19.1 de la Ley 12/2009, que son los que han sustentado la decisión adoptada en la sentencia recurrida.

El primero de estos preceptos, art. 18.1.d), dice lo siguiente:

“1. El solicitante de asilo, presentada la solicitud, tiene en los términos recogidos en la presente Ley, en los arts. 16, 17, 19, 33 y 34, los siguientes derechos: (...) d) a la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante”.

Y el segundo, art. 19.1, es del siguiente tenor:

“Solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida....”.

De estos preceptos se desprende que no es posible la devolución, retorno o expulsión del solicitante de asilo hasta que no se resuelva o inadmita la solicitud de protección internacional, pero ninguno de los dos preceptos aclara o precisa cuál sea el momento en el que deba paralizarse o suspenderse la expulsión -por lo que al caso se refiere-, si antes de acordarse o, ya acordada, al tiempo de ejecutarse, esto es, si una vez solicitada la protección internacional, la suspensión o paralización de la expulsión afecta sólo a la ejecución de tal medida o si impide también su mera declaración, en definitiva, si presentada una solicitud de protección internacional en el curso de un procedimiento de expulsión por estancia irregular se suspende la posibilidad de acordar la expulsión hasta que se resuelva o inadmita tal petición -como ha entendido la sentencia recurrida- o si es posible acordar la expulsión sin haberse resuelto aquella petición, aunque no pueda ejecutarse hasta que la solicitud de protección internacional se resuelva o inadmita, como sostiene el recurrente.

Ninguna duda cabe de que, a la luz del principio de no devolución, presentada una solicitud de protección internacional, la expulsión por estancia irregular no puede ejecutarse hasta que aquella solicitud no haya sido resuelta o inadmitida -o más precisamente, hasta que el rechazo o la inadmisión sean ejecutivos-, y a ello se refieren los arts. 57.6, 64.5 LOEx y 246.7 ROEx, pero se trata de determinar si la petición de protección internacional suspende también la posibilidad misma de acordar la expulsión por aquella causa hasta tanto la petición de protección internacional se resuelva, circunstancia que es la que aquí se plantea al haberse formulado la petición de protección

internacional en el curso de un procedimiento de expulsión seguido al amparo del art. 53.1.a) LOEx, que seguía sin resolverse cuando se dicta el acuerdo de expulsión.

C).- Entendemos que es esta segunda solución la que debe adoptarse, no ya por los términos categóricos e indiferenciados en los que se expresa el art. 18.1.d) de la Ley de asilo al referirse a la suspensión de “cualquier proceso” de devolución o expulsión sin distinguir si se está en fase declarativa o de ejecución, sino porque no es posible calificar de irregular la estancia cuando se ha solicitado la protección internacional y hasta tanto ésta no es rechazada o inadmitida. Así se desprende del art. 9.1 de la Directiva 32/2013 (antiguo art. 7, apartado 1, de la Directiva 2000/85), en relación con el considerando 9 de la Directiva 2008/115 (Directiva de retorno). Esta misma premisa es la que subyace al art. 17.2 de la Ley de asilo que impide sancionar la entrada ilegal (“no podrá ser sancionada”, dice el precepto) de quien reúna los requisitos para obtener la protección internacional.

Dice así el art. 9.1 de la Directiva 32/2013:

“1. Los solicitantes estarán autorizados a permanecer en el Estado miembro, únicamente a efectos del procedimiento, hasta que la autoridad decisoria haya dictado una resolución de conformidad con los procedimientos en primera instancia establecidos en el capítulo III. Ese derecho a permanecer no constituirá un derecho a obtener un permiso de residencia.”

Y el considerando 9 de la Directiva de retorno se expresa en estos términos:

“Con arreglo a la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, no se debe considerar que el nacional de un tercer país que haya solicitado asilo en un Estado miembro se halla en situación irregular en el territorio de dicho Estado miembro hasta que entre en vigor una decisión desestimatoria de la solicitud o que ponga fin a su derecho de estancia como solicitante de asilo.”

