



Roj: **STS 5307/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5307**

Id Cendoj: **28079130032016100474**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **09/12/2016**

Nº de Recurso: **3083/2014**

Nº de Resolución: **2568/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 9 de diciembre de 2016

Esta Sala ha visto, constituida en su **Sección Tercera** por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 3083/2014, interpuesto por D.^a Clemencia, representada por la procuradora D.^a María del Pilar Vega Valdesueiro y bajo la dirección letrada de D. Guillermo Gil-Robles Mathieu de Vienne, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 27 de junio de 2014 en el recurso contencioso-administrativo número 291/2012. Es parte recurrida la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 27 de junio de 2014, desestimatoria del recurso promovido por D.^a Clemencia contra la resolución del Ministro del Interior de fecha 21 de marzo de 2012, por la que se le denegaba el derecho de asilo y la protección subsidiaria (expte. NUM000).

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación de la Secretaria de la Sala de instancia de fecha 12 de septiembre de 2014, que también acordaba emplazar a los litigantes ante el Tribunal Supremo.

TERCERO .- Emplazadas las partes, la representación procesal de D.^a Clemencia ha comparecido en forma en fecha 28 de octubre de 2014, mediante escrito por el que interpone el recurso de casación, que se articula en los siguientes motivos:

- 1º, formulado al amparo del apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto, del artículo 120.3 de la Constitución, y de la jurisprudencia constitucional;

- 2º, que se basa en el apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto, del artículo 120.3 de la Constitución, así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo;

- 3º, basado en el mismo apartado que el anterior y también por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto, del artículo 120.3 de la Constitución, y de la jurisprudencia de este Tribunal;

- 4º, que se ampara en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, por infracción del artículo 3 de la Ley **12/2009**, de 30 de octubre, reguladora del derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria, en relación con los artículos 1 y 2 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados;



- 5º, también basado en el apartado 1.d) del reiterado precepto procesal, por infracción de los artículos 4 y 10 de la Ley **12/2009** ;
- 6º, amparado en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional , por infracción del artículo 37.b) de la Ley **12/2009** y concordantes del Reglamento de extranjería, y
- 7º, que se basa en el mismo apartado que el anterior, por infracción del artículo 48 de la Ley **12/2009** .

Termina el escrito suplicando que se dicte sentencia en virtud de la cual se case y revoque la resolución recurrida y se declare el reconocimiento del derecho al asilo y refugio en España del recurrente y se condene a las autoridades españolas al cumplimiento de los efectos que supone el reconocimiento de la condición de asilado y, en su caso, se reconozca y conceda al recurrente la protección subsidiaria o, en su caso, la autorización de permanencia en España por razones o motivos humanitarios.

El recurso de casación ha sido admitido en cuanto a los motivos cuarto a séptimo por auto de la Sala de fecha 12 de marzo de 2015 , que inadmite los tres primeros motivos.

CUARTO .- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que se desestime el mismo y se impongan las costas al recurrente.

QUINTO .- Por providencia de fecha 19 de octubre de 2016 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 2 de noviembre de 2016, en que han tenido lugar dichos actos.

SEXTO .- En el presente recurso se han guardado las prescripciones procesales legales, excepto la del plazo para dictar sentencia, a causa de la complejidad jurídica del asunto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

Doña Clemencia interpone recurso de casación contra la Sentencia de 27 de junio de 2014 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional en materia de asilo. La citada Sentencia desestimó el recurso contencioso administrativo que la citada recurrente había entablado contra la denegación por parte del Ministerio del Interior del derecho de asilo y la protección subsidiaria.

El recurso se articula mediante siete motivos, de los que los tres primeros fueron inadmitidos por Auto de esta Sala de 12 de marzo de 2015 . Los cuatro motivos restantes y que soportan el recurso se acogen al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia.

