

Roj: **STS 1250/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1250**Id Cendoj: **28079130032017100129**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **28/03/2017**Nº de Recurso: **2675/2016**Nº de Resolución: **538/2017**Procedimiento: **Recurso de casación**Ponente: **PEDRO JOSE YAGÜE GIL**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 2714/2016,**  
**STS 1250/2017**

## SENTENCIA

En Madrid, a 28 de marzo de 2017

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 2675/2016, interpuesto por el Sr. Abogado del Estado, en nombre y representación de la Administración General del Estado, contra la sentencia dictada en fecha 30 de junio de 2016, y en su recurso contencioso-administrativo nº 411/15 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso -Administrativo de la Audiencia Nacional, sobre denegación de visado de estancia de corta duración, siendo parte recurrida D.<sup>a</sup> Esperanza , representada por la Procuradora D.<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Jesús Bejarano Sánchez, y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Victoria Bolaños Cascales.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Yague Gil

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el proceso contencioso-administrativo antes referido la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia estimando en parte el recurso. Notificada dicha sentencia a las partes, por el Sr. Abogado del Estado, se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación de fecha 1 de septiembre de 2016, en la que se mandó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**SEGUNDO.-** Emplazadas las partes, el Sr. Abogado del Estado compareció en fecha 13 de octubre de 2016 ante este Tribunal Supremo, interponiendo el recurso de casación, exponiendo los motivos de impugnación que consideró oportunos, y solicitando se declare haber lugar al recurso, casando la sentencia recurrida y se dicte otra por la que: *"con estimación del recurso interpuesto, se case y anule la sentencia recurrida y, en su lugar, se dicte sentencia por la que se declare conforme a derecho la resolución del Ministerio del Interior denegatoria del asilo solicitado, sin otorgamiento del beneficio de la protección subsidiaria contenido en el art. 4 de la Ley de Asilo."*

**TERCERO.-** El recurso de casación fue admitido por providencia de fecha 17 de noviembre de 2016, en la cual se ordenó también la remisión de las actuaciones a la **Sección Tercera**, de conformidad con las reglas de reparto. Por diligencia de ordenación de fecha 1 de diciembre de 2016 se dio traslado del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (D.<sup>a</sup> Esperanza ), a fin de que en plazo de treinta días pudiera oponerse al recurso, lo que hizo en escrito presentado en fecha 10 de enero de 2017, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y solicitó se dictara sentencia desestimando el recurso de casación, confirmando la sentencia recurrida que otorga a D.<sup>a</sup> Esperanza la protección subsidiaria.



**CUARTO.-** Por providencia de fecha 8 de febrero de 2017 se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Pedro Jose Yague Gil y se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 21 de marzo de 2017, en que tuvo lugar.

**QUINTO.-** En la sustanciación del juicio no se han infringido las formalidades legales esenciales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se impugna en este recurso de casación nº 2675/2016 la sentencia que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Segunda) dictó en fecha 30 de junio de 2016, y en su recurso contencioso-administrativo nº 411/15, por medio de la cual se estimó parcialmente el formulado por la representación de D.ª Esperanza , nacional de Colombia, contra la resolución del Ministerio del Interior de fecha 1 de abril de 2015, (por la que se deniega el derecho de asilo y la protección subsidiaria), sentencia que si bien confirma la denegación del derecho de asilo, concede sin embargo a la recurrente la protección subsidiaria.

**SEGUNDO.-** La sentencia de instancia funda su decisión en los siguientes argumentos:

**I.-** Describe primero el relato realizado por la recurrente en el que fundaba su petición de asilo, de la siguiente manera:

«Ella es nacional de Colombia, y a causa de la colaboración de su hijo con las autoridades de Colombia y de Estados Unidos se ha visto objeto de ataques a su integridad personal.

Sufrió un intento de secuestro en julio de 2003 que la obligó a trasladarse de Bucaramanga, su lugar de residencia, a Bogotá.

Allí la descubrieron y atentaron nuevamente contra ella, tirándole un explosivo a la ventana de su casa en 2005.

Se trasladó a vivir a Cali y allí fue nuevamente descubierta.

Volvió a Bogotá residiendo en casa de amigos e incluso en el domicilio de su abogado.

Finalmente una amiga le propuso venir a España y solicitar aquí asilo para poder acabar sus días tranquila.»

