

TRIBUNAL SUPREMO  
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
GABINETE TÉCNICO

**DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE  
PROTECCIÓN INTERNACIONAL (ASILO  
Y REFUGIO, PROTECCIÓN  
SUBSIDIARIA Y AUTORIZACION DE  
PERMANENCIA EN ESPAÑA POR  
RAZONES HUMANITARIAS).**

**2009-2012**

**Coordinador:** D. Juan Pedro Quintana Carretero. Magistrado Decano del Gabinete Técnico de la Sala Tercera del Tribunal Supremo

**Autores:** D. Pedro Escribano Testaut Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

D<sup>a</sup> Margarita Diana Fernández Sánchez. Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

## INDICE

INTRODUCCIÓN.....	2
I.- EL ÁMBITO MATERIAL DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL: .....	3
<b>I.1.- CONSIDERACIONES PREVIAS: LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL COMO PROTECCIÓN INTEGRAL</b> .....	3
I.1.a) Estatuto de refugiado y protección humanitaria.....	3
I.1.b) Los distintos niveles de .protección humanitaria.....	6
<b>I.2.-EL DERECHO DE ASILO Y LA CONDICIÓN DE REFUGIADO</b> .....	10
I.2.a.- Cuestiones generales .....	10
I.2.b.- Motivos de persecución y Actos de persecución .....	10
I.2.c.- Actos de persecución.....	13
I.2.d.- Motivos de persecución: raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual. Requisitos para apreciar su concurrencia .....	22
I.2.e) Indicios suficientes de persecución.....	27
I.2.f) Los motivos de persecución en concreto .....	31
I.2.g) Agentes de la persecución.....	39
I.2.h) Causas de exclusión.....	41
I.2.i) Causas de denegación.....	47
<b>I.3.- AUTORIZACIÓN DE PERMANENCIA EN ESPAÑA POR RAZONES HUMANITARIAS</b> .....	49
II.- CUESTIONES PROCEDIMENTALES .....	62
<b>II.1.- PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD</b> .....	62
<b>II.2.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SOLICITANTES</b> .....	67
II.2.a) Derechos: a la asistencia jurídica gratuita, y a intérprete .....	67
II.2.b) Obligaciones: Obligación del solicitante de asilo de colaborar plenamente con las autoridades para la acreditación y comprobación de su identidad, así como de los hechos y alegaciones en que base su petición; y obligación de informar sobre su domicilio y cualquier cambio que se produzca en él. ....	71
<b>II.3.- INTERVENCIÓN DEL ACNUR EN EL PROCEDIMIENTO DE ASILO</b> .....	77
<b>II.4.- PROCEDIMIENTO DE ASILO</b> .....	83
II.4.a) <i>Introducción: novedades de la Ley 12/2009.</i> ....	83
II.4.b) <i>Jurisprudencia sobre el procedimiento de asilo recaída en torno a la Ley 5/1984 que resulta proyectable sobre el sistema establecido en la Ley de 2009...</i>	83
<b>II.5.- EXTENSIÓN FAMILIAR</b> .....	97
<b>II.6.- CESE Y REVOCACIÓN</b> .....	97
<b>II.7.- LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS SOBRE ASILO Y REFUGIO</b> .....	103

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto principal recopilar y sistematizar la doctrina jurisprudencial de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre la llamada “protección internacional” recaída a lo largo de los últimos años, fundamentalmente entre 2009 y 2012, aunque sin renunciar a la mención de sentencias dictadas en los años precedentes cuando se revele necesario para ilustrar los conceptos más básicos y ya recogidos en la jurisprudencia consolidada y uniforme, o bien para razonar la evolución de la propia jurisprudencia.

Dentro del ámbito de esa denominada *protección internacional* se incluye tanto la institución jurídica del derecho de asilo y el reconocimiento de la condición de refugiado, como los distintos sistemas de protección subsidiaria contemplados para los casos en que la solicitud de asilo sea inadmitida a trámite o denegada, en sus diferentes modalidades y niveles de intensidad.

Ha de advertirse que la jurisprudencia recaída hasta el día de hoy ha venido mayoritariamente (casi exclusivamente) referida a la antigua y actualmente derogada Ley de Asilo 5/84, reformada por Ley 9/1994, siendo sólo en fechas muy recientes cuando la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha comenzado a entrar al examen, interpretación y aplicación de la nueva Ley de asilo 12/2009. Interesa destacar, en este sentido, que aun cuando la institución del asilo, en sus aspectos sustantivos o materiales, es sustancialmente la misma en una y otra Ley, en cuanto que ambas traen causa de instrumentos internacionales suscritos por España como la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo Adicional de 1967 (además de la cada vez más importante normativa de la Unión Europea sobre la materia), no ocurre lo mismo con la protección subsidiaria, pues en este concreto aspecto la nueva Ley presenta diferencias significativas con la antigua, que en el presente estudio se intentarán resaltar, al hilo de la jurisprudencia que ya ha comenzado a estudiarla.

Por otra parte, si en los aspectos que hemos llamado sustantivos hay coincidencias evidentes entre la antigua y la nueva Ley, como no podía ser de otra forma, no ocurre así con las cuestiones atinentes al procedimiento administrativo, ya que la Ley de 2009 presenta novedades relevantes respecto de la anterior y derogada de 1984, sobre todo por lo que respecta al trámite de inadmisión y a la configuración de las causas de denegación y su procedimiento de adopción. Ello obliga a una especial cautela a la hora de manejar la doctrina jurisprudencial recaída hasta la fecha en torno a estas cuestiones procedimentales, pues está por analizar y resolver la aplicabilidad de la jurisprudencia concerniente a la Ley de 1984 al trámite procedimental diseñado en la Ley de 2009.

En este sentido, aun cuando el objetivo primordial de esta, llamémosle, “crónica” de jurisprudencia era, en un principio, simplemente, reseñar y sistematizar lo dicho por la Sala sobre esta institución jurídica en los últimos tres años, entendemos que esa labor debe repensarse y reconducirse, para que adquiera

verdadera utilidad, hacia una labor de indagación de la aplicabilidad de la doctrina jurisprudencial recaída en torno a la Ley de 1984 sobre los litigios en que ya está en juego la Ley de 2009 (que a estas alturas son ya los más).

Por eso, nos hemos esforzado por hacer un examen comparativo de la doctrina jurisprudencial existente con los preceptos de la Ley 12/2009, tratando de detectar (siempre sometidos, por supuesto, al mejor criterio de la Sala) qué líneas jurisprudenciales siguen estando vivas y cuáles pueden considerarse superadas por la nueva Ley.

## **I.- EL ÁMBITO MATERIAL DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL:**

### **I.1.- CONSIDERACIONES PREVIAS: LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL COMO PROTECCIÓN INTEGRAL**

#### **I.1.a) Estatuto de refugiado y protección humanitaria**

El sistema de protección internacional tal y como resulta de la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo adicional de 1967, integrado con la normativa de la Unión europea sobre la cuestión, siempre ha distinguido dos ámbitos de protección cualitativamente diferenciados, por más que englobados en el supraconcepto de la protección internacional: por un lado, el relativo a la concesión del derecho de asilo y el consiguiente reconocimiento de la condición de refugiado; y por otro lado el sistema de protección por razones humanitarias que se concede aun en el caso de haberse resuelto la denegación o incluso la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo.

**El objeto de la Ley de asilo de 1984, integrado con su reglamento de aplicación aprobado por Real Decreto 203/1995, ya era incluir dentro de la Ley cauces para una contemplación integral o global de las necesidades de auxilio y protección** de los solicitantes de asilo.

Así, junto con la posibilidad de obtener el máximo nivel de protección mediante el reconocimiento del estatuto de refugiado, se preveía la posibilidad de conceder una autorización de permanencia por razones humanitarias vinculada de alguna forma con las situaciones jurídicas y sociales relacionadas con las causas de asilo contemplada en la Convención de Ginebra, e incluso, más aún, se llegó a contemplar a través del reglamento de desarrollo de la Ley la posibilidad de examinar en el seno del propio expediente de asilo la consideración de otras razones humanitarias no especialmente conectadas con las propias del asilo y refugio.

Pues bien, **la Ley de 2009 participa del mismo propósito**, y así, diseña un escalón descendiente de protección que va desde el más alto nivel, de concesión del asilo, hasta la simple consideración de razones humanitarias no relacionadas directamente con esta institución jurídica, con la evidente intención de que el expediente de asilo permita por sí mismo hacer un estudio global e integral de la situación y las necesidades del solicitante, a fin de darle una respuesta individualizada que contemple todos los intereses y factores en juego

La **distinción entre unos y otros niveles de protección** (asilo/protección humanitaria) ya en la antigua Ley de 1984 –la Ley de 2009 se mueve básicamente en la misma línea de diferenciación entre una y otra esfera, aunque con peculiaridades- y su reglamento de desarrollo (este último aún vigente en cuanto no se oponga a la nueva Ley mientras no se apruebe el reglamento de desarrollo de esta) se ilustra de forma clara y pedagógica, v.gr., en la **STS de 22 de junio de 2012 (recurso de casación nº 6085/2011)**, en los siguientes términos (FJ 4º):

*“Late en el inicio del desarrollo del motivo una cierta equivalencia entre dos instituciones jurídicas diferenciadas (por más que relacionadas en cuanto que referidas en sentido amplio a la problemática del asilo) como son la concesión del derecho de asilo y la obtención del estatuto de refugiado, por un lado, y la autorización de permanencia en España por razones humanitarias de aquellos a quienes se ha denegado la petición de asilo, por otro.*

*Que, efectivamente, se trata de instituciones jurídicas diferenciadas se pone en evidencia por el hecho de que la autorización de permanencia en España, al amparo del artículo 17.2 de la Ley 5/1984, se contempla precisamente para el supuesto de que la petición de asilo haya sido inadmitida a trámite o rechazada, lo que obviamente implica que la denegación del asilo (o la inadmisión a trámite de la solicitud) no determina fatalmente el rechazo de la autorización de permanencia por razones humanitarias, sino que, muy al contrario, abre la puerta al examen de esta posibilidad.*

*Así lo ha resaltado esta Sala en multitud de sentencias, como, por ejemplo, la de 4 de noviembre de 2005 (recurso de casación 4752/2002), donde recordamos que "nos hallamos ante cuestiones diferenciadas, por más que ambas se encuentren relacionadas y se regulen en la misma Ley de Asilo 5/1984. Una cosa es, en efecto, la concesión o denegación del asilo (o, en su caso, la inadmisión a trámite de la solicitud por aplicación de las concretas causas previstas en el artículo 5.6 de la Ley, tras la reforma de 1994), y otra cosa es que aun habiéndose inadmitido a trámite o denegado la solicitud de asilo, se pueda autorizar la permanencia en España del solicitante en los propios términos previstos en el precitado artículo 17.2, esto es, en el marco de la legislación general de extranjería y en particular cuando se trate de personas que, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas a abandonar su país. Por eso, la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo puede ser ajustada a Derecho, y sin embargo resultar jurídicamente viable la autorización de residencia en España conforme a lo dispuesto en este precepto". Por tal razón, esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, en numerosos casos, aun constatando que no concurrían las circunstancias y requisitos necesarios para la obtención del derecho de asilo, sin embargo ha declarado el derecho del solicitante a beneficiarse de la regla del artículo 17.2 tan citado (STS de 24 de febrero de 2012, recurso de casación nº 2476/2011), y así lo ha entendido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha enfatizado que en el ámbito genérico de la protección internacional existen dos regímenes distintos de protección, a saber, el estatuto de refugiado, por un lado, y el estatuto que confiere la protección subsidiaria, por otro, cuyos ámbitos respectivos de protección no deben equipararse (STJUE, Gran Sala, de 2 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-175/08, C-176/08 y C-179/08). Más aún, también lo ha entendido así la misma Administración ahora recurrente en casación, que en numerosas ocasiones, aun inadmitiendo la petición de asilo, o denegando el asilo, ha reconocido*

*ella misma el derecho del solicitante a beneficiarse de la posibilidad del artículo 17.2 como el caso examinado en la sentencia de esta Sala y Sección de 10 de octubre de 2011, recurso de casación nº 4900/2009.*

*Esta diferente caracterización del reconocimiento del derecho de asilo y de la autorización de permanencia por razones humanitarias se pone de relieve por la diferente perspectiva de examen y valoración de las circunstancias concurrentes que ha de emplearse en uno y otro caso.*

*En efecto, cuando se trata de valorar la concesión del asilo y el consiguiente reconocimiento del derecho a la obtención del estatuto de refugiado, adquiere una relevancia primordial la valoración del relato personal de persecución expuesto por el solicitante de asilo, pues según jurisprudencia constante las situaciones de guerra civil o de conflicto interno generalizado en el país de origen del solicitante no dan lugar a la concesión de la condición de refugiado si no van acompañadas del temor fundado a sufrir persecución personal por alguno de aquellos motivos, pues de otro modo todo ciudadano de un país en que se produzcan graves trastornos sociales, con muerte de personas civiles y ausencia de protección de los derechos básicos del hombre, tendría automáticamente derecho a la concesión del asilo, lo que no es, desde luego, la finalidad de la institución.*

*De este modo, por mucho que se haya acreditado, a través de una información contrastada, objetiva y veraz sobre el país de origen, que este se halla sumido en una situación de convulsión interna, aun así, si el relato del solicitante resulta inverosímil o se acredita su falsedad, o a través del mismo se exponen hechos que como tales no resultan constitutivos de una persecución protegible o carecen de una mínima acreditación, al menos a nivel indiciario, el asilo podrá ser legítimamente denegado.*

*Cuando se trata de valorar la autorización de permanencia en España por razones humanitarias al amparo del artículo 17.2 de la Ley de Asilo 5/1984, no se requiere la constatación de una persecución individual (que en caso de acreditarse suficientemente darían lugar sin más a la concesión del asilo), sino que cobra más relieve el análisis del conflicto social y del modo en que éste afecta a la persona inmersa en él, que puede ser acreditado a través de la información detallada sobre la evolución del país de origen, que permitirá aportar datos idóneos para valorar la posible aplicación de la situación de los "conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso" a que concretamente se refiere ese artículo 17.2 (en este sentido, SSTS de 8 de julio de 2011, recurso de casación nº 1587/2010, y las que en ella se citan).*

*Por lo demás, en el sistema de protección establecido en la Ley de Asilo 5/1984 y su reglamento de aplicación aprobado por Real Decreto 203/1995 (que, no olvidemos, es el aplicable a este caso que ahora nos ocupa), la posibilidad de otorgar protección por razones humanitarias no se agota en el nivel previsto en el artículo 17.2 de la ley. Como hemos explicado con detalle en nuestra reciente sentencia de 24 de febrero de 2012 (recurso de casación nº 2476/2011), esta normativa de asilo prevé dos posibilidades de examen de la concurrencia de razones humanitarias:*

*- una, la recogida en el apartado 3º del art. 31 en relación con el art. 17.2 de la Ley, se refiere a las razones humanitarias relacionadas, vinculadas o conectadas a una situación de riesgo, conflicto, inestabilidad o peligro para los derechos básicos de la persona solicitante en su lugar de procedencia. Aquí se mantiene la tradicional vinculación entre las razones humanitarias y las causas de asilo;*

*- y otra, la contemplada en el apartado 4º, en que esa vinculación con las causas de asilo ya no es determinante, pues se refiere a cualquier caso en que*

*a la vista de las circunstancias personales del solicitante, se aprecie en el mismo expediente de asilo la existencia de razones de índole humanitaria (concepto jurídico indeterminado que siempre puede adquirir concreción en atención a las circunstancias del caso) que justifiquen el uso de esta posibilidad para dar una solución justa a la vista de las circunstancias vitales de la persona solicitante.*

*Siendo digno de resaltarse que la aplicabilidad de la regla contemplada en el apartado 4º del artículo 31, lejos de ser rechazada por la Administración, fue expresamente asumida por la Administración en este mismo caso que ahora resolvemos, pues el informe desfavorable del instructor del expediente, previo a la resolución denegatoria del asilo y en el que esta se basó, ya valoró la posible aplicación de esta regla (por más que rechazando su concurrencia, folios 5.5 y 5.6 del expediente)”.*

### **I.1.b) Los distintos niveles de .protección humanitaria**

**La Sala Tercera del Tribunal Supremo se ha referido con detalle no sólo a la coexistencia (que acaba de explicarse) de dos regímenes de protección diferenciados, a saber, del asilo por un lado y la protección humanitaria de carácter subsidiario por otro, sino también al escalonamiento de distintos niveles de protección en el ámbito de esa protección humanitaria, y eso tanto en el marco normativo diseñado por la antigua Ley de 1984 como en la nueva Ley 12/2009. Así, leemos en la sentencia de 24 de febrero de 2012, recurso de casación nº 2476/201, FJ 6º:**

*“Conviene mencionar brevemente la evolución legal de las razones humanitarias como causa de permanencia en España. La Ley de Asilo 5/1984, reformada por Ley 9/1994, establecía en su artículo 17.2 que "por razones humanitarias o de interés público podrá autorizarse, en el marco de la legislación general de extranjería, la permanencia en España del interesado cuya solicitud haya sido inadmitida a trámite o denegada, en particular cuando se trate de personas que, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas a abandonar su país y que no cumplan los requisitos a que se refiere el número 1 del artículo tercero de esta Ley".*

*En desarrollo de esta previsión legislativa, introducida, como se ha dicho, en 1994, el reglamento de desarrollo de la Ley, aprobado por Real Decreto 203/1995, establecía en su artículo 31.3, en su inicial redacción, lo siguiente: <<Cuando por razones humanitarias o de interés público se justifique la autorización de permanencia en España del solicitante, la denegación de asilo irá acompañada de un acuerdo en este sentido conforme a lo previsto en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado. La resolución denegatoria de asilo deberá especificar el estatuto que se acuerde otorgar conforme a la normativa vigente de extranjería, que será propuesto por la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio al Ministro de Justicia e Interior>>.*

*Este apartado fue modificado por el reglamento de desarrollo de la L.O. 4/2000, aprobado por Real Decreto 864/2001, quedando redactado de la siguiente manera:*

*<<Cuando por interés público o por razones humanitarias que se vinculen a la aplicación de instrumentos internacionales que determinen la no devolución o que, sin constituir ninguno de los supuestos de aplicación de la*

*Convención de Ginebra de 1951, sobre Reconocimiento del Estatuto de Refugiado, exista cierta vinculación con los motivos en ella recogidos, se justifique la autorización de permanencia en España del solicitante, la denegación de asilo irá acompañada de un acuerdo en este sentido, conforme a lo previsto en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de refugiado. La resolución denegatoria deberá especificar el estatuto que se acuerde otorgar conforme a la normativa vigente de extranjería, que será propuesto por la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio al Ministro del Interior>>.*

*Estas normas establecían una caracterización jurídica de la autorización de permanencia en España por razones humanitarias que vinculaba esta autorización a las causas de asilo. Obsérvese que el artículo 17.2 de la Ley no se refería a cualesquiera razones humanitarias, sino que contemplaba fundamentalmente el caso de las personas "que, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas a abandonar su país"; y el reglamento de aplicación de la Ley, en la redacción de 2001, requería "cierta vinculación" con los motivos de asilo.*

*La jurisprudencia, en la misma línea que estos preceptos, señaló reiteradamente que las razones humanitarias no podían ser interpretadas en sentido amplio, como cualesquiera razones de humanidad, sino que debían ser entendidas en un sentido más estricto, de apreciación de circunstancias incompatibles con el disfrute de los derechos que son inherentes a la persona para el caso de que ésta hubiera de retornar a su país.*

*Ahora bien, el Real Decreto 1325/2003 dio nueva redacción a este artículo 31 del reglamento, que pasó a tener la siguiente redacción en sus apartados 3º y 4º:*

*<<3. El Ministro del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, podrá autorizar la permanencia en España conforme a lo previsto en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, siempre que se aprecien motivos serios y fundados para determinar que el retorno al país de origen supondría un riesgo real para la vida o la integridad física del interesado. La resolución denegatoria deberá contener la justificación y especificar el régimen jurídico de la situación de permanencia y su duración de conformidad con la normativa de extranjería vigente.*

*Si a la finalización de la estancia o residencia concedida como consecuencia de la autorización de permanencia mantuvieran su vigencia los motivos que la justificaron, el interesado, según proceda, podrá instar la concesión o renovación del permiso de residencia temporal. La autoridad competente para ello solicitará informe a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio sobre dicha vigencia.*

*4. Por razones humanitarias distintas de las señaladas en el apartado anterior el interesado podrá solicitar la autorización de permanencia en España al amparo de lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre>>.*

*El apartado 3º de este artículo 31, en esta nueva redacción, en línea de continuidad con la normativa precedente y con la jurisprudencia que la había interpretado y aplicado, seguía disponiendo que la autorización de permanencia en España por razones humanitarias, contemplada en el artículo 17.2 de la ley, no debía entenderse comprensiva de cualesquiera consideraciones de índole humanitaria, sino referida a aquellos supuestos en*



*que se apreciara la existencia de "motivos serios y fundados para determinar que el retorno al país de origen supondría un riesgo real para la vida o la integridad física del interesado". La jurisprudencia, de igual modo, siguió vinculando la interpretación y aplicación del artículo 17.2 a la existencia de una situación conflictiva en el país de origen como factor decisivo para la autorización de permanencia ahí prevista, señalando que las razones humanitarias a que se refería el citado art.17.2, rectamente entendidas, no eran cualesquiera razones de humanitarismo, sino aquellas que se conectasen al nivel del riesgo y desprotección que en el país de origen del solicitante pudiera existir para derechos tales como la vida, la seguridad y la libertad, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso.*

*La novedad de la reforma de 2003 vino dada por el apartado 4º del tan citado artículo 31, que introdujo la posibilidad de valorar una autorización de permanencia por razones humanitarias distintas de las previstas concordadamente en el artículo 17.2 de la Ley y en el apartado 3º del artículo 31 de su reglamento de aplicación. Estas razones humanitarias del apartado 4º ya no tenían por qué estar necesariamente vinculadas o conectadas con las causas de asilo, ni tener su origen en una situación de conflicto, inestabilidad o riesgo en el país de origen, y podía por ende atenderse a otras circunstancias de índole personal o social concurrentes en el solicitante.*

*Pues bien, en 2005 se volvió a modificar el artículo 31 del reglamento de asilo, a través del Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre, que dio a los apartados 3º y 4º nueva redacción, quedando estos apartados redactados de la siguiente forma:*

*<<El Ministro del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, podrá autorizar la permanencia en España, conforme a lo previsto en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, siempre que se aprecien motivos serios y fundados para determinar que el retorno al país de origen supondría un riesgo real para la vida o la integridad física del interesado*

*Dicha autorización revestirá la forma de autorización de estancia. En el plazo de un mes, contado desde la notificación de la resolución, salvo retrasos por causa justificada, el interesado deberá solicitar la autorización de residencia temporal prevista en el apartado 3 del artículo 45 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Una vez solicitada esta autorización, la resolución del Ministro del Interior por la que se autoriza la permanencia del interesado en España surtirá efectos de autorización de trabajo y permitirá, en su caso, el alta del interesado en la Seguridad Social, hasta que recaiga resolución expresa sobre la solicitud formulada. Estas circunstancias se harán constar expresamente en la propia resolución del Ministro del Interior.*

*4. Por razones humanitarias distintas de las señaladas en el apartado anterior, el Ministro del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, podrá autorizar la permanencia del interesado en España y, en su caso, recomendar la concesión de una autorización de residencia conforme a lo previsto en el apartado 3 del artículo 45 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, siempre y cuando la concurrencia de dichas razones humanitarias quede acreditada en el expediente de solicitud de asilo. Dicha autorización de permanencia revestirá la forma de autorización de estancia>>.*

*Esta última reforma, señaló que la posibilidad contemplada en el apartado 4º podía y debía ser valorada en el propio expediente de asilo en la medida que en el curso del mismo se evidenciara la existencia de las razones humanitarias ahí recogidas; más aún, se admitió que esa autorización de permanencia en España por razones humanitarias distintas de las contempladas en el apartado 3º no revistiera la forma de una mera autorización de estancia sino de autorización de residencia.*

*Consiguientemente, desde el año 2005 la normativa de asilo prevé dos posibilidades de examen de la concurrencia de razones humanitarias:*

*- una, la recogida en el apartado 3º del art. 31 en relación con el art. 17.2 de la Ley, se refiere a las razones humanitarias relacionadas, vinculadas o conectadas a una situación de riesgo, conflicto, inestabilidad o peligro para los derechos básicos de la persona solicitante en su lugar de procedencia. Aquí se mantiene la tradicional vinculación entre las razones humanitarias y las causas de asilo;*

*- y otra, la contemplada en el apartado 4º, en que esa vinculación con las causas de asilo ya no es determinante, pues se refiere a cualquier caso en que a la vista de las circunstancias personales del solicitante, se aprecie en el mismo expediente de asilo la existencia de razones de índole humanitaria (concepto jurídico indeterminado que siempre puede adquirir concreción en atención a las circunstancias del caso) que justifiquen el uso de esta posibilidad para dar una solución justa a la vista de las circunstancias vitales de la persona solicitante.*

*Y es de notar que aun cuando, como se ha insistido, la jurisprudencia generalmente ha venido manteniendo la vinculación o relación entre la autorización de permanencia por razones humanitarias y las causas de asilo, no han faltado casos en que aun apuntándose una situación conflictiva en el país de origen, el factor más referente a la hora de autorizar la permanencia en España ha sido la consideración de circunstancias personales de los solicitantes no necesariamente vinculadas con esas causas de asilo así, STS de 4/11/2005 (RC 4752/2002); STS de 18/11/2005 (RC 5194/2002); STS de 22/09/2006 (RC 2956/2003); STS de 16 de junio de 2008 (RC 1579/2005).*

*Por lo demás, la nueva Ley de Asilo de 2009 ha modificado profundamente el régimen jurídico de estas consideraciones humanitarias en los expedientes de asilo. La nueva Ley configura un sistema de "protección subsidiaria" cualitativamente distinto de la autorización de permanencia por razones humanitarias del viejo artículo 17.2 de la Ley de Asilo 5/84; pues aun cuando la definición de la protección subsidiaria que da el art. 4 se delimita con parámetros no lejanos a los del artículo 17.2 de la anterior Ley y de la jurisprudencia que lo había aplicado, el régimen de protección dispensado es superior al que resultaba de ese art. 17.2, pues se asimila a la protección que da la concesión del asilo (arts. 5 y 36). La misma ley de Asilo de 2009 prevé, finalmente, una última posibilidad, en la línea del art. 31.4 del reglamento de asilo, al señalar en su art. 46.3 que "por razones humanitarias distintas de las señaladas en el estatuto de protección subsidiaria, se podrá autorizar la permanencia de la persona solicitante de protección internacional en España en los términos previstos por la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración".*

## I.2.-EL DERECHO DE ASILO Y LA CONDICIÓN DE REFUGIADO

### I.2.a.- Cuestiones generales

La Ley de 1984 y la nueva Ley 12/2009 no presentan diferencias conceptuales en cuanto a la plasmación de las notas que definen la persecución que da lugar a la concesión del asilo y la obtención del estatuto de refugiado, lo que, como antes se apuntó, es lógico desde el momento que ambas Leyes beben de la misma fuente, que es la Convención de Ginebra de 1951. Es verdad que la nueva ley introduce algún matiz, por ejemplo, al referirse de forma expresa a la persecución por razón de género (cosa que la Ley de 1984 no hacía), pero realmente en este punto la nueva Ley no ha hecho más que consagrar a nivel de regulación positiva lo que ya había sido proclamado por la jurisprudencia en interpretación y aplicación de la Ley del 84 (que incluyó la persecución “de género” dentro de las llamadas persecuciones sociales). Quiere decirse con ello que **la doctrina jurisprudencial recaída en aplicación de la Ley de 1984, acerca de las causas o motivos de persecución, la valoración del relato de los solicitantes de protección, o el nivel probatorio requerido en esta materia, resulta sustancialmente extensible a la nueva ley.**

### I.2.b.- Motivos de persecución y Actos de persecución.

La nueva ley de Asilo 12/2009 establece en su artículo 2 una **remisión a la Convención de Ginebra** de 1951 y su Protocolo Adicional de Nueva York de 1967. En coherencia con esta remisión normativa, establece en su art. 3 que

*“La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9”.*

La definición coincide en lo sustancial con la de la Ley de 1984, por lo que la jurisprudencia consolidada dictada en aplicación de esta ya derogada Ley es igualmente de aplicación a la nueva.

Por tanto, **la persecución protegible en cuanto que amparada en la Ley de Asilo es la que se encuentra “causalizada” en algunos de los motivos de persecución ahí recogidos.** Cualesquiera otros episodios de acometimiento, ataques o intromisión en los derechos de la persona que no responda a alguna de esas razones de “*raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual*” podrá merecer protección a través de otras instituciones, pero no a través del asilo. Así lo declara una jurisprudencia constante, que ha examinado multitud de litigios de carácter

marcadamente casuístico. Puede citarse a título de muestra, por mencionar alguna de las más recientes en esta línea, la **sentencia de 10 de octubre de 2011, recurso de casación nº 3822/2009**, señala que

*“los hechos expuestos en su solicitud de asilo por el recurrente, de tenerse por ciertos, serían constitutivos de un delito común (participación activa en la comisión de un fraude electoral) que como tal no encuentra amparo en la Convención de Ginebra de 1951. No nos hallamos ante una persecución política, sino ante la imputación de un delito común cometido en el curso de un proceso electoral, el del año 1999, lo que es cosa muy distinta”*

y la **sentencia de 15 de julio de 2011, recurso de casación nº 2575/2008**, insiste en la línea de desmarcar del derecho de asilo los relatos que exponen problemas ajenos a esas causas de persecución recogidas en la Convención de Ginebra (FJ 4º):

*“Como hemos visto, la Administración denegó el asilo en España al ahora recurrente en casación, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.f.b) de la Convención de Ginebra de 1951, a cuyo tenor “las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar... Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada”. Concluyó la Administración, a la vista de las propias manifestaciones del solicitante y ahora recurrente, que este había participado junto a otras personas, como autor directo, en un grave delito común (un homicidio) no determinado por luchas políticas sino por discusiones sobre la propiedad de unas tierras. Y la Sala de instancia acogió e hizo suya esta conclusión alcanzada por la Administración. Pues bien, la parte recurrente en casación no rebate las razones que condujeron a esa conclusión, ampliamente desarrolladas en el tan citado informe desfavorable de la instrucción. Se limita a discrepar de la sentencia de instancia, reiterar que ha sufrido una persecución política a cargo de agentes gubernamentales, afirmar que el delito cometido no puede calificarse como delito común sino como delito político (cometido por razones políticas) e invocar la situación general de Afganistán, pero, insistimos, nada útil dice para contrarrestar los razonamientos coincidentes de la Administración y de la misma Sala de instancia sobre la inexistencia de una verdadera persecución política contra él, y la naturaleza meramente común del homicidio que cometió”.*

Los ejemplos podrían multiplicarse. Lo interesante es extraer la “ratio” que a todos ellos subyace. **Un relato de persecución, por intensa o acusada que esta sea, no basado en motivos protegibles, no puede dar lugar a la protección amparada por la Convención de Ginebra.**

Ahora bien, aquí hay que hacer una puntualización. Existen hechos que en principio no parecen constitutivos de una persecución protegible, pero que examinados en profundidad nos permiten apreciar que bajo la apariencia superficial de problemas extraños a la institución del asilo, realmente subyace a ellos una auténtica persecución amparada en la Convención de Ginebra. La valoración casuística se hace aquí ineludible, pero para ilustrar esta matización podemos citar algunos ejemplos clarificadores:

En primer lugar, la **sentencia de 26 de noviembre de 2009 (recurso de casación nº 4232/2006)**, estudia un caso en el que se acaba concluyendo que una situación de *acoso y hostigamiento laboral* (que en principio pudiera merecer simplemente el calificativo de problema de relaciones laborales ajenos al asilo), en la medida que trae causa de la disidencia o desafección hacia el régimen castrista, resulta incardinable entre las causas de asilo:

*“[...] En numerosas sentencias hemos dicho que una situación de acoso y hostigamiento laboral por causa de la disidencia o desafección hacia el régimen castrista resulta incardinable entre las causas de asilo (SSTS de 7 de julio de 2005, RC 2876/2002; 10 de febrero de 2006, RC 7877/2002; 18 de octubre de 2007, RC 1775/2004; y 30 de abril de 2008, RC 7702/2004, entre otras muchas). Asimismo, hemos resaltado en distintas resoluciones la relevancia que comporta el hecho de que el solicitante de asilo tenga familiares o allegados conocidos por su labor pública de disidencia política frente a la dictadura castrista (STS de 16 de junio de 2006, RC 4368/2003; 26 de mayo de 2006, RC 3732/2003; y 16 de octubre de 2006, RC 6981/2003, también entre otras).*

*Tal es el caso que ahora nos ocupa, pues constituye un dato indiscutido que el padre de la aquí recurrente es un disidente político conocido y caracterizado por su actividad pública de oposición al castrismo, motivo este por el que sufrió persecución en su país y se ha visto obligado a salir del mismo y huir a España, donde se le ha reconocido el estatuto de refugiado, y donde continúa realizando una labor pública de oposición a dicho régimen político. Este dato reviste una trascendencia que no podemos desconocer ni minusvalorar, pues puesto en relación el mismo con la conocida situación social y política de Cuba, podemos asumir como ciertas (al nivel indiciario requerido en esta materia, según constante jurisprudencia) las alegaciones de la interesada de que por sus antecedentes familiares no le es posible encontrar un trabajo digno, y que además le son interceptadas las comunicaciones con sus familiares que se encuentran en España.[...]” (FJ 4º)*

Otro ejemplo de lo que se acaba de exponer es el que nos da la **sentencia de 11 de octubre de 2005 (recurso de casación nº 4178/2002)**, en la que se aprecia que un caso que inicialmente, en una primera aproximación, parecía referir un problema de violencia doméstica encuadrable en un fenómeno de delincuencia común, adquiere tintes de persecución en la medida que esa violencia traía causa de discrepancias políticas (FJ 3º):

*“Del relato de la Sra. Etomo Ngong Nzang (antes transcrito), se deduce de forma clara que la violencia de la que es víctima por parte de su marido no es un suceso más de violencia doméstica, sino que tiene raíces políticas. En su relato dijo que “su marido es del P.D.G. y en 1993 se enteró de que la solicitante era del P.P. y comenzó a maltratarla”, así que ninguna duda cabe de que los maltratos nacieron a causa de las ideas políticas de la actora, configurando así una persecución protegible mediante la institución del asilo, según el artículo 3-1 de la Ley de Asilo 5/84, de 26 de marzo, en relación con el artículo 1º-A-2) del Convenio de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951. Y, frente a ello, carece de relevancia el dato de que el marido de la solicitante sea o no un alto cargo del Gobierno Guineano, porque aunque no lo sea (y en este sentido ha informado la Embajada de España en Malabo, folio 3.8 del expediente administrativo), puede someter a su mujer a vejaciones y malos tratos, de los que, siendo él afiliado al partido del Gobierno, es presumible que tenga ella difícil defensa (la violencia ha llegado a tal*

*extremo que él mandó a gente a que acuchillara a la hermana de la actora, en cuya casa ésta se había refugiado, lo que da muestras de la violencia de los golpes y maltratos). Así pues, la estimación de este motivo conduce a la declaración de haber lugar al recurso de casación, a la estimación del recurso contencioso-administrativo y al reconocimiento del derecho de la actora al asilo en España”.*

En fin, siempre a título de muestra, podemos citar la **sentencia de 30 de marzo de 2006 (recurso de casación 644/2003)**, que elevó a la categoría de persecución protegible una situación problemática de índole básicamente laboral (FJ 5º):

*“[...] puede considerarse acreditado razonablemente, en ese nivel puramente indiciario que la Ley prevé, que el actor, quien ya había tenido anteriormente problemas de índole laboral con la empresa pública cubana para la que trabajaba, denunció la precaria situación económica en que se hallaba, habiendo averiguado por cualquier medio las Autoridades cubanas que él había sido el informante de los hechos ante el medio de comunicación que los difundió (es creíble que sucediera así, dadas las condiciones de vida de aislamiento, hacinamiento y estrecho control de los marineros de aquellos buques, y en este sentido es revelador el escrito del periodista del diario "El Mundo", antes transcrito), y siendo también creíble que esos hechos pudieran derivar en graves consecuencias a su regreso a Cuba. Razón por la cual procede dar lugar al recurso de casación y revocar la sentencia impugnada y, entrando a resolver la cuestión debatida (artículo 95-2-d) de la Ley 29/98), estimar el recurso contencioso administrativo y reconocer al recurrente el derecho de asilo en España”.*

Estos motivos de persecución, lógicamente, se hacen visibles a través de actos de intimidación, hostigamiento, discriminación social, política o jurídica, o incluso violencia física, que han de revestir una entidad suficiente para entender que ostentan gravedad tal que justifican el otorgamiento de la protección solicitada. Por eso, **para concluir que existe una persecución protegible tenemos que apreciar la existencia de “actos de persecución” incardinables en “motivos de persecución”**. A ambos conceptos nos referiremos por separado en las páginas siguientes.