Estas previsiones han sido objeto de interpretación por el TJUE en su sentencia de 19 de junio de 2018, asunto C-181/16, citada por el recurrente, en sus considerandos 40 y 41:

“40 De conformidad con el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2005/85, los solicitantes de protección internacional están autorizados a permanecer en el Estado miembro, únicamente a efectos del procedimiento, hasta que la autoridad decisoria de primera instancia haya adoptado una decisión por la que deniegue la solicitud de protección internacional. Aunque ese derecho no constituye, conforme a los propios términos de dicha disposición, un derecho a obtener un permiso de residencia, del considerando 9 de la Directiva 2008/115 se desprende, no obstante, que ese derecho a permanecer impide que la situación del solicitante de protección internacional pueda considerarse “irregular”, en el sentido de dicha Directiva, durante el período comprendido entre la presentación de su solicitud de protección internacional y la adopción de una decisión en primera instancia que resuelva sobre dicha solicitud.

41 Según se desprende claramente del tenor literal del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2005/85, el derecho a permanecer previsto en esa disposición finaliza en el momento el que la autoridad decisoria adopta en primera instancia la decisión por la que se deniega la solicitud de protección internacional. A falta de una autorización o de otro permiso de residencia concedido al interesado con arreglo a otra base jurídica, en particular en virtud del artículo 6, apartado 4, de la Directiva 2008/115, que permita al solicitante cuya solicitud haya sido denegada cumplir las condiciones de entrada, estancia o residencia en el Estado miembro de que se trate, la decisión de denegación entraña que, desde su adopción, el solicitante ya no cumple esas condiciones, de modo que su situación pasa a ser irregular.”

Así pues, de conformidad con el juego conjunto de ambas Directivas, no puede calificarse de irregular, en el sentido de la Directiva de retorno, la estancia en España de quien ha solicitado protección internacional hasta tanto esta petición sea desestimada o inadmitida “en primera instancia”, pasando a ser irregular a partir de ese momento.

Y si esto es así, esto es, si no puede considerarse “irregular”, en los términos del art. 6.1 de la Directiva de retorno, la situación del solicitante de protección internacional desde que se formula la petición hasta que se dicta por la Administración una inicial decisión de rechazo o inadmisión, no es posible durante ese periodo acordar una expulsión por “encontrarse ilegalmente en territorio español”, como reza la infracción descrita en el art. 53.1.a) LOEx. Lógicamente, este derecho a permanecer regularmente en España sólo tiene un efecto limitado o transitorio, pues lo es “únicamente a efectos del procedimiento” de protección internacional y entretanto éste se resuelve o inadmite, y ello impide que pueda derivarse del mismo la subsanación de la estancia irregular anterior, de forma que, rechazada o inadmitida la petición de protección internacional (y no otorgada tampoco la residencia por razones humanitarias prevista en el art. 37 de la Ley 12/2009), subsiste aquella estancia irregular determinante de la expulsión que puede ya ser acordada.

D).- Y aún existe otra razón que nos inclina a sostener la improcedencia de acordar la expulsión por estancia irregular mientras está pendiente de resolverse o admitirse una petición de protección internacional y es la de que la resolución que acuerda denegar o inadmitir una petición de protección internacional puede, no obstante, autorizar la residencia en España por razones humanitarias (art. 37 de la Ley 12/2009), y ello significa, no sólo que en dicho procedimiento puede obtenerse un título habilitante para permanecer en España distinto de la protección internacional, sino también que en el procedimiento de protección internacional pueden valorarse hechos y circunstancias que pueden ser determinantes del juicio de proporcionalidad que ha de fundamentar cualquier decisión de expulsión. Debe traerse a colación a este respecto el art. 6.4 de la Directiva de retorno, Directiva 2008/115, según el cual, “Los Estados miembros podrán, en cualquier momento, decidir conceder a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo. En este caso no se dictará ninguna decisión de retorno. De haberse ya dictado, se revocará la decisión de retorno o se suspenderá durante el periodo de validez del permiso de residencia o de otra autorización que otorgue un derecho de estancia”.