Los motivos cuarto, quinto y sexto se fundan en que la decisión de la Sala de denegar el asilo, la protección subsidiaria y la autorización de residencia iría contra la regulación legal vigente. En concreto, en el motivo cuarto se aduce la infracción del artículo 3 de la Ley reguladora del derecho de Asilo (Ley **12/2009**, de 30 de octubre), en relación con los artículos 1 y 2 de la Convención de Ginebra, por la denegación del asilo; en el motivo quinto se alega la infracción de los artículos 4 y 10 de la citada Ley **12/2009** , por el rechazo de la protección subsidiaria; y el motivo sexto se basa en la vulneración de lo previsto en el artículo 37.b) de la referida Ley , y concordantes del Reglamento de extranjería, por la no concesión de la autorización de residencia.

Finalmente, el motivo séptimo se funda en la infracción de artículo 48 de la Ley reguladora del asilo por no haberse reconocido que en el momento de formular su solicitud la recurrente era menor de edad.

SEGUNDO .- Sobre los fundamentos de la Sentencia recurrida.

La Sala de instancia justifica la desestimación del recurso en los siguientes argumentos jurídicos:

" **SEGUNDO**.- Constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo determinar si es o no conforme a Derecho la Resolución del Subsecretario de Interior de 21 de marzo de 2012, dictada por delegación del Ministro, que deniega a D^a. Clemencia (Nigeria), solicitó asilo en España, afirmando: <<Sus padres murieron cuando ella tenía 10 años y su hermano 8. A la muerte de sus padres, ella fue acogida por su tía materna llamada Belinda y su hermano pequeño se quedó con la abuela materna viviendo en casa de los padres. Los cinco años que estuvo viviendo con su tía no pudo seguir con sus estudios porque tenía que ayudarle en el trabajo de casa.

Cuando cumplió 15 años, el cuñado de su tía la violó y esto hizo que ellas se fuera de casa durante una semana en la que estuvo deambulando por las calles. Luego volvió a casa de su tía con la intención de coger su ropa, y éste le dijo que le tenían que hacer la ablación, a lo que ella se negó porque sabía que muchas chicas morían



cuando se les realizaba esta práctica. También le dijo que tenía que casarse con su cuñado pero ella se negó porque decía que era muy joven u quería continuar con sus estudios, a lo que su tía le contestó que no habría ningún problema porque después de casada podría continuar estudiando.

Toda esta serie de acontecimientos le entristecían mucho y lo único que se le ocurrió fue irse de casa de su tía para vivir con su abuela y su hermano. Un día, estando en la calle llorando se le acercó un hombre llamado Juan Pedro , y le preguntó cuál era su problema; ella se sinceró con él y le contó su vida. Él la consoló y le dijo que no se preocupara porque iba a ayudarla a salir de aquel ambiente y del país para rehacer su vida en un lugar mejor.

Una vez en Agadesh, le obligó a prostituirse; después de tres semanas de estancia en aquella ciudad prosiguieron los dos el viaje hasta Marruecos, y después de embarcarla para que llegase a Ceuta él -según ella- volvió a Nigeria. Dice que ha venido a España porque quiere estudiar para poder conseguir un buen trabajo y establecerse en nuestro país y también para poder ayudar a su hermano pequeño, que se ha quedado en casa>>.

En el expediente figura como fecha de nacimiento el NUM001 de 1993 por lo que, según ese dato, tendría 18 años cumplidos al momento de la solicitud y el día de su entrada en España, 3 de octubre de 2011.

El informe de la Oficina de asilo y Refugio, examina la solicitud de la recurrente, afirmando:

<<En primer lugar, la solicitante no aporta documento alguno que acredite su identidad ni su nacionalidad, sin que de sus alegaciones se deduzca motivo alguno que justifique esta ausencia de documentación, ya que los hechos relatados nada tienen que ver con una persecución por parte de las autoridades de su país, a las que podía haber acudido, no sólo para documentarse, sino también para solicitar protección frente a los hechos que alega e incluso denunciarlos.