### **1.2.c.- Actos de persecución**

Situados, pues, con el matiz que se acaba de expresar, en la perspectiva que ofrece la enumeración de causas o motivos de persecución que establece la Convención de Ginebra y que la Ley española de Asilo recoge, la jurisprudencia de la Sala ha venido señalando con reiteración que **para obtener el reconocimiento de la condición de refugiado es preciso que los actos de persecución expuestos en el relato del solicitante refieran hechos dotados de una significativa trascendencia**, pues los acontecimientos puramente episódicos, aislados y/o de escasa relevancia carecen de entidad para merecer la consideración de una persecución protegible. En este sentido se pronuncian, v.gr., las **sentencias de 25 de noviembre de 2005, recurso de casación nº 5944/2002 y 10 de febrero de 2006, recurso de casación nº 8215/2002**, leyéndose en esta última:

*“En definitiva, la creencia de que el asilo ha de otorgarse cualquiera que sea la entidad de los actos de represión de las ideas contrarias al régimen político instaurado, no es acertada. Hemos citado reiteradamente, en este sentido, las palabras del Consejo de la Unión Europea expresadas en la “posición común” de 4 de marzo de 1996, relativa a la aplicación armonizada de la definición del término “refugiado”, en las que se lee que para que pueda hablarse de persecución es preciso que los hechos acaecidos o que se tema puedan ocurrir sean lo suficientemente graves, por su naturaleza o su repetición: ya sea que constituyan un atentado grave a los derechos humanos, por ejemplo la vida, la libertad o la integridad física, ya sea que impidan de manera evidente la continuación de la vida de la persona que los ha sufrido en su país de origen. Por eso, no cabe hablar de una persecución incardinable entre las causas o motivos de asilo cuando nos encontramos ante medidas que no revisten la gravedad, en cualquiera de los aspectos antes referidos, que pide aquella Posición Común; como aquí acontece, a tenor del relato del solicitante, pues el único dato concreto que aquel expone (su registro domiciliario) refiere una medida aislada y alejada en el tiempo además de no reconducible a ningún motivo de asilo; y el resto del relato expone, de forma inconcreta, una situación personal que, según resulta de las propias manifestaciones del interesado, no tiene una trascendencia tal que justifique la concesión del asilo”*

Pues bien, esta doctrina sigue siendo de aplicación a la nueva Ley 12/2009, dado lo establecido en su artículo 6, a cuyo tenor:

*“1. Los actos en que se basen los fundados temores a ser objeto de persecución en el sentido previsto en el artículo 3 de esta Ley, deberán:*

- a) ser suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos fundamentales, en particular los derechos que no puedan ser objeto de excepciones al amparo del apartado segundo del artículo 15 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, o bien*
- b) ser una acumulación lo suficientemente grave de varias medidas, incluidas las violaciones de derechos humanos, como para afectar a una persona de manera similar a la mencionada en la letra a”*

Interesa destacar que este artículo 6 de la nueva Ley realiza una enumeración de los actos de persecución relevantes a efectos de apreciar la existencia de una persecución protegible, y así, dispone que

*“Los actos de persecución definidos en el apartado primero podrán revestir, entre otras, las siguientes formas:*

- a. actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual;*
- b. medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias en sí mismas o que se apliquen de manera discriminatoria;*
- c. procesamientos o penas que sean desproporcionados o discriminatorios;*
- d. denegación de tutela judicial de la que se deriven penas desproporcionadas o discriminatorias;*

- e. *procesamientos o penas por la negativa a prestar servicio militar en un conflicto en el que el cumplimiento de dicho servicio conllevaría delitos o actos comprendidos en las cláusulas de exclusión establecidas en el apartado segundo del artículo 8 de esta Ley;*
- f. *actos de naturaleza sexual que afecten a adultos o a niños”.*

Pues bien, esta enumeración de actos de persecución es coherente y armónica con lo que la jurisprudencia de la Sala ha venido diciendo a lo largo de los últimos años; de manera que en este punto, una vez más, la doctrina jurisprudencial recaída en relación con la Ley de 1984 es básicamente extensible a la nueva de 2009; si bien no puede dejar de recalcarse que **el carácter fuertemente casuístico de esta materia determina que el examen de cada caso vendrá dado en gran medida por las concretas circunstancias del caso examinado**, que son las que en definitiva inclinarán el juicio de la Sala en uno u otro sentido. Con todo, no faltan pronunciamientos de los que resulta posible extraer una doctrina general. Así, por ejemplo

Sobre los **actos de violencia sexual** como motivo de protección, la Sala se ha pronunciado últimamente en **sentencia de 6 de julio de 2012, recurso de casación nº 6426/2011**, donde, recapitulando la doctrina sobre la cuestión, se dice:

*“como ya expusiéramos en la Sentencia de esta misma Sala y Sección de 19 de septiembre de 2011 (RC 4293/10), son ya numerosas las sentencias de esta Sala que han declarado, primero, que la persecución por razón de sexo resulta encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales a que se refiere la Convención de Ginebra de 1951, y segundo, que una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo. Más concretamente, sobre los malos tratos a las mujeres en el ámbito familiar (la llamada "violencia doméstica") hemos dicho en nuestra reciente sentencia de 15 de junio de 2011 (RC 1789/2009) que "la reforma de la Ley española de asilo, introducida por la Ley Orgánica 3/2007, permite identificar como sujetos protegibles a aquellas personas pertenecientes al género femenino que sufren violaciones de sus derechos humanos inderogables, y, concretamente, a aquellas que padecen una grave discriminación en su países de origen, derivada del reconocimiento de un estatuto legal de subordinación, contrario al principio de igualdad de mujeres y hombres, y que no gozan de protección jurídica eficaz frente a actos graves de violencia sexual o de violencia doméstica, atentatorios contra la dignidad y la integridad física y moral”.*

Asimismo se han incardinado por la jurisprudencia dentro de los actos de persecución los sufridos por personas homosexuales por causa precisamente de su condición sexual. Nuevamente por citar una de las últimas, y a título de ejemplo, se dice en dos **sentencias de 21 de septiembre de 2012 (recursos de casación nº 65/2012 y 75/2012)**:

*“En línea de principio, una persecución desarrollada por las autoridades gubernamentales contra una persona por razón de su homosexualidad puede encontrar amparo en la Convención de Ginebra de 1951 y en la Ley de Asilo 5/84, de 26 de octubre, como así lo hemos declarado en numerosas sentencias. Resulta determinante a estos efectos, un contexto social de grave desprotección y persecución por razón de su orientación homosexual (SSTS de*



*29 de septiembre de 2006, RC 4511/2003, y 28 de noviembre de 2008, RC 5265/2005), por lo que se ha de examinar cada caso de forma individualizada y determinar si, en definitiva, puede considerarse acreditada (al nivel indiciario requerido en esta materia según constante jurisprudencia y a la vista de los elementos probatorios aportados por el solicitante de asilo) una persecución por tal razón que merezca el reconocimiento de la condición de refugiado”*

Sobre las **medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias en sí mismas o que se apliquen de manera discriminatoria**, existen numerosas sentencias que valoran como causa de persecución la desprotección de colectivos concretos ante las Autoridades de su país, bien por persecución directa contra dichos grupos, bien por connivencia o pasividad de las Autoridades ante la persecución de que dichos grupos son objeto por parte de bandas organizadas, bien por impotencia para darles protección. Nuevamente acudiendo a la jurisprudencia más reciente, podemos mencionar, a título de ejemplo, la sentencia de **16 de febrero de 2009 (recurso de casación nº 6894/2005)**, donde se señala que

*“En esa misma Sentencia fecha 2 de enero de 2009 hemos expresado que en el artículo 6 c) de la mentada Directiva europea 83/2004, de 29 de abril, se extiende la protección cuando la persecución proviene de «los agentes no estatales, si puede demostrarse que los agentes mencionados en las letras a) y b) (Estado y partidos u organizaciones que controlan el Estado o una parte importante de su territorio), incluidas las organizaciones internacionales, no pueden o no quieren proporcionar protección contra la persecución o los daños graves definida en el artículo 7». En este caso, los solicitantes de asilo, como se deduce del transcrito informe del ACNUR, pueden encuadrarse en dos de los grupos de riesgo existentes en Colombia, a saber, el de los perseguidos por la guerrilla y por los paramilitares, que actuaban sin control alguno, mientras que ni uno ni otro grupo de riesgo recibían protección eficaz del Estado”.*

Igualmente cabe mencionar, por su especial interés, una **sentencia de 11 de mayo de 2009, recurso de casación 3155/2006**, que reconoció el asilo en España a una mujer de nacionalidad nigeriana que se veía obligada a contraer un matrimonio no deseado y a la que se le practicó la mutilación genital. Una de las razones determinantes de la estimación del recurso fue precisamente la desprotección y discriminación de las mujeres ante el sistema legal de su país, y así se constata en esta sentencia (FJ 3º):

*“Esta Sala Tercera ya ha tenido ocasión de declarar en distintas ocasiones que una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo (SSTS de 7 de julio de 2005 -RC 2107/2002-, y 8 de julio de 2008 -RC 2316/2005); que la persecución por razón de sexo resulta encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales (SSTS de 31 de mayo de 2005 -RC 1836/2002-, 9 de septiembre de 2005 -RC 3428/2002- y 10 de noviembre de 2005 -RC 3930/2002), y más concretamente, que una situación de hostigamiento y amenazas contra una mujer para obligarla a casarse reviste carácter protegible por resultar encuadrable sin duda entre esas persecuciones sociales (SSTS de 28 de febrero de 2006 -RC 735/2003-, 15 de febrero de 2007 -RC 9300/2003- y 31*

*de enero de 2008 -RC 4773/2004- , referidas, por cierto, a solicitantes de asilo procedentes de Nigeria).*

*Más específicamente, en STS de 10 de octubre de 2006 -RC 6597/2003- recogimos el criterio del ACNUR sobre la práctica de la mutilación o ablación genital en Nigeria, en el sentido de que "existen numerosos informes que hacen dudar de que en Nigeria finalmente se otorgue protección efectiva a las personas que intentan evitar la mutilación genital" y que la mutilación genital, aun estando prohibida en algunos Estados, "parecería que aún se practica extensivamente en todo el país, y que las mujeres podrían verse sometidas a esta práctica desde la primera semana hasta después de dar a luz a su primer hijo", concluyendo en dicha sentencia que la huida con la finalidad de evitar esa reprobable práctica de la ablación genital encuentra acomodo y acogida dentro de las causas de asilo por constituir la amenaza de dicha práctica una persecución por razón de género encuadrable entre las persecuciones sociales a que se refiere la Convención de Ginebra.*

*En estas y otras sentencias sobre casos similares, referidas a solicitantes de asilo procedentes de Nigeria, transcribíamos un informe del ACNUR que resulta sumamente expresivo de la situación de las mujeres en ese país. Decía aquel informe: "según la ONG Human Rights Watch los derechos de las mujeres se violan de un modo rutinario. El Código Penal establece explícitamente que la violencia ejercida por un hombre dentro del matrimonio no son ofensas si están permitidos por la costumbre o no se infringen daños corporales graves. Los matrimonios infantiles continúan siendo algo común sobre todo en el norte de Nigeria. Las mujeres no poseen derechos en derecho hereditario de las propiedades y se estima que el 60% de las mujeres nigerianas son sometidas a mutilación genital en todo el país".*

*Y, lo que es más importante, esas mismas consideraciones se recogen en los informes obrantes en los autos de este concreto recurso sobre la situación sociopolítica de Nigeria. En efecto, en el curso del periodo probatorio se unió a las actuaciones un informe del ACNUR en el que se indica que aun cuando la mutilación genital femenina (MGF) está decreciendo en ese país y se han promovido campañas oficiales en su contra, "la práctica es todavía común en la mayor parte de Nigeria, especialmente en las áreas rurales. Generalmente, la MGF se practica a las niñas durante la infancia, cuando llegan a la pubertad o como preparación para el matrimonio. En casos muy excepcionales, las mujeres son circuncidadas antes o después de dar a luz el primer hijo". Más aún, se apunta en ese informe que ciertamente algunos Estados han aprobado normas para prohibir la MGF, pero las penas impuestas son mínimas, y "a pesar de la prohibición en algunos de estos Estados sigue siendo practicada regularmente"; se insiste en que "la edad a que se somete a niñas y mujeres a la MGF varía desde la primera semana de nacimiento hasta que la mujer da a luz a su primer hijo", y se especifica que "la MGF se practica particularmente entre las comunidades de carácter étnico edo y urhobo", dato este último que es particularmente relevante en el caso que nos ocupa porque en el listado de datos personales obrante al folio 2.1 del expediente consta que el idioma materno de la solicitante de asilo y recurrente en casación es, precisamente, el edo. Y más todavía, aclara el informe del ACNUR que "una mujer que se haya negado a contraer matrimonio o a sufrir la MGF puede que no sea recibida con facilidad por sus familiares o por miembros de su comunidad en otra parte del país(...) abandonar la familia supone la exclusión social y económica para la mayor parte de los nigerianos y particularmente para las mujeres (...) la única salida para las mujeres que se encuentran en estos casos es la prostitución". Sin que*

*sea garantía de protección suficiente la denuncia ante las Autoridades del país, pues, aclara este informe, "las mujeres que sufren violencia doméstica se enfrentan a numerosas barreras cuando buscan protección. Estas barreras incluyen leyes discriminatorias y punitivas (incluyendo la sharia), el estigma social que supone denunciar, los altos costes de cualquier acción legal, las actitudes de la policía y del sistema judicial, la falta de refugios y albergues para las mujeres que huyen de la violencia y las dificultades de vivir como una mujer divorciada. El sistema legal nigeriano ha sido acusado de crear un sistema jurídico complejo y confuso donde a las mujeres se les deniega por lo general una protección adecuada".*

En relación con la **problemática de quienes se niegan a cumplir el servicio militar**, existen numerosos pronunciamientos de la Sala tercera, que han tenido muy en cuenta no tanto la propia negativa a cumplir las obligaciones militares como más bien las eventuales consecuencias que van ligadas a esa negativa, sobre todo desde la perspectiva de la eventual desproporción o inhumanidad de las sanciones que se imponen por tal conducta. Así, dice la sentencia de **16 de junio de 2009 (recurso de casación n° 5917/2006)** –FJ 4º- :

*“Incluso dando por cierto que el actor hubiera salido de Rusia para eludir el cumplimiento del servicio militar, es ya reiterada la jurisprudencia que ha declarado que la mera condición de desertor o prófugo del servicio de armas no constituye, sin más, causa que justifique el reconocimiento de la condición de refugiado (sentencias de esta Sala Tercera de 29 de abril y 23 de mayo de 2005 -recursos de casación n° 7102/2001 y 1353/2002-, 28 de febrero, 16 de marzo y 6 de noviembre de 2006 -recs. n° 452/2003, 1087/2003 y 3370/2003- y 20 de diciembre de 2007 -rec. n° 4498/2004-). En esas sentencias hemos dicho, con unas u otras palabras, que si en el país de origen del solicitante el servicio militar es obligatorio, no puede pretender que este Tribunal Supremo favorezca el incumplimiento de ese deber cívico; más aún cuando ni siquiera se ha alegado que el castigo que pueda conllevar para el actor su deserción o negativa a reincorporarse al servicio militar implique un trato degradante o inhumano de tal entidad que pueda justificar una reconsideración de la cuestión”.*

Siendo también interesante, en este sentido, la **sentencia de 13 de diciembre de 2007, recurso de casación 4529/2004**, que declaró el derecho del recurrente a la concesión del asilo, valorando singularmente dos circunstancias: la primera, que se trataba de un recurso interpuesto contra la desestimación presunta de una solicitud de asilo y la Administración ni había instruido el expediente ni había aportado ningún dato que permitiera desvirtuar las alegaciones del actor; y la segunda, que constaba que por causa de esa homosexualidad el interesado había sido excluido del servicio militar, siendo este un dato que, decía la Sala, no debe ser minusvalorado en el contexto social y político de un régimen dictatorial y fuertemente militarizado como el cubano.

También se ha referido la Sala a la **problemática de los castigos o penas desproporcionados, en cuanto degradantes o inhumanos**, afirmando que en caso de constatarse su efectiva existencia (lo que por principio remite a una valoración casuística de las circunstancias de cada solicitud de asilo), pueden justificar la concesión de la protección internacional. Dice, así, la **sentencia de 10 de octubre de 2011 (recurso de casación n° 3822/2009)**:

*“[...] es verdad que la imputación por meros delitos comunes puede llegar a adquirir en algún caso los caracteres de una auténtica persecución protegible, en la medida que el castigo asociado a ese delito, en el sistema jurídico del país de origen del solicitante, revista características que permitan calificarlo de inhumano o degradante, pero en este caso no hay constancia alguna de que así sea, pues no se ha aportado ningún dato o documento que permita llegar a tal conclusión. Carecen de utilidad, en este sentido, las alegaciones del recurrente sobre la aplicación de la sharia o ley islámica en Nigeria, pues ni hay constancia alguna de que en este caso la conducta punible cometida fuera a ser juzgada con arreglo a ese peculiar sistema punitivo, ni existe tampoco constancia alguna de que el castigo correspondiente revista en este caso ese carácter inhumano o degradante al que nos acabamos de referir.”*

En fin, en cuanto a los **actos de naturaleza sexual**, son numerosas las sentencias que han valorado una situación continuada de violencia sexual contra mujeres, o agresiones a personas homosexuales. Por citar alguna de las últimas, cabe mencionar la **sentencia de 6 de julio de 2012, recurso de casación nº 6246/2011**, que recapitula la doctrina sobre la cuestión y recuerda la necesidad de un examen casuístico de cada asunto:

*“Como cuestión previa debemos indicar que, como ya expusiéramos en la Sentencia de esta misma Sala y Sección de 19 de septiembre de 2011 (RC 4293/10), son ya numerosas las sentencias de esta Sala que han declarado, primero, que la persecución por razón de sexo resulta encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales a que se refiere la Convención de Ginebra de 1951, y segundo, que una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo. Más concretamente, sobre los malos tratos a las mujeres en el ámbito familiar (la llamada "violencia doméstica") hemos dicho en nuestra reciente sentencia de 15 de junio de 2011 (RC 1789/2009) que "la reforma de la Ley española de asilo, introducida por la Ley Orgánica 3/2007, permite identificar como sujetos protegibles a aquellas personas pertenecientes al género femenino que sufren violaciones de sus derechos humanos inderogables, y, concretamente, a aquellas que padecen una grave discriminación en su países de origen, derivada del reconocimiento de un estatuto legal de subordinación, contrario al principio de igualdad de mujeres y hombres, y que no gozan de protección jurídica eficaz frente a actos graves de violencia sexual o de violencia doméstica, atentatorios contra la dignidad y la integridad física y moral". Ahora bien, estas declaraciones generales tienen que ser puestas en relación con las concretas circunstancias de cada litigio, dado que en una materia tan casuística como la del asilo, lo que procede en definitiva es determinar si efectivamente la mujer solicitante de asilo ha sufrido o no una situación de violencia doméstica en su país de origen de suficiente gravedad como para plantear la protección internacional; si ha obtenido o no una protección eficaz por parte de las autoridades de dicho país, o si por cualquier razón fuera imposible, inútil o ilusorio confiar en obtener tal protección. Para responder a estos interrogantes se hace ineludible, por tanto, una valoración pormenorizada y singular de cada caso”.*

Ahora bien, nos hemos detenido en examinar qué podemos entender por “actos de persecución”, pero el análisis quedaría incompleto si no valoráramos cuál es el

relato de persecución expuesto por el solicitante de asilo al que debemos atender: ¿el qué expone al pedir asilo, o el que refiere en la demanda ante el Tribunal?. Por otra parte, **¿cual es el contexto espacio-temporal al que hemos de atenernos para verificar si existe o no un acto de persecución en el sentido que se ha expuesto: la situación existente al tiempo de pedir asilo, la que se aprecia cuando se resuelve el expediente, o la que se da cuando se dicta sentencia?** Todas estas cuestiones han sido igualmente abordadas y resueltas por la jurisprudencia.

Concretamente, el problema más normal al que se enfrentan los Tribunales es el que deriva de la dilación en la resolución administrativa de los expedientes de asilo, a la que ha de añadirse la ulterior dilación de la resolución del asunto en vía jurisdiccional, que puede hacer que la solicitud de asilo tarde años en resolverse definitivamente. Así las cosas, la Sala se ha planteado a qué momento referir su examen, al de la solicitud de asilo, al de la resolución del expediente por la Administración, o al existente al tiempo de dictarse sentencia, ya en la instancia, ya en casación.

Pues bien, **tres sentencias, de 9 de diciembre de 2005 (recurso de casación nº 6315/2002), 22 de septiembre de 2006 (recurso de casación nº 6350/2003) y 8 de noviembre de 2007 (recurso de casación nº 2681/2004)**, sentaron como regla general, en beneficio del solicitante, que los hechos relevantes para resolver sobre la solicitud de asilo son los existentes al tiempo de la solicitud y no en el momento en el que la Administración resuelve el expediente (lo cual puede suceder meses después de la presentación de la petición de asilo, o incluso a veces años después). Dice, así, la sentencia de 9 de diciembre de 2005:

*“[...] los hechos que han de ser tomados en consideración a la hora de resolver sobre la concesión del asilo son los existentes al tiempo en que la solicitud se formula. De otro modo, podría abrirse la puerta a una desnaturalización fraudulenta de la institución que condujera a su pérdida de operatividad, pues bastaría dilatar en el tiempo la tramitación y resolución del expediente, a la espera de un futuro cambio de circunstancias en el país de origen del solicitante, para frustrar su finalidad protectora” [FJ 3º].*

Sin embargo, la Sala parece haber cambiado de criterio últimamente, pues **en su más reciente jurisprudencia atiende a la información actualizada sobre el país de origen y, si de esta información fluye la innecesariedad de conceder protección, deniega la petición de protección del solicitante y recurrente**. A título de ejemplo cabe citar, entre las últimas que han denegado la protección internacional basándose en esa información actualizada, **la sentencia de 27 de diciembre de 2012 (recurso de casación nº 1630/2012)**, que valora precisamente la evolución positiva del país de origen del solicitante y actor, y los sucesivos informes del ACNUR sobre su progresiva pacificación, para desestimar el recurso, por mucho que al tiempo (ya lejano) de la solicitud de asilo dicha situación fuera problemática y pudiera dar sustento a algún género de protección. El criterio general que se expresa en esta y otras sentencias similares es, pues, que en trance de resolver los recursos contra las resoluciones administrativas de asilo, ha de ponderarse la evolución de las circunstancias en el país de origen desde la formalización de la petición hasta el momento en que el Tribunal haya de pronunciarse (así, v.gr., **sentencia de 26 de octubre de 2012, recurso de casación nº 2609/2012**).

Cierto es, no obstante, que si en los casos que se acaban de reseñar la evolución del país de origen se tuvo en cuenta para denegar la protección internacional solicitada, no faltan tampoco casos recientes en que esa toma en consideración de los hechos sobrevenidos ha jugado no en contra sino en beneficio del solicitante y recurrente. Así, por ejemplo, la **sentencia de 21 de mayo de 2012 (recurso de casación nº 4102/2011)**, dice sobre el particular lo siguiente (FJ 7º):

*“Ciertamente al tiempo de la solicitud de asilo por parte del actor en la instancia, esto es, en 2007, la situación de ese país de origen mostraba signos favorables de estabilización que permitían por aquel entonces acordar la devolución a dicho país, habiéndose pronunciado en tal sentido el informe del mismo ACNUR de 2007 al que también se refiere la sentencia de instancia. Ahora bien, no es menos cierto que durante la tramitación procesal de la impugnación jurisdiccional de la resolución administrativa, esa situación social que mostraba signos positivos se invirtió, derivando de nuevo hacia un empeoramiento significativo, no inhabitual en muchos países donde, tras un enfrentamiento social generalizado, las instituciones jurídicas y políticas son muy frágiles y los procesos de pacificación presentan constantes avances y retrocesos.*

*Ello plantea el problema de si a la hora de resolver sobre la autorización de permanencia en España por razones humanitarias debe atenderse exclusivamente a la situación existente al tiempo de la solicitud de asilo (año 2007), conforme al principio *tempus regit actum*, o si también ha de tomarse en consideración la situación realmente existente en el momento en que se dicta la resolución judicial de instancia ahora combatida en casación (año 2011). Pues bien, la respuesta a este interrogante ha de resolverse a favor de la segunda opción.*

*En efecto, el espíritu y finalidad de la protección humanitaria contemplada en el artículo 17.2 de la Ley es proporcionar al solicitante de asilo un mecanismo de protección y salvaguardia frente al peligro que para su persona pudiera suponer su regreso al país de origen por causa de la situación general de conflicto o desprotección de los derechos humanos en el mismo. Desde esta perspectiva, ese espíritu y finalidad de la Ley se vería frustrado e incluso transgredido si, so pretexto de que la situación del país al tiempo de la solicitud era aceptable, se ignorara o dejara de lado el dato debidamente acreditado de que esa situación ha evolucionado a peor con posterioridad, hasta el punto de desaconsejar el retorno en el momento preciso en que se resuelve sobre el recurso jurisdiccional promovido frente a la resolución administrativa denegatoria. Ciertamente, si se atendiera únicamente a esa situación inicial, que puede retrotraerse a años atrás, y se prescindiera de la vigente al tiempo de la resolución del recurso, el sistema de la normativa de protección internacional será reducido a una mera apariencia formal deviniendo respuesta jurisdiccional ajena a la realidad. Por eso, la propia normativa de asilo insiste en la necesidad de que la información sobre el país de origen sea una información actualizada, y así, la Directiva 2005/85/CE, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, establece en su artículo 8 que los Estados de la Unión deberán garantizar "que se obtenga información precisa y actualizada de diversas fuentes, por ejemplo, información del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), respecto a la situación general imperante en los países de origen de los solicitantes", conteniéndose una regla similar en el artículo 38 en cuanto concierne a la retirada del estatuto de refugiado. En este mismo sentido, la precitada STJUE de 2 de marzo de 2010 se refiere al cambio*

*de circunstancias en el país de origen (con unas consideraciones que aun referidas a la concesión del asilo son extensibles, con mayor razón y fundamento, a la protección humanitaria que ahora nos ocupa), admitiendo la posibilidad de tomar en consideración circunstancias sobrevenidas para mantener la protección internacional concedida, aun cuando hayan cesado las que inicialmente determinaron la concesión de esa protección. Por las mismas razones, decimos, no tiene sentido denegar la protección humanitaria contemplada en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo si se constata a través de fuentes de información objetivas y contrastadas que la situación del país de origen ha evolucionado, desde la presentación de la solicitud de asilo hasta el tiempo de resolverse el recurso, de tal forma que obliga a proteger al solicitante en el sentido precisamente contemplado en ese precepto”.*

Con similares palabras, **distintas Sentencias de este Tribunal han reiterado que, a la hora de resolver sobre la autorización de permanencia en España por razones humanitarias se ha de valorar la situación realmente existente en el país de origen del solicitante de asilo en el momento en que se dicta su resolución; así, SSTS de 23 de mayo de 2012 (RC 4699/2011), de 22 de junio de 2012 (RRCC 6085/2011 y 4112/2011) y de 29 de junio de 2012 (RRCC 5935/2011 y 5594/2011).**

#### **I.2.d.- Motivos de persecución: raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual. Requisitos para apreciar su concurrencia**

Como ya se ha explicado abundantemente, **los motivos de persecución que contempla la nueva Ley de Asilo 12/2009, en su artículo 7, coinciden básicamente con los que ya se recogían en la Ley de 1984, reformada en 1994,** tal y como la jurisprudencia los interpretó y aplicó; de manera que lo dicho respecto de una :Ley vale para la otra.

El artículo 7 de la Ley 12/2009 establece lo siguiente:

##### *Artículo 7. Motivos de persecución.*

*1. Al valorar los motivos de persecución se tendrán en cuenta los siguientes elementos:*

- a) el concepto de raza comprenderá, en particular, el color, el origen o la pertenencia a un determinado grupo étnico;*
- b) el concepto de religión comprenderá, en particular, la profesión de creencias teístas, no teístas y ateas, la participación o la abstención de hacerlo, en cultos formales en privado o en público, ya sea individualmente o en comunidad, así como otros actos o expresiones que comporten una opinión de carácter religioso, o formas de conducta personal o comunitaria basadas en cualquier creencia religiosa u ordenadas por ésta;*
- c) el concepto de nacionalidad no se limitará a poseer o no la ciudadanía, sino que comprenderá, en particular, la pertenencia a un grupo determinado por su identidad cultural, étnica o lingüística, sus orígenes geográficos o políticos comunes o su relación con la población de otro Estado;*
- d) el concepto de opiniones políticas comprenderá, en particular, la profesión de opiniones, ideas o creencias sobre un asunto relacionado con los agentes potenciales de persecución y con sus políticas o métodos, independientemente*

*de que el solicitante haya o no obrado de acuerdo con tales opiniones, ideas o creencias;*

*e) Se considerará que un grupo constituye un grupo social determinado, si, en particular: las personas integrantes de dicho grupo comparten una característica innata o unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse, o bien comparten una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella, y dicho grupo posee una identidad diferenciada en el país de que se trate por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea o por el agente o agentes perseguidores.*

*En función de las circunstancias imperantes en el país de origen, se incluye en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual o identidad sexual, y, o, edad, sin que estos aspectos por sí solos puedan dar lugar a la aplicación del presente artículo. En ningún caso podrá entenderse como orientación sexual, la realización de conductas tipificadas como delito en el ordenamiento jurídico español.*

*Asimismo, en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, se incluye a las personas que huyen de sus países de origen debido a fundados temores de sufrir persecución por motivos de género y, o, edad, sin que estos aspectos por sí solos puedan dar lugar a la aplicación del presente artículo.*

*2. En la valoración acerca de si la persona solicitante tiene fundados temores a ser perseguida será indiferente el hecho de que posea realmente la característica racial, religiosa, nacional, social o política que suscita la persecución, a condición de que el agente de persecución se la atribuya”.*

Pues bien, sobre las cuestiones que este artículo menciona, también hay doctrina jurisprudencial que vale la pena traer a colación, y que por mucho que se refiriera a la Ley de 1984 sigue siendo aplicable sin problemas a la nueva Ley de 2009; si bien no puede dejar de insistirse en que la perspectiva casuística connatural a este materia hace difícil extraer declaraciones jurisprudenciales con vocación de generalidad, pues cada sentencia (y lo que en ella se dice) va muy ligada a la consideración del caso sometido al examen de la Sala.

Ahora bien, antes de pasar a la exposición de algunos ejemplos concretos de sentencia que han tomado en consideración cada uno de los distintos motivos o causas de persecución, resulta oportuno exponer unas consideraciones generales comunes a todos ellos.

Ha de tenerse en cuenta, ante todo, que por lo general las persecuciones protegibles suelen desenvolverse en contextos políticos y sociales de degradación general de la vida pública, cuando no de enfrentamientos civiles abiertos. En tales casos, no es inhabitual sino, al contrario, muy frecuente, que se invoque esa situación general del país de origen, más que una situación de persecución personal del particular interesado. Pues bien, a este respecto, la jurisprudencia constante viene señalando una y otra vez que **las situaciones de guerra civil o de conflicto interno generalizado en el país de origen del solicitante no dan lugar, por sí solas, y a falta de mayores datos sobre la situación personal del solicitante, a la concesión de la condición de refugiado.** De esta doctrina se hace eco, a título de ejemplo, la **sentencia de 10 de octubre de 2011 (RC 3933/2009)**, donde leemos que



*“[...]En este sentido, es muy reiterada la jurisprudencia que ha declarado que la situación de conflicto interno generalizado en un país, incluso con debilitamiento de los poderes del Estado y surgimiento de grupos incontrolados que puedan poner en riesgo los derechos más básicos de las personas, no es, por sí sola, una causa de aquéllas que dan lugar al reconocimiento de la condición de refugiado, que requiere, no sólo el riesgo común, para todos, inherente a tal situación, sino, además, que ésta se haya traducido y concretado en una persecución, o en un fundado temor de persecución, hacia el solicitante de asilo, bien individualmente, bien por su pertenencia a un colectivo, y precisamente por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas; que es justamente lo que se echa en falta en este caso.” (FJ 5º)*

En el mismo sentido, la **sentencia de 10 de octubre de 2011 (RC 4900/2009)** recoge que:

*“[...] la conclusión alcanzada por la Administración y después por la Sala de instancia es plenamente acorde con la Posición Común del Consejo de la Unión Europea de 4 de marzo de 1996, que en su apartado sexto establece que "La referencia a una situación de guerra civil o de conflicto interno violento o generalizado y a los peligros que presenta no es suficiente por sí sola para justificar el reconocimiento de la condición de refugiado. El temor de persecución debe basarse siempre en uno de los motivos de la sección A del artículo 1 de la Convención de Ginebra y tener carácter personalizado". (FJ 5º)*

También se dijo con otras palabras en **sentencia de 10 de octubre de 2011 (recurso de casación nº 3933/2009)** que:

*“[...] este Tribunal Supremo ha dicho reiteradamente, con unas u otras palabras, que las situaciones de conflicto generalizado en el país de origen del solicitante no dan lugar a la concesión de la condición de refugiado si no van acompañadas del temor fundado a sufrir persecución personal por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas; y que aunque para la concesión del derecho de asilo no es necesaria, ciertamente, una prueba plena de que el solicitante haya sufrido en su país de origen persecución por alguno de aquellos motivos, sí es necesario, al menos, que existan indicios suficientes de ello, pues de otro modo todo ciudadano de un país en que se produzcan graves trastornos sociales, con muerte de personas civiles y ausencia de protección de los derechos básicos del hombre, tendría automáticamente derecho a la concesión del asilo, lo que no es, desde luego, la finalidad de la institución.” (FJ 5º)*

(Ahora bien, hemos de hacer aquí un inciso. La doctrina que se expone en estas sentencias que acabamos de reseñar es aplicable sin ambages a las solicitudes de asilo, pero no lo es a las de protección subsidiaria, pues respecto de estas cobra singular relevancia no la contemplación singular del solicitante sino la verificación del estado general de su país de procedencia. La cuestión será desarrollada con más detalle *infra*, al estudiar el sistema de protección subsidiaria)

Eso sí, sin perder de vista que la persecución protegible no es sólo la que se hace patente en el propio país de procedencia. Resulta necesario recordar, en este punto, la **figura de los llamados refugiados sur place**, esto es, los que adquieren esa condición de forma sobrevenida por causa de hechos acaecidos después de haber dejado su país de origen. Sobre esta categoría se extiende **la sentencia de 18 de octubre de 2012 (RC 875/2012)**:

*“[...] A estos refugiados sur place se refiere el Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado elaborado por el ACNUR (que aun no revistiendo el carácter de norma jurídica sino de simple manual doctrinal, es de oportuna cita por la reconocida autoridad en esta materia del organismo internacional que lo ha elaborado), cuando señala -par. 95- que una persona se convierte en refugiado sur place en virtud de circunstancias que hayan surgido en su país de origen durante su ausencia, añadiendo -par. 96- que "una persona puede convertirse en refugiado sur place como resultado de sus propias actividades, por ejemplo, frecuentando el trato de refugiados ya reconocidos o expresando sus opiniones políticas en su país de residencia. Será preciso, sin embargo, establecer mediante una rigurosa indagación de las circunstancias si tales acciones son suficientes para justificar fundados temores de persecución. En particular, habría que tener en cuenta si tales acciones han podido llegar al conocimiento de las autoridades del país de origen de la persona así como la manera en que aquéllas puedan ser consideradas por esas autoridades". Este mismo Tribunal Supremo no ha dejado de valorar en alguna ocasión circunstancias sobrevenidas acaecidas ya en España como factores determinantes para el reconocimiento del derecho al asilo. Así, por ejemplo, en sentencias de esta Sala Tercera de 30 de marzo de 2006 (recurso de casación nº 644/2003) y 24 de febrero de 2010 (recurso de casación nº 429/2007) se tuvo singularmente en cuenta para la concesión de la protección internacional el comportamiento de los interesados tras haber dejado su país de origen y ya en el país de destino, que los singularizaba a efectos de una posible persecución por parte de las autoridades de esos países de origen.[...]” (FJ 10º)*

Pero sigamos con las consideraciones generales que la jurisprudencia ha dejado sentadas a la hora de valorar los relatos de persecución. También es doctrina jurisprudencial consolidada que, **a la hora de valorar al relato individual de persecución, el "temor a ser perseguido" es, sí, un criterio básico para la concesión de asilo, pero no es menos cierto que ese elemento subjetivo no es suficiente si no va acompañado de datos objetivos que puedan explicar la existencia del temor.** Dice, así, la **sentencia de 9 de octubre de 2009 (RC 233/2006)**:

*“[...] Puntualicemos, de todos modos, que el "temor a ser perseguido" es, sí, un criterio básico para la concesión de asilo, pero no es menos cierto que ese elemento subjetivo no es suficiente si no va acompañado de datos objetivos que puedan explicar la existencia del temor. Siendo, pues, el temor una realidad puramente subjetiva, y, por lo tanto, de difícil demostración, el problema se traslada al ámbito objetivo de los hechos en que aquél tiene su origen, y los hechos son sólo los que el interesado consignó al solicitar asilo, inservibles para dar lugar al reconocimiento de la condición de refugiado por sus incoherencias y contradicciones y por su carencia del menor respaldo probatorio .[...]” (FJ 4º)*

Así pues, el relato de persecución útil es aquel que expone hechos incardinables entre las causas de asilo y que además está basado en datos objetivos que le dan sustento. Pero más aún, **ese relato debe gozar de un nivel de concreción que permita identificar una verdadera persecución**, no siendo suficiente a tal efecto un relato vago y genérico que pudiera ser aplicable prácticamente a cualquier persona procedente del mismo país que el solicitante, o que carece de elementos de contraste y verificación que permitan apreciar su verosimilitud. En tales términos se expresa, a título de ejemplo, la **sentencia de 17 de mayo de 2011 (recurso de casación nº 678/2008)**:

*“[...] el recurrente se limita a reiterar su relato e insistir en que ha sido perseguido, pero sigue sin dar ninguna explicación a la circunstancia de que carece de documentación alguna acreditativa de su identidad. Tampoco da ninguna argumentación que permita desvirtuar el juicio de la Sala a quo sobre la vaguedad e imprecisión de su relato, ni sobre su coincidencia con los suministrados con otros solicitantes del mismo país, que obedecen en todos los casos a un mismo patrón, lo que da pie a pensar que se trata de solicitudes "prefabricadas" para proporcionar una apariencia de veracidad a situaciones que realmente no son constitutivas de una persecución protegible. En fin, no se contrarresta eficazmente la tercera razón determinante de la denegación del asilo, cual es que según la información disponible sobre la situación del país de origen del recurrente, en dicho país no se sufre persecución por la mera condición de simpatizante de la llamada "Awami League". No es cierto que la Sala de instancia no haya estudiado las circunstancias personales del solicitante y ahora recurrente y se haya limitado a realizar consideraciones genéricas. El problema es justamente el inverso: fue el relato del solicitante el que resultaba inservible por inverosímil para la concesión del asilo, por su excesiva vaguedad y falta de precisión además de por su abierta y llamativa semejanza con los de otros solicitantes de la misma nacionalidad. El reproche de generalidad y vaguedad en la exposición no debe predicarse, pues, de la sentencia sino de los escritos del recurrente” (FJ 4º).*

Así pues, el relato útil para dar lugar a la concesión del asilo es el que expone una persecución por motivos protegibles en cuanto que incardinados en la Convención de Ginebra, suficientemente detallado y basado en datos susceptibles de verificación con arreglo a criterios de lógica jurídica. Ahora bien, una vez que nos encontramos ante un relato de tal índole, ¿debe otorgársele alguna clase de presunción de veracidad, o por el contrario hay que exigirle algún tipo de respaldo probatorio? En principio **la jurisprudencia no asume esa supuesta presunción de veracidad**. Dice, en este sentido, entre otras muchas con similar fundamentación, la **sentencia de 31 de mayo de 2011 (recurso de casación nº 5415/2009)**:

*“Las alegaciones del recurrente sobre la carga de la prueba no pueden ser acogidas, pues es ya reiterada la jurisprudencia que ha declarado que ni la Convención de Ginebra de 1951 ni la Ley de Asilo 5/1984, de 26 de marzo, establecen que las declaraciones de los solicitantes de asilo gocen de presunción de veracidad. Al contrario, la jurisprudencia consolidada de este Tribunal Supremo interpreta la normativa de Asilo y Refugio en el sentido de que de la misma se infiere un criterio de atenuación de la carga de la prueba, pero no una exoneración total de ésta. Ciertamente, para la concesión del asilo bastan indicios suficientes del temor de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Bastan, pues, los indicios suficientes; pero estos han de existir, y es*

*carga del recurrente aportarlos (por todas, STS de 24 de febrero de 2010, RC 1156/2006)” (FJ 6º).*

Empero, hay datos y elementos de juicio que nos permitan orientarnos en esta no siempre fácil labor de discernimiento de la verosimilitud de lo expuesto por el solicitante; datos que pueden llegar a permitir inclinar el juicio hacia la verosimilitud de lo relatado. Leemos, así, en la **sentencia de 16 de febrero de 2009, recurso de casación nº 6894/2005**:

*“Debemos recordar también, como justificación de nuestra decisión, que, en la Sentencia de esta misma Sala y Sección del Tribunal Supremo de fecha 2 de enero de 2009 (recurso de casación 4251/2005), hemos declarado que la Directiva europea 83/2004, de 29 abril, sobre 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, en su artículo 4.5 dispone que «Si las declaraciones del solicitante presentan aspectos que no están avalados por pruebas documentales o de otro tipo, tales aspectos no requerirán confirmación si se cumplen las siguientes condiciones: a) el solicitante ha realizado un auténtico esfuerzo para fundamentar su petición. b) se han presentado todos los elementos pertinentes de que dispone el solicitante y se ha dado una explicación satisfactoria en relación con la falta de otros elementos pertinentes c) las declaraciones del solicitante se consideren coherentes y verosímiles y no contradigan la información específica de carácter general disponible que sea pertinente para su caso; d) el solicitante ha presentado con la mayor rapidez posible su solicitud de protección internacional, a menos que pueda demostrar la existencia de razones fundadas para no haberla presentado así, e) se ha comprobado la credibilidad general del solicitante» (FJ 6º)*

Moviéndose en esta línea, **no faltan sentencias que admiten la posibilidad de tener por cierto el relato del solicitante, por mucho que el mismo no venga acompañado de ninguna prueba que lo sostenga, siempre y cuando concurren un serie de elementos cualificadores de la veracidad del relato.** Así, dice la **sentencia de 29 de abril de 2011 (recurso de casación nº 3986/2009)**

*“[...] para que el relato de un solicitante de asilo constituya por sí solo un indicio suficiente de lo expuesto, debe gozar de una precisión, detalle y coherencia tal que permita concluir racionalmente -puesto en relación con la situación social y política del país de origen- que es verosímil aún faltando pruebas añadidas que lo sustenten (SSTS de 18 de diciembre de 2008, RC 6141/2005, 16 de junio de 2009, RC 1290/2006, y 30 de octubre de 2009, RC 1063/2006)” [FJ 5º]*

De todos modos, **la regla general es que el relato de persecución debe venir respaldado por prueba “suficiente”. Prueba suficiente que, según jurisprudencia constante, no puede ser una prueba plena, pues basta la indiciaria.** Por la importancia de este punto, vale la pena dedicar a esta cuestión de la suficiencia de la prueba en materia de asilo un apartado especial

### **I.2.e) Indicios suficientes de persecución.**

La Jurisprudencia ha recordado una y otra vez que en materia del asilo no es **exigible una prueba plena de los hechos relatados, dada la natural dificultad que reviste aportar una prueba de tal nivel, por lo que basta con aportar indicios**

suficientes de la real existencia de la persecución protegible; ahora bien, como se acaba de apuntar, **esos indicios han de existir y es carga del recurrente aportarlos.**

Con carácter previo, hay que advertir que la referencia a la necesidad de aportar datos indiciarios suficientes requiere como premisa ineludible que se haya aportado un relato que exprese una persecución protegible, pues si el relato es inservible a los efectos pretendidos en la medida que a través del mismo no se refiere una auténtica persecución por motivos protegibles, por pura lógica no tiene sentido preguntarse si está o no probado, pues por mucho que esté acreditado el relato, seguirá siendo un relato que carecerá de virtualidad para dar lugar a la concesión del estatuto de refugiado. Así, dice la **sentencia de 3 de diciembre de 2010 (recurso de casación nº 5306/2007)**:

