

En la Villa de Madrid, a trece de julio de dos mil dos.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** La representación procesal de don Abdelmoula B. presentó, con fecha 18 de marzo de 1999, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo contra la resolución dictada por el Ministro del Interior con fecha 27 de octubre de 1998, por la que se le denegó a aquél el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo, al mismo tiempo que, por otrosí, pedía la suspensión del deber de abandonar el territorio español derivada de la referida resolución denegatoria del derecho de asilo, dada la condición de nacional del Sahara, cuya independencia está condicionada a un referéndum auspiciado por la ONU, que no termina de llevarse a cabo, estando el solicitante de la medida cautelar comprometido en esa lucha por la independencia de su país hasta el punto de arriesgar su vida debido a las vejaciones, presión y malos tratos que recibe de las autoridades marroquíes, teniendo, además, que tener en cuenta la vinculación histórica del pueblo saharauí con España, especialmente con las Islas Canarias, adjuntando, como prueba de lo manifestado, la entrevista realizada por el Diario de Las Palmas al solicitante en su edición del día 24 de junio de 1998, en donde se relata no sólo la forma en que llegó a España sino sus circunstancias personales, así como otra entrevista en el periódico Canarias 7, de fecha 20 de julio de 1998, cuyos documentos la Sala de instancia no ha remitido junto a la pieza separada de suspensión.

**SEGUNDO** De la referida solicitud de suspensión del deber de abandonar el territorio español se dio traslado al Abogado del Estado, quien, mediante escrito presentado ante la Sala de instancia con fecha 7 de septiembre de 1999, se opuso a dicha medida cautelar, y la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó, con fecha 12 de noviembre de 1999, auto denegando la suspensión interesada.

**TERCERO** Dicho auto denegatorio de la suspensión se basa en los siguientes fundamentos jurídicos: «**Primero:** El Tribunal Supremo, en diversas resoluciones relativas a los acuerdos de suspensión de la ejecución de decisiones administrativas de expulsión de extranjeros del territorio nacional, ha sentado el criterio de que tal suspensión resulta procedente cuando la persona afectada tiene arraigo en España, por razón de sus intereses familiares o económicos, por lo que la ejecución inmediata de la orden de expulsión habría de producirle unos perjuicios de reparación difícil, que en parte afectaría a su esfera personal (autos de 1 de septiembre de 1987 , 6 de febrero de 1988 y 17 de septiembre de 1992), y tal doctrina es perfectamente aplicable a la obligación impuesta a un súbdito extranjero de abandonar el territorio nacional antes de determinada fecha, ya que, aunque no constituye un acuerdo de expulsión de nuestro país, sí crea un deber jurídico de cumplimiento, y por tanto, de salir del territorio español, equivalente en sus efectos a la ejecución de un mandato de expulsión (Auto del mismo Tribunal de 27 de septiembre de 1994 ). **Segundo:** De los datos que constan a esta Sala y de las anteriores consideraciones, no resulta que en el recurrente concurren intereses familiares o económicos, pues fundamenta su pretensión en meras hipótesis, y por lo demás, la sentencia que en su día se dicte generará los efectos que procedan y que, de ser favorable, podrán arbitrarse los medios económicos o administrativos que sean precisos para llevarla a efecto, solución que también resultaría de la consideración de acto negativo de la resolución impugnada, cuya suspensión implicaría la estimación anticipada del recurso, de la prioridad de los intereses públicos sobre los particulares del recurrente (autos del Tribunal Supremo de 18 y 19 de septiembre de 1995), y del principio general de ejecutividad de los actos administrativos».

**CUARTO** Notificado el referido auto denegatorio a las partes, haciéndoles saber que contra él cabía recurso de casación a preparar en el plazo de diez días, la representación procesal de don Abdelmoula B. presentó ante la Sala de instancia escrito, solicitando que se tuviese por preparado contra aquel recurso.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS**

**PRIMERO** En el único motivo de casación aducido, al amparo del artículo 88.1d) de la Ley de esta

Jurisdicción 29/1998, de 13 de julio, se esgrime, en primer lugar, el perjuicio irreparable que se causa al recurrente al no haber accedido la Sala de instancia a la suspensión del deber impuesto al peticionario de esta medida cautelar de abandonar el territorio español por haberle sido denegada su solicitud de asilo, pero, en segundo lugar, se invoca un precepto relativo al objeto del proceso, que se sustancia ante dicha Sala, en el que se regula con carácter general la condición de refugiado y, por consiguiente, del derecho a que le sea concedido al recurrente el asilo.

**SEGUNDO** Se cita, además del artículo 9.2 y 3 de la Constitución, el artículo 1 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, cuya invocación se pretende justificar por el **principio de la apariencia de buen derecho**, que es una de las razones por las que, en ocasiones, se accede a la adopción de medidas cautelares para evitar que la sentencia definitiva pueda resultar ineficaz.