En cuanto a los hechos en los que basa su solicitud la interesada, no pueden ser considerados como constitutivos de una persecución personal y concreta por alguno de los motivos previstos en la Ley ya que, además de que no hubieran sido provocados ni autorizados por las autoridades del que dice es su país, es que además, después de haberse producido los mismos, hubiera estado viviendo tres años en el mismo, sin que volviera a tener problema alguno. Puesto que la violación alegada por la interesada y la pretensión de su tía de practicarle la ablación y casarla en contra de su voluntad, hubieran tenido lugar en el año 2008, cuando la interesada tenía 15 años de edad, saliendo ésta del país en el años 2011...

Así, por lo que se refiere a la violación que dice haber sufrido, existía la posibilidad de que, puesto que dice haber ido a vivir con su abuela después de haber tenido lugar la misma, contar a ésta lo sucedido y con su ayuda, haberlo denunciado a sus autoridades.

En cuanto a la pretensión de su tía, de casarla con su cuñado y practicarle la ablación, además de que ninguno de dichos hechos tuvo lugar, permaneciendo la interesada en el país tres años más...>>.

Y el informe resalta que, tanto la ablación como los matrimonios forzados, están castigados penalmente en Edo, Estado en el que vivía la interesada, por lo que "no existe motivo alguno que le impidiese denunciarlos y solicitar protección a sus autoridades".

La solicitud fue desestimada por Resolución del Subsecretario de Interior de 21 de marzo de 2012, dictada por delegación del ministro, acogiendo el informe realizado por la Instrucción. Y tras las razones que señala, la resolución afirma que no se aprecia la concurrencia de los requisitos para la concesión del derecho a la protección subsidiaria. Y tampoco aprecia que existan razones humanitarias para autorizar la permanencia en España en base a la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.

TERCERO.- Con anterioridad a dictarse la resolución impugnada, la solicitante aportó al expediente en febrero de 2012, después del informe de la Instrucción, escrito dirigido a la fiscalía de Ceuta, solicitando se decrete su menor edad en atención al certificado de nacimiento que también adjunta y al informe psicológico estimativo de la menor edad efectuado por la Cruz roja Española.

Como hemos señalado en fundamento anterior, los datos del expediente se refieren a una edad de 18 años al momento de la entrada y desde luego al momento de solicitud de asilo. En autos consta que la solicitud de asistencia jurídica gratuita se formaliza señalando como fecha de nacimiento NUM001 -1993, es decir, coincidiendo con su mayoría de edad.

En la solicitud formulada a la Fiscalía de Ceuta se afirma, por la propia solicitante:

<<Que en octubre de 2011 entré en Ceuta, compareciendo con fecha tres de octubre ante la Policía Nacional, habiendo comunicado a los agentes mi menor edad, fui puesta a disposición de la Fiscalía sometida a un examen forense que determinó mi mayor edad>>.



Ello significa que la propia parte actora reconoce que la Fiscalía siguió el procedimiento preciso para la determinación de la edad, con resultado, tras examen forense, de determinación de mayoría de edad.

Una vez que se constata lo anterior, unido a los datos obrantes al expediente y la documentación citada sobre la solicitud de asistencia jurídica gratuita, solo podemos concluir que no cabe discutir en estos autos la mayoría de edad de la recurrente. Efectivamente, la decisión de la fiscalía no puede ser revisada en este procedimiento, por lo que debemos desestimar la pretensión actora de nulidad de actuaciones en base a la pretendida minoría de edad.

También se ha aportado a autos el informe desfavorable de la CIAR, por lo que el otro obstáculo procedimental alegado queda también desvirtuado.