*“[...] las alegaciones de la parte recurrente sobre la carga de la prueba no son de recibo. Para la concesión del asilo bastan indicios suficientes de que el solicitante tiene fundado temor de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Bastan, pues, los indicios suficientes; pero estos han de existir, y es carga del recurrente aportarlos. Dicho esto, el pronunciamiento desestimatorio no descansa en la exigencia de una prueba plena, de mayor entidad que la de los indicios. Descansa, por el contrario, en la conclusión de que el relato aportado por la solicitante de asilo resulta inservible a los efectos pretendidos”*

Y en términos aún más nítidos, se sitúa en la misma perspectiva la **sentencia de 31 de mayo de 2011, recurso de casación nº 5394/2009**:

*“Y en el desarrollo argumental del motivo no se cita ninguna otra norma, salvo al final del mismo, cuando se apunta que se ha vulnerado el artículo 24 de la Constitución, por haberse valorado la prueba con infracción de las reglas de la sana crítica; pero en este punto la alegación del recurrente carece de fundamento, pues, su lectura detenida permite concluir que la sentencia no desestima el recurso por entender que el relato del solicitante (ahora recurrente) esté insuficientemente acreditado, sino porque ese relato es inservible a los efectos pretendidos (en lo concerniente a la persecución por los terroristas, dada la lejanía de los hechos relatados, y en lo relativo a la homosexualidad del solicitante, por la propia insuficiencia del relato, que se limita a decir, sin más datos, que el solicitante es homosexual y que eso en Argelia "está mal visto"). Carece, pues, de fundamento reprochar a la Sala que ha valorado mal o insuficientemente la prueba, cuando la desestimación del recurso no se fundamenta en la falta de prueba del relato ofrecido sino en la constatación previa de que él se exponen hechos que por ser alejados en el tiempo, o por la suma vaguedad con que se apuntan, no pueden sustentar la solicitud de asilo. Y esta perspectiva de examen del Tribunal de instancia, lejos de parecer ilógica, se revela plenamente razonable, pues, cabalmente, no tiene sentido indagar sobre las pruebas del relato de un solicitante de asilo cuando ese relato carece de entidad para sostener la solicitud” [FJ 4º]*

Fuera de estos casos, y situados en la perspectiva de que nos hallemos ante un relato de persecución que en principio refiere hechos constitutivos de una persecución protegible, y cuya veracidad tenemos que esclarecer, el problema reside en determinar el nivel probatorio exigible, dentro de ese ámbito discursivo de

la suficiencia de la prueba indiciaria. Pues bien, podemos citar, *ad exemplum* y entre otras muchas, la **sentencia de 10 de octubre de 2011 (RC 3933/2009)**, que expresa lo siguiente:

*“[...] aunque para la concesión del derecho de asilo no es necesaria, ciertamente, una prueba plena de que el solicitante haya sufrido en su país de origen persecución por alguno de aquellos motivos, sí es necesario, al menos, que existan indicios suficientes de ello, pues de otro modo todo ciudadano de un país en que se produzcan graves trastornos sociales, con muerte de personas civiles y ausencia de protección de los derechos básicos del hombre, tendría automáticamente derecho a la concesión del asilo, lo que no es, desde luego, la finalidad de la institución.” (FJ 5º)*

Igualmente, la **sentencia de 29 de septiembre de 2011 (RC 1623/2009)** se hace eco de la jurisprudencia reiterada en esta materia, diciendo:

*“[...] Las alegaciones del recurrente sobre la carga de la prueba no pueden ser acogidas, pues es ya reiterada la jurisprudencia que ha declarado que ni la Convención de Ginebra de 1951 ni la Ley de Asilo 5/1984, de 26 de marzo, establecen que las declaraciones de los solicitantes de asilo gocen de presunción de veracidad. Al contrario, la jurisprudencia consolidada de este Tribunal Supremo interpreta la normativa de Asilo y Refugio en el sentido de que de la misma se infiere un criterio de atenuación de la carga de la prueba, pero no una exoneración total de ésta. Ciertamente, para la concesión del asilo bastan indicios suficientes del temor de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Bastan, pues, los indicios suficientes; pero estos han de existir, y es carga del recurrente aportarlos (por todas, STS de 24 de febrero de 2010, RC 1156/2006).*

Acerca del significado y alcance de esta expresión, “indicios suficientes”, podemos mencionar **la sentencia de 24 de febrero de 2010 (RC 1156/2006)**:

*“[...] Por su parte, en otra STS de 30 de noviembre de 2006, señalamos que “... con esa expresión se refiere la Ley a los indicios que permiten concluir que hay una razonable certeza de que lo que sostiene el recurrente coincide con la realidad. Para realizar esta operación valorativa, el bloque normativo regulador del asilo dota al órgano jurisdiccional de una amplia libertad de apreciación a fin de sopesar los datos de que dispone, pues de otra manera la institución de asilo podría quedar desprovista de cualquier operatividad práctica, habida cuenta que los grupos perseguidores no suelen dejar constancia fehaciente de sus ataques y amenazas.[...]” (FJ 4º)*

**Como una prueba indiciaria determinante para valorar la verosimilitud del relato del solicitante, se alza singularmente la llamada “información sobre el país de origen”,** que será muchas veces la única que nos permitirá contrastar con un grado de fiabilidad suficiente si lo que afirma el recurrente es o no cierto, A estos efectos, la Sala suele acudir a fuentes de información de fiabilidad contrastada, como los informes diplomáticos y consulares, o sobre todo los informes del ACNUR y otras organizaciones internacionales de reconocida solvencia. A título de muestra, podemos citar la **sentencia de 29 de mayo de 2009 (RC 3511/2006)**:

*“[...] Como hemos visto, la Sala de instancia consideró suficientemente acreditada, al nivel indiciario requerido en esta materia del asilo, la existencia de una situación de persecución contra el recurrente en su país de origen, como consecuencia de su implicación en el llamado Movimiento para la Autodeterminación de la Isla de Bioko. Valoró la Sala, para llegar a esa conclusión, primero, el informe emitido por la Delegación en España de dicho Movimiento donde se señala que efectivamente el actor pertenece a este grupo y ha sido perseguido por ello; segundo, el informe del ACNUR en el que se apunta que los hechos relatados por el solicitante están acreditados y que su exposición es coherente y verosímil; y tercero, el informe de la Embajada de España en Guinea Ecuatorial, en el que se dice que es cierto que el actor pertenece a aquel Movimiento y que fue perseguido y detenido por tal razón. Frente a estos datos, que resultan coincidentes y coherentes aun procediendo de distintas fuentes de información (entre las que cabe destacar la proveniente de la misma Embajada de España en Malabo), y justamente por ello proporcionan un evidente sustento a la petición de asilo del demandante en la instancia, el Sr. Abogado del Estado esgrime distintos argumentos que, hemos de anticipar, carecen de vigor para desautorizar la conclusión alcanzada por el Tribunal de instancia.[...]” (FJ 4º)*

Es, en este sentido, digno de resaltarse la importancia que da la Sala a los criterios expresados por el ACNUR en sus informes. La reciente **sentencia de 18 de octubre de 2012 (recurso de casación nº 875/2012)** habla expresamente, en relación con un manual elaborado por el ACNUR, de la *“reconocida autoridad en esta materia del organismo internacional que lo ha elaborado”* (FJ 10º), y una **sentencia anterior de 15 de julio de 2011 (recurso de casación nº 2575/2008)**, apunta, en relación a ese mismo manual del ACNUR, que *“carece de contenido normativo y por ende no resulta vinculante para los Tribunales de Justicia, pero que por proceder de un organismo internacional de reconocida autoridad en esta materia como es el ACNUR, puede ser citado a efectos argumentativos”* (FJ 4º). En fin, la **sentencia de 29 de abril de 2011 (recurso de casación nº 2530/2009)** enfatiza *“la suma importancia que reviste la intervención del ACNUR en los procedimientos administrativos de asilo”* (FJ 5º).

Por lo demás, un elemento probatorio que suele manejarse en esta sede es la inutilidad de la denuncia formalizada ante las autoridades del país de origen, que, según alegan con frecuencia los solicitantes de asilo, se revela infructuosa o incluso contraproducente para conseguir protección. Pues bien, la jurisprudencia ha matizado que denunciar unos hechos ante las Autoridades del país de origen y marchar del país poco tiempo después equivale a no denunciar los hechos. Así, dice la **sentencia de 19 de septiembre de 2011 (RC 3201/2008)**:

*“[...] ha de hacerse hincapié en lo ya apuntado por la Sala de instancia con cita de una Sentencia de esta Sala de 12 de Abril de 2007, pues, ciertamente, denunciar unos hechos ante las Autoridades colombianas y marchar del país poco tiempo después equivale a no denunciar los hechos, ya que se impide a las Autoridades locales brindar la protección necesaria. Y, añadimos, si admitiéramos esta secuencia, habría de concluirse que, en estos casos de persecución por grupos al margen del Estado, ni siquiera sería necesario denunciar los hechos a las Autoridades, lo que carecería de toda lógica (en este sentido nos hemos pronunciado en SSTs de 17 de Diciembre de 2008 y de 23 de Diciembre de 2009, RRCC 4483/2005 y 641/2006, respectivamente)”*. (FJ 5º)

Otra cuestión que debemos apuntar, siquiera brevemente, es la **problemática que plantea la llamada “posibilidad de desplazamiento interno”**, en referencia a los supuestos en que aun habiéndose alegado una persecución que en principio reúne los requisitos que la hacen merecedora de protección, sin embargo no da lugar a una resolución de reconocimiento de la condición de refugiado por entenderse que esa persecución puede evitarse mediante el desplazamiento hacia “zonas seguras” dentro del mismo país de origen del solicitante. Pues bien, dado el carácter casuístico de la materia, este Tribunal ha estudiado la mencionada posibilidad en relación con las circunstancias concurrentes en cada litigio. Eso sí, con carácter general puede afirmarse que, como remarca **la sentencia de 3 de febrero de 2009 (recurso de casación nº 1189/2006)**,

*“la mención de esa posibilidad de huida interna exige que quien la realiza, en este caso el instructor del expediente administrativo, proporcione los datos necesarios que acrediten la existencia de la misma y, por tanto, que dicha alternativa sea susceptible de conferir una protección real y eficaz.” (FJ 4º)*

Si bien la sentencia de 20 de marzo de 2009 (recurso de casación nº 1318/2006) puntualiza, con remisión a jurisprudencia anterior, que una referencia más o menos genérica al desplazamiento interno como vía para eludir la persecución

*"puede ser, desde luego, insuficiente cuando el afectado es persona destacada o relevante por razón de sus circunstancias políticas, personales o profesionales, pero no cuando se trata de una persona de la que no se ha acreditado ningún factor singularizador". (FJ 5)*

Hechas estas consideraciones, pasaremos a exponer un breve repaso por la doctrina jurisprudencial recaída en relación con cada uno de los diferentes “motivos” de persecución, tratando de llamar la atención sobre los principios generales que describen dichos motivos y permiten individualizar su existencia.

### **1.2.f) Los motivos de persecución en concreto**

A continuación vamos a hacer , como se acaba de anotar, un recorrido por algunas resoluciones de la Sala que han tomado en consideración cada una de las diferentes causas, motivos o factores de persecución contemplados en la convención de Ginebra y en la propia Ley 12/2009. A riesgo de ser reiterativos, no puede djar de insistirse en el marcado carácter casuístico de esta materia, que determina que las consideraciones generales hayan de pasar siempre por el tamiz de la contemplación circunstanciada de cada caso

Así, en cuanto a la **persecución por motivos étnicos o de raza**, dice la **sentencia de 11 de enero de 2007 (recurso de casación nº 8921/2003)**:

*“Pues bien, el relato expuesto por el solicitante de asilo, reseñado en la sentencia de instancia (supra transcrita), viene a describir la existencia de una persecución protegible, por motivos étnicos, a cargo de un grupo tribal contrario al del solicitante, que no puede descartarse apriorísticamente como manifiestamente no incluíble entre las causas o motivos de asilo contempladas en la Convención de Ginebra de 1951 y en la misma Ley de Asilo 5/1984 . De*



*hecho el informe de la instructora del expediente (folio 2.4 del mismo) no hace más que reforzar esta conclusión. Apunta, en efecto, ese informe que "la situación ha cambiado ya que desde febrero de 2000 existe un acuerdo de paz entre las etnias citadas". Obviamente, si se alcanzó ese acuerdo de paz es porque antes existía una situación de conflicto étnico abierto e incontrolado por los Poderes públicos de aquel país, por lo que desde esta perspectiva no puede afirmarse, como pretende la Administración y admite la sentencia impugnada, que resulta manifiesto que los hechos expuestos no son constitutivos de una persecución"*

También contamos con resoluciones de la Sala que han ordenado a la Administración que estudie un relato de persecución basado en **razones religiosas**. Tal es, v.gr., el caso de la **sentencia de 15 de febrero de 2007 (recurso de casación nº 9042/2003)**:

*"Ciertamente, los actores han alegado una persecución religiosa a causa de su condición de cristianos, y han suministrado, sobre todo en el reexamen, datos relativos a su pertenencia a la Iglesia católica de Irak, país este sumido en una notoria situación de grave conflicto social y religioso, por lo que no resulta de aplicación la letra b) del artículo 5.6 de la Ley de Asilo, que permite acordar la inadmisión a trámite de la solicitud sólo cuando no se haya relatado ninguna persecución protegible, lo que no es el caso" (FJ 5º).*

En cuanto a la persecución por **motivos de nacionalidad**, mencionemos, siempre a título de ejemplo, la **sentencia de 12 de abril de 2005, recurso de casación nº 5799/2001**, en la que el Tribunal Supremo ordenó admitir a trámite y estudiar el relato de una solicitante de asilo que no sólo describía unos hechos de violencia doméstica sino también una persecución por motivo de su nacionalidad rusa, por parte de la comunidad tártara.

La **persecución por motivos o razones políticas** ha sido abordada por la Sala en numerosas resoluciones. Podemos traer a colación en este momento las **sentencias de 2 de septiembre de 2005 (recurso de casación nº 7349/2001), 19 de abril de 2007 (recurso de casación nº 540/2004), 11 de diciembre de 2007 (recurso de casación nº 2759/2004) y 19 de febrero de 2010 (recurso de casación nº 5051/2006)**, todas estimatorias de recursos de casación por apreciarse en los casos examinados una persecución política suficientemente acreditada al nivel indiciario requerido en esta materia.

Por lo que respecta a la **persecución por razón de pertenencia a un grupo social**, la dificultad a que se ha enfrentado la jurisprudencia ha sido sobre todo la de perfilar ese concepto de "grupo social" a efectos de la concesión de protección. Pues bien, la **sentencia de 16 de junio de 2012 (RC 2116/2007)** nos da una aproximación a las notas definidoras de este concepto, de la siguiente forma:

*"[...] En las SSTS de 26 de julio y 14 de diciembre de 2006 (RRC 1184/2003 y 8233/2003 ), hemos dicho que en el contexto de la situación político-social de determinados países existen elementos, notas o características que por cumplir lo exigido en la Convención de Ginebra de 1951 y en la Ley española de Asilo 5/84 son susceptibles de definir e identificar a un determinado grupo social, que es percibido como diferente en aquella sociedad y cuyos miembros están expuestos a actos de persecución de la gravedad indicada. Aunque también hemos señalado que, al margen de cualquier otra consideración, dicha*

*situación no es causa suficiente para la concesión del asilo, pues han de valorarse, de forma casuística, factores tales como las circunstancias personales del solicitante, las características del grupo al que pertenece, la intensidad y contenido de los actos de acoso y la posibilidad de una protección eficaz por las autoridades del propio país, o, en fin, la posibilidad de evitar el peligro mediante el desplazamiento interno a otra localidad del mismo país alejada de aquella en que los actos pudieran haberse producido.[...]" (FJ5º)*

A título de ejemplo, la **sentencia de 22 de julio de 2009 (recurso de casación nº 1828/2006)** reconoce un grupo social a efectos de persecución, que es justamente el de los hacendados a quienes se atribuye una privilegiada situación económica en Colombia.

*"[...] En las SSTS de 26 de julio y 14 de diciembre de 2006 (RRC 1184/2003 y 8233/2003 ), ambas referidas a solicitantes de asilo colombianos, hemos dicho que en el contexto de la situación político-social de Colombia, sí existe un elemento, nota o característica que por cumplir lo exigido en la Convención de Ginebra de 1951 y en la Ley española de Asilo 5/84 es susceptible de definir e identificar a un determinado grupo social, que es percibido como diferente en aquella sociedad y cuyos miembros están expuestos a actos de persecución de la gravedad indicada. Ese elemento, nota o característica es la condición de hacendados a quienes se atribuye una privilegiada situación económica. Empero, situados en esta perspectiva, hemos precisado en sentencia de 26 de septiembre de 2008 (RC 2893/2005 ) que no toda extorsión o secuestro con finalidad económica es por sí sola, y al margen de cualquier otra consideración, causa suficiente para la concesión del asilo, pues una vez constatada la efectiva existencia de esos actos de extorsión, han de valorarse a continuación, de forma casuística, factores tales como las circunstancias personales del solicitante, las características del grupo autor de la extorsión o secuestro, la intensidad y contenido de esos actos, la posibilidad de una protección eficaz por las autoridades del propio país, o, en fin, la posibilidad de evitar el peligro mediante el desplazamiento interno a otra localidad del mismo país alejada de aquella en que los actos de extorsión pudieran haberse producido.[...]" (FJ 4º)*

Por lo que respecta a las llamadas "**persecuciones por razón de género**", es esta una categoría que fue introducida en el sistema normativo del asilo por la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, que en su disposición adicional vigésimo novena modificó la entonces vigente Ley de Asilo 5/1984, incluyendo entre las persecuciones protegibles a la sufrida por "*las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género*". Ya entonces el legislador no actuó sobre el vacío, pues no hizo más que dar cobertura legal expresa a lo que ya había adelantado y consolidado la jurisprudencia, en una labor interpretativa y aplicativa de la entonces vigente legislación de asilo (la Ley 5/1984), la cual, aun cuando no preveía de forma explícita esa modalidad de persecución, proporcionaba bases suficientes para dar cuerpo a un sistema de protección de las mujeres perseguidas, que la jurisprudencia detectó y aplicó, y luego el legislador terminó de consolidar. L Ley de 2009 no ha hecho, pues, más que plasmar lo que ya figuraba en la normativa inmediatamente anterior.

En un principio, el Tribunal Supremo entendió que **la violencia doméstica** no se incluía dentro de las persecuciones protegibles, considerando que los casos entonces examinados versaban sobre comportamientos delictivos comunes, que, se decía, deben

ser denunciados ante las autoridades del país correspondiente. Así lo puso de manifiesto una **sentencia de 25 de mayo de 2004 (recurso de casación nº 3020/2000)**. El mismo criterio fue sostenido en la sentencia de **29 de abril de 2005 (recurso de casación 830/2002)**, en relación con una solicitante de asilo nigeriana que había sufrido agresiones sexuales reiteradas por parte de un hombre. Sin embargo, poco después la Sala comenzó a reconocer la posibilidad de que unos hechos inicialmente no incardinables entre las causas de asilo pudieran cualificarse y adquirir los caracteres de una persecución protegible, en la medida que la mujer que sufriera una situación de violencia contra ella no pudiera encontrar protección suficiente y adecuada por parte de las autoridades de su propio país. Tal fue el caso de una sentencia prácticamente coetánea, de **31 de mayo de 2005 (recurso de casación nº 1836/2002)** que por primera vez apuntó que una situación de grave y continuada persecución por razón de sexo resultaba encuadrable entre las persecuciones sociales. Otra sentencia cercana en el tiempo, de **7 de julio de 2005 (recurso de casación nº 2107/2002)** sentó una doctrina general sobre la incluibilidad de la persecución por razón de género entre las causas de asilo, en la que luego profundizarían las resoluciones posteriores de la Sala; pronunciándose en términos similares la **sentencia de 8 de septiembre de 2005 – recurso de casación nº 3428/2002–**

A lo largo de los años posteriores se fueron dando más pasos en la apertura de este cauce de protección. La **sentencia de 28 de febrero de 2006 –recurso de casación nº 735/2003–** estudió el caso de una solicitante de asilo nigeriana que decía haber huido de su país por las presiones y amenazas para contraer un matrimonio indeseado. Una vez más, la Sala estimó el recurso en el sentido de ordenar la admisión a trámite de la solicitud, señalando que

*“basta repasar el relato de la solicitante de asilo para constatar que en él se expuso una persecución por razón de sexo, plasmada en hostigamiento y amenazas de un hombre que pretendía obligarla a casarse con él, que en principio reviste carácter protegible (por resultar encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales)”*

Por su parte, la **sentencia de 15 de febrero de 2007 (recurso de casación 9036/2003)** concluyó que un relato de persecución en que se expresaba una situación de discriminación y postergación laboral por ser la solicitante una mujer soltera y madre de dos hijos, pudiera ser constitutivo de una persecución protegible, por lo que ordenó que la solicitud se admitiera a trámite y se estudiara por la administración:

*“Afirma la interesada que por el hecho de ser mujer soltera y madre de dos hijos ha sufrido en su país de origen discriminación social y postergación laboral, hasta el punto de que pese a haber denunciado su situación ante los Poderes públicos de su país, las denuncias no han servido de nada, y se ve abocada a una situación de desempleo continuado y prolongado que le hace imposible procurar su subsistencia y la de sus hijos. A la vista de este relato, pudiéramos hallarnos ante una persecución por razón de género, incardinable entre las persecuciones sociales a que se refiere el artículo 3 de la Ley 5/1984, por lo que no resulta de aplicación la causa de inadmisión a trámite contemplada en la letra b) del artículo 5.6 de dicha Ley”*

Y la **sentencia de 31 de enero de 2008 (recurso de casación nº 4773/2004)**, de nuevo referida a una solicitud de asilo motivada en la huida frente a la persecución por negarse la solicitante a contraer un matrimonio no deseado, sistematizó esa doctrina jurisprudencial que se había afianzado a lo largo de los años anteriores, al decir que

*“Esta Sala Tercera ya ha tenido ocasión de declarar en distintas ocasiones que una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo (SSTS de 7 de julio de 2005, RC 2107/2002), que la persecución por razón de sexo resulta encuadrable sin duda entra las persecuciones sociales (SSTS de 31 de mayo de 2005 -RC 1836/2002-, 9 de septiembre de 2005 -RC 3428/2002- y 10 de noviembre de 2005 -RC 3930/2002), y más concretamente, que una situación de hostigamiento y amenazas contra una mujer para obligarla a casarse reviste carácter protegible por resultar encuadrable sin duda entra esas persecuciones sociales (SSTS de 28 de febrero de 2006 -RC 735/2003-, 6 de octubre de 2006 -RC 6597/2003-, y 15 de febrero de 2007 -RC 9300/2003-)”*

Sin embargo, otra sentencia de la misma época, de **4 de julio de 2008 –recurso de casación 2005/2005-**, aun situada en la misma perspectiva de estudio del caso, desestimó el recurso interpuesto por una mujer que decía provenir de Nigeria y haber huido de su país por temor a sufrir la mutilación genital femenina. Fue una valoración casuística de los hechos concurrentes la que llevó al tribunal Supremo a rechazar la pretensión de la actora; quedando así evidenciado una vez más que la aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre la incardinación en el asilo de la persecución por razón de género no se afirmaba en ningún caso de forma general y acrítica, sino que se vinculaba en todo caso a la contemplación de cada litigio y de sus concretas circunstancias.

La **sentencia de 11 de mayo de 2009 (recurso de casación nº 3155/2006)**, llegó más lejos que las anteriores, pues si, hasta entonces, a lo más que la Sala había llegado era a ordenar a la Administración que admitiera a trámite y estudiara las peticiones de asilo en que se alegaba una persecución por razón de género, esta sentencia, por primera vez, reconoció directamente el derecho al asilo en España de la recurrente, al considerar debidamente acreditado (con el carácter indiciario que resulta suficiente a estos efectos según jurisprudencia constante) que había huido de su país frente a un contexto familiar y social en el que se le había obligado a someterse a la ablación genital como paso previo para un matrimonio no deseado. Y la sentencia de **15 de junio de 2011 –recurso de casación 1789/2009-** ha avanzado aun más sobre las anteriores, al desestimar el recurso de casación promovido por la Administración del Estado contra una sentencia de la Audiencia Nacional que reconoció el derecho de asilo a una mujer que había sufrido en su país de origen –Argelia- malos tratos grave y reiterados por parte de su cónyuge. Por primera vez, la Sala afirmó el derecho al asilo por la llamada “violencia doméstica” en sentido estricto, es decir, por los malos tratos infringidos a la mujer en el seno de su hogar y por su marido.

Así, esta **sentencia de 15 de junio de 2011**, después de transcribir la cuidada fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, recoge el marco normativo y jurisprudencial aplicable, y luego lo proyecta sobre el caso, en términos que por su claridad y precisión conviene transcribir:

*“[...] como acertadamente advierte la Sala de instancia, el legislador español ha manifestado su designio inequívoco de incluir en los supuestos de persecución a que alude el artículo 3.1 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, «a las mujeres extranjeras que huyen de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género», al introducir en la disposición adicional vigésima*

*novena de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, una disposición adicional tercera a la referida Ley 5/1984, con el siguiente tenor: «Se añade una nueva disposición adicional tercera a la Ley 5/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, en los siguientes términos: «Disposición adicional tercera. Lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 será de aplicación a las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género».».*

*De este modo, la regulación legal del derecho de asilo, a que se refiere el artículo 13.4 de la Constitución, en desarrollo de los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 9.2, 10.1, 14 y 15 de la Constitución, se integra con el reconocimiento del derecho de asilo respecto de ciudadanas de otros países que sufren persecución por razón de género, con la finalidad de proyectar en éste ámbito el valor esencial de la dignidad humana y los principios jurídicos de igualdad de mujeres y hombres y de protección del derecho de la mujer a desarrollar libremente su personalidad, que proscribire toda clase de tratos inhumanos o degradantes procedentes de los poderes públicos o de particulares. Asimismo, estimamos que la decisión de la Sala de instancia es acorde con la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que ha estimado en las sentencias de 15 de febrero de 2007 (RC 9036/2003) y de 11 de mayo de 2009 (RC 3155/2006), que en aquellos supuestos en que se acredite la existencia de «indicios suficientes», según las circunstancias de cada caso, de que una mujer sufre persecución por su pertenencia al género femenino, que le ha supuesto la imposición de prácticas contrarias a la dignidad humana, como el matrimonio forzoso o la mutilación de un órgano genital, y que el régimen legal del país de origen no ofrece una protección jurídica eficaz, procede la concesión del derecho de asilo a la luz de lo dispuesto en los artículos 3 y 8 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado.*

*[...] Por ello, la tesis argumental que postula el Abogado del Estado en la formulación del motivo de casación, de que el criterio de la Sala de instancia supone una aplicación indebida del artículo 3 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, en la medida en que «entiende que todas las mujeres maltratadas tienen derecho de asilo en España», al no contemplarse este supuesto como pertenencia a un grupo social en las fuentes aplicables del Derecho internacional, no puede ser compartida, pues la persecución por motivos de género resulta incardinable en las persecuciones sociales, en referencia a la «pertenencia a un grupo social», a las que se refiere el artículo 3 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, y merece protección al amparo, de esta disposición, cuando se evidencia que la tutela dispensada por las autoridades nacionales del país de origen se revela inútil o ilusoria, de modo que se perpetúa la situación de padecimiento.*

*En este contexto normativo, la reforma de la Ley española de asilo, introducida por la Ley Orgánica 3/2007, permite identificar como sujetos protegibles a aquellas personas pertenecientes al género femenino que sufren violaciones de sus derechos humanos inderogables, y, concretamente, a aquellas que padecen una grave discriminación en su países de origen, derivada del reconocimiento de un estatuto legal de subordinación, contrario al principio de igualdad de mujeres y hombres, y que no gozan de protección jurídica eficaz frente a actos graves de violencia sexual o de violencia doméstica, atentatorios contra la dignidad y la integridad física y moral.*

*De acuerdo con lo expuesto, compartimos el criterio de la Sala de instancia, que, con base en una interpretación de la legislación española de asilo, sostiene que*

*es procedente la concesión del derecho de asilo a Doña....., nacional de Argelia, porque, una vez que se ha acreditado que fue forzada a casarse con su esposo, por un acuerdo familiar, y ha sido objeto de continuas agresiones y vejaciones caracterizables de continuos malos tratos físicos y psíquicos, que ha repercutido en los hijos, víctimas también de malos tratos, lo que no es controvertido por la Administración, y, teniendo en cuenta que las autoridades del país de origen, en este supuesto, no les han dispensado tutela jurídica ante las denuncias formuladas, se revela la necesidad de protegerla de forma efectiva del fundado temor y el riesgo real de continuar padeciendo tratos degradantes, no siendo por ello suficiente, en estos términos, la decisión del Ministerio del Interior de autorizar la permanencia en España por razones humanitarias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo.*

*En este sentido, cabe consignar que la Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer en el hogar de 21 de diciembre de 2003, destaca que los Estados tienen la obligación de actuar con la diligencia debida para impedir, investigar y castigar a los autores de actos de violencia contra la mujer en el hogar y dar protección a las víctimas, y subraya también que no hacerlo constituye una violación de sus derechos humanos y libertades fundamentales, e impide total o parcialmente el disfrute de esos derechos y libertades.*

*Asimismo, cabe referir que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en la Guía de Protección de las Mujeres Refugiadas, promulgada en 1991, sostiene que las mujeres que temen ser perseguidas o sufrir discriminación debido a su sexo deben ser consideradas como miembro de un grupo social a los efectos de determinar el estatuto de persona, y promueve la aceptación del concepto de "que la violencia sexual contra la mujer es una forma de persecución", y el reconocimiento de que "puede existir una base para conceder el estatuto de persona refugiada cuando un gobierno no pueda o no quiera proteger a las mujeres que son objeto de malos tratos por transgredir normas sociales".*

*Y por ello, cabe entender, de acuerdo con el Comité Ejecutivo de ACNUR, que los individuos que ven negado el ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales como consecuencia de los motivos enunciados en la Convención de 1951 y esta negación de sus derechos les genera un daño grave en donde la vida diaria se convierte intolerable puedan solicitar el estatuto de persona refugiada.*

**Cabe observar, pues, que la jurisprudencia lleva a cabo siempre un examen pormenorizado de cada solicitud de asilo y requiere, para dar lugar al reconocimiento del derecho a obtener esta protección, la concurrencia de tres requisitos: primero, que el relato de persecución aportado por la solicitante sea detallado y coherente, en sí mismo y con la situación del país de procedencia; segundo, que se aporte prueba al menos indiciaria suficiente de la veracidad de ese relato; y tercero, que la información sobre el país de origen corrobore lo expuesto por la solicitante de asilo, de manera que pueda llegarse a la conclusión de que, ciertamente, la solicitante, en sus circunstancias personales, no pudo obtener protección de las autoridades del mismo.**

Que esto es así, esto es, que las decisiones jurisprudenciales sobre el reconocimiento del asilo en estos casos siempre parten de la base de una apreciación singularizada y casuística de cada solicitud, se pone de manifiesto en otra reciente **sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 19 de septiembre de 2011 (RC 4293/2010)**, también referida a una solicitante de asilo proveniente de Argelia que

invocó como motivo de su solicitud una situación de malos tratos continuados por parte de su cónyuge. Esta sentencia, tras repasar de forma minuciosa las circunstancias específicas del caso, y recordar la doctrina jurisprudencial sobre la posibilidad de caracterizar estos malos tratos como una persecución protegible, matiza, no obstante, que

*“estas declaraciones generales tienen que ser puestas en relación con las concretas circunstancias de cada litigio, dado que en una materia tan casuística como esta del asilo lo que procede en definitiva es determinar si efectivamente la mujer solicitante de asilo ha sufrido o no una situación de violencia doméstica en su país de origen de suficiente gravedad como para plantear la protección internacional; si ha obtenido o no una protección eficaz por parte de las autoridades de dicho país, o si por cualquier razón fuera imposible, inútil o ilusorio confiar en obtener tal protección. Para responder a estos interrogantes se hace ineludible, por tanto, una valoración pormenorizada y singular de cada caso”;*

y situada en esta perspectiva casuística de análisis del litigio, concluye la Sala que

*“de los datos obrantes en el expediente y en autos, que la sentencia recoge, se desprende que aun cuando la recurrente sufrió de forma continuada graves actos de violencia por parte de su entonces marido, no es menos cierto que, habiendo denunciado los hechos, el marido fue condenado en vía penal por las agresiones a su mujer, tras lo cual esta obtuvo una sentencia de divorcio notoriamente favorable a sus intereses (entendida esta apreciación en el peculiar contexto social de Argelia). Por tanto, en este concreto caso no puede decirse que la recurrente hubiera quedado desprotegida frente a la violencia de su marido” [...] En definitiva, como señala el Tribunal de instancia, la recurrente obtuvo protección adecuada de las autoridades de su país frente a los ataques de su marido, y tras ser este condenado por tales hechos, no hay ninguna prueba sólida de que la recurrente continuara siendo amenazada y acosada por aquel ni de que fuera imposible o inútil confiar en una protección por parte de las mismas autoridades frente a esos hipotéticos actos de hostigamiento, ni de que por esta razón se encontrara en una situación de grave desprotección. Desde esta perspectiva, acertó la Sala de instancia al concluir que no procedía la concesión del asilo ni la autorización de permanencia en España por razones humanitarias, al no existir una verdadera persecución protegible ni haber razones para apreciar la posibilidad contemplada en el artículo 17.2 de la ley de Asilo 5/1984, visto que, como hemos dicho, la interesada ha obtenido en su propio país una protección razonable, que excluye la aplicación del precepto citado.*

Debiéndose advertir, con todo, que la decisión de la Sala no fue unánime, pues se formuló un voto particular por dos Magistrados de la Sección, quienes entendieron que aun cuando la protección otorgada a la recurrente en su país tenía suficiente nivel como para determinar la denegación del asilo, aun así, existían razones suficientes para autorizar la permanencia en España de la recurrente y su hija por razones humanitarias, de acuerdo con lo establecido en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo 5/1984 en relación con el artículo 31.4 de su reglamento de aplicación aprobado por Real Decreto 203/1995.

Finalmente, cabe citar otra **sentencia, de 31 de mayo de 2011 (RC 5784/2008)**, que resolvió el recurso de una mujer que decía pedir protección frente a

una red de delincuentes que la había traído a España e introducido por la fuerza en el mundo de la prostitución. Habiéndosele denegado el asilo, se le concedió sin embargo la permanencia en España por razones humanitarias, y la recurrente acudió a la vía jurisdiccional en petición de reconocimiento del derecho a la concesión del asilo, insistiendo en la persecución que decía sufrir por su negativa a trabajar en esa red de prostitución. No obstante, la Sala desestimó el recurso precisamente por no estar debidamente acreditado, ni siquiera de forma indiciaria, que efectivamente hubiera sufrido una persecución por tales razones.

En estrecha relación con la llamada persecución por razón de género, aunque no exactamente coincidente con ella, está la denominada **persecución por motivos de orientación sexual**, en referencia a los actos de persecución realizados básicamente contra personas homosexuales. Esta tipología de persecución ha sido explícitamente recogida en la como motivo de persecución en los artículos 3 y 7 de la actual Ley de Asilo 12/2009, de 30 de octubre, mas lo cierto es que nuestro Tribunal Supremo, en casos en los que resultaba aplicable la antigua Ley de Asilo 5/1984, de 26 de marzo, ya reconoció la posibilidad de que la orientación sexual, y más específicamente la homosexualidad, pudiera ser determinante de la obtención de protección internacional, atendiendo a las concretas circunstancias del caso. Así, dice la **sentencia de 16 de junio de 2011 (recurso de casación nº 125/2010)**:

*“[...] En línea de principio, una persecución desarrollada por las autoridades gubernamentales contra una persona por razón de su homosexualidad puede encontrar amparo en la Convención de Ginebra de 1951 y en la Ley de Asilo 5/84, de 26 de octubre. Así lo hemos declarado en numerosas sentencias, varias de ellas referidas precisamente a solicitantes de asilo procedentes de Cuba, aunque las distintas sentencias hayan llegado soluciones diferentes en función de la contemplación casuística de las singulares circunstancias de cada asunto. Centrándonos precisamente en la situación social y política de Cuba, hemos dicho que no cabe aceptar como "hecho notorio" que en este país se de un contexto social de grave desprotección y persecución de las personas homosexuales (SSTS de 29 de septiembre de 2006, RC 4511/2003, y 28 de noviembre de 2008, RC 5265/2005), por lo que se ha de examinar cada caso de forma individualizada y determinar si, en definitiva, puede considerarse acreditada (al nivel indiciario requerido en esta materia según constante jurisprudencia y a la vista de los elementos probatorios aportados por el solicitante de asilo) una persecución por tal razón que merezca el reconocimiento de la condición de refugiado.[...]” (FJ 5º)*

El carácter casuístico de la materia determina que deba atenderse a las concretas circunstancias de cada caso a la hora de valorar si concurren indicios suficientes de la existencia de una persecución por razón de la homosexualidad invocada por el recurrente en casación. Así, por citar algunos ejemplos, no ha sido apreciada la existencia de dicha persecución por razón de la homosexualidad en la ya citada STS de 16 de junio de 2011 (RC 125/2010) – esencialmente por entender que los datos concurrentes, globalmente considerados, permitían dudar razonablemente de la credibilidad del relato de persecución expuesto, no habiéndose aportado tampoco elementos de prueba que respaldaran su relato, ni siquiera de forma indiciaria-. Por el contrario, sí fue apreciada la existencia de dicha persecución por razón de la homosexualidad, por ejemplo, en la **sentencia de 13 de diciembre de 2007 (recurso de casación nº 4529/2004)** - en la que este Tribunal, valorando casuísticamente las circunstancias concurrentes, consideró que el actor había justificado su condición de homosexual y la exclusión del servicio militar cubano por esa razón, y que el ACNUR



había informado que la homosexualidad estaba castigada en Cuba como un delito, sin que, frente a estos datos, constara ni en el expediente ni en las actuaciones de instancia ningún argumento sólido por parte de la Administración que permitiera rebatirlos o desvirtuarlos-:

*“[...] nos hallamos ante un relato en el que se expone una persecución contra el solicitante por causa de su orientación sexual, incardinable entre los contemplados en la Ley 5/84 y en la Convención de Ginebra de 1951. Este relato viene acompañado por documentos que acreditan esa orientación sexual, y prueban que por causa de la misma fue excluido del servicio militar, siendo este un dato cuya importancia no debe ser minusvalorada en el contexto social y político de un régimen dictatorial y fuertemente militarizado como el cubano, en el que, según informó el ACNUR (sin que este dato haya sido contradicho por la Administración) la homosexualidad está castigada como delito. Valorados conjuntamente estos documentos (cuya autenticidad no ha sido negada por la Administración) y los datos que de los mismos resultan, hacen aflorar lo único que exige el artículo 8 de la Ley 5/84, de 26 de Marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, para la concesión del derecho de asilo, que son "indicios suficientes", según la naturaleza de cada caso, para deducir que el interesado cumple los requisitos a que se refiere el artículo 3-1 de la misma.” (FJ 4º)*

### **1.2.g) Agentes de la persecución.**

En las consideraciones anteriores hemos dejado expuesto que para que un relato merezca el calificativo de persecución protegible debe reunir los requisitos de estar basado en motivos contemplados en la Convención de Ginebra, contener una exposición de hechos precisa y coherente con la información disponible sobre el país de origen, y gozar de un respaldo probatorio suficiente. Ahora damos un paso más en el razonamiento, en referencia a la problemática de los llamados agentes de persecución.

**Normalmente, la persecución protegible procederá de las autoridades políticas del país de procedencia, pero no tiene por qué ser necesariamente así.** Lo reconoce y constata la nueva Ley de Asilo 12/2009 cuando establece en su artículo 13 lo siguiente:

*“Artículo 13. Agentes de persecución o causantes de daños graves.  
Los agentes de persecución o causantes de daños graves podrán ser, entre otros:  
a) el Estado;  
b) los partidos u organizaciones que controlen el Estado o una parte considerable de su territorio;  
c) agentes no estatales, cuando los agentes mencionados en los puntos anteriores, incluidas las organizaciones internacionales, no puedan o no quieran proporcionar protección efectiva contra la persecución o los daños graves”*

Pues bien, la jurisprudencia dictada en relación con la Ley de 1984 ya se había situado en este mismo punto de vista, por lo que será de aplicación a los litigios que surjan en relación con la nueva Ley.