**II.-** Hace después la Sala de instancia unas consideraciones generales sobre la regulación del derecho de asilo. Reproduce después el informe fin de instrucción y elevación del expediente a estudio de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, de fecha 23 de enero de 2015, informe que reproducimos nosotros literalmente a continuación:

« INFORME FIN DE INSTRUCCIÓN Y ELEVACIÓN DEL EXPEDIENTE A ESTUDIO DE LA COMISIÓN INTERMINISTERIAL DE ASILO Y REFUGIO

EXPEDIENTE NÚMERO: NUM000

NOMBRE: Esperanza

PAÍS: COLOMBIA

INSTRUCTOR: Gerardo

FECHA DE INFORME: 23/01/2015

FECHA COMISIÓN: FEBRERO 201

5 CRITERIO: DESFAVORABLE

Este informe se realiza en virtud de los artículos 23 , 24 y 25 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre , reguladora del derecho de asilo y protección subsidiaria, y una vez finalizada la instrucción del expediente administrativo, teniendo por finalidad formular un criterio, no vinculante, sobre la necesidad de la protección internacional solicitada.

**I.- CONSIDERACIONES Y ALEGACIONES**

**PRIMERO.-** La presente solicitud de protección internacional fue formalizada el día 30/12/2014 en la Oficina de Asilo y Refugio, Madrid. La misma se tramita por el procedimiento ordinario, artículo 24 de la ley 12/2009 .

**SEGUNDO.-** Afirma la interesada que su hijo estuvo vinculado a un grupo de narcotraficantes colombianos, para quienes realizaba cobros. Su hijo fue detenido por las autoridades colombianas en 2000 o 2001. Hizo un trato con las autoridades de Colombia y le llevaron a Estados Unidos.



Posteriormente, su hijo sirvió de testigo en una corte federal de los Estados Unidos; extraditaron a gente de narcotráfico y lavado de dinero de los carteles de Medellín y Cali. A cambio de su colaboración su hijo fue protegido por el Gobierno de Estados Unidos y le cambiaron su identidad.

Después de colaborar con el Gobierno de Estados Unidos empezaron sus problemas. Y por ese motivo es perseguida la interesada, para vengarse de su hijo.

Sufrió un intento de secuestro, en julio del 2003. No se la pudieron llevar, pero le echaron un líquido en la cara. Vivía en Bucaramanga y se trasladó a Bogotá.

La descubrieron y atentaron de nuevo contra ella. Le tiraron un explosivo por la ventana de su casa, en el 2005.

Se trasladó a Cali, a casa de una amiga. Fue de nuevo descubierta. Regresó a Bogotá. Otra amiga la dejó quedarse a su casa. Recibió un panfleto alusivo a su hijo, diciendo groserías y amenazándola de muerte, en 2007.

Se fue a Bucaramanga, y sufrió un atentado en 2011. Entraron a su casa, y se lo destrozaron todo. La Fiscalía general la ayudó. Le enviaron al psicólogo.

Se trasladó a Bogotá de nuevo. El abogado que asistió a su hijo, le dejó quedarse en su casa.

Su amiga, que estaba en España, la llamó y la dijo que se viniera y que pidiera la protección, para que pudiera estar sus últimos años más tranquila.

Su hijo trató de ayudarla, pero le dijeron que el caso estaba cerrado y no la podían ayudar.

No sabe dónde vive su hijo. Su hijo decidió salirse del programa; no sabe cuándo se salió. Cuando habla con él, la dice que no le pregunte que no la puede contar nada.

TERCERO.- Documentación aportada:

Escrito del abogado de lo hijo de la interesada, original

Denuncia interpuesta el día 11/10/2003, copia

Certificado médico, copia

Cuatro fotografías, copias

Denuncia fechada el día 03/10/2005, copia

Escrito amenazante, copia,

Dos fotografías, copia

Denuncia de 16/12/2008, copia

Denuncia de 27/02/2011, original

Documentos varios de la Fiscalía colombiana, copias

Escritos de la Procuraduría colombiana, copias

Escrito de la Defensoría del pueblo, copia

Escrito del DAS colombiano, copia

Otros

## II.-VALORACIÓN

PRIMERO.- Los hechos alegados por la interesada no son susceptibles de ser objeto de protección internacional conforme a lo establecido en la Convención de Ginebra o en la Ley de Asilo española.

Tales hechos no guardan relación alguna con las causas de persecución que pueden implicar una necesidad de protección internacional recogidos en los artículos 3 y 4 de la ley 12/2009 .

La persecución descrita por la solicitante describe a agentes de persecución terceros no estatales vinculados a los cárteles de Medellín y Cali.

El agente de persecución actuaría contra la interesada por venganza: su hijo, quien trabajó para estos grupos de narcotraficantes, colaboró tras su detención con las autoridades colombianas y norteamericanas, aportando información sensible para estas organizaciones criminales.