E).- Ésta es además la interpretación más favorable para asegurar la mayor efectividad del principio de no devolución. El riesgo de fraude de ley al que se alude por la Abogacía del Estado es fácilmente evitable por la Administración con la simple solución de resolver, en los breves plazos establecidos en la ley de asilo, sobre la admisión a trámite de las solicitudes manifiestamente infundadas, pero como advertíamos en nuestra sentencia de 8 de abril de 2021, rec. 2461/2020, “La necesaria conexión entre el derecho de asilo y el control de la inmigración no puede producirse a costa del derecho de asilo, sino partiendo de su riguroso respeto. La Administración es la que tiene en sus manos evitar el efecto previsto por el legislador con el simple mecanismo de resolver las peticiones que considere infundadas en plazo.”. Es, por tanto, la Administración la que tiene en sus manos, en los breves plazos de la ley de asilo, evitar los supuestos en los que se utilice de forma indebida el procedimiento de protección internacional para eludir de forma artificiosa las finalidades que persigue la Directiva de retorno que, por esta razón, no consideramos restringida en su eficacia por la interpretación que proponemos.

F).- Y los anteriores razonamientos no se ven afectados por la doctrina que establece la STJUE de 19 de junio de 2018, asunto C-181/2016, invocada por la Abogacía del Estado (a la que también nosotros hicimos antes referencia), que contempla la posibilidad -que aquí no se cuestiona- de acordar la expulsión al amparo de la Directiva de retorno por estancia irregular tras la inicial denegación por la Administración de la protección internacional o en el mismo acto, siempre que, entre otros condicionantes, se suspendan todos los efectos de dicha decisión de expulsión hasta tanto se resuelva

el recurso jurisdiccional que se haya interpuesto contra la resolución denegatoria de la protección internacional. Reproducimos, a continuación, la doctrina que se enuncia en el fallo de dicha sentencia:

“La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en relación con la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, y a la luz del principio de no devolución y del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrados en los artículos 18, 19, apartado 2, y 47 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que la autoridad decisoria adopte una decisión de retorno en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115, contra un nacional de un tercer país que ha presentado una solicitud de protección internacional, a partir del momento en el que deniegue esa solicitud o unida a esa denegación en el marco de un único acto administrativo y, por tanto, antes de que se resuelva el recurso jurisdiccional contra dicha denegación, siempre que el Estado miembro de que se trate garantice que se suspendan todos los efectos jurídicos de la decisión de retorno a la espera del resultado de dicho recurso, que el solicitante pueda beneficiarse durante ese período de los derechos que se derivan de la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, y que pueda invocar cualquier cambio en las circunstancias que se produzca después de la adopción de la decisión de retorno y que pueda incidir de forma significativa en la apreciación de su situación de conformidad con la Directiva 2008/115, en particular, con su artículo 5, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional nacional.”

Como puede observarse, en el caso resuelto por esta sentencia se trataba de resolver si era posible adoptar una decisión de retorno con arreglo a la Directiva 2008/115, contra un solicitante de protección internacional después de dictarse resolución denegatoria de dicha solicitud y antes del resultado del recurso judicial interpuesto contra dicha denegación, resolviendo el TJUE que ello era posible por ser irregular la estancia del solicitante de asilo a partir de aquella inicial denegación, aunque siempre que se suspendieran todos los efectos de la decisión de expulsión hasta la resolución del recurso jurisdiccional interpuesto contra aquella denegación. En cambio, en nuestro caso se aborda la posibilidad de acordar la expulsión por estancia irregular antes del inicial rechazo o inadmisión por la Administración de una solicitud de protección internacional presentada antes de que la expulsión se acuerde, posibilidad que hemos descartado. Además, como antes explicamos, los razonamientos que preceden a la conclusión alcanzada por el TJUE en esta sentencia abundan en la solución que hemos propuesto en la medida en que impiden calificar como estancia irregular en el sentido de la Directiva de retorno la del solicitante de protección internacional mientras no se resuelva o inadmita su solicitud por una inicial resolución de la Administración, circunstancia que impide adoptar una decisión de retorno al amparo del art. 6.1 de aquella Directiva.”

A la vista de los anteriores razonamientos, la respuesta a la cuestión casacional planteada fue que la solicitud de protección internacional implicaba la suspensión del procedimiento de expulsión por estancia irregular (art. 53.1.a/ LOEx) que pudiera afectar al solicitante hasta que la Administración dictase una inicial resolución de desestimación o inadmisión de aquella solicitud.