Como resalta la sentencia **de 7 de mayo de 2009 (RC 1280/2006)**,

*“[...] Respecto de la persecución procedente de agentes distintos de la autoridades de su país, a que se refiere la sentencia impugnada y que combate la recurrente en el parte final del escrito de interposición, debemos recordar lo que hemos dicho en numerosas sentencias, es decir, que <<procede otorgar la condición de refugiado y el consiguiente derecho de asilo a quien tiene fundados temores de ser perseguido en su país por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, no solo cuando la persecución proceda de las autoridades o agentes estatales, sino también cuando tal persecución provenga de sectores de la población cuya conducta sea deliberadamente tolerada por las autoridades o éstas se muestren incapaces de proporcionar una protección eficaz>> (Sentencia de 30 de noviembre de 2006 dictada en el recurso de casación n° 7851/2003).” (FJ 5°)*

Así, a las llamadas **bandas mafiosas o grupos de delincuencia organizada**, que actúan en connivencia con el Poder o ante su pasividad o impotencia para perseguirlas, se refiere, entre otras muchas, la **sentencia de 27 de septiembre de 2007 (recurso de casación n° 1339/2004)**, donde se indica que

*“una jurisprudencia ya consolidada -hasta el punto de hacer ociosa la cita de sentencias concretas- viene declarando que la invocación en la solicitud de asilo de una situación que se dice de persecución por motivos protegibles, procedente de sectores sociales, cuya conducta sea deliberadamente tolerada por las Autoridades del país o frente a las que esas Autoridades se muestren inactivas, podrá considerarse encajable entre los motivos legales justificables del asilo, y, por tanto, podrá fundamentar la admisión a trámite del expediente, si en el relato expuesto en la solicitud de asilo se alude expresamente a esa situación de pasividad de la autoridad” [FJ 5°*

También se ha referido abundantemente la jurisprudencia a los **grupos guerrilleros o terroristas** que tiene por objetivo subvertir el orden político legalmente constituido. Citemos, una vez más a título de muestra, la **sentencia de 17 de diciembre de 2010 (recurso de casación n° 5444/2007)**:

*“La extorsión a ciudadanos colombianos por razón de su situación económica, en este caso como miembro de una cooperativa, no constituye sin más causa de asilo. Ahora bien, tampoco puede excluirse que tal situación de extorsión continuada, atendidas sus características específicas, pueda alcanzar tal intensidad que pudiera configurar un motivo de asilo.*

*En este sentido hemos declarado, en STS de 20 de marzo de 2009 (recurso de casación n° 1318/2006), lo siguiente << En recientes sentencias de 29 de mayo, 26 de septiembre y 19 de diciembre de 2008 (RRC 10522/2004, 2893/2005 y 487/2006), todas referidas a solicitantes colombianos que decían haber sido extorsionados por terroristas, hemos dicho que la extorsión con fines exclusivamente económicos puede adquirir los caracteres de una auténtica persecución protegible cuando esa extorsión no es un fin en sí mismo sino un medio para procurar dinero con el que financiar actividades terroristas que tienen por finalidad subvertir el orden político (pues en tales casos el delito común pasa a ser un instrumento para costear la realización de actos de terrorismo guiados por una ideología política” [FJ 9°]*

Vale la pena citar, en fin, la **sentencia de 16 de febrero de 2009 (recurso de casación nº 6894/2005)**, precisamente porque se ubica en la posición del examen del asunto que fluye de la normativa europea.

*“En esa misma Sentencia fecha 2 de enero de 2009 hemos expresado que en el artículo 6 c) de la mentada Directiva europea 83/2004, de 29 de abril, se extiende la protección cuando la persecución proviene de «los agentes no estatales, si puede demostrarse que los agentes mencionados en las letras a) y b) (Estado y partidos u organizaciones que controlan el Estado o una parte importante de su territorio), incluidas las organizaciones internacionales, no pueden o no quieren proporcionar protección contra la persecución o los daños graves definida en el artículo 7». [FJ 7º]*

### **1.2.h) Causas de exclusión.**

Puede ocurrir que una petición de asilo refiera hechos que en principio pudieran tener encaje entre las causas de persecución protegibles, y sin embargo se deniegue el asilo, en aplicación de las llamadas “**causas de exclusión**”. A ellas se refiere el artículo 11 de la Ley de Asilo 12/2009, en los siguientes términos:

#### *Artículo 11. Causas de exclusión.*

*1. Quedarán excluidas de la condición de beneficiarias de la protección subsidiaria aquellas personas respecto de las que existan fundados motivos para considerar que:*

*a) han cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales que establecen disposiciones relativas a tales delitos;*

*b) han cometido fuera del país de protección antes de ser admitidas como beneficiarias de la protección subsidiaria, es decir, antes de la expedición de la autorización de residencia basada en el reconocimiento de la condición de beneficiario de protección subsidiaria, un delito grave, entendiéndose por tal los que lo sean conforme al Código Penal español y que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas o el patrimonio, siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el apartado cuarto del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con los delitos enumerados;*

*c) son culpables de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas establecidos en el Preámbulo y en los artículos 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas;*

*d) constituyen un peligro para la seguridad interior o exterior de España o para el orden público.*

*2. Lo dispuesto en los apartados anteriores se aplicará a quienes inciten a la comisión de los delitos o actos mencionados en los mismos, o bien participen en su comisión”.*

Una vez más, estas causas de exclusión ya se contemplaban en la Ley de 1984, y sobre ellas ha recaído una jurisprudencia que resulta en sus líneas maestras extensible a la nueva ley de 2009. Cabe citar especialmente una relevante **sentencia de 30 de junio de 2011 (recurso de casación nº 1298/2010)**, que estudia con detenimiento el artículo

1.F.a) de la Convención de Ginebra de 1951, y analiza la inaplicabilidad de las disposiciones de la Convención a la persona de la cual existan motivos fundados para considerar que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos. Aproximación a la definición de "delito contra la humanidad". Examina esta sentencia la expresión "motivos fundados para considerar", señalando que **el dato relevante es la apreciación de la existencia de datos objetivos y suficientemente contrastados que permitan concluir con la necesaria fuerza de convicción que el solicitante de asilo haya participado en esas conductas delictivas, haya sido o no formalmente procesado o condenado por ello.** Se refiere asimismo la sentencia Inclusión dentro del ámbito de aplicación de esta cláusula no sólo a los autores directos e inmediatos de esas conductas, sino también a los cómplices; y dentro de los autores no sólo a los autores directos, sino también, a los inductores y a los cooperadores necesarios. Todo ello, en relación con el caso de un militar iraquí del más alto rango, destinado en el Alto Estado Mayor de Sadam Hussein. Leemos en esta sentencia:

*"[...] en el caso que ahora nos ocupa, la causa concreta de denegación del asilo por la Administración española fue la consideración de que el solicitante de asilo y ahora recurrente se encuentra incurso en la causa de exclusión consistente en existir motivos fundados para considerar que ha cometido delitos contra la humanidad.*

*Pues bien, a la hora de acercarnos a la caracterización de estos delitos contra la humanidad podemos tomar, como punto de partida, lo dicho en la sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007 (RC 10049/2006), en cuyo fundamento jurídico sexto leemos:*

*"Las normas de Derecho Internacional Penal, fundamentalmente consuetudinarias, que se refieren a los delitos contra el núcleo central de los Derechos Humanos esenciales, prácticamente reconocidos por cualquier cultura en cuanto directamente derivados de la dignidad humana, se originan principalmente ante conductas ejecutadas en tiempo de guerra y también ante la necesidad de protección y reacción contra los actos cometidos contra los ciudadanos del propio país desde el poder estatal, o desde una estructura similar, que consecuentemente encuentran serias dificultades para su persecución. Se han traducido en descripciones de conductas típicas englobadas dentro de las nociones de crímenes de guerra, crímenes contra la paz (delito de agresión), crímenes contra la Humanidad, y genocidio. La definición de estos delitos no siempre ha alcanzado la necesaria precisión, sobre todo en cuestiones relativas a algunas de sus modalidades y concretamente respecto del crimen de agresión, pero la esencia de las conductas prohibidas más relevantes en cuanto se refieren a la violación de los derechos Humanos individuales ha quedado suficientemente establecida. Se trata de hechos especialmente graves, tales como homicidios, asesinatos, detenciones ilegales, desapariciones forzadas, torturas, y otros similares, siempre ejecutados, como se ha dicho, desde estructuras de poder organizadas dentro del Estado o de una organización similar, que son aprovechadas por los autores no solo para facilitar la ejecución sino también para procurar la impunidad. Generalmente tienen lugar en el marco de persecuciones de personas o de grupos por razones políticas o político-económicas vinculadas de alguna forma al ejercicio abusivo, y por lo tanto ilegítimo, del poder".*

*Situados en esta perspectiva, han sido diversos los instrumentos de Derecho Internacional que han dado una definición de delito contra la humanidad. Así, la Carta de Londres de 8 de agosto de 1945, por la que se estableció el Estatuto del*

llamado Tribunal de Nuremberg, tipificó en su artículo 6 los crímenes contra la humanidad identificando como tales

"el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron".

Más adelante, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, de 1993, estableció en su artículo 5, bajo el título "crímenes de lesa humanidad", lo siguiente:

"El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violación; h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos".

Y últimamente, el Estatuto de Roma de 1998, por el que se creó la Corte Penal Internacional, da en su artículo 7 una definición aún más completa del crimen de lesa humanidad, en los siguientes términos:

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable;
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
- i) Desaparición forzada de personas;
- j) El crimen de apartheid;
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

- a) Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política;
- b) El "exterminio" comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;

- c) Por "esclavitud" se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;
- d) Por "deportación o traslado forzoso de población" se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;
- e) Por "tortura" se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;
- f) Por "embarazo forzado" se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;
- g) Por "persecución" se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;
- h) Por "el crimen de apartheid" se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;
- i) Por "desaparición forzada de personas" se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado

3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término "género" se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término "género" no tendrá más acepción que la que antecede".

Como hemos visto, la Convención de Ginebra de 1951 excluye de su ámbito de protección a las personas respecto de las cuales existen "motivos fundados" para considerar que han cometido esos delitos. La razón de ser de esta cláusula de exclusión reside en que en ella se contemplan conductas delictivas de tal gravedad que excluyen de raíz la posibilidad de que sus responsables encuentren protección en una Convención como la de Ginebra de 1951, aprobada precisamente para dar amparo y cobijo a las víctimas de esos delitos y no a sus verdugos, quienes deben responder de sus delitos ante los Tribunales competentes y no deben esperar que precisamente a través de la institución del asilo puedan llegar a eludir su rendición de cuentas ante la Justicia.

Pues bien, que en el extinguido régimen político de Sadam Hussein se cometieron por parte de las autoridades gubernamentales, y por el personal a su servicio, conductas plenamente incardinables en esas figuras delictivas, y por tanto calificables sin reservas como delitos contra la humanidad, es algo que puede considerarse a estas alturas un "hecho notorio", y que realmente el recurrente no niega ni discute. Lo que este sostiene no es que esos delitos no se cometieran, sino que no hay prueba alguna de su implicación personal en ellos, sin que pueda tenerse como prueba en tal sentido el simple hecho de que ocupara un alto cargo militar, pues, afirma, las causas de exclusión de la Convención de Ginebra deben ser interpretadas y aplicadas restrictivamente, y no le pueden ser opuestas cuando,

*insiste, no hay dato alguno del que quepa deducir una participación personal suya en delitos de esa índole.*

*Estas alegaciones no pueden ser acogidas. Ciertamente, la aplicación de las causas de exclusión de la protección del asilo que la misma Convención de Ginebra contempla deben ser objeto de una aplicación ponderada y rigurosa, como corresponde a su naturaleza de normas restrictivas o limitativas de derechos. Por eso, el artículo 1.f) legitima la aplicación de la cláusula de exclusión sólo cuando hay "motivos fundados" -esto es, dotados de suficiente solidez, y no basados en meras suspicacias o conjeturas- para considerar que el solicitante de asilo ha cometido alguno de esos delitos. Ahora bien, conviene reparar en que el tan citado artículo 1.f) no se refiere sola y únicamente a las personas formalmente imputadas o condenadas por la comisión de esos delitos, sino a las personas respecto de las cuales existen "motivos fundados para considerar" que los han cometido, de manera que el dato relevante no es la constatación documental de la existencia de una imputación formal por un Tribunal penal, o de una sentencia condenatoria por la comisión del delito, sino la apreciación de la existencia de datos objetivos y suficientemente contrastados que permitan concluir con la necesaria fuerza de convicción que el solicitante de asilo haya participado en esas conductas delictivas, haya sido o no formalmente procesado o condenado por ello. Por otra parte, resulta evidente que dentro del ámbito de aplicación de esta cláusula se incluye no sólo a los autores directos e inmediatos de esas conductas, sino también a los cómplices, dado que tanto unos como otros son al fin y al cabo responsables del delito; y dentro de los autores no sólo se incluye a los autores directos, sino también, con igual evidencia, a los inductores y a los cooperadores necesarios.*

*Pues bien, en este caso la Sala de instancia llegó a la conclusión de que, efectivamente, el recurrente estaba incluido dentro del ámbito de la cláusula de exclusión tan citada por ser de alguna manera responsable de delitos contra la humanidad, y esa conclusión, lejos de parecer arbitraria o irracional, se revela lógica y razonable, como lo demuestra el hecho de que el propio ACNUR llegó a la misma conclusión tras practicarle una entrevista. Nos hallamos ante un militar iraquí del más alto rango, destinado en el Alto Estado Mayor de Sadam Hussein, con misiones de adoctrinamiento político, que ha desarrollado una "brillante" carrera durante el régimen de Sadam por la que, según él mismo dice, era muy apreciado, y que se mantiene fiel al Partido que sustentaba aquel régimen. No muestra, distanciamiento o discrepancia alguna hacia aquel Gobierno y quienes lo dirigían, ni manifiesta su pesar o arrepentimiento por los hechos acaecidos por aquellos años, al contrario, dice haber vivido tranquilo en los años en que se sucedieron constantemente conductas plenamente incardinables en esos delitos contra la humanidad, y cuando el ACNUR le entrevista sobre las circunstancias de su trayectoria vital y profesional, se muestra huidizo y poco colaborador con el entrevistador, quien finalmente resalta que sus respuestas carecen de credibilidad.*

*Así las cosas, la conclusión alcanzada por la Sala de instancia resulta, insistimos, lógica y razonable, pues dadas las características del régimen dictatorial de Sadam Hussein, destacadas en el informe de la instrucción y en el emitido por el ACNUR que refiere la participación como responsable, organizador y mando supremo del ejército iraquí, involucrado en acciones bélicas y represivas del régimen, es racionalmente impensable que alguien como el aquí recurrente permaneciera al margen de las actuaciones de ese régimen, como si le resultaran ajenas. Al contrario, lo lógico es concluir que una persona con una carrera profesional y un cargo como el que el recurrente desempeñó, sólo pudo llegar a esa posición y mantenerse en ella desde la fidelidad y apoyo al régimen entonces imperante y la colaboración activa en su estrategia y sus actuaciones. Las aseveraciones del recurrente no permiten contrarrestar esta conclusión, más aún a la vista de su falta*

*de colaboración con el entrevistador del ACNUR y la falta de credibilidad de sus respuestas en el curso de esta entrevista.*

*Y siendo, como decimos, lógicas y razonables las conclusiones alcanzadas por la Sala de instancia sobre la vinculación del recurrente con esos delitos contra la humanidad, hemos de recordar que según jurisprudencia constante las apreciaciones del Tribunal a quo sobre los hechos concurrentes no son revisables en este recurso extraordinario de casación, salvo en circunstancias excepcionales que aquí, por lo expuesto, no concurren.” (FJ 5º)*

También es de oportuna cita la **sentencia de 15 de julio de 2011 (recurso de casación 2575/2008)**, referida al artículo 1.F.b) de la Convención de Ginebra de 1951. Analiza esta sentencia la inaplicabilidad de las disposiciones de la Convención a la persona de la cual existan motivos fundados para considerar que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en el como refugiada; citando a efectos argumentativos el "Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados" del ACNUR, en cuanto a la determinación de si un delito es "común" o, por el contrario, "político". Dice, así, esta sentencia:

*“[...] Como hemos visto, la Administración denegó el asilo en España al ahora recurrente en casación, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.f.b) de la Convención de Ginebra de 1951, a cuyo tenor "las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar... Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada". Concluyó la Administración, a la vista de las propias manifestaciones del solicitante y ahora recurrente, que este había participado junto a otras personas, como autor directo, en un grave delito común (un homicidio) no determinado por luchas políticas sino por discusiones sobre la propiedad de unas tierras. Y la Sala de instancia acogió e hizo suya esta conclusión alcanzada por la Administración. Pues bien, la parte recurrente en casación no rebate las razones que condujeron a esa conclusión, ampliamente desarrolladas en el tan citado informe desfavorable de la instrucción. Se limita a discrepar de la sentencia de instancia, reiterar que ha sufrido una persecución política a cargo de agentes gubernamentales, afirmar que el delito cometido no puede calificarse como delito común sino como delito político (cometido por razones políticas) e invocar la situación general de Afganistán, pero, insistimos, nada útil dice para contrarrestar los razonamientos coincidentes de la Administración y de la misma Sala de instancia sobre la inexistencia de una verdadera persecución política contra él, y la naturaleza meramente común del homicidio que cometió. Ha de tenerse en cuenta que como señala el "Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados" del ACNUR (texto que carece de contenido normativo y por ende no resulta vinculante para los Tribunales de Justicia, pero que por proceder de un organismo internacional de reconocida autoridad en esta materia como es el ACNUR, puede ser citado a efectos argumentativos) a la hora de determinar si un delito es "común" o, por el contrario, "político", "debe tenerse en cuenta ante todo su naturaleza y su finalidad, es decir, si se ha cometido por verdaderos motivos políticos y no simplemente por razones personales o con ánimo de lucro. Debe haber asimismo un nexo causal estrecho y directo entre el delito cometido y la finalidad y el objeto políticos invocados. Además, el elemento*



*político del delito debe predominar sobre su carácter de delito de derecho común. No será así cuando los actos cometidos no guarden proporción con el objetivo invocado. El carácter político del delito asimismo es más difícil de admitir si el delito supone la perpetración de atrocidades" (párrafo 152). Pues bien, en este caso, la Sala de instancia, valorando los datos fácticos puestos a su disposición, concluyó que la muerte causada por el ahora recurrente en su país de origen se había debido a razones ajenas a cualquier motivación política, y esta valoración de los hechos concurrentes sólo podría ser revisada en casación mediante la alegación razonada de la concurrencia de alguna de las limitadas y angostas vías que ha señalado la jurisprudencia para discutir la apreciación de la prueba efectuada por el tribunal de instancia, lo que no es el caso, pues nada se alega en tal sentido por la parte recurrente. Así que no habiendo sido desvirtuadas esas razones por las que se concluyó que el recurrente era responsable de un homicidio común, cuya incardinación como tal dentro del artículo 1.f.b) precitado no ofrece duda alguna, es claro que este recurso de casación no puede prosperar." (FJ 4º)*

### **1.2.i) Causas de denegación**

La Ley 12/2009, en su artículo 9, establece lo siguiente:

*“Artículo 9. Causas de denegación.*

*En todo caso, el derecho de asilo se denegará a:*

- a. las personas que constituyan, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España;*
- b. las personas que, habiendo sido objeto de una condena firme por delito grave constituyan una amenaza para la comunidad.*

Una vez más, la Ley 12/2009 recoge unas causas de denegación ya incluidas en la anterior y derogada Ley de 1984, como se acredita por la lectura de la **sentencia de 19 de diciembre de 2007 (recurso nº 148/2005)**, que aplicó esas causas de denegación (aunque desde la perspectiva de la revocación del derecho rpeconcedido) a una persona beneficiaria de la protección internacional en España que dentro de nuestro país cometió un robo con violencia e intimidación haciendo uso de armas de fuego. También es de interés la **sentencia de 17 de febrero de 2009 (recurso de casación nº 7007/2005)**, donde se examinó –y declaró conforme a Derecho- la denegación del asilo a una persona que intentó introducir en España una importante cantidad de drogas. En fin, la **sentencia de 17 de diciembre de 2009 (recurso de casación nº 4858/2006)** confirma asimismo la denegación del asilo a un miembro activo de una organización terrorista. Pues bien, sobre esta causa de denegación del derecho de asilo, tal y como se recoge en la ley de 2009, contamos ya con un pronunciamiento de la Sala tercera del Tribunal Supremo, de **5 de diciembre de 2012 (recurso de casación nº 1723/2012)**, si bien se trata de una sentencia que no legó a entrar decididamente en el examen de estas causa de denegación por razones procesales (sí reviste un gran interés desde otra perspectiva en la que luego se entrará, cual es la operatividad del principio de no devolución o “non refoulement”).

### **I.3.- AUTORIZACIÓN DE PERMANENCIA EN ESPAÑA POR RAZONES HUMANITARIAS**

#### **I.3.a) Cuestiones generales.**

En la primera parte de este trabajo, al referirnos a la protección internacional como protección integral, ya nos hemos referido a la diferenciación entre la institución del asilo y las diferentes formas de protección humanitaria de índole subsidiaria, que recogía la ley de 1984 en relación con su reglamento de aplicación, y que sigue recogiendo la Ley 12/2009; y también nos hemos detenido en la exposición de la graduación de esas fórmulas de protección humanitaria. A esa primera parte del trabajo hemos de remitirnos ahora

Sí conviene enfatizar este aspecto que acabamos de apuntar: la **necesidad de examinar y resolver los expedientes de asilo desde la perspectiva de una contemplación integral de la situación del solicitante**, y la consiguiente necesidad de que la respuesta que a dicha situación haya de darse lo sea mediante una **toma en consideración global, en unidad de acto y procedimiento, de todas las posibilidades que ofrece el Ordenamiento Jurídico**. Así lo venía apuntando la jurisprudencia referida a la antigua Ley de 1984, y así se sigue manteniendo, incluso con más énfasis y profundidad, en relación con la nueva Ley de 2009.

Recordemos, en este sentido, y a título de muestra, la **sentencia de 17 de febrero de 2009** (recurso de casación nº 7007/2005):

*“Pues bien, constituye doctrina jurisprudencial (Sentencias de esta Sala de 28 de julio de 2001---recurso de casación 2476/97---, 28 de septiembre de 2002 ---recurso de casación 3678/2000---, 1 de junio de 2004 ---recurso de casación 3678/2000---, y 2 de septiembre de 2004 ---recurso de casación 4568/2001---, entre otras, que la Administración, al inadmitir a trámite o denegar una solicitud de asilo, debe pronunciarse acerca de si razones humanitarias justifican la permanencia en España del solicitante en el marco de la legislación general de extranjería (artículo 17.2 de la Ley de Asilo, 22.2, 23.2 y 31.3 de su Reglamento), de manera que la decisión administrativa al respecto es controlable y revisable al tiempo de enjuiciar si las inadmisiones a trámite o denegaciones de asilo son ajustadas a derecho. En este sentido hemos señalado que "esta Jurisdicción ha repetido incansablemente que la expresión podrá, empleada en algunos textos legales, ha de interpretarse con el significado de deberá siempre que concurren las condiciones o circunstancias previstas en el ordenamiento jurídico para resolver en el sentido contemplado por la norma, de modo que, en este caso, la aplicación concordada de lo dispuesto en el artículo 17.2 LRDAR, modificada por la ley 9/1994, y 12.4 de la Ley 7/1985, de 1º de julio, imponían al Ministerio del Interior el deber de autorizar por razones humanitarias la permanencia en el territorio español del recurrente, a pesar de haberse inadmitido a trámite su solicitud de asilo, dentro del marco de la legislación de extranjería aunque carezca de la documentación necesaria para ello, debiendo adoptar las medidas cautelares precisas".*

Pronunciándose en el mismo sentido la **sentencia de 24 de febrero de 2010 (RC 1156/2006)**

En este punto, la más reciente jurisprudencia, superando planteamientos anteriores, no ha dejado de llamar la atención sobre un dato verdaderamente significativo. **Si la propia Administración al resolver los expedientes de asilo, no sólo ciñe su examen a la concesión o denegación del asilo, sino que se pronuncia además sobre la eventual concurrencia de razones humanitarias, con expresa cita del artículo 31 del reglamento de asilo en sus apartados 3º y 4º, mal puede decirse luego, en sede jurisdiccional, que esas son cuestiones ajenas al ámbito del asilo que deben contemplarse en sede del Derecho general de extranjería.** Viene esto al caso singularmente por lo dispuesto en el precitado apartado 4º, que, como antes vimos, abarca razones humanitarias no necesariamente conectadas con las causas de asilo. Así, por ejemplo, dice la sentencia de 22 de junio de 2012 (recurso de casación nº 6085/2011):

*“La aplicabilidad de la regla contemplada en el apartado 4º del artículo 31, lejos de ser rechazada por la Administración, fue expresamente asumida por la Administración en este mismo caso que ahora resolvemos, pues el informe desfavorable del instructor del expediente, previo a la resolución denegatoria del asilo y en el que esta se basó, ya valoró la posible aplicación de esta regla (por más que rechazando su concurrencia, folios 5.5 y 5.6 del expediente)”.*

También ha puntualizado la jurisprudencia que **si la misma Administración reconoce y declara el derecho de un solicitante de asilo a permanecer en España porrazotes humanitarias, debe ser coherente con sus propias decisiones** y dar al beneficiado por esa decisión un *status* jurídico que garantice su permanencia en nuestro país y así evite que pueda llegar a consumarse la situación de riesgo que precisamente dio lugar a la aplicación de la posibilidad legal contemplada en aquel precepto. **Vid., en este sentido, la sentencia de 31 de mayo de 2011 (RC 5784/2008)**

*“Hemos de hacer una última puntualización, al hilo de lo manifestado por la parte demandante en la instancia sobre las actuaciones administrativas subsiguientes a la resolución de la Administración. Como hemos dicho abundantemente, aunque esta denegó el asilo, reconoció la permanencia de la solicitante en España conforme a lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley 5/84. Pues bien, estando el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo, la demandante dirigió un escrito a la Sala alegando que a la vista de lo reconocido por la Administración había pedido una autorización de residencia por circunstancias excepcionales que sin embargo la Administración había denegado por no aportar certificado de antecedentes penales de su país y por constar contra aquella una Orden de expulsión de 2001; siendo así que como consecuencia de ello había sido detenida por carecer de permiso de residencia en vigor, procediéndose a incoarle nuevo expediente de expulsión Alegó la recurrente, a la vista de lo acaecido, que la autorización de permanencia al amparo del tan citado artículo 17.2 no era real ni efectiva.*

*Pues bien, partiendo de la base de que lo manifestado por la actora en este escrito no ha sido negado ni contradicho por la Administración, hemos de decir que la forma de proceder de esta resulta contraria a Derecho e incompatible con sus propios actos. Si la misma Administración reconoce y declara el derecho de un solicitante de asilo a permanecer en España por aplicación del artículo 17.2 tantas veces mencionado, debe ser coherente con sus propias decisiones y dar al beneficiado por esa decisión un *status* jurídico que garantice su permanencia en nuestro país y así evite que pueda llegar a consumarse la situación de riesgo que precisamente dio lugar a la aplicación de la posibilidad*

*legal contemplada en aquel precepto, pues de otro modo el derecho así reconocido quedaría reducido a una pura entelequia.” (FJ 8º)*

En fin, se recordó también en la primera parte de este trabajo, al hilo de la exposición sobre la diversidad de modalidades de protección humanitaria, que **cuando se trata de valorar la autorización de permanencia en España por esas razones no se requiere la constatación de una persecución individual (que en caso de acreditarse suficientemente darían lugar sin más a la concesión del asilo), sino que cobra más relieve el análisis del conflicto social y del modo en que éste afecta a la persona inmersa en él**, que puede ser acreditado a través de la información detallada sobre la evolución del país de origen. Pues bien, este punto de vista reviste importancia desde la perspectiva procesal, pues en los procesos sobre asilo el dato más relevante es la incidencia personal y circunstanciada de la situación del país de origen sobre la persona del solicitante, por lo que no es infrecuente que se califique de escasamente relevante o de insuficiente la mera exposición genérica y la prueba global sobre esa situación del país. En cambio, esa prueba sí que reviste un interés que puede resultar determinante cuando se trata de plantearse la protección humanitaria aun en caso de denegarse el asilo. Así lo ha resaltado el Tribunal Supremo, entre otras muchas, en sentencia de 8 de julio de 2011 (recurso de casación nº 1587/2010):

*“Como hemos visto, el recurrente, junto a su pretensión principal de reconocimiento de la condición de refugiado, pide que se autorice su permanencia en España al amparo del artículo 17.2 de la Ley de Asilo 5/1984, esto es, por las razones humanitarias contempladas en este precepto, para cuya aplicación no se requiere la constatación de una persecución individual, y en el que cobra más relieve el análisis del conflicto social y del modo en que éste afecta a la persona inmersa en él, que puede ser acreditado a través de la actividad probatoria. Desde esta perspectiva, la información detallada sobre la evolución del país de origen del aquí recurrente puede aportar datos idóneos para valorar la posible aplicación del tan citado artículo 17.2 (en este sentido, SSTs de 14 de julio de 2006, RC 4806/2003, y 23 de junio de 2005, RC 109/2002)” (FJ 6º).*

### **I.3.b) El doble sistema de protección por razones humanitarias: 1º, el vinculado con las causas de asilo, y 2º, el referido a otras razones de índole humanitario..**

En la primera parte de este trabajo, a la que ahora nos venimos remitiendo, ya transcribimos, en cuanto interesa, la sentencia de **24 de febrero de 2012 (RC 2476/2011)**, que efectúa un profundo examen de la evolución legal de las razones humanitarias como causa de permanencia en España. A riesgo de caer en reiteración, conviene recordar que, com se apunta en esta sentencia:

*“[...] desde el año 2005 la normativa de asilo prevé dos posibilidades de examen de la concurrencia de razones humanitarias:*

*- una, la recogida en el apartado 3º del art. 31 en relación con el art. 17.2 de la Ley, se refiere a las razones humanitarias relacionadas, vinculadas o conectadas a una situación de riesgo, conflicto, inestabilidad o peligro para los derechos básicos de la persona solicitante en su lugar de procedencia. Aquí se mantiene la tradicional vinculación entre las razones humanitarias y las causas de asilo;*

*- y otra, la contemplada en el apartado 4º, en que esa vinculación con las causas de asilo ya no es determinante, pues se refiere a cualquier caso en que a la vista de las circunstancias personales del solicitante, se aprecie en el mismo*

*expediente de asilo la existencia de razones de índole humanitaria (concepto jurídico indeterminado que siempre puede adquirir concreción en atención a las circunstancias del caso) que justifiquen el uso de esta posibilidad para dar una solución justa a la vista de las circunstancias vitales de la persona solicitante.*

*Y es de notar que aun cuando, como se ha insistido, la jurisprudencia generalmente ha venido manteniendo la vinculación o relación entre la autorización de permanencia por razones humanitarias y las causas de asilo, no han faltado casos en que aun apuntándose una situación conflictiva en el país de origen, el factor más referente a la hora de autorizar la permanencia en España ha sido la consideración de circunstancias personales de los solicitantes no necesariamente vinculadas con esas causas de asilo así, STS de 4/11/2005 (RC 4752/2002); STS de 18/11/2005 (RC 5194/2002); STS de 22/09/2006 (RC 2956/2003); STS de 16 de junio de 2008 (RC 1579/2005).*

*Por lo demás, la nueva Ley de Asilo de 2009 ha modificado profundamente el régimen jurídico de estas consideraciones humanitarias en los expedientes de asilo. La nueva Ley configura un sistema de "protección subsidiaria" cualitativamente distinto de la autorización de permanencia por razones humanitarias del viejo artículo 17.2 de la Ley de Asilo 5/84; pues aun cuando la definición de la protección subsidiaria que da el art. 4 se delimita con parámetros no lejanos a los del artículo 17.2 de la anterior Ley y de la jurisprudencia que lo había aplicado, el régimen de protección dispensado es superior al que resultaba de ese art. 17.2, pues se asimila a la protección que da la concesión del asilo (arts. 5 y 36). La misma ley de Asilo de 2009 prevé, finalmente, una última posibilidad, en la línea del art. 31.4 del reglamento de asilo, al señalar en su art. 46.3 que "por razones humanitarias distintas de las señaladas en el estatuto de protección subsidiaria, se podrá autorizar la permanencia de la persona solicitante de protección internacional en España en los términos previstos por la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración". (FJ 6º)*

Retengamos el dato que se acaba de anotar: los apartados 3º y 4º del artículo 31 del Real Decreto 203/1995, en su redacción vigente (aún aplicable a falta de aprobación de un nuevo reglamento de desarrollo y ejecución de la nueva ley de Asilo), contienen dos perspectivas diferentes de examen de las razones determinantes de una protección por razones humanitarias. Así lo constata, entre otras, la **sentencia de 18 de octubre de 2012 (RC 875/2012)**:

*"[...] Por lo demás, en el sistema de protección establecido en la Ley de Asilo 5/1984 y su reglamento de aplicación aprobado por Real Decreto 203/1995 (que, no olvidemos, es el aplicable a este caso que ahora nos ocupa), la posibilidad de otorgar protección por razones humanitarias no se agota en el nivel previsto en el artículo 17.2 de la ley. Como hemos explicado con detalle en nuestra reciente sentencia de 24 de febrero de 2012 (recurso de casación nº 2476/2011), esta normativa de asilo contempla dos posibilidades de examen de la concurrencia de razones humanitarias:*

*- una, la recogida en el apartado 3º del art. 31 en relación con el art. 17.2 de la Ley, se refiere a las razones humanitarias relacionadas, vinculadas o conectadas a una situación de riesgo, conflicto, inestabilidad o peligro para los derechos básicos de la persona solicitante en su lugar de procedencia. Aquí se mantiene la tradicional vinculación entre las razones humanitarias y las causas de asilo;*

*- y otra, la contemplada en el apartado 4º, en que esa vinculación con las causas de asilo ya no es determinante, pues se refiere a cualquier caso en que a*

*la vista de las circunstancias personales del solicitante, se aprecie en el mismo expediente de asilo la existencia de razones de índole humanitaria (concepto jurídico indeterminado que siempre puede adquirir concreción en atención a las circunstancias del caso) que justifiquen el uso de esta posibilidad para dar una solución justa a la vista de las circunstancias vitales de la persona solicitante.” (FJ 12º)*

Esta doble perspectiva ha determinado una **evolución de la jurisprudencia**. No era, en efecto inusual encontrar pronunciamientos jurisprudenciales que decían que las razones humanitarias a que se refiere el artículo 17.2 de la Ley de Asilo rectamente entendidas no son cualesquiera razones de humanitarismo, sino aquellas que se conectan al *nivel de riesgo y desprotección* que en el país de origen del solicitante pueda existir para derechos tales como la vida, la seguridad y la libertad como consecuencia de disturbios graves de carácter político, étnico o religioso. Afirmación, esta, a la que se añadía que las consideraciones humanitarias ajenas a estas directamente relacionadas con el asilo debían ser examinadas no en el curso del procedimiento de asilo propiamente dicho, sino en sede de la aplicación del Derecho general de extranjería. Decía, así, a título de muestra, la **sentencia de 23 de diciembre de 2009, recurso de casación nº 4546/2007**:

*“Quizá consciente de la debilidad de su pretensión principal, la actora enfatiza la integración de ella y su hijo en la sociedad española, y sus difíciles circunstancias socioeconómicas, buscando la aplicación de la posibilidad legal prevista en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo. Ahora bien, en reiteradas sentencias hemos dicho que las razones humanitarias a que se refiere el art. 17.2 de la Ley de Asilo, rectamente entendidas, no son cualesquiera razones de humanitarismo, sino aquellas que se conectan al nivel del riesgo y desprotección que en el país de origen del solicitante pueda existir para derechos tales como la vida, la integridad física, la seguridad y la libertad, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico, social o religioso. No ese el caso de la aquí recurrente, desde el momento que no puede tenerse por cierta una situación real de persecución para la recurrente y su familia en su país de origen que implique un peligro para ellos en caso de retornar a Bolivia. Las circunstancias que invoca sobre su integración en España tienen su lugar natural de valoración en el régimen general de extranjería y no en la normativa sobre asilo y refugio” (FJ 4º)*

Pues bien, esta jurisprudencia debe entenderse superada por la **más reciente doctrina de la Sala, que en atención a lo dispuesto en el apartado 4º del tan citado artículo 31 requiere que en el curso del mismo procedimiento de asilo se resuelva sobre la posibilidad de permanencia en España del interesado desde la perspectiva que dicho apartado marca, que, reiteramos, no está necesariamente vinculada con las causas de asilo** (por más que en cada expediente, casuísticamente valorado, pueda dar lugar a la concesión de la protección o a su denegación, en atención a lo alegado y acreditado en el curso del propio expediente). Así, ha dicho la Sala, últimamente, en **sentencia de 28 de septiembre de 2012 (RC 4646/2011)**, que el pronunciamiento judicial relativo a la no concurrencia de las condiciones del artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, engloba o comprende el rechazo de los requisitos indicados en los números 3 y 4 del artículo 31 del Reglamento aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero:

*“Basta con leer la Sentencia de instancia para advertir que no se ha soslayado un pronunciamiento sobre la autorización de la permanencia en España de la recurrente por motivos humanitarios. Precisamente el último párrafo del fundamento de Derecho transcrito en la presente se refiere a esa pretensión, que es rechazada por no concurrir las especiales circunstancias exigidas para ello en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado.*

*Este precepto de la Ley contiene la regla general de la que constituyen meras especificaciones las previsiones del artículo 31.3 y 4 del Reglamento aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, que es el aquí aplicable. El artículo 17.2 faculta a autorizar la permanencia en España de quien no posea las condiciones para obtener el asilo pero confluyan «razones humanitarias o de interés público» y «en particular cuando se trate de personas que, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas a abandonar su país».*

*El artículo 31.3 de Reglamento contiene una proyección o concreta aplicación de la norma general; contempla el caso de «que se aprecien motivos serios y fundados para determinar que el retorno al país de origen supondría un riesgo real para la vida o la integridad física del interesado». Dado que esta disposición restringiría la autorización de permanencia más allá de la previsión de la Ley, el número 4 del mismo precepto se refiere a «razones humanitarias distintas de las señaladas en el apartado anterior [...] siempre y cuando la concurrencia de dichas razones humanitarias quede acreditada en el expediente de solicitud de asilo».*

*Así pues, el pronunciamiento judicial relativo a la no concurrencia de las condiciones del artículo 17.2 engloba o comprende el rechazo de los requisitos indicados en los números 3 y 4 de la expresada norma reglamentaria.” (FJ 3º)*

Por lo demás, como ya antes se resaltó, nuestra jurisprudencia más reciente ha establecido que a la hora de resolver sobre la autorización de permanencia en España por razones humanitarias (referido a esta posibilidad prevista en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo 5/84 en concordancia con el art. 31.3 de su reglamento de aplicación) **ha de tomarse en consideración la situación realmente existente en el país de origen en el momento en que se dicta la resolución judicial**. Concretamente, en la **sentencia de 21 de mayo de 2012 (RC 4102/2011)**, se dice:

*“[...] En efecto, el espíritu y finalidad de la protección humanitaria contemplada en el artículo 17.2 de la Ley es proporcionar al solicitante de asilo un mecanismo de protección y salvaguardia frente al peligro que para su persona pudiera suponer su regreso al país de origen por causa de la situación general de conflicto o desprotección de los derechos humanos en el mismo. Desde esta perspectiva, ese espíritu y finalidad de la Ley se vería frustrado e incluso transgredido si, so pretexto de que la situación del país al tiempo de la solicitud era aceptable, se ignorara o dejara de lado el dato debidamente acreditado de que esa situación ha evolucionado a peor con posterioridad, hasta el punto de desaconsejar el retorno en el momento preciso en que se resuelve sobre el recurso jurisdiccional promovido frente a la resolución administrativa denegatoria. Ciertamente, si se atendiera únicamente a esa situación inicial, que puede retrotraerse a años atrás, y se prescindiera de la vigente al tiempo de la resolución del recurso, el sistema de la normativa de protección internacional será reducido a una mera apariencia formal deviniendo respuesta jurisdiccional ajena a la realidad.*

*Por eso, la propia normativa de asilo insiste en la necesidad de que la información sobre el país de origen sea una información actualizada, y así, la Directiva 2005/85/CE, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, establece en su artículo 8 que los Estados de la Unión deberán garantizar "que se obtenga información precisa y actualizada de diversas fuentes, por ejemplo, información del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), respecto a la situación general imperante en los países de origen de los solicitantes", conteniéndose una regla similar en el artículo 38 en cuanto concierne a la retirada del estatuto de refugiado.*

*En este mismo sentido, la precitada STJUE de 2 de marzo de 2010 se refiere al cambio de circunstancias en el país de origen (con unas consideraciones que aun referidas a la concesión del asilo son extensibles, con mayor razón y fundamento, a la protección humanitaria que ahora nos ocupa), admitiendo la posibilidad de tomar en consideración circunstancias sobrevenidas para mantener la protección internacional concedida, aun cuando hayan cesado las que inicialmente determinaron la concesión de esa protección. Por las mismas razones, decimos, no tiene sentido denegar la protección humanitaria contemplada en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo si se constata a través de fuentes de información objetivas y contrastadas que la situación del país de origen ha evolucionado, desde la presentación de la solicitud de asilo hasta el tiempo de resolverse el recurso, de tal forma que obliga a proteger al solicitante en el sentido precisamente contemplado en ese precepto”.*