Por o demás, atendidos los extremos que anteceden y tras el examen de las actuaciones, la Sala considera que el recurso no puede prosperar. Las alegaciones de la parte recurrente, que no han sido suficientemente avaladas en el presente recurso, permiten afirmar que el acto recurrido, basado en el informe de la Instrucción, es conforme a derecho. Para ello nos remitimos a dicho informe resaltando, por un lado, que la actora no acudió a las autoridades de su país u otros familiares en busca de protección. Y, por otro lado, que tanto la ablación como el matrimonio forzoso tienen protección penal en el estado donde residía la actora. Por último, señalar que el relato reflejado no se incardina, por lo expuesto, en las causas susceptibles de reconocimiento de la protección demandada.

Por tanto, la valoración conjunta de las actuaciones y los datos que ofrece el informe de la Instrucción del expediente, que no se desvirtúan en el presente procedimiento, determinan la desestimación del recurso, sin que las razones expuestas en la demanda permitan llegar a diferente conclusión.

Por último, entendemos que tampoco procede el otorgamiento de la protección subsidiaria prevista en el art. 4 de la Ley. Dicho precepto establece que 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, y que no puedan o, a causa de dicho riesgo, no quieran, 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 la misma Ley.

Sin embargo el recurrente no ha formulado motivo alguno, fuera de los ya analizados, de suficiente entidad -y menos con carácter de fundados- como para creer que el regreso a su país pudiera determinar riesgo de sufrir tales daños.

CUARTO.- En lo que atañe al ámbito de las razones humanitarias, el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley de asilo, tras las modificaciones efectuadas por el Real Decreto 2393/2004, permite la permanencia en España bajo la forma de autorización de estancia a 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 no cumplan los requisitos previstos en la Convención de Ginebra y en el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, y en las que se aprecie que el retorno al país de origen supondría un riesgo real para su vida o integridad; y a aquellas otras personas en las que concurran razones humanitarias -que el Reglamento no especifica- distintas de las anteriores, siempre y cuando estén acreditadas en el expediente.

Las razones humanitarias no se refieren a cualquier razón de tipo humanitario, sino que necesariamente tienen que estar vinculadas a un riesgo real de desprotección pro razón de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso. Debe apreciarse, pues, si existen razones o circunstancias incompatibles con el disfrute de los derechos inherentes a la persona, caso de que ésta tuviera que volver a su país. Las razones humanitarias, según los términos establecidos en la Ley, aun cuando se interpreta la expresión ampliamente, deben ser suficientemente precisas en relación con la situación personal del interesado y la situación del país de origen o procedencia pues no atienden a razones de humanitarismo imprecisas o genéricas.

Como ha expresado el Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de diciembre de 2003, entre otras, "Nos encontramos en este precepto con una previsión del legislador para que la Administración pueda autorizar al extranjero en quien no concurran los requisitos del artículo 3.1 de la Ley a permanecer en España, de este modo a la Administración la posibilidad de valorar la situación concreta del solicitante de asilo con un margen de discrecionalidad para resolver".

En nuestro caso, no existen condiciones que permitan considerar que concurran alguna o algunas de las circunstancias a que se ha hecho referencia, de modo que carecería de fundamento la adopción de la medida interesada. Máxime si consideramos que la parte recurrente no realiza una mínima justificación de



conurrencia de los supuestos que habilitarían la misma. Podemos afirmar que al igual que la improcedencia del asilo y la protección subsidiaria, tampoco aparece justificado otorgar esta medida, que requiere una justificación o acreditación de mayor intensidad que en el caso anterior.

En suma, pues, cumplidos los requisitos y trámites previstos en la normativa reguladora, no apreciando la Sala motivos que acrediten la existencia de persecución, o su temor fundado a padecerla, por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, con lo cual no concurre el presupuesto necesario para el reconocimiento del derecho a asilo conforme a lo previsto en el artículo 1.A.2, párrafo primero, de la Convención de Ginebra de 1.951, sobre el Estatuto de los Refugiados, y en el artículo 1.2 del Protocolo de Nueva York de 21 de enero de 1.967, Instrumentos internacionales ambos a los que expresamente se remite la Ley de asilo, y no apreciándose tampoco motivos relevantes que permitan acceder a la permanencia en España, procede desestimar el recurso." (fundamentos de derecho segundo a cuarto)

TERCERO .- Sobre la falta de concurrencia de los requisitos para otorgar la protección internacional.