En definitiva, nuestra doctrina jurisprudencial es clara en la determinación de los efectos de la solicitud de protección internacional. Sin embargo, en nuestro caso, el auto de admisión nos interpela para que precisemos si la referida suspensión del procedimiento de expulsión debe producirse desde que se manifieste la intención de solicitar protección internacional o si, por el contrario, la suspensión del procedimiento de expulsión sólo debe surtir efectos a partir de la efectiva formalización de la solicitud de protección internacional.

Veamos lo que dicen las partes al respecto.

CUARTO.- El escrito de interposición del recurso.

Sostiene la parte que una vez manifestada por el ciudadano extranjero su voluntad de solicitar asilo o la protección internacional subsidiaria, no cabe acordar la devolución, pues, de lo contrario, se hace ilusorio el mandato contenido en el artículo 58.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, así como el artículo 19 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

Cualquier otra interpretación de los preceptos cuya infracción se denuncia convertiría a estos en papel mojado, siendo lo que ocurre precisamente en el presente supuesto. Es decir, los preceptos que la parte considera infringidos deben ser interpretados en el siguiente sentido: una vez que el ciudadano extranjero manifiesta su voluntad de solicitar asilo, se encuentra vedada la posibilidad de dictar una orden de devolución. De esta forma, de mediar dicha manifestación de voluntad, la devolución solamente podría ser acordada si el extranjero no llega a formalizar la solicitud de asilo una vez transcurrido el plazo previsto legalmente para ello, por causas imputables al mismo, pero nunca antes.

Llama la atención en el hecho de que al aquí recurrente le fue notificada una orden de devolución, pese a que desde el momento mismo de su detención y, por tanto, con anterioridad al dictado del acto administrativo controvertido, aquel ya había manifestado de forma expresa y por escrito su voluntad de solicitar protección internacional, lo que, en efecto, formalizó cuando se le dio cita para ello, grabándose la solicitud en la aplicación ADEXTTRA-ASILO con el n.º de expediente NUM000, tal y como consta acreditado con el documento número 3 de los que se adjuntaban al recurso contencioso-administrativo, de manera que la sentencia aquí recurrida se dice que no consta formalizada la solicitud de asilo, lo que vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24 CE-, habiendo venido desde entonces compareciendo con la periodicidad exigida ante la Policía Nacional, de manera que la actividad administrativa impugnada y, por ende, la sentencia objeto del presente recurso, entran en abierta contradicción con las normas analizadas.

En respaldo de su postura cita las SSTs números 1.130/2020, de 29 de julio; 1.475/2020, de 10 de noviembre, y; 173/2021, de 10 de febrero. Reconoce el recurrente que en estas resoluciones no se aclara la cuestión que se plantea en la presente *litis*, esto es, cuándo se entiende solicitado el asilo o la protección internacional, si desde la sola manifestación de la voluntad en el momento inicial cuando el interesado es interceptado pretendiendo entrar ilegalmente a nuestro país, o poco después, pero antes de dictarse la resolución de devolución, o cuando efectivamente formaliza esa solicitud con todos los trámites, incluida la entrevista, que contempla el ordenamiento, sí se declara en las mismas que la mera presentación de la petición de protección internacional comporta para el solicitante el importante derecho de que *"no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida"*.

La interpretación que sostiene la parte es que la mera manifestación de voluntad por parte del interesado de solicitar protección internacional impide que se dicte una orden de devolución, pues, de lo contrario, el meritado derecho devendría irrealizable.

Abunda en su interpretación el hecho de que la propia Administración consideró que desde el momento en el que aquí recurrente exteriorizó su intención de solicitar asilo entendió que debía garantizarse la no devolución.

Por otro lado, critica a la Sala de instancia por haberse apartado de lo que era y es un criterio consolidado sin haber explicitado las razones que conducían a ello, por lo que se incumple el deber de motivación al que obliga el artículo 24 de nuestra Carta Magna, con clara vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y del derecho a la igualdad.

Finaliza interesando la desestimación del recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Málaga.

QUINTO.- La oposición del Abogado del Estado.

Para el representante de la Administración la interpretación del art.18.1 d) de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, no ofrece duda ya que reconoce los derechos del solicitante de asilo una vez presentada la solicitud.