Por su actualidad, resulta oportuno citar, llegados a este punto, la reciente **sentencia de 18 de octubre de 2012 (RC 875/2012)**, referida a un caso en el que la Sala de instancia no había concedido la autorización de permanencia en España por razones humanitarias-, donde tras asumir esta Sala la posición procesal del Tribunal de instancia, como consecuencia de la estimación de los dos primeros motivos del recuso formulados al amparo del art. 88.1.c] LRJCA, procede el Tribunal Supremo a resolver sobre el objeto del proceso en los términos en que había sido planteado, ex artículo 95.2.c) y d) LRJCA, examinando las cuestiones de fondo planteadas en el pleito conforme a la plenitud de cognición que es propia de esa posición de Tribunal de instancia en que se ha situado. Así, desde esa posición de Tribunal de instancia desestima la pretensión del recurrente en lo que respecta a la concesión del derecho de asilo, descartando asimismo que nos encontremos ante un caso de refugio *sur place*, mas estima la procedencia de la concesión de la autorización de permanencia en España por razones humanitarias, atendiendo al hecho notorio del grave empeoramiento de la situación de Siria y a la necesidad de valorar la evolución del país de origen desde la presentación de la solicitud de asilo hasta el tiempo de resolverse el recurso:

*“[...] Cuanto acabamos de exponer se refiere a la situación social y política del país de origen del recurrente, Siria, al tiempo en que salió y pidió asilo en España, esto es, en el año 2008. Ahora bien, existe un hecho que sin ambages puede calificarse como notorio, en el que abundaremos a continuación, y que por su propia trascendencia exige una reconsideración de la cuestión, cual es el grave empeoramiento de la situación de Siria, país del que se puede afirmar que se encuentra actualmente en un estado de grave conflicto civil.*

*Procesalmente, los hechos notorios son aquellos que resultan de innecesaria prueba por gozar de notoriedad absoluta y general (art. 281.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Pues bien, consideramos que no puede ser discutido que, como acabamos de decir, el agravamiento de la situación sociopolítica de Siria constituye un hecho notorio, al tratarse de un dato de general conocimiento por*



*la información ampliamente difundida por todos los medios de comunicación y por las numerosas resoluciones y notas que acerca de dicha situación han emitido de forma coincidente diversos organismos internacionales.*

*Es verdad, no obstante, que ese empeoramiento se ha producido sobre todo a lo largo de los últimos meses, cuando la solicitud de asilo que aquí nos ocupa se presentó en el año 2008, lo cual plantea el problema de si podemos ahora tomar en consideración estas circunstancias sobrevenidas.” (FJ 9º)*

*“[...] Examinando, pues, el asunto, desde la perspectiva que hemos expuesto, observamos que la desestimación del recurso contencioso-administrativo por la Sala de instancia, en cuanto a la aplicación de la posibilidad prevista en el tan citado artículo 17.2, respondió a que a juicio del Tribunal no cabía apreciar una situación de peligrosidad para la vida o integridad física del recurrente en caso de tener que retornar a Siria. Ahora bien, semejante conclusión podría ser compartible en cuanto referida al tiempo de la solicitud de asilo y consiguiente tramitación del expediente administrativo, pero deja de serlo si contemplamos la cuestión desde la perspectiva que impone el empeoramiento significativo de la situación sociopolítica de Siria a que antes nos hemos referido, que por su gravedad y notoriedad no precisa de una especial glosa, hasta el punto de que el ACNUR, en dos recientes tomas de posición sobre protección internacional de nacionales sirios y retornos a la República de Siria, de febrero y junio de 2012, ha recomendado enfáticamente que a estas personas se les otorgue algún género de protección y no se produzcan devoluciones a Siria hasta que la situación en dicho país se haya estabilizado y pueda confiarse en un retorno con garantías de seguridad y dignidad, que al día de hoy no es viable.*

*Pues bien, en las precitadas sentencias de esta Sala y Sección de 23 de mayo y 22 de junio de 2012 hemos dicho, y repetimos ahora, que, el espíritu y finalidad de la protección humanitaria contemplada en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo 5/1984 es proporcionar al solicitante de asilo un mecanismo de protección y salvaguardia frente al peligro que para su persona pudiera suponer su regreso al país de origen por causa de la situación general de conflicto o desprotección de los derechos humanos en el mismo. Desde esta perspectiva, ese espíritu y finalidad de la Ley se vería frustrado e incluso transgredido si, so pretexto de que la situación del país al tiempo de la solicitud era aceptable, se ignorara o dejara de lado el dato debidamente acreditado de que esa situación ha evolucionado a peor con posterioridad, hasta el punto de desaconsejar el retorno en el momento preciso en que se resuelve sobre el recurso jurisdiccional promovido frente a la resolución administrativa denegatoria. Ciertamente, si se atendiera únicamente a esa situación inicial, que puede remontarse a años atrás, y se prescindiera de la vigente al tiempo de la resolución del recurso, el sistema de la normativa de protección internacional se vería reducido a una entelequia que salvaría las apariencias formales del sistema al precio de hacer la respuesta jurisdiccional incompatible con la realidad.*

*Por eso, la propia normativa de asilo insiste en la necesidad de que la información sobre el país de origen sea una información actualizada, y así, la Directiva 2005/85/CE, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, establece en su artículo 8 que los Estados de la Unión deberán garantizar "que se obtenga información precisa y actualizada de diversas fuentes, por ejemplo, información del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), respecto a la situación general imperante en los países de origen de los solicitantes", conteniéndose una regla similar en el artículo 38 en cuanto concierne a la retirada del estatuto de refugiado.*

*En este mismo sentido, la precitada STJUE de 2 de marzo de 2010 se refiere al cambio sobrevenido de circunstancias en el país de origen (con unas consideraciones que aun referidas a la concesión del asilo son extensibles, con mayor razón y fundamento, a la protección humanitaria que ahora nos ocupa), admitiendo la posibilidad de tomar en consideración circunstancias sobrevenidas para mantener la protección internacional concedida, aun cuando hayan cesado las que inicialmente determinaron la concesión de esa protección. Por las mismas razones, decimos, no tiene sentido denegar la protección humanitaria contemplada en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo si se constata a través de fuentes de información objetivas y contrastadas que la evolución del país de origen ha evolucionado, desde la presentación de la solicitud de asilo hasta el tiempo de resolverse el recurso, de tal forma que obliga a proteger al solicitante en el sentido precisamente contemplado en ese precepto.*

*Así, como tal es el caso del recurrente, el recurso contencioso-administrativo debe ser estimado en el sentido indicado, esto es, en el de reconocer su derecho a permanecer en España por razones humanitarias al amparo del artículo 17.2 tantas veces mencionado, una vez constatado que su retorno al país de origen podría comportar para él un riesgo serio y real de peligro para sus derechos más básicos, como la vida y la integridad física.” (FJ 13º)*

La sentencia de **26 de octubre de 2012 (recurso de casación 2609/2012)** da incluso un paso más allá, pues en ella el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la pretensión subsidiaria del recurrente en casación relativa a la procedencia de autorizar su permanencia en España por razones humanitarias, y a tal efecto toma en consideración el más reciente informe del ACNUR de 15 de junio de 2012 sobre la situación existente en Costa de Marfil, país de origen del recurrente, informe que no fue valorado por la sentencia de instancia (siendo de fecha posterior a la misma). El interés de esta sentencia es que la toma en consideración de estos últimos acontecimientos se hace no por haberse situado en la posición procesal del Tribunal de instancia como consecuencia de la estimación de un motivo del art. 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, sino directamente situado en la perspectiva de enjuiciamiento del tema propio del Tribunal de casación y en respuesta a un motivo del apartado d) del mismo precepto.

### **I.3.c) La llamada “protección subsidiaria” en la Ley 12/2009**

Sí conviene enfatizar que **la llamada protección subsidiaria regulada en la Ley de asilo 12/2009 no es una simple reformulación del artículo 17.2 de la derogada Ley de Asilo de 1984, sino que se trata de instituciones cualitativamente diferenciadas**, como ha tenido ocasión de resaltar la jurisprudencia. Es muy interesante, en este sentido, la sentencia de 24 de febrero de 2012 (recurso de casación nº 2476/2011), que en primer lugar señala que

*“[...] la nueva Ley de Asilo de 2009 ha modificado profundamente el régimen jurídico de estas consideraciones humanitarias en los expediente de asilo. La nueva Ley configura un sistema de "protección subsidiaria" cualitativamente distinto de la autorización de permanencia por razones humanitarias del viejo artículo 17.2 de la Ley de Asilo 5/84; pues aun cuando la definición de la protección subsidiaria que da el art. 4 se delimita con parámetros no lejanos a los del artículo 17.2 de la anterior Ley y de la jurisprudencia que lo había aplicado, el régimen de protección dispensado es superior al que resultaba de ese art. 17.2, pues se asimila a la protección que da la concesión del asilo (arts. 5 y 36). La misma ley de Asilo de 2009 prevé, finalmente, una última posibilidad, en la línea del art. 31.4 del reglamento de asilo, al señalar en su*

*art. 46.3 que "por razones humanitarias distintas de las señaladas en el estatuto de protección subsidiaria, se podrá autorizar la permanencia de la persona solicitante de protección internacional en España en los términos previstos por la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración";*

para añadir a continuación (FJ 7º) lo siguiente:

*"En el presente caso y ponderando circunstancias personales de la recurrente, no vinculada a la causa de asilo invocada, cabe recordar que el informe psicológico de Cruz Roja Española de Fuerteventura, refleja el estado de shock de la recurrente al llegar a España que sufría depresión aguda con diversas alteraciones, del sueño, del apetito y crisis de ansiedad, debidos al trauma vivido derivado de la pérdida de su hija durante el trayecto en una patera, viajando a España desde Marruecos y los dramáticos pormenores relatados del suceso. Todas estas experiencias han motivado la necesidad de tratamiento psicológico a la recurrente para intentar sobrevivir a tan luctuoso hecho, pérdida de su hija menor en lamentables condiciones originadas sin duda por una situación de necesidad. Estas circunstancias, permiten a esta Sala autorizar la permanencia en España de D<sup>a</sup> Mercy Uzoma y por extensión a su hija nacida en España (al parecer Chidima Uzoma), por las apuntadas razones humanitarias, teniendo en cuenta que se dispone en este caso de un informe objetivo emitido por una Institución como Cruz Roja Española, que además de su probado carácter voluntario y de interés público, desarrolla su actividad bajo la protección del Estado Español a través de su Consejo de Protección, acomodándose a los Principios Fundamentales recogidos en sus Estatutos, entre los que se destacan los de Imparcialidad, Neutralidad, Humanidad, Independencia, Voluntariado y Universalidad".*

Así pues, **la jurisprudencia recaída en torno al reglamento de aplicación de la Ley de 1984 (art. 31, apartados 3º y 4º) sigue siendo sustancialmente aplicable al marco normativo dibujado por la Ley 12/2009.** De este modo, la resolución del expediente de protección internacional debe pronunciarse no sólo sobre la concesión del asilo sino también sobre la procedencia de la protección o subsidiaria e incluso sobre la posibilidad de acudir a la última posibilidad de protección que da el artículo 46.3 de dicha Ley.

Sí que interesa destacar un punto sobre el que la jurisprudencia no ha dejado de llamar la atención tanto con la Ley antigua como con la nueva. **La protección subsidiaria (no hablamos ahora del art. 46.3 de la Ley 12/2009) se encuentra vinculada a las circunstancias del país de origen del solicitante.** Así lo dice de forma bien clara el artículo 4 de la Ley 12/2009. Así las cosas, es evidente que si no se ha acreditado, ni siquiera indiciariamente, la nacionalidad invocada por el solicitante, ello impide la concesión de la protección subsidiaria. Leemos, en este sentido, en la sentencia de **12 de abril de 2012 (recurso de casación nº 5823/2011):**

*"[...] Tampoco concurren los presupuestos legales contemplados en el artículo 4 de la Ley 12/2009, para dispensar la protección subsidiaria solicitada. Según establece el citado precepto, "el derecho a la protección subsidiaria es el dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños*

*graves previstos en el artículo 10 de esta Ley, y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de esta Ley".*

*En este caso, no se aprecian motivos fundados para deducir que se enfrentaría a un peligro real de sufrir daños graves si regresara a "su país de origen" porque no ha quedado probado, ni siguiera de forma indiciaria que sea originario de Guinea, y estar expuesto a sufrir allí daños por sus manifestaciones e ideas políticas. Por las mismas razones no se consideran aplicables al presente caso ni el artículo 1 de la Convención de Ginebra de 1951 ni el I.2 del Protocolo de Nueva York de 1967.[...]" (FJ 5º)*

### **I.3.d) El derecho de “no devolución (non refoulement)**

**El derecho de no devolución (*non refoulement*) es una regla básica de la ordenación jurídica del asilo, pero más aún, es una regla básica del Derecho de Extranjería entendido en su sentido más amplio, pues constituye un último sistema de salvaguardia de los derechos humanos más elementales** desde la perspectiva de la dignidad de la persona humana, a cuyo tenor no cabe devolver o expulsar a una persona hacia su país de origen cuando exista el riesgo fundado de que en el mismo pueda sufrir alguna agresión contra esos derechos humanos elementales. Sobre la aplicación de este principio de no devolución es de singular interés la reciente **sentencia de 5 de diciembre de 2012 (recurso de casación nº 1723/2012)**, tanto en lo que constituye propiamente la fundamentación jurídica de la sentencia como en el extenso voto particular que esta sentencia contiene. La decisión mayoritaria de la Sala puede resumirse en que **resulta correcto que la resolución denegatoria del asilo no se pronuncie sobre el juego de este principio, en la medida que previamente se había dictado una resolución de expulsión en un procedimiento de extranjería, donde ya se había suscitado precisamente la aplicación de este mismo principio:**

*“Es precisamente en el tercer motivo de casación donde se sitúa la cuestión de forma procesalmente adecuada en el terreno que verdaderamente parece interesar al recurrente, esto es, en el de la controvertida aplicación del principio de no devolución, que el recurrente considera infringido por inaplicación, al entender que no concurren las circunstancias que permiten exceptuarlo, con cita del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del artículo 33, apartados 1º y 2º, de la Convención de Ginebra de 1951.*

*Pues bien, aun cuando compartimos en buena medida las consideraciones generales que hace el recurrente acerca del principio de no devolución, valorando casuísticamente las vicisitudes del caso, y singularmente las circunstancias procedimentales en que se ha desarrollado y conformado la decisión de la Administración de disponer su salida obligatoria del territorio nacional, el motivo no puede ser estimado.*

*En efecto, descendiendo a la contemplación casuística de las circunstancias aquí concurrentes, apreciamos que en realidad la resolución administrativa denegatoria de la protección internacional no negó la virtualidad del principio de no devolución, ni tampoco la propia Sala de instancia lo hizo, por lo que mal se le puede reprochar que lo ignorara o contraviniera.*

*Dicho sea de otro modo, cuando la Administración denegó la protección internacional solicitada, mediante la resolución impugnada en el proceso de instancia, lo hizo estrictamente en aplicación de unos preceptos de la Ley de*

*Asilo, los artículos 9 y 12, que permiten denegar la concesión o reconocimiento de los respectivos ámbitos de protección ahí contemplados (el asilo en el art. 9 y la protección subsidiaria en el 12), es decir, con base en una circunstancia legalmente prevista cual es la amenaza para la comunidad resultante de la implicación del recurrente en actividades terroristas; limitando su pronunciamiento a la aplicación de esta posibilidad legal. No hubo en esa decisión de la Administración la menor alusión, toma en consideración o referencia a la salida obligatoria del solicitante del territorio nacional, o más concretamente al principio de no devolución, sencillamente porque la plasmación práctica u operativización de la salida de España del interesado era una cuestión ajena a este procedimiento de protección internacional, desde el momento que tal y como el propio solicitante (ahora recurrente) había puesto de manifiesto ya en su solicitud, con carácter previo se le había instruido un expediente de expulsión del territorio nacional con arreglo a la normativa general de extranjería, en el que se había ordenado -ahí sí- de forma expresa su salida obligatoria del territorio nacional, y en el que el mismo interesado ya había instado la aplicación del principio de no devolución. La Autoridad administrativa que resolvió el expediente de protección internacional tuvo a la vista sin duda este dato, y tomando en consideración el hecho de que la cuestión de la no devolución al país de procedencia era en todo caso cuestión a dilucidar en ese otro procedimiento administrativo (tramitado con todas las garantías), limitó conscientemente su respuesta a la denegación de la permanencia en España bajo la cobertura de la protección internacional de la Ley 12/2009, sin extender su juicio a la puesta en práctica o ejecución de lo que era al fin y a la postre objeto de debate y tema de decisión en ese otro procedimiento administrativo distinto y previo. Similar fue el enfoque que adoptó el Tribunal de instancia, como se desprende de lo dicho en su sentencia y, con aún más evidencia, en las resoluciones que dictó en la pieza separada de medidas cautelares, donde insistió en que la puesta en práctica de la salida de España del interesado era objeto propio de otro expediente y no del de protección internacional sometido a la revisión jurisdiccional del propio Tribunal.*

*Por nuestra parte, no consideramos erróneo ese enfoque de la Sala de instancia, pues, ciertamente, partiendo de la base de que contra el mismo interesado se instruyó, tramitó y resolvió un procedimiento de expulsión del territorio nacional, previamente a la solicitud de asilo, es en el marco de ese primer y anterior procedimiento donde tiene su lugar natural de toma en consideración la normativa internacional antes reseñada sobre la virtualidad del principio de no devolución, que no es propio y exclusivo de la institución del asilo, sino que, en la medida que se erige como un pilar del sistema de protección de los derechos humanos a nivel internacional, se extiende a cualesquiera procedimientos en que esté en juego la posible salida obligatoria de los extranjeros hacia otros países como consecuencia de la aplicación de la legislación de extranjería entendida en sentido amplio, y no sólo a los expedientes de asilo y refugio.*

*Realmente, no sabemos si la orden de expulsión acordada en el expediente de extranjería incoado contra el aquí recurrente ha sido finalmente llevada a ejecución o no. De cualquier modo, es en el seno de la ejecución de ese expediente (distinto y ajeno al expediente de asilo aquí concernido) donde han de extraerse las consecuencias que impone el Derecho Internacional en relación con la protección frente a la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Extender ahora nuestro pronunciamiento sobre esta cuestión supondría sobrepasar el ámbito de enjuiciamiento e inmiscuirnos en la*

*operatividad de un expediente administrativo -el de expulsión- del que desconocemos datos relevantes y que en todo caso resulta ajeno a esta litis. De esta manera, si en el caso del aquí recurrente ya se ha dictado anteriormente una orden de expulsión mediante acto administrativo definitivo en vía administrativa (cuyas circunstancias de adopción y ejecución, y cuya eventual revisión jurisdiccional, desconocemos porque nada útil se nos ha dicho al respecto), será en el contexto de la ejecución de esa orden y, en su caso, en el curso de la impugnación jurisdiccional deducida frente a la misma, donde cabrá invocar el principio de no devolución y el paraguas de protección que de él deriva.*

*Por eso, no podemos acoger un motivo de casación que denuncia unas infracciones jurídicas que realmente el Tribunal de instancia no cometió, dado que dicho Tribunal ni negó ni minusvaloró el alcance del principio de no devolución, simplemente constató que su lugar natural de consideración es un expediente distinto del procedimiento que culminó con la resolución administrativa que ante él se impugnó.” (FJ 6º)*

Ahora bien, como hemos dejado anotado, esta sentencia cuenta con un Voto Particular en el que se considera que la tramitación de un previo expediente de expulsión no constituye un óbice procesal ni material que impida el examen de la cuestión suscitada referida al reconocimiento del principio de no devolución. Concluye el voto particular discrepante que resultaba procedente en este caso reconocer en el propio expediente de asilo la aplicación del principio de no devolución, consistente en ordenar que en ningún caso la expulsión de España determinara el regreso forzado a Siria:

*“[...] considero que la tramitación de un previo expediente de expulsión no constituye un óbice procesal ni material que impida ahora el examen de la cuestión que se nos suscita referida al reconocimiento del principio de no devolución y por ende el otorgamiento de la tutela judicial que solicita en este proceso. Y ello es así puesto que es el criterio seguido por la Sala en precedentes asuntos en los que una orden de expulsión no ha impedido el examen de la solicitud de asilo y la protección subsidiaria, y ninguna norma dispone la inviabilidad de la solicitud de asilo y protección subsidiaria cuando se haya tramitado una orden de expulsión. En mi criterio, la Sala debía examinar si concurrían los presupuestos para acceder a la aplicación del principio de no devolución y extraer las consecuencias que impone el Derecho Internacional en relación con la protección frente a la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Esto es, con arreglo a la jurisprudencia y los razonamientos expuestos reconocer la procedencia de la aplicación del principio de no devolución, que consiste en suma, en ordenar que en ningún caso la expulsión de España determine el regreso forzado a Siria, por ser esta una consecuencia obvia del sistema de protección de derechos fundamentales del que España y la Unión Europea son parte y que se ha explicado cumplidamente.” (Voto Particular; Octavo)*

## II.- CUESTIONES PROCEDIMENTALES

### II.1.- PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD

La presentación de las solicitudes de asilo se regula en la Ley 12/2009 en los siguientes términos (art. 17):

*Artículo 17. Presentación de la solicitud.*

*1. El procedimiento se inicia con la presentación de la solicitud, que deberá efectuarse 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. En este último caso, el solicitante deberá ratificar la petición una vez desaparezca el impedimento.*

*2. La comparecencia deberá 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. A estos efectos, la entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos para ser beneficiaria de la protección internacional prevista en esta Ley.*

*3. En el momento de efectuar la solicitud, la persona extranjera será informada, en una lengua que pueda comprender, acerca de:*

*a) el procedimiento que debe seguirse;*

*b) sus derechos y obligaciones durante la tramitación, en especial en materia de plazos y medios de que dispone para cumplir éstas;*

*c) la posibilidad de contactar con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y con las Organizaciones no Gubernamentales legalmente reconocidas entre cuyos objetivos figure el asesoramiento y ayuda a las personas necesitadas de protección internacional;*

*d) las posibles consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones o de su falta de colaboración con las autoridades; y*

*e) los derechos y prestaciones sociales a los que tiene acceso en su condición de solicitante de protección internacional.*

*4. La solicitud se formalizará mediante entrevista personal que se realizará siempre individualmente. De forma excepcional, podrá requerirse la presencia de otros miembros de la familia de los solicitantes, si ello se considerase imprescindible para la adecuada formalización de la solicitud.*

*5. La Administración adoptará las medidas necesarias para que, cuando sea preciso, en la entrevista se preste un tratamiento diferenciado por razón del*

*sexo de la persona solicitante o demás circunstancias previstas en el artículo 46 de esta Ley. De este trámite se dejará debida constancia en el expediente administrativo.*

*6. Las personas encargadas de efectuar la entrevista informarán a los solicitantes sobre cómo efectuar la solicitud, y les ayudarán a cumplimentarla, facilitándoles la información básica en relación con aquélla. Asimismo, colaborarán con los interesados para establecer los hechos relevantes de su solicitud.*

*7. Cuando razones de seguridad lo aconsejen, se podrá registrar a la persona solicitante y sus pertenencias, siempre y cuando se garantice el pleno respeto a su dignidad e integridad.*

*8. En los términos que se establezcan reglamentariamente, se planteará la posibilidad de una nueva audiencia personal sobre su solicitud de asilo. La ponderación sobre la necesidad o no de efectuar nuevas entrevistas será motivada”.*

Tal y como se ha ido haciendo en las páginas anteriores, a continuación se tratará de discernir la doctrina jurisprudencial recaída hasta la fecha en aplicación de la Ley 5/84, sobre las cuestiones planteadas en este artículo que, entendemos, puede seguir siendo de aplicación al marco diseñado por la nueva Ley.

En primer lugar, el apartado 2º del precepto establece como regla general **un plazo máximo de un mes para solicitar la protección internacional**. La razón de ser de esta limitación se explica en la **sentencia de 12 de junio de 2009 (recurso de casación nº 5419/2006)**:

*“Por lo demás, nada se dice para rebatir las consideraciones coincidentes de la Administración y la Sala de instancia acerca del notorio retraso en la formulación de la solicitud de asilo desde que la solicitante llegó a España. Tal retraso, inexplicado, sólo puede entenderse en el sentido de que quien se mantiene durante ese tiempo en situación de estancia ilegal -con el consiguiente riesgo de ser expulsado- sin pedir la protección que brinda el asilo, actúa así porque esa posibilidad de expulsión no le atemoriza, o que no hay en él el temor de ser perseguido ni la necesidad de ser protegido, de buscar refugio, en suma” (FJ 4º)*

**La presentación de la solicitud fuera de ese plazo de un mes viene siendo interpretada jurisprudencialmente, pues, en el sentido de que tal dilación implica una pérdida de vigencia de la persecución. Ahora bien, esa es una presunción “iuris tantum”** que puede ser contrarrestada por el solicitante, siendo carga que sobre él pesa la de explicar las razones por las que ha demorado la petición de asilo desde que llegó a España. La contemplación casuística de sus circunstancias personales (especialmente de su conocimiento del idioma, del nivel cultural y de la posibilidad de obtener información adecuada sobre la posibilidad de conseguir protección y el modo de solicitarla) se revela ineludible en casos como este, y así lo ha resaltado la jurisprudencia. A título de muestra, leemos en la **sentencia de 14 de julio de 2011 (recurso de casación nº 2455/2010, FJ 7º)**:

*“Por añadidura, tampoco ha explicado razonablemente el recurrente por qué tardó más de un año en pedir asilo desde que llegó a España. Como es sabido,*



*la permanencia en situación de ilegalidad en España por más de un mes antes de presentar la solicitud de asilo determina la aplicación de la causa de inadmisión del artículo 5.6.d) de la Ley de Asilo 5/1984 (reformada por Ley 9/1994) en relación con el artículo 7.2 del reglamento de ejecución de dicha Ley aprobado por Real Decreto 203/1995, pues resulta lógico presumir en quien se mantiene durante ese tiempo en situación de estancia ilegal, con el consiguiente riesgo de ser expulsado, que esta consecuencia no le atemoriza, o que no hay en él el temor de ser perseguido ni la necesidad de ser protegido, de buscar refugio, en suma. Y en este caso el recurrente no ha dado, como decimos, razones válidas para justificar tanta dilación. El hecho de estar en un país extraño, o de no dominar el idioma español, o de no contar con el debido asesoramiento, puede explicar razonablemente cierta demora en la solicitud, pero no de tanta entidad”*

Y en la **sentencia de 16 de junio de 2011 (recurso de casación nº 125/2010)** vemos una sistematización de la doctrina sobre el particular (FJ 5º):

*“La jurisprudencia, interpretando el artículo 5.6.d) de la Ley en relación con el artículo 7.2 del reglamento, ha señalado (SSTS de 6 de octubre de 2006, RC 6597/2003, y 8 de noviembre de 2007, RC 2681/2004, entre otras):*

*a) que cuando una persona, tras llegar a España, deja transcurrir un largo tiempo sin solicitar el asilo, cabe concluir que es dudoso que exista una necesidad real de protección, pues resulta lógico presumir en quien dilata pedir asilo pudiendo hacerlo, y se mantiene durante un prolongado periodo de tiempo en situación de estancia ilegal -con el consiguiente riesgo de ser expulsado- que esta consecuencia no le atemoriza, o que no siente el temor de ser perseguido ni la imperiosa necesidad de ser protegido, de buscar refugio, en suma. No se trata, pues, de que la tardanza en la petición de asilo se traduzca en una presunción de inverosimilitud del relato, sino que esa tardanza permite suponer razonablemente que los hechos relatados han perdido vigencia.*

*b) que no obstante, la presunción que establece ese artículo 7.2 no es más que una presunción iuris tantum que, como tal, admite prueba en contrario; y por consiguiente: a) la presunción no entra en juego cuando lo que ya obra en el expediente administrativo hace que el temor de persecución deba tenerse por fundado, pues en este caso la presunción ya ha de tenerse por desvirtuada; b) entra en juego, pues, cuando a la vista de dicho expediente y, por ende, de lo expuesto por el solicitante moroso, haya dudas razonables sobre lo fundado del temor de ser perseguido; y c) en este supuesto, y a diferencia de lo que es regla general, traslada al solicitante la carga de destruir la presunción, bien justificando el retraso en su solicitud, bien despejando las dudas sobre lo fundado del temor de persecución que dice experimentar.*

*[...]*

*Y así las cosas, resulta legítimo valorar también, como un dato más junto al resto de los datos concurrentes, el hecho de que el solicitante, ahora recurrente, tras llegar a España, permaneció dos años y medio sin pedir asilo ni solicitar ninguna clase de protección o asistencia. Cabe pensar razonablemente que esa prolongada permanencia en España sin título jurídico que le habilitara para ello, y sin desplegar ninguna iniciativa para legalizar su situación, se debía a que realmente no sentía temor a verse obligado a regresar a su país, pues si efectivamente albergara temor a la persecución, habría tratado de obtener una regularización de su situación legal que impidiera que en caso de ser localizado se acordara su expulsión del territorio nacional y su consiguiente regreso a Cuba. Una vez más, las explicaciones que da sobre este punto tampoco resultan*

*convincentes, pues nos hallamos ante una persona con estudios universitarios, que habla el idioma español como lengua nativa y puede entenderse sin el menor problema en España, y que, por ende, puede comprender perfectamente la trascendencia de su situación irregular y el modo de solucionarla, más aún habida cuenta que él mismo reconoce que sabía de la posibilidad de pedir asilo, pues es él mismo quien dice que no pidió asilo en Noruega porque pensaba que ahí era más difícil obtenerlo, demostrando así que ya al estar en Noruega tuvo presente esa posibilidad.”*

Esta doctrina jurisprudencial aun referida a la Ley derogada, parece de clara aplicación al marco normativo dibujado por la nueva Ley de Asilo de 2009

Pero sigamos con el estudio del precepto. Continúa el artículo señalando que la persona solicitante debe ser informada sobre el modo de cumplimentar su solicitud y recabar ayuda y asistencia “en un idioma que pueda comprender”, lo cual implica, con toda obviedad, el **derecho a ser auxiliado por un intérprete, y la correlativa obligación de la Administración de proporcionarlo**. También sobre estos temas contamos con una consolidada doctrina jurisprudencial que aun recaída en aplicación de la Ley de 1984 puede ser siendo invocada y tomada en consideración en los litigios referidos a la Ley de 2009. Destaquemos, por su interés, una **sentencia de 13 de mayo de 2008 (recurso de casación nº 7865/2004)**:

*“Con toda intención hemos detallado la tramitación del expediente administrativo, pues de la misma resulta con claridad que el solicitante de asilo pidió intérprete de su lengua natal, pero no hay la menor constancia de que el mismo le fuera proporcionado ni al tiempo de la formalización de la solicitud ni después, pues no hay constancia alguna de que durante la tramitación del expediente dispusiera de asistencia de intérprete o traductor (del mismo modo que tampoco consta la intervención de ningún letrado que le pudiera asesorar eficazmente sobre sus derechos). Por no haber, no hay ni siquiera traducción de su extenso relato, ni hay al menos un resumen de ese relato en el listado de datos personales o en el listado resumen de lo instruido, por lo que carecemos de datos para poder valorar ese relato a efectos de la concesión o no del asilo. La única información de que disponemos sobre lo expuesto por el solicitante en su largo escrito es lo que -en unas pocas líneas- dice la instructora del expediente en su informe, donde el mismo se resume diciendo que se exponen persecuciones de grupos mafiosos ante la pasividad e incluso complicidad de las autoridades de su país. No sabemos, por contra, cómo llegó la instructora a esa conclusión, desde el momento que no hay en el expediente ninguna traducción de los escritos y documentos presentados por el solicitante ni hay constancia alguna de la intervención de intérprete.*

*[...] Obviamente, el derecho a la asistencia de intérprete que reconocen estos preceptos únicamente se satisface cuando se designa para asistir al solicitante un intérprete que conozca suficientemente el idioma en que el solicitante se expresa, a fin de que éste pueda entender lo que se le pregunta, comprender su situación jurídica y poder expresar y hacer constar, con las debidas garantías, sus razones.*

*[...]Retomando, sobre esta base, el examen del caso, hemos de concluir que la absoluta falta de asistencia de intérprete en el expediente concernido, y la paralela falta de traducción de los escritos y documentos presentados por el interesado, derivó en una situación real y efectiva de indefensión para el solicitante.*

*Ello conlleva la estimación del presente recurso de casación y la anulación de la resolución que es objeto de este proceso, con la consiguiente retroacción de actuaciones administrativas en el expediente de su razón, a fin de que se reinicie el expediente administrativo con observancia desde su comienzo del derecho de asistencia de un intérprete que hable una lengua en la que el solicitante pueda expresarse con corrección, debiéndose dejar constancia suficientemente detallada en idioma español de los hechos expuestos en la solicitud de asilo, y debiendo seguirse luego la tramitación de dicho procedimiento con estricto cumplimiento de lo que dispone el ordenamiento jurídico. Sin que sean de recibo las consideraciones de la instructora sobre lo costoso de esa asistencia de intérprete, pues obviamente esa es una circunstancia que no cabe esgrimir para denegar al solicitante de asilo un derecho tan elemental como es el derecho a gozar de intérprete en el expediente relativo a su solicitud” (FJ 4º).*

Ha de advertirse, no obstante, que la jurisprudencia, aun resaltando la necesidad de proporcionar un intérprete, ha matizado que el solicitante al que se ha asignado un intérprete tiene la carga de contactar con él si a lo largo del procedimiento precisa de su asistencia para algún trámite concreto. Leemos, así, en la sentencia de **10 de mayo de 2011 (RC 4211/2009)**:

*“[...] Ciertamente, acerca de los efectos del incumplimiento del deber administrativo de proporcionar a los solicitantes de asilo que lo soliciten un intérprete, es constante la jurisprudencia de este Tribunal Supremo en el sentido de que dicho incumplimiento produce la invalidez del procedimiento; pueden verse sobre ello la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Mayo de 2008 (casación 7865/2004) y las sentencias citadas en esta última, de 21 de abril y 6 de noviembre de 2006 (casación 2675/2003 y casación 4792/2003). Ahora bien, esa doctrina no puede conducir a la estimación del presente recurso, porque el caso que aquí analizamos presenta peculiaridades propias. En efecto, figura en el expediente que al interesado se le nombró un intérprete. Ante su solicitud en ese sentido (folio 1.12), consta que le asistió en la solicitud de asilo (folio 1. 7) y en la diligencia de información de derechos y deberes (folio 1.10) un traductor del árabe -idioma empleado en la entrevista- cuyos datos identificativos figuran en el propio expediente con precisión de su domicilio y de su número de teléfono móvil (folio 1. 7). Así las cosas, no existe ningún defecto procedimental invalidante por el dato de que a un acto concreto del procedimiento, (recordemos, la comunicación de la apertura del trámite de audiencia) no asistiera el intérprete designado, pues el solicitante y ahora recurrente bien pudo haber recabado la presencia de aquel intérprete y no consta en el expediente ninguna queja ni objeción en tal sentido, y no ha dado ninguna razón para explicar por qué no acudió a él pese a estar localizable, como hay que presumir que lo estaba al tener a su disposición los datos necesarios para contactar con él.*

*Es consolidada y uniforme la jurisprudencia que ha recordado que la indefensión con virtualidad anulatoria es la real y efectiva y no la meramente formal, y en este caso el recurrente no ha sufrido ninguna indefensión con esa trascendencia, pues cualquier hipotética indefensión que hubiera podido sufrir en el curso del expediente por causa de los términos en que se desarrolló el trámite de audiencia quedó salvada en el curso del proceso contencioso-administrativo, en el que el recurrente no se limitó a poner de manifiesto la infracción acaecida en el expediente, sino que, trascendiendo esa perspectiva meramente formal, pidió que la Sala estudiara el tema de fondo y dictara*

*sentencia estimatoria por la que se reconociera su derecho al asilo; y a tal efecto aportó cuanta documentación consideró oportuna, especificando en su demanda que los documentos acreditativos de la persecución relatada "le fueron remitidos posteriormente por su familia y se aportan con el presente escrito" (fundamento jurídico séptimo, "fondo del asunto", apartado 1º). De este modo, esos documentos que, decía, no había podido aportar al expediente, fueron traídos por él mismo al proceso, y más aún, aunque solicitó el recibimiento del proceso a prueba por otrosí de la demanda, una vez denegado éste por auto de la Sala de instancia de 16 de marzo de 2009, que fue debidamente notificado con expresa y correcta indicación del recurso de súplica procedente contra el mismo, no interpuso recurso alguno, aquietándose a dicha decisión. En definitiva, partiendo de que el demandante en la instancia y ahora recurrente en casación aportó cuanta documentación tuvo por conveniente, y solicitó una Sentencia estimatoria de su pretensión de concesión del asilo en España, no tendría sentido alguno estimar ahora esta alegación por una irregularidad de índole formal para ordenar una retroacción de actuaciones en el expediente administrativo de su razón a fin de que se realice un trámite de audiencia que, una vez cumplimentado, desembocaría con toda probabilidad en una resolución denegatoria del asilo similar a la ya adoptada y en una ulterior repetición del proceso judicial en los mismos términos en que ya se ha planteado. Lo procedente es resolver el litigio desde la perspectiva de examen en que el mismo recurrente lo ha situado, es decir, enjuiciando la cuestión de fondo, sobre la que el recurrente ha tenido plenitud de posibilidades de defensa de su pretensión.[...]”(FJ 6º)*

Sentado, pues, que sobre la Administración pese al deber de proporcionar un intérprete, la labor de este resulta especialmente adecuada para que el solicitante entienda los derechos de que goza y los deberes que sobre él pesan. A estos derechos y deberes se refiere el artículo 18, sobre el que nos extenderemos a continuación.