Examinamos conjuntamente los tres primeros motivos puesto que en definitiva, todos ellos se fundan en la supuestamente indebida denegación de los diversos grados de protección contemplados en la Ley de Asilo, denegación que se asienta en una causa común, y es la falta de acreditación, siquiera indiciaria, de que la realidad de los hechos en que se funda la petición de protección. En efecto, la Sala de instancia justifica en términos razonables que no existe el menor elemento de justificación de la realidad de los hechos alegados, aun en los relativos términos en que dicha acreditación se requiere en la materia por la dificultad inherente a las situaciones que se describen y su localización en otros países.

Por otra parte, incluso con la propia narración de la solicitante resulta apenas verosímil admitir la existencia de una situación de riesgo por razones de género que le haga acreedora de la protección internacional en ninguna de sus formas o que justifique una autorización de residencia por razones humanitarias. No se comprende, en efecto, que tras los hechos ocurridos en casa de su tía (violación y ablación en contra de su voluntad) viviera en el país durante tres años más antes de abandonarlo si es que continuaba una situación permanente de persecución o maltrato. No explica tampoco la solicitante por qué no recurrió a las autoridades de su país con ocasión de tales hechos. Afirma que se fue de la casa de su tía y fue a residir en casa de su abuela con su hermano menor, sin que aduzca que allí fuese objeto de maltrato. En fin, estas y otras circunstancias puestas de relieve en el informe de la instrucción y aceptadas como hechos probados por la Sala de instancia justifican la desestimación del recurso sin que pueda aducirse ninguna infracción de derecho, al tratarse de una fundamentación motivada y razonable en atención a los hechos descritos, y que no incurre en errores patentes.

CUARTO .- Sobre el motivo séptimo, relativo a la alegación de minoría de edad.

En el séptimo motivo la recurrente alega la vulneración del artículo 48 de la Ley de asilo en la medida en que no se le han reconocido las garantías suplementarias previstas por la ley en razón de su menor edad en el momento de solicitar el asilo.

El motivo ha de ser también desestimado, ya que la Sala explica, en relación con la alegación de minoría de edad, respecto a la que la solicitante aportó un certificado de nacimiento, que fue sometida a un análisis forense con plenas garantías y que se llegó a la conclusión de que en octubre de 1993, momento en que entra en Ceuta y solicita el asilo, era mayor de 18 años. No es cierto, sin embargo, que la Sala de instancia no pudiera entrar en la cuestión de su menor edad, como se afirma erróneamente en el fundamento jurídico tercero, aunque por las circunstancias de hecho recogidas en el mismo, es razonable que la Sala asuma que la recurrente era mayor de edad en el momento de solicitar el asilo.

QUINTO .- Conclusión y costas.

El rechazo de los motivos en que se funda el recurso de casación hace que no haya lugar al mismo. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción, se imponen las costas a la recurrente, hasta un máximo de 3.000 euros por todos los conceptos legales, más el IVA que corresponda a la cantidad reclamada.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido
1. Declarar que ha no ha lugar y, por lo tanto, desestimar el recurso de casación interpuesto por D^a. Clemencia contra la sentencia de 27 de junio de 2014 dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 291/2012. 2. Confirmar la sentencia objeto del recurso. 3. Imponer las costas de la casación al parte recurrente conforme a lo expresado en el fundamento de derecho quinto.



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

Así se acuerda y firma.

Pedro Jose Yague Gil.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Eduardo Calvo Rojas.-
Maria Isabel Perello Domenech.-Jose Maria del Riego Valledor.-Diego Cordoba Castroverde.-Angel Ramon
Arozamena Laso.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado
Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que,
como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.-Firmado.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