La interpretación gramatical del precepto (art. 3.1 del CC) parece inequívoca: la circunstancia determinante de la suspensión del procedimiento de devolución es la presentación de la solicitud de asilo, siendo el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, el que concreta, entre otras circunstancias, cuáles son los lugares en que debe presentarse dicha solicitud (los mencionados en su art. 4), el plazo de presentación (que es de un mes a contar desde la entrada en el territorio español, con carácter general) y la forma de presentación de la solicitud de asilo que se regula en el art. 8.3, al establecer que:

“(...) 3. La solicitud se formalizará mediante la cumplimentación y firma del correspondiente formulario por el solicitante, que deberá exponer de forma detallada los hechos, datos o alegaciones en que fundamente su pretensión. Junto con su solicitud deberá aportar fotocopia de su pasaporte o título de viaje, del que hará entrega si su solicitud es admitida a trámite, así como cuantos documentos de identidad personal o de otra índole estime pertinentes en apoyo de la misma. Si el solicitante no aportase ningún tipo de documentación personal deberá justificar la causa de dicha omisión.”

A juicio del Abogado del Estado, el conjunto de los preceptos legal y reglamentarios aplicables llevan a entender que la respuesta a la cuestión declarada de interés casacional objetivo debe ser que, de acuerdo con la interpretación gramatical y sistemática de la normativa reguladora del lugar, plazo y forma de presentación de la solicitud de asilo ésta no puede identificarse con la mera manifestación de la intención de solicitar protección internacional, interpretación que es la que sostiene la sentencia recurrida y que, por otra parte, no vulnera la 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, que, por el contrario, refuerza esta conclusión al afirmar en su art. 6.4 que: "Una solicitud de protección internacional se considerará presentada a partir del momento en el que el solicitante presente el formulario o, cuando así lo prevea el Derecho nacional, las autoridades competentes del Estado miembro de que se trate reciban un informe oficial".

Sostiene además que lo mantenido por la sentencia recurrida complementa, sin contradecirla, la jurisprudencia mencionada en el auto de admisión: SSTS n.º 1.458/2021, de 13 de diciembre (RC 7863/2020); n.º 1.502/2021, de 16 de diciembre de 2021 (RC 7864/2020); y n.º 132/2022, de 3 de febrero (RC 1622/2020). Y es que en las SSTS citadas lo que se planteaba era si, una vez solicitada la protección internacional, la suspensión o paralización de la expulsión afectaba sólo a la ejecución de tal medida o si impedía su mera declaración, decantándose el Alto Tribunal por esta última opción, al entender que no es posible calificar de irregular la estancia cuando se ha solicitado la protección internacional y hasta tanto ésta no es rechazada o inadmitida y porque la resolución que acuerda denegar o inadmitir una petición de protección internacional puede, no obstante, autorizar la residencia en España por razones humanitarias (art. 37 de la Ley 12/2009), y ello significa, no sólo que en dicho procedimiento puede obtenerse un título habilitante para permanecer en España distinto de la protección internacional, sino también que en el procedimiento de protección internacional pueden valorarse hechos y circunstancias que pueden ser determinantes del juicio de proporcionalidad que ha de fundamentar cualquier decisión de expulsión.

Esta interpretación no puede, sin embargo, aplicarse miméticamente al caso de autos, porque la doctrina sentada por el Tribunal Supremo se refiere, como se ha dicho, al supuesto de solicitud formal de asilo, pero no al momento previo, en el que dentro del mes desde la entrada en territorio nacional se concede al extranjero el derecho a solicitar el asilo, pudiendo manifestar su intención de formalizar dicha solicitud. Se trata de un supuesto distinto en el que no procede una eventual interpretación extensiva o analógica de los preceptos relativos a las consecuencias jurídicas derivadas de la formalización efectiva de la solicitud de asilo porque no hay laguna o vacío legislativo que completar (si la norma que contempla el plazo del mes para formular la solicitud hubiera querido aplicar, durante ese plazo, el mismo régimen que el que anuda a la solicitud de asilo formalizada lo habría previsto expresamente) sin que, además, se desvirtúe la garantía de no llevarse a efecto la devolución antes de que se haya resuelto sobre una solicitud formal de asilo presentada en tiempo y forma, o desde que transcurre el plazo del mes desde la entrada en territorio español, sin que se haya solicitado.