## **II.2.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SOLICITANTES**

### **II.2.a) Derechos: a la asistencia jurídica gratuita, y a intérprete**

El artículo 18 de la ley 12/2009 establece en su apartado 1º que

*“El solicitante de asilo, presentada la solicitud, tiene en los términos recogidos en la presente Ley, en los artículos 16, 17, 19, 33 y 34 y 34, los siguientes derechos:*

- a. a ser documentado como solicitante de protección internacional;*
- b. a asistencia jurídica gratuita e intérprete;*
- c. a que se comunique su solicitud al ACNUR;*
- d. a la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante;*
- e. a conocer el contenido del expediente en cualquier momento;*
- f. a la atención sanitaria en las condiciones expuestas;*
- g. a recibir prestaciones sociales específicas en los términos que se recogen en esta Ley”*

Ya nos hemos referido anteriormente a la necesidad de proporcionar intérprete, por lo que nos centraremos ahora en la necesidad de informar cumplidamente sobre el **derecho a la asistencia jurídica incluso gratuita**. Ya la jurisprudencia recaída en torno

a la ley 5/1984 se refería a esta cuestión, enfatizando que el solicitante de asilo debe ser informado de manera real y efectiva, esto es, de forma que le resulte comprensible, de que tiene derecho a recibir asistencia jurídica “gratuita” a lo largo de todo el procedimiento, si bien la propia jurisprudencia matizó, siempre en referencia al marco normativo diseñado en la Ley 5/1984, que **este es un derecho del que, una vez debidamente informado, el propio solicitante puede disponer** (la nueva Ley no parece configurar este derecho como un derecho irrenunciable, por lo que la jurisprudencia anterior seguiría siendo de aplicación). Así lo expresa **la sentencia de 17 de mayo de 2011 (recurso de casación 4920/2009) - a la que se refiere también la sentencia de 29 de septiembre de 2011, (RC 5327/2010)-:**

*“[...] En el sistema de la Ley de Asilo 5/1984 de 2 de agosto, el solicitante de asilo debe ser informado de manera real y efectiva, esto es, de forma que le resulte comprensible, de que tiene derecho a recibir asistencia jurídica gratuita a lo largo de todo el procedimiento, pero este es un derecho del que, una vez debidamente informado, el propio solicitante puede disponer, pues está en su mano decidir si quiere o no ser efectivamente asistido por letrado.*

*[...] Partiendo de los hechos admitidos por la Sala de instancia, cabe excluir que se produjera tanto una defectuosa comunicación de sus derechos al solicitante como este sufriera una situación de efectiva indefensión por causa de una hipotética falta de asistencia jurídica. La Sala de instancia considera en el fundamento de derecho tercero, reproducido supra, que el solicitante dispuso de asistencia de intérprete y que se le informó de forma adecuada y comprensible de la posibilidad de ser asistido gratuitamente por un abogado (folio 1.11 del expediente), y así efectivamente es, pues, tal y como afirma la Sala de instancia, en la diligencia de información de derechos y deberes obrante en el mencionado folio 1.11 del expediente, figura que al solicitante de asilo se le informó, en presencia de un intérprete (consta el nombre y firma del mismo), de, entre otros, su derecho a la "asistencia de Abogado, que se proporcionará gratuitamente por el Estado español cuando se carezca de recursos económicos suficientes". Y junto a la diligencia informando de este derecho, aparece el adverbio negativo "No", lo cual ha de interpretarse, como correctamente valoró la Sala a quo, como la renuncia del solicitante a la asistencia del letrado, y no, como pretende hacer valer el recurrente, como una simple constatación de la no intervención del abogado en la práctica de la diligencia de información de derechos y deberes. A continuación, y como consecuencia de dicha comunicación, efectuada en presencia del intérprete, y en la que se renunció a la asistencia de abogado, obra al folio 1.12 del expediente una diligencia en la que el instructor del expediente únicamente hace constar una relación de las asistencias solicitadas y renunciadas por el solicitante de asilo, precisándose que D. (...) había solicitado la asistencia de traductor y la entrega de folleto informativo y que, por el contrario, no había solicitado la asistencia de abogado ni de médico. Es cierto, como alega el recurrente en casación, que en esta diligencia no aparece la firma del intérprete, sino únicamente la del solicitante de asilo y la del instructor del expediente, pero ello se explica fácilmente por el hecho de que no estamos en este último caso ante la diligencia informativa de derechos y deberes previamente efectuada (y, reiteramos, con presencia de intérprete), sino ante una simple diligencia de constancia efectuada por el instructor del expediente, en la que se resumen las asistencias solicitadas o renunciadas por el interesado, razón por la que la falta de firma del intérprete en este último caso, no produjo indefensión alguna al solicitante de asilo.” (FJ 4º)*

Ahora bien, aun sentado el derecho a la asistencia jurídica gratuita que asiste al solicitante, la jurisprudencia ha estudiado el problema de la inasistencia del letrado ya designado a algún acto de instrucción del procedimiento, concluyendo (cierto es que tras un estudio singularizado y casuístico del asunto litigioso) que **ningún precepto impone a la Administración (más allá del originario deber de proporcionar asistencia letrada) procurar la citación de los letrados designados, para todas y cada una de las intervenciones que en el procedimiento pueda tener el solicitante de asilo.** Así se expresa la **sentencia de 23 de marzo de 2011 (recurso de casación nº 4547/2007):**

*“[...] Habremos de resolver, en primer lugar, la cuestión que no resolvió la Sala de instancia, es decir, la alegada infracción de los artículos 5.4 de la Ley 5/04, 8.4 de su Reglamento 203/1995, y 24.2 de la C.E., por falta de información al interesado del derecho a asistencia jurídica en la entrevista a realizar. Tampoco este motivo puede ser aceptado, por tres razones:*

*1ª).- Acerca de los efectos del incumplimiento del deber administrativo de proporcionar a los solicitantes de asilo que lo soliciten una defensa jurídica de oficio, es constante la jurisprudencia de este Tribunal Supremo en el sentido de que dicho incumplimiento produce la invalidez del procedimiento; pueden verse sobre ello las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de Septiembre de 2005 (casación 3352/02), de 25 de Octubre de 2007 (casación 2361/04) y de 6 de Octubre de 2008 (casación 1135/05), y las sentencias citadas en esta última, de 31 de Octubre de 2006 (casación 4979/03), de 19 de Julio de 2007 (casación 1904/04) y 8 de Noviembre de 2007 (casación 2328/04).*

*Pero en el presente caso, esa doctrina es inaplicable, porque el supuesto es distinto.*

*Consta en el expediente que al interesado se le nombró un Abogado para su asistencia jurídica. En efecto, ante su solicitud en ese sentido (folio 1.3), con precisión de que debería ser un Abogado del turno de oficio, consta que asistió al interesado el letrado D. (...), nº de colegiado (...), con precisión de sus números de teléfono fijo y móvil y su número de fax, (folio 1.14). Siendo así las cosas, no existe defecto alguno en la asistencia jurídica al interesado, por más que a un acto concreto del procedimiento, (a saber, la entrevista) no asistiera el Sr. Letrado designado, por razones que no constan en el expediente administrativo, y que tampoco ha aclarado la parte demandante, estando localizable el Sr. Letrado, como hay que presumir que lo estaba.*

*2ª).- Fuera de una formularia alegación de indefensión (cuarto fundamento de derecho material de la demanda y conclusión segunda, párrafo tercero, del de conclusiones), la parte demandante no ha explicado qué indefensión concreta ha sufrido por la no asistencia del Sr. Letrado a la entrevista, qué hechos o razonamientos dejó sin exponer por la ausencia de éste. De forma que no puede darse por sentado que se haya producido la indefensión material a que el artículo 63.2 de la Ley 30/92 anuda la invalidez de los actos que incurren en vicios de forma.*

*3ª).- Y, en todo caso, nada ha alegado el interesado (que conocía las formas de contacto con su Letrado) sobre que, por la razón que fuera, le resultara imposible contactar con éste. Ningún precepto impone a la Administración (más allá del originario deber de proporcionar asistencia letrada) procurar la citación de los letrados designados, para todas y cada una de las intervenciones que en el procedimiento pueda tener el solicitante de asilo.*

*El motivo, por ello, se desestima.” (FJ 6º)*

Resulta asimismo digno de resaltarse el **derecho a que la solicitud de asilo determine la inmediata suspensión de cualquier procedimiento de devolución, expulsión o extradición que pesase sobre el solicitante de asilo**. Este apartado del precepto implica, de forma implícita, que cabe solicitar asilo aun después de haberse incoado e incluso resuelto un expediente de expulsión del territorio nacional. Pues bien, la jurisprudencia recaída en torno a la Ley de 1984 apuntó en diversas ocasiones que el hecho de solicitar asilo solamente después de haberse dictado contra el interesado una Orden de expulsión constituía un dato desfavorable (bien que no determinante) a la hora de valorar la petición de asilo, en la medida que pudiera implicar una posible utilización fraudulenta de la vía del asilo como medio para eludir la expulsión. Así lo apunta una **sentencia de 12 de abril de 2012 (recurso de casación nº 5823/2011)**:

*“En fin, no resulta razonable haber tardado tanto en solicitar asilo en España y hacerlo cuando ya tiene incoado un expediente de expulsión. Todo ello se compadece mal con un auténtico sentimiento de temor a ser devuelto a su hipotético país de origen por las razones pretendidas” (FJ 5º)*

No obstante, es evidente, a tenor de lo dispuesto en este precepto de la ley de 2009, que ese inicial dato desfavorable puede ser salvado si el relato del solicitante realmente expone una persecución protegible, pues este será en tal caso el dato determinante, por encima del retraso en la solicitud de asilo. Por lo demás, la **posibilidad de pedir asilo aun después de haberse tramitado un procedimiento de expulsión** es un dato relevante en cuanto a la consecuencia de la expulsión, que es la salida obligatoria del territorio nacional y el retorno al país de origen, sobre lo que se ha pronunciado la reciente **sentencia (y voto particular discrepante) de 5 de diciembre de 2012 (recurso de casación nº 1723/2012)**, que ha examinado el problema consistente en si la aplicación del principio de no devolución (non refoulement) debe hacerse en el precedente expediente de expulsión, o puede y debe hacerse en el posterior procedimiento de asilo al margen de lo que se hubiera podido acordar en el procedimiento de expulsión.

En relación con los derechos y garantías que asisten a los solicitantes de asilo, conviene traer a colación, en fin, un caso en el que se suscitó el problema de la interpretación y aplicación del artículo 15.4 del Reglamento de Asilo aprobado por RD 203/1995, de 10 de febrero, referido a **los solicitantes menores de edad en situación de desamparo**. Es el litigio resuelto por la **sentencia de 24 de mayo de 2011 (recurso de casación nº 5117/2009)**:

*“[...] analizaremos en primer lugar las alegaciones de la parte recurrente sobre la infracción del artículo 15.4 del Reglamento de Asilo, aprobado por R.D. 203/1995, de 10 de febrero, en el que se establece que “los solicitantes menores de dieciocho años en situación de desamparo serán remitidos a los servicios competentes en materia de protección de menores, poniéndolo en conocimiento, asimismo, del Ministerio Fiscal. El tutor que legalmente se asigne al menor, le representará durante la tramitación del expediente. Las solicitudes de asilo se tramitarán conforme a los criterios contenidos en los convenios y recomendaciones internacionales aplicables al menor solicitante de asilo.”*

*Recordemos, una vez más, que la parte recurrente invoca que se ha infringido dicho precepto porque el día que presentó su solicitud de asilo era menor de edad, y a pesar de ello, la Administración dió al expediente la tramitación correspondiente a un solicitante mayor de edad (en atención al dato de que al día siguiente de su solicitud cumplía dieciocho años), siendo esta infracción*

*determinante de la nulidad del procedimiento, pues, según se afirma, la normativa aplicable al procedimiento debe ser la correspondiente a la fecha de la presentación de la solicitud.[...]*

*Para valorar la aplicabilidad de la previsión reglamentaria aquí concernida ha de atenderse a la fecha de la solicitud de asilo y no a las actuaciones procedimentales posteriores. De entenderse lo contrario, podría abrirse la puerta a una desnaturalización fraudulenta de la previsión reglamentaria aquí concernida que condujera a su pérdida de operatividad, toda vez que bastaría dilatar en el tiempo la tramitación del expediente, a la espera de que el solicitante de asilo alcanzara la mayoría de edad, para, de esta forma, privársele del tratamiento específicamente previsto para el peticionario de asilo menor de edad.*

*Ha de tenerse en cuenta que el artículo 15.4 del Real Decreto de Asilo no se refiere a cualesquiera solicitantes de asilo menores de edad, sino a quienes teniendo esa condición se encuentran "en situación de desamparo", que se define en el Código Civil (art. 172 ) como "la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material".*

*Por eso, la infracción denunciada por el recurrente únicamente podría entenderse producida si este, además de ser menor de edad al tiempo de su solicitud, se encontrara entonces en esa situación legal de desamparo.*

*[...]De este modo, cuando pidió asilo no se encontraba realmente en la situación de desamparo definida en el art. 172 CC. Al contrario, había viajado a España autorizado por sus padres y con la ayuda y asistencia activa de estos y de su hermano mayor residente en España, cuyos datos de contacto conocía. No era, pues, un menor desamparado sino un menor plenamente integrado en su unidad familiar y acogido en España por su hermano mayor de edad. Así las cosas, no era de aplicación el artículo 15.4 del reglamento de asilo y por consiguiente no se produjo la infracción que el recurrente denuncia." (FJ 6º)*

**II.2.b) Obligaciones: Obligación del solicitante de asilo de colaborar plenamente con las autoridades para la acreditación y comprobación de su identidad, así como de los hechos y alegaciones en que base su petición; y obligación de informar sobre su domicilio y cualquier cambio que se produzca en él.**

A las obligaciones del solicitante de asilo se refiere el apartado 2º del artículo 18 de la Ley 12/2009, de la siguiente forma:

*“Serán obligaciones de los solicitantes de protección internacional las siguientes:*

- a. cooperar con las autoridades españolas en el procedimiento para la concesión de protección internacional;*
- b. presentar, lo antes posible, todos aquellos elementos que, junto a su propia declaración, contribuyan a fundamentar su solicitud. Entre otros, podrán presentar la documentación de que dispongan sobre su edad, pasado - incluido el de parientes relacionados-, identidad, nacionalidad o*



*nacionalidades, lugares de anterior residencia, solicitudes de protección internacional previas, itinerarios de viaje, documentos de viaje y motivos por los que solicita la protección;*

- c. proporcionar sus impresiones dactilares, permitir ser fotografiados y, en su caso, consentir que sean grabadas sus declaraciones, siempre que hayan sido previamente informados sobre este último extremo;*
- d. informar sobre su domicilio en España y cualquier cambio que se produzca en él;*
- e. informar, asimismo, a la autoridad competente o comparecer ante ella, cuando así se les requiera con relación a cualquier circunstancia de su solicitud.”*

Obviamente, **la primera y más elemental obligación que pesa sobre el solicitante de asilo es la de dar una explicación detallada de las razones por las que pide la protección internacional.** Es este un deber legal tan importante que su omisión o deficiente cumplimentación puede dar lugar al rechazo de su petición. A título de ejemplo, dice la **sentencia de 10 de octubre de 2011 (recurso de casación nº 3933/2009)**:

*“[...]Recordemos que es carga del solicitante de asilo "exponer de forma detallada los hechos, datos o alegaciones en que fundamente su pretensión" (art. 8.3 del reglamento de desarrollo de la Ley 5/84, de Asilo, aprobado por R.D. 203/95), pero en este caso dicha carga no puede considerarse cumplida, dado que solicitante se ha limitado a decir que volvió voluntariamente a su país tras haber estado largos años en Libia, y que al llegar a Costa de Marfil fue atacado por gente de uniforme. No da más datos, salvo el muy sucinto de que "no tiene constancia de la situación de su familia, aunque alguien le dijo que estaban muertos (asesinados) y que por eso le habían atacado a él". Obviamente, una exposición tan lacónica, vaga, genérica e imprecisa no puede caracterizarse como el relato de una verdadera persecución protegible por motivos políticos, como dice el recurrente.[...] “(FJ 5º)*

En estrecha relación con este deber, nos hallamos con la **obligación del solicitante de asilo de colaborar plenamente con las autoridades para la acreditación y comprobación de su identidad, así como de los hechos y alegaciones en que base su petición.** Ha de tenerse en cuenta, en este sentido, que el hecho de que la documentación provisional entregada al solicitante de asilo en España, y los trámites administrativos subsiguientes, recojan el nombre que dice tener, no supone en modo alguno que esa identidad se reconozca como cierta: **sentencia de 3 de diciembre de 2010 (recurso de casación nº 5306/2007)**:

*“[...] Se denuncia ahora la infracción del art. 9 del RD 203/95, por el que se aprueba el Reglamento de Asilo, pues, a juicio de la recurrente, está acreditada su identidad por el hecho de que la propia Administración la reconoció al apuntar su nombre en la resolución denegatoria del asilo, porque se le ha expedido documentación personal en la que figura ese mismo nombre, y porque también con ese mismo nombre se le ha reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.*

*La alegación carece manifiestamente de fundamento. El hecho de que la documentación provisional entregada a la actora en España, y los trámites administrativos subsiguientes, recojan el nombre que esta dice tener no supone en modo alguno que esa identidad se reconozca como cierta, sino que partiendo de la base de que la solicitante carece de documentación justificativa de su*

*identidad, se hace figurar el nombre que ella misma invoca a los limitados efectos de documentación e identificación, pero sin que eso suponga reconocer como cierta e indubitada la identidad alegada a efectos del reconocimiento de la condición de refugiada.” (FJ 5º)*

Una vez facilitado por el solicitante un relato detallado de la persecución que dice haber sufrido, pesa sobre la Administración el deber de investigarlo; no obstante, ese deber de investigar por parte de la Administración se vincula con el deber del solicitante de asilo de colaborar plenamente con las autoridades para la acreditación y comprobación de los hechos y alegaciones en que base su petición: **sentencia de 23 de septiembre de 2011 (recurso de casación nº 4623/2010)**:

*“[...] En fin, también se aprecia la infracción del artículo 9.1 del Reglamento de Asilo aprobado por R.D.203/1995. Alega el recurrente que se ha vulnerado dicho precepto porque la Administración no ha cumplido con su deber de investigar los hechos. Ahora bien, ese deber de investigar por parte de la Administración se vincula con el deber del solicitante de asilo de colaborar plenamente con las autoridades para la acreditación y comprobación de los hechos y alegaciones en que base su petición (art.4.5 de la Ley de Asilo 5/1984); y en este caso ocurrió que la Administración no pudo investigar con mayor profundidad los hechos relatados porque siendo el relato inicialmente expuesto por la interesada vago y genérico, no compareció a la entrevista a la que fue citada precisamente para profundizar en los hechos relatados y así poder formular juicio sobre ellos. En definitiva, si en el presente caso no se llegaron a investigar en profundidad los hechos relatados, no fue por causa imputable a la Administración, sino a la propia solicitante y ahora recurrente.” (FJ 6º)*

Manifestación elemental de ese deber de colaboración es que mientras se tramita el procedimiento, **el solicitante deberá comunicar a la Administración cualquier cambio de domicilio**, pues es su obligación estar constantemente disponible y localizable. Leemos, de este modo, en la **sentencia de 21 de julio de 2011 (recurso de casación nº 3096/2010)**:

*“Partiendo de la base de que según dispone el artículo 4.5 de la Ley 5/84, el solicitante de asilo debe colaborar plenamente con las autoridades para la acreditación y comprobación de su identidad, así como de los hechos y alegaciones en que base su petición, la primera y más elemental manifestación de ese deber de colaboración es encontrarse permanentemente localizable por la Administración a fin de facilitar la tramitación del expediente de asilo. Piénsese que el solicitante de asilo se encuentra en España en una situación de provisionalidad, a la espera de la decisión sobre la concesión del asilo o en su caso de la autorización de permanencia por razones humanitarias del art. 17.2 de la Ley 5/84. Consecuencia lógica de esa situación de provisionalidad es la necesidad de que pueda ser localizado en cualquier momento tanto para el impulso del procedimiento como para la comunicación de la decisión que se haya adoptado sobre su solicitud. Por eso, como a esta Sala le consta a través del examen de multitud de procesos sobre asilo, a los solicitantes se les instruye expresamente sobre su deber de permanecer localizables y comunicar sus cambios de domicilio (de hecho, el aquí recurrente no niega que así ocurriera en su caso). Pues bien, si esto no resulta posible porque el solicitante cambia de domicilio sin cumplir con ese deber y sin comunicar dicho cambio, habrá de cargar con las consecuencias desfavorables que de tal incumplimiento deriven*

*(no es irrazonable pensar que si un solicitante de asilo deja de estar localizable, es porque se desentiende de la tramitación de su expediente, lo que lleva a dudar si realmente alberga un temor fundado a la persecución, o si ese temor mantiene vigencia)” (FJ 5º)*

Y en el mismo sentido, la **sentencia de 23 de septiembre de 2011 (recurso de casación nº 4623/2010)** insiste en la necesidad de comunicar el cambio de domicilio no a cualesquiera organismos públicos, sino precisamente a la Administración instructora del expediente de asilo:

*“[...]Pues bien, en relación con la obligación de notificación de cambio de domicilio contemplada en el artículo 9.2 del Reglamento de Asilo, hemos dicho en sentencia de 21 de julio de 2011 (RC 3096/2010) que la regla que en él se establece no es caprichosa ni infundada. Partiendo de la base ya apuntada de que el solicitante de asilo debe colaborar plenamente con las autoridades para la acreditación y comprobación de su identidad, así como de los hechos y alegaciones en que base su petición, la primera y más elemental manifestación de ese deber de colaboración es encontrarse permanentemente localizable por la Administración a fin de facilitar la tramitación del expediente de asilo. Piénsese que el solicitante de asilo se encuentra en España en una situación de provisionalidad, a la espera de la decisión sobre la concesión del asilo o en su caso de la autorización de permanencia por razones humanitarias del art. 17.2 de la Ley 5/84. Consecuencia lógica de esa situación de provisionalidad es la necesidad de que pueda ser contactado en cualquier momento tanto para el impulso del procedimiento como para la comunicación de la decisión que se haya adoptado sobre su solicitud. Por eso, como a esta Sala le consta a través del examen de multitud de procesos sobre asilo, a los solicitantes se les instruye expresamente sobre su deber de permanecer localizables y comunicar sus cambios de domicilio; y así ocurrió efectivamente en este caso, según consta al folio 1.3 del expediente.*

*Añadíamos en esa sentencia que si el solicitante de asilo cambia de domicilio sin cumplir con ese deber y sin comunicar dicho traslado, habrá de cargar con las consecuencias desfavorables que de tal incumplimiento deriven, pues no es irrazonable pensar que si un solicitante de asilo deja de estar localizable, es porque se desentiende de la tramitación de su expediente (lo que lleva a dudar si realmente alberga un temor fundado a la persecución, o si ese temor mantiene vigencia). Y eso es justamente lo que ocurrió en este caso, pues habiendo solicitado asilo la aquí recurrente en abril de 2007, cambió luego de domicilio sin comunicar nada a la Oficina de Asilo y Refugio, por lo que en aplicación de las normas sobre notificación de trámites en el curso del procedimiento administrativo, la Administración, una vez constatada la ausencia de aquella del domicilio inicialmente señalado, procedió correctamente a la notificación edictal del trámite de entrevista con el instructor, no sin antes haber apurado diligentemente la posibilidad de notificación personal en otra dirección que constaba en la documentación provisional de aquella, que tampoco pudo llevarse a cabo, de nuevo, por no ser localizada en dicha dirección.*

*Manifiesta la recurrente que la Administración pudo haber averiguado su domicilio real porque el mismo constaba desde mayo de 2008 tanto en el padrón del Ayuntamiento de Santander como en los archivos de la Seguridad Social; pero la alegación carece de vigor para dar lugar a la estimación del recurso desde la perspectiva de la infracción de las normas sobre notificaciones, ya que la específica regla establecida concordadamente en la Ley de Asilo y su reglamento de aplicación es clara, en el sentido de que el solicitante de asilo*

*debe notificar sus cambios de domicilio a la propia Administración instructora de los expedientes de asilo y no a otras Administraciones Públicas, no quedando liberado de esta obligación por el hecho de haber comunicado ese cambio de domicilio a otras Administraciones Públicas con ocasión de trámites diferentes correspondientes a materias distintas. Regla esta que, como decimos, responde a una razón de lógica, derivada de la peculiar naturaleza del asilo y de la especial situación de los solicitantes de asilo mientras su petición se encuentra en trámite.[...]" (FJ 5º)*

Siempre en este contexto de necesidad de colaboración, ha analizado la Sala las **consecuencias de la resistencia o renuencia del solicitante a contestar de forma precisa y sin evasivas a las entrevistas, consultas o peticiones de información que se le dirigen** durante la tramitación del expediente. Es de singular interés, en este sentido, la **sentencia de 30 de junio de 2011 (recurso de casación nº 1298/2010)**, que analiza la falta de colaboración del recurrente no sólo con la Administración sino con el entrevistador del ACNUR:

*"[...]Así las cosas, la conclusión alcanzada por la Sala de instancia resulta, insistimos, lógica y razonable, pues dadas las características del régimen dictatorial de Sadam Hussein, destacadas en el informe de la instrucción y en el emitido por el ACNUR que refiere la participación como responsable, organizador y mando supremo del ejército iraquí, involucrado en acciones bélicas y represivas del régimen, es racionalmente impensable que alguien como el aquí recurrente permaneciera al margen de las actuaciones de ese régimen, como si le resultaran ajenas. Al contrario, lo lógico es concluir que una persona con una carrera profesional y un cargo como el que el recurrente desempeñó, sólo pudo llegar a esa posición y mantenerse en ella desde la fidelidad y apoyo al régimen entonces imperante y la colaboración activa en su estrategia y sus actuaciones. Las aseveraciones del recurrente no permiten contrarrestar esta conclusión, más aún a la vista de su falta de colaboración con el entrevistador del ACNUR y la falta de credibilidad de sus respuestas en el curso de esta entrevista. Y siendo, como decimos, lógicas y razonables las conclusiones alcanzadas por la Sala de instancia sobre la vinculación del recurrente con esos delitos contra la humanidad, hemos de recordar que según jurisprudencia constante las apreciaciones del Tribunal a quo sobre los hechos concurrentes no son revisables en este recurso extraordinario de casación, salvo en circunstancias excepcionales que aquí, por lo expuesto, no concurren." (FJ 5º)*

Asimismo, ha resaltado el Tribunal Supremo que **el hecho de que el solicitante de asilo fuera menor de edad no significa que se viera liberado apriorísticamente, sólo por ello, de la carga que pesa sobre todos los solicitantes de asilo de "proporcionar un relato verosímil** de la persecución sufrida, mediante la prueba pertinente o indicios suficientes de las circunstancias que justificarían el otorgamiento de asilo" (art. 9.1 del Reglamento de asilo). Veamos la **sentencia de 21 de junio de 2011 (recurso de casación nº 2958/2009)**:

*"[...] el hecho de que aquel fuera menor de edad no significa que el asilo tuviera que serle concedido necesariamente por tal circunstancia, ni que él mismo se viera liberado apriorísticamente, sólo por ello, de la carga que pesa sobre todos los solicitantes de asilo de "proporcionar un relato verosímil de la persecución sufrida, mediante la prueba pertinente o indicios suficientes de las*

*circunstancias que justificarían el otorgamiento de asilo" (art. 9.1 del reglamento de asilo). Partiendo de la base de que cada solicitud de asilo debe ser estudiada de forma individualizada y casuística, difícilmente puede disculparse la vaguedad e indefinición del relato del aquí recurrente cuando, lejos de ser un niño, se encontraba al tiempo de su solicitud cerca de alcanzar la mayoría de edad; ya antes había presentado una primera petición de asilo acompañado por su padre; luego, en la segunda petición, tuvo asistencia letrada desde el primer momento; y su propia madre se hizo cargo de él en seguida. Así las cosas, el hecho de que ni en el curso del expediente ni luego, en el proceso contencioso-administrativo (en sus distintas instancias) haya sido capaz de dar datos concretos sobre la identidad de los perseguidores, ni sobre en qué consistieron las amenazas que dice haber recibido su familia, ni sobre las razones y circunstancias específicas de la persecución que dice haberle obligado a salir de su país, es un dato desfavorable de cara a la prosperabilidad de su solicitud que no puede soslayarse so pretexto de su minoría de edad. Acertó, pues, la Sala de instancia al señalar que el desconocimiento de los agentes perseguidores y las incongruencias de su relato no se justifican por su minoría de edad, pues no hay razón para admitir que a la concreta edad del interesado y a la vista de sus circunstancias personales --lindante los 18 años-- exista un déficit de desarrollo que permita legitimar un relato fuertemente impreciso como el que facilitó. [...]" (FJ 5º)*

En este contexto del deber de colaboración del solicitante con la Administración, se encuentra el **deber de proporcionar cuantos documentos y elementos de prueba tenga a su alcance para acreditar la persecución relatada**. Pues bien, la Sala Tercera del Tribunal Supremo se ha encontrado en numerosos casos con **solicitudes basadas en documentos falsos o manipulados**, concluyendo siempre que a falta de una explicación sólida y convincente sobre las razones por las que se aportaron esos documentos inservibles, el solo hecho de haber basado la petición de protección en una documentación falsa constituye un dato suficiente para su denegación. Leemos, por ejemplo, en la **sentencia de 6 de mayo de 2011 (recurso de casación nº 4146/2009)**:

*“La razón verdaderamente determinante de la denegación del asilo fue que los interesados habían aportado documentación falsa -cuatro documentos supuestamente procedentes de la Fiscalía General de la Nación colombiana- así como otros documentos aparentemente oficiales pero que presentaban notables irregularidades -dos registros de defunción-. Obviamente la falsedad e irregularidades de la documentación aportada constituye un dato que por sí solo, dada la gravedad de tal forma de proceder, priva de credibilidad a toda su exposición y justifica la denegación del asilo. Y resulta que la parte actora ni siquiera ha intentado defender la autenticidad de esa documentación, ni ha hecho el menor esfuerzo por rebatir las razones por las que la Administración llegó a esa conclusión. En definitiva, habiendo aportado los solicitantes de asilo documentos falsos, es claro que tal circunstancia priva de verosimilitud a todo su relato, por lo que el mismo no puede ser tomado en consideración ni a efectos de la concesión del asilo ni a efectos del reconocimiento de la permanencia en España por razones humanitarias” (FJ 8º)*

En similares términos, dice la **sentencia de 31 de octubre de 2011 (recurso de casación nº 1786/2009)**:

“Y habiendo quedado, pues, sin rebatir las razones en que se basó el juicio sobre la falsedad de aquellos documentos, es evidente que el hecho, del que debemos partir, de haberse aportado documentos falsos para sustentar la petición de asilo aquí concernida, y no haberse explicado satisfactoriamente tal forma de actuar, constituye un dato que desvirtúa la credibilidad del relato y permite fundar en él el rechazo de la pretensión de reconocimiento de la condición de refugiado (en este sentido, STS de 30 de junio de 2011, RC 1013/2010)” (FJ 6º)

### II.3.- INTERVENCIÓN DEL ACNUR EN EL PROCEDIMIENTO DE ASILO

La Ley 12/2009 enfatiza aun más que la precedente Ley de 1984 la intervención del ACNUR a lo largo del procedimiento de asilo, por lo que lo dicho a propósito de la Ley antigua será aplicable a la nueva aún con mayor énfasis y relevancia. Acudimos, en efecto, a los artículos 34 y 35, donde se establece lo siguiente:

*“Artículo 34. Intervención en el procedimiento de solicitud.*

*La presentación de las solicitudes de protección internacional se comunicará al ACNUR, quien podrá informarse de la situación de los expedientes, estar presente en las audiencias a la persona solicitante y presentar informes para su inclusión en el expediente.*

*A estos efectos, tendrá acceso a las personas solicitantes, incluidas las que se encuentren en dependencias fronterizas o en centros de internamiento de extranjeros o penitenciarios.*

*Artículo 35. Intervención en la tramitación de protección internacional.*

*1. El representante en España del ACNUR será convocado a las sesiones de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio.*

*2. Asimismo será informado inmediatamente de la presentación de las solicitudes en frontera y podrá entrevistarse, si lo desea, con los solicitantes. Con carácter previo a dictarse las resoluciones que sobre estas solicitudes prevén los apartados primero, segundo y tercero del artículo 21 de la presente Ley, se dará audiencia al ACNUR.*

*3. En los casos que se tramiten las solicitudes mediante el procedimiento de urgencia, y en los casos de admisión a trámite del artículo, si la propuesta de resolución de la Oficina de Asilo y Refugio fuese desfavorable se dará un plazo de diez días al ACNUR para que, en su caso, informe”.*

Atendiendo, pues, a lo que en estos preceptos se establece, podemos repasar y valorar lo que la jurisprudencia ha venido diciendo sobre el ACNUR y su intervención en el procedimiento de asilo.

En primer lugar, la jurisprudencia ha enfatizado la existencia de **dos obligaciones diferenciadas por parte de la Administración en relación con el ACNUR: la obligación de comunicar al ACNUR la presentación de la solicitud (ex**

artículo 5.5 de la Ley de Asilo 5/84, de 26 de marzo; también recogida en el artículo 34 de la nueva Ley de Asilo 12/2009, de 30 de octubre); **y la obligación de convocar al ACNUR para asistir a la reunión de la CIAR** (ex artículo 6.2 de la Ley de Asilo 5/84, de 26 de marzo; también recogida en el artículo 35 de la nueva Ley de Asilo 12/2009, de 30 de octubre). **STS de 22 de junio de 2011 (recurso de casación nº 733/2010)**

*“[...] Maticemos que el artículo 5.5 y el artículo 6.2 tienen contenidos distintos. El primero simplemente ordena a la Administración que se comuniquen al ACNUR cada presentación de solicitud de asilo; mientras que el segundo da un paso más, y exige una comunicación y convocatoria específica al ACNUR para asistir a la reunión de la CIAR que examinará la solicitud. Por eso, aun cuando se haya dado efectivo cumplimiento a lo primero, no por ello queda liberada la Administración de cumplir lo segundo. Por eso, la constatación de que lo ordenado por el artículo 5.5 fue observado no implica que el artículo 6.2 también lo haya sido; y precisamente por eso la Sala de instancia debió resolver sobre el efectivo cumplimiento de lo ordenado por el artículo 6.2.[...]” (FJ 5º)*

Téngase en cuenta que lo esencial es la comunicación al ACNUR sobre la petición de asilo formulada, pero no es preceptivo el informe del ACNUR. Así lo resalta la **sentencia de 27 de marzo de 2012 (recurso de casación nº 2742/2011)**:

*“Aplicando al presente caso la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, vigente durante la tramitación del expediente de asilo del recurrente, y, en concreto, el artículo 5 en sus apartados 5 y 6, queda patente la obligación de la comunicación al ACNUR de las solicitudes de asilo, y de la facultad del Alto Comisionado para presentar informes verbales o escritos, ante el Ministro del Interior. A su vez el artículo 24.3 del RD 203/1995, Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de asilo modificada por la Ley 9/1994, establece que "asimismo, se incorporarán al expediente, en su caso, los informes del ACNUR y de las asociaciones legalmente reconocidas que, entre sus objetivos, tengan el asesoramiento y ayuda del refugiado." Por ello, lo esencial e inexcusable es la comunicación al ACNUR sobre la petición de asilo formulada, pero no es preceptivo el informe del ACNUR, basta que la solicitud de asilo se haya comunicado al Alto Comisionado para que, en ese concreto aspecto, haya sido debidamente efectuado el procedimiento administrativo como ha quedado acreditado en este expediente administrativo. El Alto Comisionado no está obligado a remitir un informe individualizado sobre cada petición de asilo, de modo que la falta de dicho informe no vicia de nulidad el procedimiento mismo ni su resolución ulterior. [...]*

*En el expediente administrativo obra la remisión al ACNUR por fax, en fecha 19 de agosto a las 10:45 horas, de la solicitud del visado, entre otros, de (...), cumpliéndose con ello el procedimiento establecido que exige esta comunicación al Alto Comisionado.*

*Se constata, pues, a través de dicho documento obrante en autos, que la solicitud de asilo del recurrente fue efectivamente comunicada al citado organismo, lo que permite entender que realmente el ACNUR pudo intervenir, por haber sido oportunamente informado, en la tramitación del procedimiento aunque finalmente no haya optado por emitir el correspondiente informe referido al concreto solicitante de asilo, razón por la que cabe concluir que se ha observado correctamente el preceptivo trámite que la ley prevé.*

*Además, la resolución denegatoria del asilo, del Ministerio del Interior, de fecha 19 de noviembre de 2009, indica con toda claridad en su antecedente*

*fáctico tercero que el ACNUR asistió a la reunión de 28 de octubre de 2009, y que la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio formuló la propuesta de resolución.”[...]” (FJ 5º)*

La **sentencia de 29 de septiembre de 2011 (recurso de casación nº 5327/2010)** también lo señala, diciendo que:

*“[...] en el sistema de la Ley de Asilo 5/84, de 26 de marzo, no existe obligación alguna por parte del ACNUR de emitir informe individualizado respecto de las solicitudes de asilo que le sean comunicadas, bastando con que sea informado de su existencia.” (FJ 9º)*

Por su parte, la **sentencia de 23 de septiembre de 2011 (recurso de casación nº 5422/2010)** examina la trascendencia real y efectiva (no meramente formal) de la eventual superación del plazo de veinticuatro horas, establecido en el artículo 6.4 del Reglamento de asilo aprobado por RD 203/1995, para efectuar dicha comunicación al ACNUR.

*“[...] la denuncia del incumplimiento del plazo de 24 horas para comunicar la presentación de la solicitud de asilo al representante en España del ACNUR (establecida en el artículo 6.4 del reglamento de asilo aprobado por RD 203/1995) tampoco puede dar lugar a la estimación del motivo [...] es cierto que aquel precepto dispone que la Oficina de Asilo y Refugio (OAR) comunicará la presentación de toda solicitud de asilo al representante en España del ACNUR dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, a partir de su recepción por parte de la OAR; ahora bien, no es menos cierto que la trascendencia de la eventual superación de dicho plazo debe valorarse por la repercusión que haya podido comportar para la debida observancia de las garantías esenciales del procedimiento y la defensa del interés del solicitante. Y en este caso, el hecho de que se sobrepasara ese plazo no le ocasionó a este ninguna indefensión, ni derivó para él en ningún perjuicio de otro orden, pues al fin y al cabo el ACNUR tuvo conocimiento de la presentación de la solicitud e intervino en la reunión de la CIAR que estudió su caso; por lo que hemos de concluir que la superación del plazo establecido en el tan citado artículo 6.4 no constituyó más que una mera irregularidad no invalidante.” (FJ 5º)*

Por lo demás, ante la alegación de falta de constancia de que la comunicación hubiera llegado al ACNUR, la jurisprudencia establece que cuando la aseveración de la Administración sobre la efectiva realización de un trámite en el curso del procedimiento administrativo resulta clara y precisa, es carga de la parte recurrente desvirtuarla. Leemos, así, a título de muestra, en la **sentencia de 23 de marzo de 2012 (RC 6401/2010)**:

*“[...] se alega la infracción del artículo 5.5 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, porque si bien consta en el expediente una carátula de fax, dirigida a un número de telefax correspondiente a ACNUR, no existe constancia de que la comunicación hubiera llegado a su destinatario. [...] es de recordar que según consolidada jurisprudencia, plasmada, entre otras, en nuestras sentencias de 7 de febrero de 2008 (RC 757/2004) y 23 de julio de 2009 (RC 5176/2006) y sentencia de 6 de mayo de 2011 (RC4146/2009), recaídas en litigios concernientes a la materia del asilo, cuando la*



*aseveración de la Administración sobre la efectiva realización de un trámite en el curso del procedimiento administrativo resulta clara y precisa, es carga de la parte recurrente desvirtuarla, mediante el trámite procesal establecido en el artículo 55 de la Ley Jurisdiccional contencioso-administrativa 29/1998, referido a la llamada ampliación del expediente administrativo, o en su caso mediante la adecuada actividad probatoria y si no lo hace, ha de tenerse por cierto que el trámite existió aunque no conste documentado en el expediente administrativo, tratándose, en consecuencia, de una irregularidad formal carente de toda trascendencia, como ha sucedido en el caso que ahora nos ocupa. No hubo pues irregularidad en el cumplimiento del procedimiento establecido, y además quedó corroborado en la resolución denegatoria de 16 de julio de 2009 que asistió el representante de ACNUR a la reunión de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio celebrada en fecha 30 de abril de 2008. Por todo ello tampoco puede ser acogido el segundo motivo formulado.” (FJ 5º)*

Pero si lo que ocurre es que no existe ningún documento en el expediente que justifique que la solicitud de asilo del recurrente fuera efectivamente comunicada al ACNUR y tampoco consta en los documentos incorporados al expediente ningún dato o mención que permita entender que realmente el ACNUR intervino en la tramitación del procedimiento, aunque no hubiera sido formalmente notificado a tal efecto, e incluso la resolución denegatoria del asilo no contiene alusión alguna que dé pie a entenderlo así, EL Tribunal Supremo ha dicho reiteradamente que **la falta de comunicación del expediente de asilo al ACNUR, sin respetar lo establecido categóricamente por la Ley de Asilo y su Reglamento, determina su nulidad**. No se desvirtúa esta conclusión por el hecho de que en el procedimiento haya intervenido la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio (CIAR) de la que forma parte ACNUR si no existe constancia alguna de que el ACNUR fuera efectivamente convocado a la concreta sesión de la CIAR en que se examinó la solicitud del interesado. Dice, así, la **sentencia de 8 de julio de 2011 (recurso de casación nº 6201/2008)**:

*“[...] apreciamos la razonabilidad de la fundamentación del motivo formulado por infracción del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, en cuanto que el análisis del expediente administrativo permite concluir que la solicitud de asilo no fue comunicada debidamente al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, como exige el artículo 5.5 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, al sólo obrar la impresión de una pantalla de ordenador y un listado de las solicitudes de asilo remitidas, en el que se menciona al recurrente (folio 7.1), que no acredita fehacientemente que se haya producido su efectiva recepción por ACNUR. En este sentido, cabe significar, que, al igual que en el recurso de casación número 2530/2009, fallado por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal supremo por sentencia de 29 de abril de 2011, observamos que no existe ningún otro documento en el expediente que justifique que la solicitud de asilo del recurrente fuera efectivamente comunicada al citado organismo; tampoco consta en el resto de documentos incorporados al expediente ningún dato o mención que permita entender que realmente el ACNUR intervino en la tramitación del procedimiento, aunque no hubiera sido formalmente notificado a tal efecto; ni la resolución denegatoria del asilo contiene alusión alguna que dé pie a entenderlo así.*

*Y, asimismo, cabe consignar que en el escrito de demanda se denunció la falta de aquella comunicación, el escrito de contestación a la demanda del Abogado del Estado no hizo referencia alguna a ello, ni la representación procesal de la Administración desarrolló actividad procesal alguna a fin de acreditar el efectivo cumplimiento del trámite. En fin, el escrito de oposición a este recurso de casación omite toda consideración a las concretas cuestiones suscitadas en el escrito de interposición y, por tanto, toda consideración sobre la trascendencia jurídica de la específica omisión que ahora nos ocupa.*

*Por ello, no cabe sino concluir que no se ha acreditado en el proceso que ACNUR fuera informado de la solicitud de asilo presentada por el recurrente ni que tuviera intervención alguna en el curso del expediente administrativo.*