No podemos, sin embargo, atender a tales argumentos para decidir si la Sala de instancia ha infringido o no dicho precepto porque la mencionada norma regula con carácter general la condición de refugiado y el derecho de asilo y, por tanto, habrá de ser aplicada o no, a la vista de las pruebas practicadas, al resolver el pleito suscitado, sin que la doctrina sobre la apariencia de buen derecho sea relevante en este caso por la dificultad que entraña, sin más datos que los expresados por el recurrente, apreciar si existe esa apariencia, pues, como hemos declarado, en nuestras Sentencias, la doctrina de la apariencia de buen derecho («*fumus boni iuris*») requiere una prudente aplicación para no prejuzgar, al resolver el incidente de medidas cautelares, la decisión del pleito, pues, de lo contrario, se quebrantaría el derecho fundamental al proceso con las debidas garantías de contradicción y prueba (artículo 24 de la Constitución), salvo en aquellos supuestos, que no es el que nos ocupa, en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general declarada previamente nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente.

**TERCERO** La primera parte del motivo de casación se centra en combatir los argumentos repetidos por la Sala de instancia en la mayor parte de los supuestos en que deniega la suspensión del deber de abandonar el territorio español como consecuencia de la inadmisión a trámite de la petición de asilo o de la denegación de éste sin contemplar las circunstancias concretas de cada caso, sino que decide mediante una resolución tipo, con la que se pretende justificar cualquier negativa a la adopción de una medida cautelar de tal naturaleza, incurriendo así en falta de motivación por no contener la resolución un razonamiento concreto en torno al supuesto de hecho, sino frases manidas (Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1994, de 10 de junio [RTC 1994, 177]), que, además, como examinaremos, son desacertadas para denegar la suspensión del deber de abandonar el territorio español a quien se inadmite a trámite su petición de asilo o se le deniega éste.

**CUARTO** Conculca la Sala de instancia lo dispuesto por el artículo 130 de la Ley Jurisdiccional 29/1998 y la doctrina jurisprudencial, que interpretaba el precepto análogo contenido en el artículo 122.2 de la anterior Ley de la Jurisdicción, por no realizar el imprescindible juicio de ponderación de los intereses en conflicto sino que se limita a declarar que no procede la suspensión interesada porque el recurrente carece de arraigo en España y el acto recurrido es negativo, con lo que la suspensión implicaría la estimación anticipada del recurso, haciendo una final alusión genérica a los intereses públicos y al principio de ejecutividad de los actos administrativos.

**QUINTO** Esta Sala ha declarado incansablemente que la adopción de medidas cautelares, y concretamente la tradicional de suspensión de la ejecutividad de los actos de la Administración, requiere que se efectúe en cada caso concreto un juicio de ponderación entre los intereses contrapuestos (público y privado) para decantarse por aquel que resulte más digno de protección, lo que no ha hecho la Sala de instancia en la resolución recurrida, al limitarse a proclamar la prioridad de los intereses públicos sobre los particulares y el principio general de ejecutividad de los actos administrativos.

**SEXTO** Las resoluciones por las que se adoptan o deniegan medidas cautelares deben contener un relato de los hechos y circunstancias concurrentes, de los que pueda inferirse la **imprescindible ponderación de los intereses contrapuestos**, la irreparabilidad o no del perjuicio que se ocasionaría con la ejecución del acto o disposición administrativos y también la apariencia de buen derecho, lo que el Tribunal «a quo» tampoco ha cumplido en este caso al formular declaraciones genéricas sin aplicarlas al caso concreto y sin consignar aquellos hechos y circunstancias imprescindibles para realizar el aludido juicio de ponderación.

**DECIMO** Los hechos expuestos por el recurrente acerca de su persecución política, dada su condición de saharauí militante en la lucha por la independencia de su país, aunque adolezcan de falta de prueba plena, no pueden ser rechazados por absurdos o inverosímiles,

**pues lo cierto es que aquél ha presentado unas entrevistas en las que se relata su peripecia huyendo de esa persecución,** que la Sala de instancia no ha incorporado a la pieza separada de suspensión, lo que nos impide su examen, **y ello, unido al notorio conflicto sobre la independencia del Sahara, permite apreciar tales hechos como un indicio de la verosimilitud de sus afirmaciones, lo que aconseja dar prevalencia al interés particular de permanecer en España, hasta tanto se resuelva el pleito principal,** frente al interés público o general de que abandone nuestro territorio, pues, aun siendo cierto, como hemos dicho, que en este incidente no ha habido una prueba plena de que los hechos relatados sean tal y como los describe en sus respectivos escritos de alegaciones dicho recurrente, sin embargo, las razones humanitarias que invoca han sido tenidas en cuenta por esta Sala, entre otras, en sus Sentencias, para suspender órdenes de expulsión o salidas obligatorias del territorio español, mientras se tramita el proceso principal, en supuestos de personas procedentes de países donde son notorios graves conflictos políticos o sociales.

## **FALLO**

Que, con estimación del motivo invocado, debemos declarar y declaramos que ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Procuradora doña Blanca G. P., en nombre y representación de don Abdelmoula B., contra el auto dictado, con fecha 12 de noviembre de 1999, por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el incidente de medidas cautelares dimanante del recurso contencioso-administrativo núm. 598/1999, cuya resolución, por consiguiente, anulamos, al mismo tiempo que debemos ordenar y ordenamos la suspensión cautelar del deber de abandonar el territorio español, impuesto a don Abdelmoula B., por haberle sido denegado el derecho de asilo y la condición de refugiado, mientras se sustancia el proceso principal.