Finaliza interesando que se declare no haber lugar al recurso de casación.

SEXTO.- Decisión de la cuestión planteada y respuesta a la cuestión casacional.

Los términos en los que está planteado el debate procesal son claros, como hemos visto en los anteriores fundamentos, y consisten en determinar los efectos del simple anuncio de la voluntad de solicitar asilo en territorio nacional en relación con el procedimiento de expulsión o devolución. Para la parte recurrente los efectos han de ser los mismos que los que se derivan de la presentación formal de la solicitud de asilo, mientras que para el Abogado del Estado no pueden serlo por no estar contemplado así ni en la ley española ni en la normativa comunitaria.

Veamos que dicen estas normas.

El Título II de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria está dedicado a las reglas procedimentales para el reconocimiento de la protección internacional. El Capítulo I, bajo el epígrafe "De la presentación de la solicitud", dedica 7 preceptos (arts. 16 a 22) a este trámite, que es el que inicia el procedimiento (art. 17.1).

Según el artículo 16.3 es la presentación de la solicitud la que conlleva la valoración de las circunstancias determinantes del reconocimiento de la condición de refugiado, así como de la concesión de la protección subsidiaria.

El artículo 17 establece la forma de presentación de la solicitud que ha de ser mediante comparecencia personal de los interesados que soliciten protección en los lugares que reglamentariamente se establezcan, o en caso de imposibilidad física o legal, mediante persona que lo represente. Esta comparecencia ha de realizarse sin demora y en todo caso en el plazo máximo de un mes desde la entrada en el territorio español o, en todo caso, desde que se produzcan los acontecimientos que justifiquen el temor fundado de persecución o daños graves.

La solicitud se formaliza mediante entrevista personal que se realizará siempre individualmente.

El artículo 18 establece, para lo que aquí interesa, que el solicitante de asilo, presentada la solicitud, tiene, entre otros derechos, el de la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante y el artículo 19 añade que, solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva la solicitud o esta sea inadmitida.

Como es de ver, en la legislación española la solicitud que inicia el procedimiento para el reconocimiento de la protección internacional está rodeada de ciertas formalidades: debe hacerse a través de una comparecencia personal, en lugar reglamentariamente establecido y mediante la práctica de una entrevista.

Cuando estas formalidades no se han cumplido, como es el caso de autos, se interpreta que no pueden producirse los efectos suspensivos del procedimiento de devolución tal como hemos interpretado en los fundamentos anteriores, de manera que se considera por la Sala de instancia que la decisión de la Administración de acordar la devolución de D. Rogelio al amparo del artículo 58.3 b) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, pese a haber anunciado su intención de solicitar asilo, era correcta.

Al objeto de decidir la cuestión casacional, que exige precisar si la suspensión del procedimiento de expulsión debe producirse también desde que se manifieste también la intención de solicitar protección internacional aunque aún no se haya formalizado la solicitud de la protección internacional, hemos de acudir a la 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, Directiva que es de refundición de otras anteriores y de fecha posterior a nuestra ley de asilo por lo que debe inspirar la interpretación de los preceptos de ésta.

En el considerando 26 de la norma europea ya se contempla que, con vistas a garantizar un acceso efectivo al procedimiento de examen, los funcionarios que entren en primer lugar en contacto con personas que busquen protección internacional, en particular aquellos que lleven a cabo labores de vigilancia de las fronteras terrestres o marítimas o que realicen controles fronterizos, deben recibir la información oportuna y una formación adecuada sobre cómo reconocer y tratar solicitudes de protección internacional, entre otros, tomando en consideración las directrices pertinentes elaboradas por la EASO. Deben ser capaces de proporcionar a los nacionales de terceros países o personas apátridas que se encuentren en el territorio, con inclusión de la frontera, las aguas territoriales o las zonas de tránsito de los Estados miembros, y que formulen una solicitud de protección internacional, la información pertinente sobre dónde y cómo deben presentarse las solicitudes de protección internacional. Si dichas personas se encuentran en las aguas territoriales de un Estado miembro deben ser desembarcadas en tierra para que sus solicitudes se examinen de conformidad con la Directiva.