*Debe significarse que esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha puesto de relieve la trascendencia que reviste la intervención del ACNUR en los procedimientos administrativos de asilo (en este sentido nos hemos pronunciado, en nuestras sentencias de 29 y 30 de mayo de 2008 y 31 de octubre 2008, en los recursos. nº 11463/2004, 272/2005 y 5210/2005 respectivamente, con referencias a los recursos 2324/2003, 8240/2003, 1927/2004, y 372/2005 entre otros). En esas y otras muchas sentencias hemos concluido que la falta de comunicación del expediente de asilo al ACNUR, sin respetar lo establecido categóricamente por la Ley de Asilo y su Reglamento, determina su nulidad.*

*No se desvirtúa esta conclusión por el hecho de que en el procedimiento haya intervenido la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio (CIAR) de la que forma parte ACNUR, puesto que el Reglamento de aplicación de la Ley de Asilo, aprobado por Real Decreto 203/95, en su artículo 2, establece que «la Comisión Interministerial prevista en el artículo 6 de la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por Ley 9/1994, de 19 de mayo, estará compuesta por representantes de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Justicia e Interior y Asuntos Sociales», y aun cuando matiza a continuación que «a sus sesiones será convocado el representante en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), que asistirá con voz pero sin voto», lo cierto es que en este caso no existe constancia alguna de que el ACNUR fuera efectivamente convocado a la concreta sesión de la CIAR en que se examinó la solicitud del interesado (y correspondía a la Administración demandada, como hemos señalado, la prueba de este dato). Al contrario de lo que ocurre en otras resoluciones denegatorias del asilo que ha examinado esta Sala, en el presente caso no hay, insistimos, la menor alusión a la intervención del ACNUR en el procedimiento administrativo, ni, más concretamente, en la reunión de la CIAR previa a la resolución denegatoria del asilo aquí concernida.[...]»*

Siendo, pues, un requisito esencial para la correcta tramitación del expediente la debida convocatoria dirigida al representante en España del ACNUR. para asistir a las sesiones de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, se ha planteado asimismo el examen de la **carga de probar que el representante en España del ACNUR fue efectivamente convocado a las sesiones de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio.** Pues bien, sobre el particular se pronuncia la **Sentencia de 31 de octubre de 2011 (RC 4911/2009):**

*“[...] La resolución denegatoria del asilo dice expresamente, en su antecedente de hecho tercero, que "Instruido el expediente, con fecha 15 de noviembre 2007, se elevó a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, que en su reunión celebrada el día 26/11/2007, contando con la asistencia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, formuló la correspondiente propuesta de resolución". Es verdad que no consta en el expediente el acta de esa reunión, pero aun así es de recordar que según consolidada jurisprudencia, recogida, por citar algunas de las últimas, en nuestras sentencias de 6 de mayo, 22 de junio y 30 de junio de 2011 (RRC 4146/2009, 733/2010 y 1013/2010), cuando la aseveración de la Administración sobre la efectiva realización de un trámite en el curso del procedimiento administrativo resulta clara y precisa, es carga de la parte recurrente desvirtuarla, y si no lo hace, ha de tenerse por cierto que el trámite existió aunque no conste documentado en el expediente administrativo, tratándose, en consecuencia, de una irregularidad formal carente de toda trascendencia. Tal es el caso que ahora nos ocupa, dado que frente a esa afirmación precisa y circunstanciada de la Administración sobre la efectiva celebración de la reunión de la CIAR y la intervención del ACNUR en dicha sesión, la parte actora no hizo uso de la posibilidad de ampliación prevista en el artículo 55 de la Ley Jurisdiccional, ni solicitó prueba tendente a demostrar el error o equivocación de esa afirmación, pues la prueba propuesta iba por otros derroteros.*

*No hay contradicción entre lo que acabamos de apuntar y lo que razonamos en sentencia de 28 de noviembre de 2008 (RC 3634/2005). En esta sentencia dijimos que si en el expediente no hay dato alguno que acredite que la presentación de la solicitud de asilo se comunicase al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), esta circunstancia determina la anulación de la resolución finalizadora del expediente y la retroacción de actuaciones en el procedimiento administrativo de su razón a fin de que se evacue el trámite en debida forma y luego continúe la tramitación del expediente con estricta observancia de lo dispuesto en la Ley de Asilo y su reglamento de ejecución. Lo mismo puede decirse de la citación del ACNUR a las sesiones de la CIAR, ordenada por el artículo 6.2 precitado: si no hay dato alguno en el expediente que indique la efectiva cumplimentación del trámite, y puesta de manifiesto esta circunstancia por la parte recurrente, la propia Administración no justifica que en el caso examinado se verificó esa citación o convocatoria, su falta u omisión también determina la anulación de la resolución finalizadora del expediente. **Ahora bien, es cuestión distinta que en el expediente figure una indicación clara, precisa y concreta sobre la efectiva cumplimentación de lo dispuesto en esos dos preceptos, por más que no obre en el propio expediente la plasmación documental de dichos trámites.** Cuando esto ocurre, la jurisprudencia uniforme de esta Sala señala que la efectiva existencia en el expediente de esa indicación sobre la observancia del trámite permite tener por cierto que las cosas han acaecido tal y como la Administración las expone, y en tal caso es carga del recurrente desvirtuar esa inicial apreciación, mediante el trámite procesal establecido en el artículo 55 de la Ley Jurisdiccional contencioso-administrativa 29/1998, referido a la llamada ampliación del expediente administrativo, o en su caso mediante la adecuada actividad probatoria.” (FJ 4º)*

## II.4.- PROCEDIMIENTO DE ASILO.

### II.4.a) *Introducción: novedades de la Ley 12/2009.*

Las novedades más significativas de la Ley de 2009 no se encuentran en las notas definitorias de la institución de asilo, que son sustancialmente las mismas en esta Ley y en la que le precedió; sino en las cuestiones o aspectos procedimentales. La Ley 5/1984, reformada en 1994, diseñó un sistema en el que se diferenciaba básicamente la fase de admisión/inadmisión, y la fase de concesión/denegación. La jurisprudencia ahondó mucho en esta distinción, explicando con detalle los límites y condiciones de la primera fase, así como su limitado ámbito de pronunciamiento. Ahora, en cambio, aun cuando sigue habiendo una posibilidad de inadmitir a trámite las solicitudes de asilo, esta posibilidad ha quedado notablemente reducida, pues prácticamente se reduce a supuestos de carácter formal. Sin embargo, en la nueva Ley la mayor parte de los supuestos que en la antigua podían dar lugar a la inadmisión a trámite, pasan a configurarse como causas de denegación, bien que a través de un procedimiento acelerado que se regula bajo la denominación de “tramitación de urgencia”. No hay aún al día de hoy jurisprudencia sobre los nuevos cauces procedimentales diseñados en la Ley de 2009, ni por en de sobre este nuevo procedimiento de urgencia, por lo que ahora nos limitaremos a poner de manifiesto algunas líneas jurisprudenciales que entendemos que aun habiéndose elaborado a la vista de la Ley derogada, siguen siendo útiles para la interpretación y aplicación de la nueva,

### II.4.b) *Jurisprudencia sobre el procedimiento de asilo recaída en torno a la Ley 5/1984 que resulta proyectable sobre el sistema establecido en la Ley de 2009.*

Comenzando en este punto por las resoluciones que se han pronunciado sobre la competencia del Estado español para el examen y resolución de los expediente de asilo, puede recordarse en primer lugar la sentencia de 23 de octubre de 2009 (recurso de casación nº 1087/2001), que analizó **la facultad recogida en el Convenio de Dublín de que un Estado no competente examine una solicitud de asilo que le sea presentada**, señalando que además del consentimiento del solicitante se precisa del concurso del Estado:

*“[...] La lesión de los artículos 5.2 y 3.4 del Convenio de Dublín no puede tener favorable acogida porque esta Sala ha declarado, respecto de un motivo de análoga factura al ahora examinado que <<El motivo de casación ha de ser desestimado porque, como la sentencia recurrida razona, no resulta de aplicación lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 3 del Convenio de Dublín conforme al cual cada Estado miembro tendrá derecho a examinar una solicitud de asilo que le sea presentada por un extranjero, aun cuando dicho examen no le incumba en virtud de los criterios definidos por el presente Convenio, siempre que el solicitante de asilo dé su consentimiento para ello. Añade el precepto invocado como infringido que en este caso, el Estado miembro responsable en virtud de los criterios mencionados quedará liberado de sus obligaciones, las cuales quedarán transferidas al Estado miembro que desee examinar la solicitud de asilo. Este último Estado informará de ello al Estado miembro responsable con arreglo a dichos criterios si a*

*dicho Estado le fuere presentada dicha solicitud. (...) El precepto que se invoca como infringido no resulta de aplicación conforme a los argumentos expuestos por la sentencia recurrida ya que el mismo no puede quedar aislado del resto del contenido del artículo 3º precisándose en el párrafo 2 que la solicitud será examinada por un solo Estado miembro con arreglo a los criterios enunciados por el Convenio y el párrafo 3 que la solicitud será examinada por ese Estado de conformidad con su legislación nacional, añadiendo el 5 que todo Estado miembro conservará la posibilidad, en aplicación de su derecho nacional de enviar a un Estado tercero a un solicitante de asilo respetando las disposiciones de la Convención de Ginebra.(...) Por su parte el párrafo e) del artículo 5 de la Ley 5/1.984 prevé la inadmisión a trámite cuando no corresponda a España su examen de conformidad con los convenios internacionales, y el párrafo 6 del artículo 3 del Convenio de Dublín determina que el procedimiento para la determinación del Estado miembro que en virtud de dicho convenio sea responsable de la solicitud de asilo se pondrá en marcha en el momento en que se presente una solicitud de asilo ante un Estado miembro, por lo que, habiendo presentado su solicitud por primera vez en Alemania los recurrentes y conforme a los preceptos referidos, la petición debe ser tramitada y resuelta por Alemania dado que la solicitud debe ser examinada por un solo Estado miembro y Alemania ha asumido expresamente la responsabilidad sobre la misma, de donde se deduce que no han sido infringidas las normas invocadas por el recurrente y de la Ley de Asilo española ni del Convenio de Dublín>> (Sentencia de esta Sala de 18 de diciembre de 2003 dictada en el recurso de casación nº 4634/1999).*

*En este sentido, el Convenio de Dublín relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, y ratificado por España el 15 de junio de 1990, efectivamente dispone en el artículo 3.4 que "cada Estado miembro tendrá derecho a examinar una solicitud de asilo que le sea presentada por un extranjero, aun cuando dicho examen no le incumba en virtud de los criterios definidos por el presente Convenio, siempre que el solicitante de asilo dé su consentimiento para ello". Ahora bien, esta norma reconoce una facultad a un Estado, para alterar el orden de los criterios previstos en los artículos 4 a 8, a que se remite con carácter general el artículo 3.2 del citado Convenio, que el Estado español no ha hecho uso, porque además del consentimiento del solicitante precisa del concurso del Estado para examinar la solicitud al margen de los criterios convencionalmente establecidos. Téngase en cuenta que ya el 7 de abril de 1988 el Estado italiano había aceptado su responsabilidad para el examen de la solicitud, y lo hizo a instancia del propio Estado español, lo que revela que no concurren los presupuestos previstos por la norma invocada, artículo 3.4, ni en la auxiliar representada por el artículo 5.2, del mismo Convenio." (FJ 3º)*

Sin embargo, frente al carácter facultativo que venía atribuyéndose a la posibilidad examinada, una reciente **sentencia de 19 de diciembre de 2012 (recurso de casación 1711/2012)** ha estudiado en profundidad el contenido del artículo 3.2 del Reglamento (CE) nº 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, tomando en especial consideración la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), de 21 de enero de 2011 (asunto M.S.S: contra Bélgica y Grecia), así como la Sentencia, aún más reciente, del Tribunal de Justicia

de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2011, para concluir que resulta inviable y estéril tratar de sostener que el artículo 3.2 del Reglamento establece una facultad plenamente discrecional de los Estados miembros (en cuanto derivada del ejercicio de su soberanía en las relaciones internacionales), como tal insusceptible de control y revisión; así, según establece el TJCE, en el supuesto de que hubiera razones para temer fundamente que existen deficiencias sistemáticas en el procedimiento de asilo y en las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en el Estado miembro responsable que implican un trato inhumano o degradante de los solicitantes de asilo trasladados al territorio de ese Estado miembro, ese traslado no deberá efectuarse, lo procedente es proseguir el examen de los criterios de atribución de competencia contemplados y recogidos en el capítulo III del Reglamento 343/2003, con objeto de comprobar si a tenor de dichos criterios cabe determinar otro Estado miembro como responsable del examen de la solicitud de asilo, añadiéndose además dos consideraciones: la primera, que cuando, con arreglo a los criterios enumerados en dicho Reglamento, no pueda determinarse el Estado miembro responsable del examen de la solicitud de asilo, será responsable del examen el primer Estado miembro ante el que se haya presentado la solicitud de asilo; y la segunda, que es preciso, no obstante, que el Estado miembro en el que se halla el solicitante de asilo procure no agravar una situación de vulneración de los derechos fundamentales de ese solicitante mediante un procedimiento de determinación del Estado miembro responsable que se prolongue más allá de lo razonable. Si fuera necesario, le corresponderá a él mismo examinar la solicitud conforme a lo previsto en el artículo 3, apartado 2, del Reglamento nº 343/2003. Dice esta sentencia:

*“[...] La cuestión que se suscita en este recurso de casación gira en torno a la interpretación y aplicación de las normas del Reglamento (CE) nº 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país (convencionalmente llamado "Reglamento Dublín II").*

*Los antecedentes fácticos del caso son simples y respecto de ellos no se ha suscitado realmente controversia, pues las cuestiones que se suscitan en este recurso de casación son nítidamente jurídicas.*

*El ahora recurrente en casación, nacional de Afganistán, tras entrar en territorio de la Unión Europea por Grecia, recaló finalmente en España, donde pidió la protección internacional y el reconocimiento del estatuto de refugiado. La Administración española, en aplicación de aquel Reglamento comunitario, requirió a Grecia para que aceptase su competencia para el examen de la solicitud (en atención al dato de que la entrada en territorio de la Unión se había verificado por este país), y no habiendo obtenido respuesta por parte del Estado griego, considero que el examen de la solicitud correspondía a Grecia por haberlo asumido así de forma tácita este país, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18.7 de aquel reglamento, a cuyo tenor la falta de respuesta dentro de plazo del Estado requerido "equivaldrá a la aceptación de la petición e implicará la obligación de hacerse cargo de la persona, con inclusión de disposiciones adecuadas para la llegada". Frente a esta apreciación, el ACNUR pidió en el curso del expediente que el Estado español se hiciera cargo de la solicitud y procediera a su estudio, a la vista de las graves deficiencias observadas en relación con el trato dado a los solicitantes de asilo en Grecia, y apelando a la llamada "cláusula de soberanía" del artículo 3.2 del Reglamento tan citado, donde se*

*dispone que aun cuando cada solicitud de asilo será examinada por un solo Estado miembro, que será aquel que los criterios mencionados en el propio Reglamento designen como responsable, aun así, no obstante, "cualquier Estado miembro podrá examinar una solicitud de asilo que le sea presentada por un nacional de un tercer país, aun cuando este examen no le incumba en virtud de los criterios establecidos en el presente Reglamento. En tal caso, dicho Estado miembro se convertirá en el Estado miembro responsable en el sentido del presente Reglamento y asumirá las obligaciones vinculadas a esta responsabilidad. Informará de ello, en su caso, al Estado miembro anteriormente responsable, al que lleve a cabo un procedimiento de determinación del Estado miembro responsable o al que haya sido requerido para hacerse cargo del solicitante o readmitirlo". Sin embargo, el instructor del expediente emitió un informe desfavorable a la concesión de la protección solicitada, apuntando que no cabía apreciar en el caso examinado ninguna circunstancia que aconsejara hacer uso de la posibilidad contemplada en el referido artículo 3.2. De conformidad con la propuesta del Instructor, la Administración acordó, mediante resolución de 21 de julio de 2010, "denegar el estudio de la solicitud de protección internacional" por corresponder a Grecia el examen de dicha solicitud.*

*Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra esta sentencia, fue desestimado por la sentencia de 13 de febrero de 2012 de la Audiencia Nacional, ahora combatida en casación. La "ratio decidendi" de esta sentencia se plasma en su fundamento de Derecho quinto, donde, recogiendo los razonamientos empleados por la Administración, considera el tribunal de instancia que el estudio de la solicitud de asilo no corresponde a España de acuerdo con los criterios establecidos en el Reglamento 343/2003 tantas veces mencionado.*

*Frente a esta sentencia, denuncia el recurrente en la instancia y ahora en casación que la misma infringe el artículo 3.2 del Reglamento CE 343/2003 y el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Añade que una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 21 de enero de 2011, que considera dictada en relación con un asunto sustancialmente igual al suyo, ha sentado una doctrina coincidente con su tesis, en el sentido de considerar contraria al Convenio la devolución del solicitante a Grecia, en atención a la deficiente atención que en dicho país se presta a los solicitantes de protección internacional.*

*Ciertamente, asiste la razón al recurrente, pues, tal y como expone, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado, en esa sentencia, en el sentido que apunta, y más aún, también en el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en una sentencia aún más reciente de 21 de diciembre de 2011.*

*Efectivamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en la sentencia de 21 de enero de 2011 (asunto M.S.S: contra Bélgica y Grecia), ha estudiado las obligaciones que incumben al Estado receptor de la solicitud de asilo presentado por un nativo de Afganistán (en el caso examinado Bélgica) y que transmite a otro Estado (en ese caso, Grecia, país de entrada en territorio europeo del ciudadano afgano peticionario de asilo) la competencia para resolver. Considera el TEDH acreditados hechos como las muy deficientes condiciones de internamiento de los solicitantes de asilo en Grecia, la falta de asistencia a los propios solicitantes durante la tramitación del procedimiento por la*

*falta de apoyo público para subsistir, y en general, las notorias y graves distorsiones e ineficiencias que se dan en la práctica del procedimiento de solicitud del asilo en dicho Estado. Sobre esta base, añade el TEDH que Bélgica conocía o debía conocer tales deficiencias (puestas de manifiesto por distintos organismos e instituciones), y concluye que cabe apreciar que en el caso examinado se ha producido una violación del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), pues, a juicio del TEDH, el apartado 2 del artículo 3 del Reglamento «Dublín II» (en el que, recordemos, se establece la llamada "cláusula de soberanía") permitía al Estado belga asumir y declarar su competencia para resolver sobre la solicitud de asilo concernida, por mucho que no se tratara de una solicitud de la que fuera en principio responsable, y sobre esta base señala que las autoridades belgas "habrían podido no transferir al solicitante de haber considerado que el país de recepción, es decir Grecia, no satisfacía las obligaciones asumidas en virtud del Convenio (CEDH)". En esta línea, y en respuesta a las alegaciones del Gobierno belga, el Tribunal señala que "la existencia de leyes domésticas y la adhesión a los tratados internacionales que garantizan el respeto de los derechos fundamentales no son en sí mismos suficientes para asegurar la protección adecuada contra el riesgo de un tratamiento degradante cuando, como en el presente caso, fuentes fiables han puesto de manifiesto prácticas de las autoridades -o toleradas por ellas- que son manifiestamente contrarias a los principios de la Convención)". Tampoco considera el TEDH suficientes "las garantías diplomáticas ofrecidas por Grecia a las autoridades belgas", por entenderlas estereotipadas y carentes de referencias al caso particular. En definitiva, concluye el TEDH que en el momento de la expulsión del demandante a Grecia, "las autoridades belgas sabían o debían haber sabido que no tenía ninguna garantía de que su solicitud de asilo fuera examinada seriamente por las autoridades griegas" y tenían los "medios para rechazar ese traslado".*

*Con unos planteamientos similares, la importante Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011 (asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10) resuelve dos cuestiones prejudiciales a referidas a la correcta interpretación del tantas veces mencionado artículo 3.2 del reglamento 343/2003 ("Dublín II"), suscitadas ambas en el contexto de sendos litigios concernientes a solicitantes de protección internacional que habían entrado en el espacio de la Unión europea por Grecia pero habían pedido asilo en otros países de la Unión.*

*Dando respuesta a las diferentes cuestiones planteadas, el TJUE comienza recordando que "el sistema europeo común de asilo se basa en la plena y total aplicación de la Convención de Ginebra y en la garantía de que ninguna persona sea repatriada a un país en el que sufra persecución" (par. 75), y añadiendo que "que corresponde a los Estados miembros no sólo interpretar su Derecho nacional de conformidad con el Derecho de la Unión, sino también procurar que la interpretación de un texto de Derecho derivado que tomen como base no entre en conflicto con los derechos fundamentales tutelados por el ordenamiento jurídico de la Unión o con los demás principios generales del Derecho de la Unión" (par. 77).*

*Reconoce explícitamente el TJUE que "del examen de las normas que constituyen el sistema europeo común de asilo resulta que éste ha sido concebido en un contexto que permite suponer que todos los Estados que*



*participan en él, ya sean Estados miembros o terceros Estados, respetan los derechos fundamentales, incluidos los que se basan en la Convención de Ginebra y en el Protocolo de 1967, así como en el CEDH, y que los Estados miembros pueden otorgarse confianza mutua a este respecto" (par. 78), y constata que precisamente sobre la base de este principio de confianza mutua, el legislador de la Unión adoptó el Reglamento n° 343/2003 (par. 79), fluyendo de estas apreciaciones la conclusión inicial de que "en estas circunstancias, debe presumirse que el trato dispensado a los solicitantes de asilo en cada Estado miembro es conforme con las exigencias de la Carta, de la Convención de Ginebra y del CEDH" (par. 80).*

*Ahora bien, matiza inmediatamente a continuación el Tribunal que a pesar de cuanto acaba de apuntar, "no obstante, no cabe excluir que este sistema se enfrente, en la práctica, a graves dificultades de funcionamiento en un Estado miembro determinado, de manera que exista un riesgo importante de que los solicitantes de asilo, en caso de ser trasladados a ese Estado miembro, reciban un trato incompatible con sus derechos fundamentales" (par. 81).*

*Insiste el TJUE en que el sistema europeo común de asilo se sostiene precisamente en la confianza mutua y en una presunción del respeto, por parte de los demás Estados miembros, del Derecho de la Unión, en particular de los Derechos fundamentales, y por eso enfatiza (par. 83) que "no sería compatible con los objetivos y el sistema del Reglamento n° 343/2003 que el más mínimo incumplimiento de las Directivas 2003/9, 2004/83 o 2005/85 bastara para que no se produjera el traslado de un solicitante de asilo al Estado miembro en principio responsable"; lo que le lleva a rechazar que el Estado responsable pueda pretender excusarse o de las obligaciones que le incumben invocando cualesquiera deficiencias o distorsiones en la ordenación interna del régimen de tramitación de las solicitudes de asilo, pues, a juicio del TJUE, si así acaeciera y el Estado miembro de la Unión pretendiera eludir desde esta perspectiva las obligaciones que le incumben en virtud de lo dispuesto en el reglamento 343/2003, "esto vaciaría dichas obligaciones de su contenido esencial y comprometería la realización del objetivo de determinar de forma rápida el Estado miembro responsable de examinar una solicitud de asilo presentada en la Unión" (par. 85).*

*Sin embargo, aun partiendo de estas afirmaciones, puntualiza el TJUE que "en el supuesto de que hubiera razones para temer fundamente que existen deficiencias sistemáticas en el procedimiento de asilo y en las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en el Estado miembro responsable que implican un trato inhumano o degradante, en el sentido del artículo 4 de la Carta, de los solicitantes de asilo trasladados al territorio de ese Estado miembro, ese traslado sería incompatible con dicha disposición" (par. 86).*

*Situado en esta perspectiva de contemplación de los casos litigiosos, constata el TJUE las graves deficiencias del sistema de asilo existente en Grecia, con explícita alusión a la sentencia del TEDH de 21 de enero de 2011, y ese estado de cosas le lleva a declarar (par. 94), que "en situaciones como las de los asuntos principales, para que la Unión y sus Estados miembros puedan respetar sus obligaciones relativas a la protección de los derechos fundamentales de los solicitantes de asilo, incumbe a los Estados miembros, incluidos los órganos jurisdiccionales nacionales, no trasladar a un solicitante de asilo al «Estado miembro*

*responsable» en el sentido del Reglamento n° 343/2003 cuando no puedan ignorar que las deficiencias sistemáticas del procedimiento de asilo y de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en ese Estado miembro constituyen motivos serios y acreditados para creer que el solicitante correrá un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 4 de la Carta".*

*Dicho esto, el TJUE da un paso más en su razonamiento, y procede a analizar si el Estado miembro que, por los motivos señalados, no puede efectuar el traslado del solicitante de asilo al Estado miembro identificado en principio como «responsable» (en los casos estudiados, Grecia) conforme al Reglamento n° 343/2003 está él mismo obligado a examinar la solicitud. A este interrogante responde el TJUE que lo procedente es proseguir el examen de los criterios de atribución de competencia contemplados y recogidos en el capítulo III del Reglamento 343/2003, con objeto de comprobar si a tenor de dichos criterios cabe determinar otro Estado miembro como responsable del examen de la solicitud de asilo (par. 96), añadiendo, para cerrar el tema, dos consideraciones: la primera, que "conforme al artículo 13 del Reglamento n° 343/2003, cuando, con arreglo a los criterios enumerados en dicho Reglamento, no pueda determinarse el Estado miembro responsable del examen de la solicitud de asilo, será responsable del examen el primer Estado miembro ante el que se haya presentado la solicitud de asilo" (par. 97); y la segunda, que 2es preciso, no obstante, que el Estado miembro en el que se halla el solicitante de asilo procure no agravar una situación de vulneración de los derechos fundamentales de ese solicitante mediante un procedimiento de determinación del Estado miembro responsable que se prolongue más allá de lo razonable. Si fuera necesario, le corresponderá a él mismo examinar la solicitud conforme a lo previsto en el artículo 3, apartado 2, del Reglamento n° 343/2003" (par. 98).*

*La conclusión que alcanza, pues, el TJUE, a tenor de las consideraciones reseñadas, es que "una aplicación del Reglamento n° 343/2003 basada en la presunción irrefutable de que se respetarán los derechos fundamentales de los solicitantes de asilo en el Estado miembro en principio responsable para el examen de su solicitud es incompatible con la obligación de los Estados miembros de interpretar y aplicar el Reglamento n° 343/2003 conforme a los derechos fundamentales" (par. 99). Este es un tema que al TJUE le interesa resaltar, a saber, que no cabe presumir iuris et de iure que los Estados miembros de la Unión son por principio «Estados seguros» en cuanto al respeto de los derechos fundamentales (par. 100 a 104), y por eso proclama que "procede responder a las cuestiones planteadas que el Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una presunción irrefutable según la cual el Estado miembro que el artículo 3, apartado 1, del Reglamento n° 343/2003 designa como responsable, respeta los derechos fundamentales de la Unión" (par. 105).*

*Conclusiones, estas, que se sintetizan en los par. 106 a 108 de la Sentencia en los siguientes términos:*

*<<106. El artículo 4 de la Carta debe interpretarse en el sentido de que incumbe a los Estados miembros, incluidos los órganos jurisdiccionales nacionales, no trasladar a un solicitante de asilo al «Estado miembro responsable» en el sentido del Reglamento n° 343/2003 cuando no puedan ignorar que las deficiencias sistemáticas del procedimiento de*

*asilo y de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en ese Estado miembro constituyen motivos serios y acreditados para creer que el solicitante correrá un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes en el sentido de aquella disposición.*

*107 Sin perjuicio de la facultad de examinar él mismo la solicitud a que se refiere el artículo 3, apartado 2, del Reglamento n° 343/2003, la imposibilidad de trasladar a un solicitante a otro Estado miembro de la Unión, cuando éste sea el Estado miembro responsable según los criterios del capítulo III de dicho Reglamento, obliga al Estado miembro que debía efectuar el traslado a proseguir el examen de los criterios de dicho capítulo, con objeto de comprobar si uno de los criterios posteriores permite determinar otro Estado miembro como responsable del examen de la solicitud de asilo.*

*108 Es preciso, no obstante, que el Estado miembro en el que se halla el solicitante de asilo procure no agravar una situación de vulneración de los derechos fundamentales de ese solicitante mediante un procedimiento de determinación del Estado miembro responsable que se prolongue más allá de lo razonable. Si fuera necesario, le corresponderá a él mismo examinar la solicitud conforme a lo previsto en el artículo 3, apartado 2, del Reglamento n° 343/2003>>.*

*Y en la misma línea, el "fallo" de la cuestión prejudicial declara, en cuanto ahora interesa, lo siguiente:*

*<<2) El Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una presunción irrefutable según la cual el Estado miembro que el artículo 3, apartado 1, del Reglamento n° 343/2003 designa como responsable, respeta los derechos fundamentales de la Unión Europea.*

*El artículo 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que incumbe a los Estados miembros, incluidos los órganos jurisdiccionales nacionales, no trasladar a un solicitante de asilo al «Estado miembro responsable» en el sentido del Reglamento n° 343/2003 cuando no puedan ignorar que las deficiencias sistemáticas del procedimiento de asilo y de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en ese Estado miembro constituyen motivos serios y acreditados para creer que el solicitante correrá un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes en el sentido de aquella disposición.*

*Sin perjuicio de la facultad de examinar él mismo la solicitud a que se refiere el artículo 3, apartado 2, del Reglamento n° 343/2003, la imposibilidad de trasladar a un solicitante a otro Estado miembro de la Unión Europea, cuando éste sea el Estado miembro responsable según los criterios del capítulo III de dicho Reglamento, obliga al Estado miembro que debía efectuar el traslado a proseguir el examen de los criterios de dicho capítulo, con objeto de comprobar si uno de los criterios posteriores permite determinar otro Estado miembro como responsable del examen de la solicitud de asilo.*

*Es preciso, no obstante, que el Estado miembro en el que se halla el solicitante de asilo procure no agravar una situación de vulneración de los derechos fundamentales de ese solicitante mediante un procedimiento de determinación del Estado miembro responsable que se prolongue más allá de lo razonable. Si fuera necesario, le corresponderá a él mismo examinar la solicitud conforme a lo previsto en el artículo 3, apartado 2, del Reglamento n° 343/2003>>.*

*A la vista de las dos sentencias que se acaban de resumir, ambas coincidentes en sus planteamientos y ambas referidas a asuntos en los que plantearon las mismas cuestiones que se han suscitado en el presente litigio, es claro que resulta inviable y estéril tratar de sostener que el artículo 3.2 del Reglamento establece una facultad plenamente discrecional de los Estados miembros (en cuanto derivada del ejercicio de su soberanía en las relaciones internacionales), como tal insusceptible de control y revisión. Al contrario, estas dos sentencias del TEDH y del TJUE coinciden en acotar esa discrecionalidad conforme a los criterios que se han dejado reseñados, siempre sobre la base del principio esencial que ilumina y vertebra todo el sistema jurídico de protección internacional de los solicitantes de asilo, que es la salvaguardia de su dignidad como personas y la protección real y efectiva, no meramente nominal y formal, de sus derechos humanos más elementales.*

**CUARTO.-** *Así las cosas, sólo cabe concluir que el presente recurso de casación ha de ser estimado, pues tratándose aquí, al igual que en aquellas sentencias, de un solicitante de asilo nacional de Afganistán y respecto del cual se ha acordado su devolución a Grecia, a fin de que sea este país el que proceda al examen de su petición, es evidente que la anotada situación de Grecia impide adoptar un Acuerdo en tal sentido, sin comprobar si tales circunstancias persisten o se han modificado. En fin, no cabe escudarse en una aplicación mecánica y automática de las previsiones del tan citado Reglamento 343/2003 para eludir cualquier responsabilidad del Estado español (ante el que se presentó la petición de protección internacional) en cuanto al examen de la solicitud y la protección del solicitante conforme a las previsiones de la Convención de Ginebra y el sistema normativo regulador de dicha protección.*

*Estimado, pues, por las razones expuestas, el recurso de casación, y situada la Sala en la posición procesal del Tribunal de instancia (art. 95.2.d] de la Ley Jurisdiccional 29/1998), lo procedente, en principio, sería estimar el recurso contencioso-administrativo en el sentido de anular la resolución administrativa impugnada en el proceso y ordenar a la Administración que proceda a estudiar, de conformidad con las previsiones del capítulo III del Reglamento, si la competencia para hacerse cargo de la solicitud de protección internacional concernida pudiera corresponder a Grecia en caso de que estuviera en condiciones de esperar una adecuada tramitación de la solicitud, o a otro Estado distinto de Grecia, y en caso de que no fuera así, asumir el propio Estado español dicha competencia.*

*Ahora bien, a la vista de las vicisitudes del caso, y sobre todo habida cuenta de la dilación que ha experimentado su resolución definitiva como consecuencia de la pendencia judicial en que se ha envuelto (recuérdese que la solicitud de protección se presentó en febrero de 2010, esto es, hace casi tres años), ha de concluirse que, tal y como ha declarado el TJUE, procede estimar el recurso contencioso-administrativo en el sentido de anular la resolución impugnada y ordenar a la Administración demandada que, a fin de no prolongar aun más la situación personal y jurídica de indefinición y pendencia del solicitante y ahora recurrente, asuma definitivamente la competencia para resolver sobre la solicitud de protección internacional aquí concernida, conforme a lo previsto en el artículo 3, apartado 2, del*

*Reglamento nº 343/2003, tantas veces mencionado, procediendo, pues, al estudio y definitiva resolución de dicha solicitud.” (FF JJ 3º y 4º)*

Pasando a otros temas de carácter procedimental, el artículo 5.8 de la antigua Ley de Asilo 5/1984, de 26 de marzo establecía que **la constatación, con posterioridad a la admisión a trámite de la solicitud, de alguna de las circunstancias que hubieran justificado su inadmisión sería en todo caso causa de denegación de la misma**; estando este mismo supuesto también contemplado en el artículo 20. 3 de la nueva Ley de Asilo 12/2009, de 30 de octubre, aunque, insistimos, debe tenerse en cuenta que con la nueva Ley cambian las causas de inadmisión de la solicitud). En este punto, puede ser de oportuna cita una sentencia que concluye que es motivación suficiente de la resolución denegatoria la remisión clara y explícita a la previa resolución de inadmisión a trámite que no adquirió ejecutividad al no ser debidamente notificada. Dice, así, la sentencia de **de 31 de enero de 2012 (recurso de casación nº 4213/2010)**:

*“[...] En fin, tampoco pueden prosperar las alegaciones del recurrente sobre la falta de motivación de la resolución denegatoria del asilo. En la redacción de la citada resolución, se contiene una remisión clara y explícita a la resolución de inadmisión a trámite que, coincidiendo con el criterio del ACNUR, se dictó el 31 de octubre de 2008, sin que se llegase a notificar en tiempo y forma al interesado (lo que, de conformidad con lo previsto en el artículo 17.2 del Reglamento de aplicación de la Ley de Asilo, aprobado por el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, determinó su admisión a trámite). La resolución denegatoria se remite de forma explícita, decimos, a esa inicial resolución de inadmisión a trámite, asume su contenido, y deniega el asilo aplicando la previsión contemplada en el artículo 5.8 de la Ley de Asilo. Así pues, es evidente que la verdadera razón determinante de la denegación del asilo es la que se apuntó en aquella primera resolución de inadmisión a trámite.*

*Partiendo de esta base, la jurisprudencia consolidada ha dicho una y otra vez, con unas u otras palabras, que los defectos formales revisten trascendencia anulatoria de los actos impugnados en la medida que ocasionan una real y efectiva indefensión al interesado, más allá de la puramente formal, y en este caso esa indefensión material realmente no se ha producido, pues, como acabamos de indicar, la lectura íntegra de la resolución denegatoria permite conocer con suficiente certeza la razón que condujo a la Administración a denegar el asilo. En definitiva, el deber de motivación como requisito formal del acto administrativo quedó cumplido, siendo cuestión distinta de carácter sustantivo, atinente al tema de fondo, la determinación de si concurren o no las razones que el acto expresa.” (FJ 5º)*

En el mismo sentido se pronunció **la STS de 31 de mayo de 2011 (RC 5412/2009) (FJ 5º)**.

Puede también recordarse que según jurisprudencia reiterada y uniforme, **los Tribunales de Justicia no pueden considerar y aplicar en sus sentencias causas de inadmisión de la solicitud de asilo no esgrimidas en vía administrativa**. Dice en este sentido, a título de muestra, la **sentencia de 10 de octubre de 2011 (RC 3933/2009)**:

*“[...]El recurrente, consciente de esta circunstancia, insiste en que la única perspectiva válida de examen del asunto es la que corresponde a la causa de inadmisión realmente recogida en la resolución denegatoria, es decir, la prevista en el subapartado b) del artículo 5.6 tan citado (cuya concurrencia niega), siendo ilegítimo analizar la posible concurrencia de cualesquiera otras causas de inadmisión. [...] En este punto hemos de hacer un inciso. Son desde luego reiteradas las sentencias de esta Sala en materia de asilo que han declarado que los Tribunales de Justicia no pueden considerar y aplicar en sus sentencias causas de inadmisión de la solicitud de asilo no esgrimidas en vía administrativa. Pueden citarse, en este sentido, las sentencias de 22 de diciembre de 2005 (RC 7130/2002), 23 de marzo de 2006 (RC 1064/2003) y 31 de enero de 2007 (RC 9668/2003). Ahora bien, en este caso no se trata de que la Sala de instancia introdujera en su sentencia una causa de inadmisión nunca antes contemplada o valorada por la Administración, sino que resolvió el pleito teniendo en cuenta que la misma Administración, además de la causa de inadmisión del subapartado b) del artículo 5.6, había razonado en el curso del propio expediente la concurrencia de la causa de inadmisión del subapartado d). Causa, esta, que no pudo pasar desapercibida para el actor, quien al examinar el expediente para la formalización de la demanda adquirió pleno conocimiento de tal circunstancia y pudo alegar frente a ella cuanto le interesara[...].” (FJ 5º)*

En cuanto a la necesidad de practicar entrevistas al interesado en el curso del expediente de asilo, la jurisprudencia se ha inclinado (siempre partiendo de una valoración circunstanciada de cada asunto) por entender que **no puede decirse que resulte imprescindible en todo caso que el instructor convoque, tras la solicitud de asilo, al solicitante a una entrevista** a fin de aclarar los términos de su relato, cuando el propio interesado ya ha hecho uso de un trámite de alegaciones con esa finalidad; ni puede decirse que la omisión de tal entrevista redunde siempre en una indefensión determinante de invalidez de la resolución final denegatoria del asilo. Véase, en esta línea, la **sentencia de 29 de septiembre de 2011 (recurso de casación nº 5327/2010)**:

*“[...] Se denuncia aquí la falta de práctica de una entrevista al solicitante por parte del instructor en el curso del expediente, y por tal razón se alega la vulneración de los artículos 78 y 80 de la Ley 30/1992. Reconoce expresamente el recurrente que en el procedimiento de asilo la entrevista personal no es preceptiva, pero alega que con ella podría haberse precisado su relato. Ahora bien, ciertamente, esta Sala ha dicho con reiteración que en una materia como esta del asilo, toda duda sobre la utilidad o pertinencia de la prueba debe resolverse favoreciendo la práctica de la prueba en cuestión; dado que la naturaleza misma de este procedimiento acrecienta la dificultad de acreditar los hechos en que ha de basarse la resolución. Empero, si procedemos al examen de lo acaecido en este concreto asunto, con la perspectiva casuística que ha de presidir el enjuiciamiento de los litigios en materia de asilo, observamos que tras solicitar asilo el ahora recurrente y cumplimentar su solicitud, en la que pudo alegar cuanto consideró adecuado, se le confirió trámite de audiencia al amparo del artículo 84 de la Ley 30/1992, y aquel hizo uso de esta posibilidad que se le había ofrecido, presentando un escrito de alegaciones que, como antes observamos, tuvo que ser necesariamente elaborado con asistencia técnica, y en el que dispuso una vez más de la posibilidad de alegar cuanto considerara oportuno. Así las cosas, una vez sentado que el solicitante y ahora recurrente tuvo cumplida oportunidad de matizar y completar el relato expuesto en su*

*petición inicial, oportunidad que aprovechó, no puede decirse que resultara imprescindible que el instructor le convocara posteriormente a una entrevista a fin de aclarar los términos de su relato, cuando el propio interesado ya había hecho uso de una trámite de alegaciones con esa finalidad; ni puede decirse que la omisión de tal entrevista redundara en una indefensión determinante de invalidez de la resolución final denegatoria del asilo. Si además se tiene en cuenta que luego, en el curso del proceso, el propio recurrente ha tenido nueva ocasión de perfilar su relato y aportar cuantos datos y pruebas ha estimado pertinentes, carecería de fundamento una estimación del motivo que ordenase una retroacción de actuaciones administrativas en el expediente de su razón a fin de que se practique esa entrevista por el instructor, cuando lo procedente es resolver el tema de fondo de una vez por todas, que es precisamente lo que pide el recurrente en el "suplico" de su recurso." (FJ 6º)*

Con todo, partiendo precisamente de esa valoración casuística de las circunstancias de cada litigio, **no faltan casos en que se ha concluido que la entrevista interesada debió haberse practicado**, pues en ese concreto caso era relevante para contrastar la coherencia del relato de persecución ofrecido. Así lo aprecia la **sentencia de 17 de mayo de 2011 (recurso de casación nº 4920/2009)**, en la que se razonó como sigue:

*"[...] Diferentemente, vamos a estimar el segundo motivo de casación. Como hemos señalado, en este segundo motivo el recurrente critica la falta de práctica de la prueba que solicitó en el expediente administrativo, consistente en una entrevista con el instructor. Y, ciertamente, esta entrevista debió haberse practicado, pues era relevante para contrastar la coherencia del relato de persecución ofrecido.*

*En este caso, recordemos, la Administración consideró en un principio la inadmisión a trámite la solicitud, pero no pudo dictar resolución en tal sentido al haberse sobrepasado el plazo establecido a tal efecto. Lo que hizo entonces fue dictar resolución denegatoria en aplicación del artículo 5.8 de la Ley de Asilo 5/84 de 26 de marzo, denegando el asilo por aplicación de una causa de inadmisión. Ocurre, empero, que la Administración incurrió en este punto en una evidente confusión, pues el instructor del expediente había propuesto la inadmisión por la causa del artículo 5.6.d) de aquella Ley, esto es, por entender que el relato carecía de verosimilitud, mientras que la resolución denegatoria aplicó la causa del apartado b) del mismo precepto, esto es, por no ser los hechos relatados constitutivos de una persecución.*

*Desde luego, la razón dada por la resolución denegatoria del asilo no es procedente, pues en su exposición el solicitante relató hechos que pudieran ser constitutivos de una persecución por motivos étnicos incardinable entre las causas de asilo contempladas en la Ley de Ginebra de 1951, y aportó suficientes datos como para, al menos, analizar con mayor detenimiento su solicitud, no pudiéndose calificar, pues, dicho relato de impreciso o inverosímil hasta el punto de justificar una decisión drástica como la inadmisión, que sólo procede cuando la causa de inadmisión sea "manifiesta", lo que no es el caso. Desde luego, de las alegaciones formuladas en la solicitud de asilo se podrá dudar, y para que conduzcan al éxito de la petición requerirán la prueba adecuada, pero lo que no cabe es inadmitir a trámite una petición, con el único argumento válido de que no se ha alegado ninguna causa de asilo (art. 5.6.b] de la Ley de Asilo), cuando se ha expuesto una persecución por motivos étnicos.*

*Y en cuanto a la razón dada por el instructor (que, insistimos, la resolución denegatoria del asilo no acogió), esto es, la inverosimilitud del relato, la conclusión así alcanzada se sustentó en el resultado de un cuestionario inadecuado por no referirse a la zona de la que el solicitante y ahora recurrente decía proceder, como la misma Sala de instancia reconoce. Siendo, pues, inútil ese cuestionario, no cabía poner en duda, con base en el mismo, la real procedencia del solicitante, ni puede decirse que su relato, en sí mismo considerado, fuera tan vago y genérico como para inadmitirlo sin más consideraciones.*

*Así las cosas, el recurso de casación debe prosperar, pues estando al fin y al cabo en fase de concesión/denegación del asilo, una entrevista del instructor con el solicitante habría contribuido, sin duda, a despejar las dudas que pudieran surgir de su exposición, pero esta petición no fue admitida, sin razón suficiente que lo explicase; y el resultado fue que se dictó una resolución denegatoria que realmente es una resolución de inadmisión sin haber ponderado debidamente su situación personal y en atención a datos obtenidos de un cuestionario inservible a los efectos pretendidos.*

*No ha de olvidarse, en este sentido, que según jurisprudencia uniforme, en una materia como esta del asilo toda duda sobre la utilidad o pertinencia de la prueba debe resolverse favoreciendo la práctica de la prueba en cuestión; dado que la naturaleza misma de este procedimiento acrecienta la dificultad de acreditar los hechos en que ha de basarse la resolución. Por consiguiente, concluimos que la entrevista interesada podía ser, en principio, útil y pertinente, en cuanto a través de la misma podía acreditarse que la narración de persecución presentaba consistencia y un fundamento válido que sustentaba la solicitud de protección deducida.*

*[...] Maticemos, por lo demás, que tanto en la instancia como ahora en casación el recurrente no interesa que estimemos el recurso en el sentido de ordenar una retroacción de actuaciones en el expediente administrativo concernido, sino que ha pedido que con estimación de su impugnación se declare su derecho al reconocimiento de la condición de refugiado (en referencia al tema de fondo, que se suscita en los motivos de casación posteriores). Empero, no podemos acceder a esta pretensión porque la falta de investigación y análisis de la solicitud de asilo por la Administración en el curso del expediente nos priva de elementos y datos de juicio relevantes para el examen de la situación del solicitante y ahora recurrente; por lo que a fin de evitar cualquier indefensión material para este hemos de anudar a la estimación del motivo de casación la consecuencia lógica que fluye del mismo, a saber, la reposición de las actuaciones administrativas al momento inmediatamente posterior a la solicitud del interesado de que se le practique una entrevista por la instrucción, a fin de que la misma se lleve a cabo y prosiga luego la tramitación del expediente con estricta sujeción al Ordenamiento jurídico.[...] (FFJJ 5º y 6º)*

Por lo que respecta al trámite **de audiencia en el expediente administrativo**, previsto en el artículo 25 del Reglamento de Asilo aprobado por RD 203/1995, de 10 de febrero, la jurisprudencia ha anotado la posibilidad de prescindir del mismo si a la hora de resolver el expediente no son tenidos en cuenta otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado. Por añadidura, los informes de la instrucción no pueden ser considerados hechos, pruebas o alegaciones a los efectos del citado artículo 25. Así lo proclama, entre otras con la misma fundamentación, la **sentencia de 29 de septiembre de 2011 (Recurso de casación nº 5327/2010)**:



*“[...] Tampoco puede ser estimado el tercer motivo casacional, en el que se denuncia la falta de trámite de audiencia en el expediente.*

*Ya hemos indicado que ese trámite sí que se confirió. En diligencia del instructor de fecha 27 de octubre de 2005 se le concedió al entonces solicitante, el trámite contemplado en el artículo 84 de la Ley 30/1992, y este hizo uso de tal posibilidad presentando un escrito de alegaciones y documentación adjunta.*

*Una vez verificado este trámite, no hubo ninguna actuación procedimental posterior que exigiera su repetición, pues conviene recordar que aunque, ciertamente, el artículo 25 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/84, impone, en su apartado 1º, un trámite de audiencia en el procedimiento para la concesión del derecho de asilo, el mismo precepto establece, en su apartado 2º, que "se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figure en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado". Redacción, esta, que coincide con lo dispuesto en el artículo 84.4 de la Ley 30/1992, donde se establece que "se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado".*

*A la vista de este precepto, no cabe sino concluir que el defecto procedimental que afirma el recurrente sólo sería relevante si en la resolución se hubieran tenido en cuenta hechos, alegaciones o pruebas distintas de las aducidas por él con ocasión de aquel primer trámite de audiencia, lo que no es el caso, pues según figura en el expediente, a la hora de resolverlo no fueron tomados en consideración hechos, pruebas o alegaciones distintas de las invocadas por el propio recurrente. Maticemos, en este sentido, que según consolidada jurisprudencia (recogida, a título de ejemplo, en la reciente sentencia de esta Sala de 31 de mayo de 2011, RC 5412/2009), los informes de la instrucción no pueden ser considerados hechos, pruebas o alegaciones a los efectos del tan citado artículo 25, sino que constituyen un análisis o estudio realizado por la propia Administración antes de adoptar la decisión que es el acto administrativo impugnado.” (FJ 7º)*

En fin, por lo que respeta a la resolución finalizada del procedimiento, la jurisprudencia constante viene diciendo una y otra vez que **el empleo de modelos normalizados, en que aparezcan ya incorporados determinados textos o argumentos de común aplicación, responde a una técnica de racionalización del trabajo que no puede calificarse apriorísticamente de reprobable, siempre y cuando dé respuesta a las cuestiones planteadas en el expediente.** Dicho sea de otro modo, el hecho de que la resolución administrativa se sirva de razonamientos redactados conforme a un formulario aplicado en otros casos no determina una carencia de motivación, siempre y cuando la conclusión que así se expresa sea fruto de un análisis y valoración específica de la situación personal del solicitante de asilo. Por eso, no puede tenerse por inmotivada la resolución denegatoria del asilo que responde a un modelo, siempre y cuando ese modelo formulario se haya adoptado sobre la base de la documentación obrante en el expediente en referencia a las circunstancias personales del interesado, singularmente sobre la base del informe de la instrucción, en el que se han de explicitar los argumentos determinantes del rechazo de la solicitud de asilo; de manera que el solicitante recurrente, a través de su lectura, pueda tener cumplido conocimiento de la "ratio" de la denegación del asilo y consiguientemente pueda combatirla en sede jurisdiccional (**sentencia de 23 de septiembre de 2011, recurso de casación nº 5422/2010**, por citar una de las últimas)

## II.5.- EXTENSIÓN FAMILIAR

Ha dicho el Tribunal Supremo que **no cabe admitir que quien ha obtenido el asilo por extensión, pretenda a su vez una nueva extensión en favor de otros familiares que no tienen con la solicitante principal y titular del derecho de asilo la relación de parentesco contemplada** en el artículo 10 de la Ley de Asilo 5/1984, de 26 de marzo. Dice la **sentencia de 17 de mayo de 2011 (recurso de casación nº 2067/2008)**:

*“[...]lo que no cabe admitir (como acertadamente apunta la sentencia de instancia asumiendo el parecer de la Administración), es que quien, como el recurrente, ha obtenido el asilo por extensión, pretenda a su vez una nueva extensión en favor de otros familiares que no tienen con la solicitante principal y titular del derecho de asilo la relación de parentesco contemplada en dicho precepto (pues las personas para las que pide la extensión ahora, no tienen, obviamente, la calidad de cónyuge ni de ascendientes o descendientes en primer grado de aquella). De otro modo, se produciría un encadenamiento de extensiones contrario al espíritu y finalidad de la norma, que a través de la extensión del asilo busca garantizar y proteger la unidad del círculo familiar inmediato (cónyuge y ascendientes o descendientes en primer grado) del titular del asilo, pero no de terceros familiares.[...]” (FJ 4º)*

## II.6.- CESE Y REVOCACIÓN

La **sentencia de 22 de octubre de 2010 (recurso de casación nº 1660/2006)** examina un caso de cesación en la condición de refugiado. Aprecia el Tribunal Supremo una incorrecta aplicación del artículo 37.2 del RD 203/1995, de 10 de febrero, en un caso de regreso al país de origen del esposo de la recurrente por razones personales y no por un cambio fundamental de las circunstancias del país, apreciándose que la recurrente es titular de un derecho de asilo no por efecto reflejo del que se reconoció también a su esposo, sino porque ella misma también era objeto de persecución:

*“[...] Pues bien, entrando ahora en el análisis de la infracción del apartado 2 del citado artículo 37 del Reglamento de aplicación de la Ley de Asilo también entendemos lesionada la norma que contiene tal precepto reglamentario, por lo que además de casar la sentencia, procede anular la resolución impugnada y, en consecuencia, mantener a la recurrente en la condición de refugiada, como seguidamente explicamos.*  
*Coincidimos con la conclusión que alcanza la sentencia sobre la no concurrencia de discriminación por la cesación de la condición de refugiado, cuando se ha extendido a un familiar la protección que dispensa el asilo por causa de la persecución que padece su cónyuge, y éste ha renunciado al derecho de asilo y regresa a su país. De modo que el reparo que opone la parte recurrente al carácter subordinado del reconocimiento del derecho de asilo como discriminatorio no puede ser compartido, toda vez que es perfectamente posible que la situación hubiera sido a la inversa, es decir, que la mujer hubiera sido la persona en que concurra el temor fundado, y su familia, por tanto, se hubiera beneficiado por extensión de la misma protección que proporciona el derecho de asilo al titular.*

*Ahora bien, esto no es lo que ha sucedido en el caso examinado, pues saliendo al paso de una cierta falta de precisión de la sentencia, lo cierto es que ninguna referencia se hace al artículo 10.1 de la Ley de Asilo, sobre la extensión del derecho de asilo a los familiares del perseguido, en la resolución del Ministro del Interior, de 24 de julio de 2001, que reconoció el derecho de asilo a la recurrente. Además, si analizamos el origen de la petición de asilo que formuló el entonces esposo de la recurrente y ella misma, así como los términos en los que se reconoció el derecho de asilo en España, comprobamos que la recurrente era también objeto de persecución en su país de origen, Colombia, de manera autónoma a la de su esposo o conjuntamente con la de éste. [...]*

*Además, conviene reparar que el esposo de la recurrente, cuando comparece para renunciar al asilo (folio 2.1 del expediente administrativo), no alega que se haya producido ningún cambio de circunstancias en su país, sino que se marcha porque en Colombia está “mi padre en sus últimos días de vida” y porque tiene problemas para encontrar trabajo. Entender, por tanto, que tal regreso comporta un cambio de circunstancias supone una lesión del artículo 37.2 del Reglamento de tanta cita, al extender el presupuesto de hecho de la norma a situaciones desconocidas por la misma.*

*En consecuencia, no procede la aplicación del apartado 2 del indicado artículo 37 del Reglamento de aplicación de la Ley de Asilo. No en los términos en que se hace en la resolución administrativa recurrida, sobre cuya legalidad también nos corresponde pronunciarnos ex artículo 95.2.d) de nuestra Ley Jurisdiccional, anudando la suerte de la recurrente a la de su esposo, cuando la recurrente es titular de un derecho de asilo no por efecto reflejo del que se reconoció también a su esposo, sino porque la misma también era objeto de persecución en los términos que antes hemos expuesto, y cuando, en fin, ninguna referencia se hacía al cambio de circunstancias en el país de origen.*

*Procede declarar que ha lugar la recurso de casación y estimar el recurso contencioso administrativo” (FJ 4º)*

A un caso de revocación del derecho de asilo se refiere **la sentencia de 2 de octubre de 2008 (Recurso Ordinario 66/2006)**. Se analiza en el caso resuelto por esta sentencia la revocación de un derecho reconocido por los Tribunales. Se refiere esta sentencia a la distinción entre causas de denegación y revocación, y añade que no es necesario probar o acreditar, mediante una prueba plena y acabada, que el recurrente pertenece a una organización terrorista, esto corresponde a otra jurisdicción. Se trata, a juicio de la Sala, de determinar si concurren "*razones fundadas*" de constituir un peligro para la seguridad nacional. A este respecto, dice el Tribunal que **no es necesario probar o acreditar, mediante una prueba plena y acabada, que el recurrente pertenece a una organización terrorista, esto corresponde a otra jurisdicción. Se trata de determinar si concurren "*razones fundadas*" de constituir un peligro para la seguridad nacional:**

*“[...] Se sostiene, en síntesis, que una vez concedido el derecho de asilo que, en su caso concreto, se obtuvo mediante sentencia judicial firme, en los términos expuestos en el fundamento anterior, no procede su revocación, porque supone desautorizar una resolución judicial, y porque los hechos ya fueron enjuiciados en los procedimientos judiciales que desembocaron en la concesión del mentado derecho de asilo.*

*El reconocimiento de la condición de refugiado, mediante resolución administrativa o por Sentencia firme --como acontece en este caso-- resulta intrascendente a los efectos ahora examinados, toda vez que, atendidas las circunstancias del caso examinado, no se advierte que el procedimiento administrativo sustanciado, que concluye en la revocación del derecho de asilo, tenga por finalidad burlar el cumplimiento de una Sentencia judicial. Por el contrario, debemos destacar, como ya hemos señalado y ahora insistimos, que se concede el derecho de asilo mediante Sentencia de la Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de octubre de 1991, enjuiciando unos hechos anteriores a 1988 --la solicitud de asilo se presentó el 3 de octubre de 1988--. Y los hechos, a los que se refiere la revocación que ahora se impugna, son posteriores a 1988, y vienen especificados en el informe del Centro Nacional de Inteligencia de 12 de abril de 2005, referido a las actividades desarrolladas por el recurrente desde 1996. Repárese que el hecho que se destaca en el informe de Centro Nacional de Inteligencia no es anterior a 1988, sino que se sitúa entre 1992 y 1997, en que el recurrente "coordinó el entrenamiento de elementos terroristas en campamentos de Al Qaeda".*

*Teniendo en cuenta, además, que la Comisaría General de Información y la Comisaría General de Extranjería ya se habían pronunciado en 1996 a favor de la revocación del asilo concedido, en virtud de las actividades llevadas a cabo por el recurrente dentro y fuera de España.*

*La revocación impugnada tiene como finalidad, por tanto, no eludir lo ordenado en una sentencia judicial firme, sino cumplir, ya veremos si concurren o no los presupuestos legales para ello, con la finalidad que la Ley de Asilo --singularmente el artículo 20 que regula la "revocación del asilo"-- prevé. Dicho de otra forma, el derecho de asilo puede ser revocado en los términos previstos en la Ley de Asilo y las normas internacionales a que se remite, siempre que su ejercicio no se utilice como coartada para rehusar el cumplimiento de una decisión judicial, lo que, como hemos señalado, no sucede en el caso examinado al tratarse de hechos diferentes, según la secuencia temporal que hemos reseñado. [...]*

*Por otro lado, en relación con el alegato esgrimido sobre las causas de denegación del derecho de asilo, que no pueden ser aplicadas en el supuesto de revocación, no asiste tampoco razón a la parte recurrente. A tal conclusión se opone el régimen jurídico de la revocación contenido en la Ley de Asilo y en la Convención de Ginebra, en una interpretación lógica y sistemática de sus normas, en los términos que seguidamente veremos.*

*La parte recurrente destaca que constituir un "peligro para la seguridad nacional" puede operar como causa de denegación del asilo, pero no para su revocación, pues la remisión del artículo 20.1.b) de la Ley de Asilo ha de entenderse referida al artículo 1.F, y no al 33.2, de la Convención de Ginebra.*

*La referencia normativa que hemos expuesto en el fundamento tercero revela que la revocación, que expresamente regula el artículo 20.1.b) de la Ley de Asilo, se remite a la Convención de Ginebra, cuando alude a los "Convenios Internacionales ratificados por España". Remisión que no solo se refiere a los casos de exclusión de la aplicación de la citada Convención --artículo 1.F)--, sino también a los de privación del derecho --artículo 33.2--. Obsérvese que el mentado artículo 20.1.b) cita, como*

*causas de revocación, aquellas previstas en la Convención de Ginebra para "la **privación** de la condición de refugiado o la **no aplicación** de los mismos". De manera que son causas de revocación de la concesión del asilo tanto las previstas para la exclusión de la Convención en el artículo 1.F) como las de privación del derecho, entre las cuales se encuentra la del artículo 33.2 de la Convención. [...]*

*No está de más señalar que tanto los supuestos de exclusión, como las causas del artículo 33.2, de la Convención, constituyen causas de denegación del derecho de asilo, ex artículo 3.2 de la Ley de Asilo. Esta asimilación entre las causas de denegación y revocación resulta lógica y responde a la finalidad de la norma legal, pues no podría entenderse que determinadas circunstancias fueran impedimento para la concesión del derecho de asilo y, sin embargo, el derecho concedido fuera inmune a hechos posteriores de idéntica naturaleza. En otras palabras, el propósito del artículo 20.1.b), en relación con el 3.2, de la Ley de Asilo, en este punto, es impedir que sea titular del derecho de asilo, previsto en el artículo 13.4 de la Constitución, aquella persona que se encuentra en determinados supuestos previstos por la norma, ya sea denegando su concesión ya sea revocando el derecho que vinieren disfrutando, sin que haya situaciones exentas a tal consideración.[...]*

*Recordemos que la causa por la que se revoca la concesión del asilo es la prevista en el artículo 33.2, inciso primero, de la Convención, que concurre cuando se considera "por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra", de modo que no es necesario probar o acreditar, mediante una prueba plena y acabada, que el recurrente pertenece a una organización terrorista, esto corresponde a otra jurisdicción, se trata de determinar si concurren "razones fundadas" de constituir un peligro para la seguridad nacional. A continuación veremos los presupuestos que integran esta causa de revocación.*

*A los efectos de preservar los valores esenciales en los que se inspira nuestra Ley de Asilo, según reza en su exposición de motivos, en cumplimiento del artículo 13.4 de la Constitución, debe ofrecerse refugio a personas perseguidas por motivos ideológicos o políticos, de acuerdo con los criterios de solidaridad, hospitalidad y tolerancia que deben inspirar el estado democrático definido en nuestra Constitución, por lo que solo motivaciones convincentes pueden justificar la restricción del expresado derecho.*

*Acorde con tal consideración, las "razones fundadas" han de ser, en primer lugar, convincentes, y valoradas con cautela, por estar cimentadas sobre una serie de datos fácticos fácilmente contrastables, como acontece en este caso con las detenciones del recurrente en países europeos --Italia y Alemania--. A estos efectos, basta la lectura de los informes citados para concluir que en ellos no se cuentan impresiones, se hacen conjeturas o suposiciones, o, simplemente, se nutren de meras hipótesis; sino que, por el contrario, se hacen relatos trabados y coherentes que narran episodios acontecidos en los viajes y las actividades del recurrente.*

*Del mismo modo, las "razones fundadas" han de estar, en segundo lugar, provistas de ese sustrato fáctico esencial, representado por los diversos incidentes que el recurrente protagoniza, por la vinculación de todas sus actividades a una finalidad común que constituye la conexión lógica, de la que se puedan extraer conclusiones dotadas de fundamento razonable,*

*en orden a determinar el grado de peligrosidad del titular del derecho de asilo. Tal como sucede en relación con las actividades llevadas a cabo por el recurrente en los términos que hemos señalado, de modo sintético, en este fundamento. Teniendo en cuenta, además, que si bien el recurrente cuestiona globalmente el informe citado, no niega, sin embargo, de manera concreta los hechos puntuales que en el mismo se recogen, ni proporciona una explicación razonable sobre los mismos. Del mismo modo que la prueba practicada no desvirtúa el soporte fáctico de los citados informes.” (FFJJ 4º, 5º y 6º).*

También resulta de interesante lectura la sentencia **de 27 de marzo de 2008 (Recurso Ordinario 192/2006)**, donde se concluye que no cabe apreciar "razones fundadas" de constituir un peligro para la seguridad nacional. Falta de acreditación de "actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas":

*“[...] hemos de acoger la argumentación relativa a la falta de concurrencia de los requisitos precisos para la aplicación del artículo 33.2 de la Convención de Ginebra, debiendo, en consecuencia, rechazarse la afirmación que se realiza en el primero de los Acuerdos de Consejo de Ministros cuando se expresa que "existen motivos fundados para considerar al Sr. (...) como un peligro para la seguridad de España".*

*Como sabemos, el único respaldo de tal afirmación es que así lo expresa en su informe el Centro Nacional de Inteligencia [...]*

*la argumentación, contenida en el Acuerdo inicial del Consejo de Ministros, de que la simple manifestación por parte del Centro Nacional de Inteligencia ---en un informe emitido el mismo día que le es solicitado--- debe de ser considerada como un "motivo fundado", determinante de la aplicación del precepto convencional 33.2 citado y de la revocación de la condición de refugiado del recurrente, no podemos, en modo alguno, acogerla; en primer término, porque el propio informe del Centro Nacional de Inteligencia no refleja la necesaria y fundada situación de peligro para España como consecuencia de las actividades que se relatan del recurrente (que es el concepto exigido por el precepto convencional que nos ocupa), y, en segundo término, porque las afirmaciones, que en el mismo Informe se contienen, acerca de "situaciones de crisis y de deterioro de relaciones hispano-guineanas", o bien de situaciones "de riesgo para sus intereses y ciudadanos", o, en fin, de compromiso para "la política exterior española con Guinea Ecuatorial", con derivaciones en la política interna española y efectos negativos para la colonia española residente en Guinea, no han contado con la más mínima acreditación e incluso han carecido de soporte objetivo alguno para poder deducir, siquiera por la vía de los indicios, la conclusión o situación expresada. [...]"*

*Con mayor enjundia cuenta la segunda de las argumentaciones de los Acuerdos del Consejo de Ministros que revisamos, con base, según sabemos, en el artículo 1.F.c) de la Convención de 1951, esto es, con base en que "...existan motivos fundados para considerar: ... c) que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas".[...]*

*concretadas dichas actividades del recurrente por los mencionados informes (1 y 2), sin embargo, las mismas no podemos considerarlas como suficientemente acreditadas entre los referidos hechos que se*

*relatan, con la intensidad y en los concretos ámbitos que se destacan en la práctica generada por la Organización de las Naciones Unidas --- ámbitos que podemos considerar especialmente sensibles---, al tratar de perfilar qué debe entenderse por "actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas".[...]*

*Pues bien, es, una vez más, en el marco descrito de esta idea o espacio de los denominados "conceptos judicialmente asequibles", en el que debemos volver a afirmar que, ponderando todos los intereses jurídicos en juego ---y aunque tengamos presente, en el supuesto de autos, un concepto como el de los "actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas"---, hemos de dar prevalencia al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva invocado por el recurrente. Como dijimos en las SSTS citadas, es en "este espacio en el que debe moverse nuestra decisión, de ponderación y compaginación de intereses constitucionales que en apariencia se revelan como de difícil conciliación".*

*Y es, en este espacio, en el que hemos de continuar con nuestro análisis en relación con las actividades del recurrente, las cuales no hemos podido conectar con los elementos ---que hemos calificados de sensibles-- que se destacan en las Resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas, cuales son el tráfico de armas y la contratación de mercenarios. En todo caso, y aunque resulte obvio, debemos insistir en que no corresponde a este ámbito jurisdiccional, el examen de las especiales características del régimen político imperante en la República de Guinea Ecuatorial, ni tampoco el de su calidad democrática; aunque sí tomar en consideración ---y recordar--- la situación del recurrente como asilado o refugiado político en nuestro país, por haber sufrido persecución, estar sometido a enjuiciamiento o haber sido condenado en el país de su nacionalidad por sus opiniones o actividades políticas --- como señalaba la Resolución del Ministro del Interior de 13 de marzo de 1986--- sin que conste que tal situación se haya visto alterada como consecuencia de la evolución política de dicho régimen ecuatoguineano desde el expresado año de 1986.[...]*

*Debemos concluir recreando dichos hechos en el marco de las Resoluciones y actuaciones de las Naciones Unidas ---en supuestos de golpes de estado--- y la consideración de los mismos como "actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas", que, recordamos, serían los únicos hechos susceptibles de fundamentar una revocación de la condición de refugiado, de conformidad con el artículo 1.F.c) de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados. [...]*

*La primera conclusión a la que se llega del estudio de los trabajos preparatorios de la Convención de Ginebra de 1951 es la de no poder deducir, de forma clara e inequívoca, una lista de comportamientos que habrían de entenderse incluidos bajo la categoría de "actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas"; concepto que, por otra parte, desde una perspectiva subjetiva, parecería estar reservado a los Estados, mas no a las personas físicas, en este caso refugiados.*

*Del análisis de los diversos trabajos y documentos realizados por el ACNUR se extraen en el informe una serie de conclusiones que hacen referencia a la problemática y la complejidad de la aplicación de dichas cláusulas de exclusión, motivo por el que las mismas deben interpretarse*

*restrictivamente y de manera que no menoscaben la integridad de la protección internacional, debiendo reservarse a aquellas personas que son culpables de los actos mas graves e inaceptables, ante circunstancias extremas, o cuando un acto y sus consecuencias logran traspasar un umbral muy estrecho, que debería ser definido en relación con la gravedad del acto en cuestión, la forma como se organizó el mismo, su impacto internacional, etc.. Por otra parte, expresan las conclusiones del ACNUR que dichas cláusulas no parecen estar pensadas para el "hombre común y corriente", sino "solamente para personas en posiciones de poder en un Estado o ente similar", si bien cita algún supuesto aislado de "individuos sin asociación a un Estado". Sin tampoco elaborar un listado, el ACNUR excluiría los actos relacionados con el tráfico de drogas y trata de emigrantes, incluyendo, por el contrario. "los actos de terrorismo, aunque sometidos a fuertes restricciones".*

*Conclusiones similares se obtienen del análisis de la Posición Común 96/1996, de 4 de marzo, del Consejo, relativa a la armonización de la definición del término "refugiado", pareciendo limitarse las cláusulas a "los titulares de altas funciones de los Estados" o a los que pertenezcan a las fuerzas de seguridad de los mismos. [...]*

*Aplicando lo anterior al supuesto concreto el Informe considera que tal cláusula sería de aplicación al supuesto del recurrente como consecuencia de los "actos de organización, preparación y participación en un golpe de Estado en Guinea Ecuatorial, siempre en estrecha relación y de forma acumulada con la presunta intervención del mismo en actos de tráfico ilegal de armamento y reclutamiento ilegal de mercenarios", destacándose en el Informe de la Asesoría Internacional estas dos concretas actuaciones ---tráfico de armas y contratación de mercenarios--- como las realmente determinantes de la exclusión de dichas cláusulas al deber de considerarse como "actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas", y, partiendo de la base de la expresada intervención del recurrente en dichas concretas actividades. [...]*

*Sin embargo, como sabemos, la participación del recurrente en tales concretas actuaciones ---tráfico de armas y contratación de mercenarios--- no ha resultado acreditada, ni para nosotros, ni para el Tribunal ecuatoguineano que lo juzgó en rebeldía, tratándose, por otra parte, de actuaciones ---organizadas sin la intervención directa del recurrente--- que se desarrollaron en lugares muy lejanos al Reino de España, como ocurre con Zimbabwe.[...]” (FFJJ 5º, 6º, 7º y 8º)*

## **II.7.- LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS SOBRE ASILO Y REFUGIO**

Terminamos nuestro recorrido por la jurisprudencia más reciente en materia de protección internacional con una referencia al régimen de las medidas cautelares en los recursos contencioso-administrativos referidos a esta materia; más concretamente, en relación con la previsión del artículo 29.2 de la nueva Ley de Asilo 12/2009, de 30 de octubre, a cuyo tenor cuando se interponga un recurso contencioso-administrativo y se solicite la suspensión del acto recurrido, dicha solicitud tendrá la consideración de especial urgencia contemplada en el artículo 135 de la LRJCA.



Pues bien, la jurisprudencia ha entendido que a las solicitudes de suspensión presentadas **frente a decisiones administrativas denegatorias del derecho de asilo o protección subsidiaria y adoptadas sobre la base de la Ley de Asilo 12/2009 debe dárseles, por mandato del artículo 29.2 de dicha Ley, el trámite de urgencia que dispone el artículo 135 de la Ley Jurisdiccional. Los autos dictados en aplicación del mencionado artículo 135 de la Ley Jurisdiccional no son susceptibles de "recurso alguno"**, tampoco de recurso de casación. Sin embargo, el designio que inspira la Ley de Asilo 12/2009 es el de añadir una garantía suplementaria (el tratamiento urgente y privilegiado de la solicitud, sin oír a la otra parte) a las ya existentes en materia de tutela judicial cautelar, lo cual implica que, cuando el tribunal rechace la suspensión "cautelarísima" del acto impugnado, el auto que resuelva en este sentido no cierra el paso al incidente cautelar ordinario, dentro del cual el solicitante de asilo puede alegar cualesquiera motivos que considere pertinentes en defensa de su pretensión, fuera ya del marco de cognición limitada que supone el artículo 135 de la Ley Jurisdiccional. Frente a la resolución judicial que ponga fin a la pieza "ordinaria" de medidas cautelares sí cabe recurso de casación. Dice, así, **la sentencia de 3 de mayo de 2011 (RC 5007/2010):**

*"[...] La primera cuestión que debe plantearse es la admisibilidad del recurso de casación contra el auto impugnado. Los autos dictados en aplicación del artículo 135 de la Ley Jurisdiccional, sin audiencia de la parte contraria a la que solicita la medida cautelar, no son susceptibles de "recurso alguno". La interpretación que del citado artículo 135 ha hecho esta Sala es que la imposibilidad de recurrir se extiende tanto a los autos que otorgan la medida "cautelarísima" como a los que la deniegan: ni unos ni otros tienen acceso a la casación.*

*Dicha doctrina se ha plasmado, entre otros, en los autos de 24 de enero de 2003 (recurso 3364/2001) y 23 de enero de 2007 (recurso 5240/2003), del que transcribimos las siguientes consideraciones:*

*"En el presente caso, el recurso ha de ser inadmitido al no ser susceptible de casación el auto que deniega la solicitud de medidas cautelares solicitadas al amparo del artículo 135 de la Ley Jurisdiccional, pues no se halla citado entre los prevenidos en el artículo 87.1 de la vigente Ley Jurisdiccional. En efecto, el artículo 87.1 de la mencionada Ley limita el recurso de casación contra autos sólo a cuatro clases de éstos -los que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, hagan imposible su continuación, los que pongan término a la pieza separada de suspensión o de otras medidas cautelares y los recaídos en ejecución de sentencia-, en ninguno de los cuales cabe subsumir los que se pronuncian en aplicación del artículo 135 de la Ley Jurisdiccional, precepto que prevé una serie de especialidades procesales, con relación a los Autos que resuelven la pieza separada de medidas cautelares, para los supuestos en que concurran "circunstancias de especial urgencia". En estos casos, tal y como ha declarado la Sala por Auto de 24 de enero de 2003, la medida cautelar se puede adoptar mediante auto sin audiencia previa de la parte contraria, añadiéndose a continuación que "contra este auto no se dará recurso alguno". Imposibilidad de recurso que también es aplicable si la medida se deniega, como aquí ha sucedido, ya que en este caso el interesado puede efectuar la solicitud de medida cautelar al amparo de lo dispuesto en los artículos 129 y 130. En consecuencia, debe inadmitirse el presente recurso de casación al concurrir la causa prevista en el artículo 93.2.a), en relación con el*

87.1, de la Ley de esta Jurisdicción, por no ser el auto impugnado susceptible de recurso de casación [...]"

**Tercero.-** Hemos de confirmar una vez más la doctrina contenida en los dos autos citados, añadiendo a lo expuesto que la restricción de la posibilidad de recurso está plenamente justificada y, en realidad, no supone sino diferir a una fase ulterior (aquella en que se resuelve de modo definitivo sobre la procedencia de la cautela) el eventual control en casación de los autos de instancia.

El artículo 135 de la Ley Jurisdiccional establece que contra los autos que se dicten a su amparo no cabrá recurso alguno porque, en el caso de que se conceda la medida cautelar, con el consiguiente sacrificio del derecho de defensa de la parte no oída y la excepción del principio de contradicción, su eficacia temporal es muy limitada en el tiempo y viene condicionada a la ulterior decisión casi inmediata. Debe el tribunal, en la misma resolución favorable a la pretensión actora, convocar a las partes a una comparecencia dentro de los tres días siguientes, en la que resolverá sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada. Y este "segundo" auto ya es recurrible "conforme a las reglas generales".

En el caso en que el tribunal deniegue la medida "cautelarísima" tampoco hay realmente restricciones a la tutela judicial por el hecho de que el auto desfavorable al actor no sea susceptible de recurso inmediato. Esta denegación, basada en la inexistencia de una particular situación de urgencia excepcional, no tiene más alcance que el de rechazar que concurran los presupuestos extraordinarios a los que se refiere el artículo 135 citado. Se inserta, pues, en un proceso de cognición muy limitada de modo que el auto que resuelve la pieza "provisionalísima" no impide que, acto seguido, el tribunal sustancie el incidente cautelar "ordinario" al término del cual, oídas todas las partes y tras la valoración y ponderación del conjunto de factores susceptibles de incidir en el otorgamiento de la medida cautelar (entre ellos, el *periculum in mora* no cualificado por razones excepcionales), de nuevo dicte un auto -éste sí definitivo- que, previo el preceptivo recurso de reposición, será recurrible en casación conforme a las reglas generales previstas en el artículo 87 de la Ley Jurisdiccional.

En definitiva, cualquiera que sea el sentido, favorable o desfavorable para el solicitante, del auto que se dicte en el marco del artículo 135 de la Ley Jurisdiccional, dicha resolución no "pone término" a la pieza de medidas cautelares, por lo que no es susceptible de recurso de casación, conforme a lo establecido en el artículo 87.1.b) de la Ley Jurisdiccional.

**Cuarto.-** Las consideraciones generales que se dejan expuestas sobre la impugnabilidad en casación de los autos dictados al amparo del artículo 135 de la Ley Jurisdiccional han de ponerse en relación con la novedad legislativa que ha supuesto el artículo 29 de la Ley 12/2009. El legislador ha establecido, en lo que respecta a la medida cautelar de suspensión instada contra actos que aplican las normas reguladoras del derecho de asilo y la protección subsidiaria, que la "solicitud" tendrá "la consideración de especial urgencia contemplada en el artículo 135 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa".

La interpretación del artículo 29 de la Ley 12/2009 conduce a una doble consecuencia:

A) A las solicitudes de suspensión (no necesariamente a las de otras medidas cautelares distintas de ella) presentadas frente a decisiones administrativas denegatorias del derecho de asilo o protección subsidiaria y adoptadas sobre la base de la Ley 12/2009 debe dárseles, por mandato legal, el trámite de urgencia que dispone el artículo 135 de la Ley Jurisdiccional. Es decir, el tribunal deberá

*resolver sobre ellas de modo inmediato y sin oír previamente a la Administración autora del acto.*

*La consideración de las citadas "solicitudes" como "de especial urgencia contemplada en el artículo 135" no implica, sin embargo, que automáticamente deba accederse al otorgamiento de la suspensión instada. Procederá ésta, o no, con arreglo a los criterios que rigen la tutela cautelar en casos de excepcional urgencia, previa ponderación de los intereses en juego. La respuesta judicial ha de ser, en efecto, urgente pero no necesariamente favorable a la solicitud pues, repetimos, la Ley 12/2009 no lo exige.*

*Ha de tenerse en cuenta, por lo demás, que no tienen por qué parificarse siempre y en todo caso las "circunstancias" de especial urgencia previstas en el artículo 135 citado, que se refieren a las situaciones objetivas y subjetivas de fondo concurrentes en los hechos, con la especial urgencia que la Ley 12/2009 atribuye tan sólo a la "solicitud", cuyo efecto es provocar la decisión inmediata del órgano jurisdiccional sin oír a la parte contraria. El juez o tribunal que decida en esta materia no puede omitir el tratamiento procesal que corresponde a la "especial urgencia" de la solicitud, esto es, no puede dejar de abrir el trámite del artículo 135 de la Ley Jurisdiccional, pero conserva su capacidad de enjuiciamiento propia sobre la existencia o inexistencia de razones que determinen la suspensión del acto impugnado.*

*B) La consideración de la solicitud de suspensión como de "especial urgencia" no implica una disminución de las garantías procesales del demandante, sino su refuerzo. Con el artículo 29 de la Ley 12/2009 se trata, por emplear los términos de su Exposición de Motivos, de "mejorar significativamente las garantías procedimentales en el examen de las correspondientes solicitudes" mediante "la generalización de garantías contencioso-administrativas de carácter judicial, como son las medidas cautelares previstas en el artículo 135 de la Ley 29/1998".*

*El designio que inspira la nueva norma es, pues, el de añadir una garantía suplementaria (el tratamiento urgente y privilegiado de la solicitud, sin oír a la otra parte) a las ya existentes en materia de tutela judicial cautelar. Lo cual implica que, cuando el tribunal rechace la suspensión "cautelarísima" del acto impugnado, el auto que resuelva en este sentido no cierra el paso al incidente cautelar ordinario, dentro del cual el solicitante de asilo puede alegar cualesquiera motivos que considere pertinentes en defensa de su pretensión, fuera ya del marco de cognición limitada que supone el artículo 135 de la Ley Jurisdiccional.*

*En el seno de este incidente "ordinario" se garantiza el derecho a la tutela judicial de la Administración demandada, que podrá oponer los argumentos que juzgue oportunos frente a la solicitud de suspensión, lo que no pudo hacer en el trámite regulado por el referido artículo 135 de la Ley Jurisdiccional. En el curso de aquel incidente, además, el tribunal que haya de resolver podrá, si lo considera necesario, recabar con urgencia el envío del expediente administrativo correspondiente a la denegación del derecho de asilo a fin de tener un mejor conocimiento de las circunstancias en que se haya producido, lo que no es posible dentro del limitado cauce procesal del artículo 135 de la Ley Jurisdiccional.*

*En fin, la eventual apertura y tramitación del incidente de suspensión ordinario justifica, como ya hemos expuesto, que los autos desestimatorios de este género de solicitudes, caracterizadas por su especial urgencia a efectos del artículo 135 de la Ley Jurisdiccional, no sean susceptibles de recurso de casación, en la medida en que con ellos aún no se ha puesto término a la pieza de medidas cautelares. [...]"(FF JJ 2º,3º y 4º)*

Esta doctrina jurisprudencial también se recoge en **la sentencia de 5 de mayo de 2011 (recurso de casación nº 6037/2010)**