A lo anterior añade el siguiente considerando (el 27) que, dado que los nacionales de terceros países y las personas apátridas que hayan expresado su deseo de solicitar protección internacional son solicitantes de protección internacional, deben cumplir las obligaciones y gozar de los derechos contemplados en la presente Directiva y en la 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. Para ello, los Estados miembros deben inscribir cuanto antes el hecho de que estas personas son solicitantes de protección internacional.

Como es de ver en estos considerandos, la expresión del deseo de solicitar protección internacional, aún cuando dicha expresión se realice ante los funcionarios que entren en primer lugar en contacto con personas que busquen protección internacional, en particular aquellos que lleven a cabo labores de vigilancia de las fronteras terrestres o marítimas o que realicen controles fronterizos, como es nuestro caso, se quiere equiparar a los efectos de gozar de los derechos contemplados en la Directiva a la formal presentación de la solicitud de protección internacional.

Por su parte, en el apartado de definiciones del artículo 2 de la Directiva, se limita a indicar que se entiende por "solicitud" o "solicitud de protección internacional" como la mera petición de protección formulada a un Estado miembro por un nacional de un tercer país o apátrida que puede presumirse aspira a obtener el estatuto de refugiado o el estatuto de protección subsidiaria, sin someter dicha petición a formalidad alguna.

El capítulo II, dedicado a los principios y garantías fundamentales, dedica su artículo 6 al "acceso al procedimiento", en el que se indica que este puede tener lugar cuando una persona formule su solicitud de protección internacional a una autoridad competente, aunque admite, a continuación,

que dicha solicitud de protección internacional también se puede formular ante otras autoridades pese a que no sean las competentes para registrarlas tales como policía, guardias de fronteras, autoridades de inmigración y personal de los centros de internamiento.

En definitiva, la Directiva parte de un principio antiformalista y anuda las garantías derivadas de la petición de protección internacional -como es la suspensión del procedimiento de expulsión- al mero hecho de que esa voluntad se ponga de manifiesto ante determinadas autoridades, aunque no sean las competentes para su tramitación, como singularmente acontece cuando se anuncia la voluntad de solicitar dicha protección ante policías o guardias de frontera.

Por ello hemos de dar razón al recurrente de que la mera manifestación de voluntad por parte del interesado de solicitar protección internacional ante policías o guardias de frontera impide que se dicte una orden de devolución.

La respuesta a la cuestión casacional debe ser positiva, en el sentido de que la suspensión del procedimiento de expulsión debe producirse desde que se manifieste la intención de solicitar protección internacional ante autoridades públicas tales como policía, guardias de fronteras, autoridades de inmigración y personal de los centros de internamiento, aunque no sean las competentes para tramitar el procedimiento.

SÉPTIMO.- Conclusiones y costas.

A la vista de lo expuesto en el anterior fundamento procede declarar que ha lugar al recurso de casación, anulando la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga), por la que se revocaba la sentencia de 5 de diciembre de 2019 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Málaga que había estimado el recurso interpuesto por la representación procesal de D. Rogelio frente a la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Málaga de 27 de diciembre de 2017, confirmada en alzada por otra de la Delegación del Gobierno en Andalucía de 14 de marzo de 2018, que acordó su devolución al amparo del artículo 58.3 b) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

En consecuencia, se confirma la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Málaga.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA, en relación con el artículo 93 LJCA, en el recurso de casación cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

PRIMERO.- Fijar como doctrina casacional la reseñada en el fundamento de Derecho Sexto.

SEGUNDO.- Ha lugar al presente recurso de casación n.º 7691/2022, interpuesto frente a la sentencia de 8 de julio de 2022, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga), por la que se revocaba la sentencia de 5 de diciembre de 2019 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Málaga que había estimado el recurso interpuesto por la representación procesal de D. Rogelio frente a la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Málaga de 27 de diciembre de 2017, confirmada en alzada por otra de la Delegación del Gobierno en Andalucía de 14 de marzo de 2018, que acordó su devolución al amparo del artículo 58.3 b) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

TERCERO.- Confirmar la sentencia de 5 de diciembre de 2019 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Málaga que había estimado el recurso interpuesto por la representación procesal de D. Rogelio..

CUARTO.- En cuanto a las costas estar a los términos señalados en el último fundamento de Derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.