Sin embargo, tales razones no guardan relación con los motivos de protección susceptibles de ser amparados por la figura del asilo, que son aquellos relacionados con la religión, raza, nacionalidad, ideología política, o pertenencia a un grupo social determinado del eventual solicitante.

Tampoco hay motivos por los que teniendo en cuenta las concretas alegaciones de la interesada y la situación del país de origen, Colombia, sea de aplicación en este caso la protección subsidiaria recogida en el artículo 4 de la ley 12/2009 , pues ni el perfil de la interesada ni la realidad colombiana están comprendidas en los casos concretos que el citado artículo señala.

SEGUNDO.- Es el Estado colombiano el competente para conocer la situación alegada por la interesada y eventualmente para proceder a su protección.

TERCERO.- En suma, se considera que no ha quedado suficientemente establecida la existencia de una persecución contra la solicitante, ni de una problemática susceptible de protección conforme a lo dispuesto en la Convención de Ginebra de 1951, por lo que se emite un criterio DESFAVORABLE a la concesión del estatuto de refugiado con relación a la presente solicitud.

De la misma manera, dados todos los hechos analizados, se considera que en el presente caso no se dan ninguna de las causas que pudieran dar lugar a la concesión a la solicitante del estatuto de protección subsidiaria conforme a lo establecido en el artículo 10 de la Ley 12/2009 de 30 de octubre , reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria por lo que se emite un criterio DESFAVORABLE al otorgamiento de protección subsidiaria.

#### CRITERIO Y ELEVACIÓN A LA COMISIÓN INTERMINISTERIAL DE ASILO Y REFUGIO

Desfavorable»

III.- Fundamenta después la Sala de instancia la confirmación de la denegación del asilo fundamentalmente en la circunstancia de que la persecución alegada no lo es por los motivos establecidos en la Convención de Ginebra de 1951, es decir, por razones de raza, nacionalidad, religión, opinión política o pertenencia a un grupo social determinado, sino que se trata de actos relacionados con la delincuencia común y el crimen organizado como venganza por las declaraciones que efectuó su hijo y cuyos actos no guardan relación con los motivos de protección susceptibles de amparo en la figura del asilo, correspondiendo al Estado colombiano la competencia para conocer de la situación alegada por la interesada y para proceder a su protección; y rechaza por todos estos motivos el derecho de asilo solicitado.

IV.- Ello no obstante la Sala de instancia concede la protección subsidiaria solicitada, argumentando en el fundamento de Derecho séptimo de la sentencia para basar esta concesión las siguientes razones, que exponemos literalmente:

"(...)El artículo 4 de la Ley 12/2009 , establece:

*"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 ."*

Pues bien, en el caso de autos ésta Sala considera que está acreditado que la recurrente se enfrentara a un peligro real de sufrir daños graves si regresa a su país de origen, Colombia, por lo que procede concederle la Protección Subsidiaria solicitada.

Dada esa concesión, no es necesario que nos pronunciemos sobre los razones humanitarias.

Procede, en definitiva, la estimación parcial del recurso."

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado ha interpuesto contra esa sentencia el presente recurso de casación, en el cual esgrime un único motivo de impugnación al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional , por infracción de los art. 4 y 10 de la Ley 12/2009 de 30 de octubre , al haber reconocido la sentencia impugnada el derecho a la protección subsidiaria de la recurrente sin que concurran razones para ello.

Habiendo comparecido la demandante en este recurso de casación como mera recurrida, ello significa que el problema que hemos de resolver en casación no es ya el de si procede o no la concesión del derecho de asilo (con cuya denegación se ha conformado la parte actora), sino exclusivamente si es o no ajustado a Derecho que la Sala de instancia haya concedido la protección subsidiaria.



**CUARTO.-** En sustancia, el Sr. Abogado del Estado alega en contra de la sentencia, primero, que los alegatos de la demandante carecen de toda verosimilitud y no vienen avalados por mínimos indicios de que se ajustan a la realidad, y, en segundo lugar, el haberse concedido por la Sala de instancia tal beneficio a pesar de reconocer que no se dan los hechos previstos en la legislación como causas posibles de asilo recogidos en la Convención de Ginebra de 1951.

Sin embargo tales argumentos no pueden ser aceptados.

**I.-** Por lo que se refiere a la verosimilitud de los hechos alegados por la solicitante, la Sala de instancia los ha considerado probados, pues dice literalmente *"en el caso de autos esta Sala considera que está acreditado que la recurrente se enfrentaría a un peligro real de sufrir daños graves si regresa a su país de origen, Colombia"*. Se trata, como se ve, de una valoración de la Sala de instancia de los hechos que describió la solicitante en su petición originaria, valoración que, no alegándose, porque no lo es, que sea arbitraria o manifiestamente infundada, no puede ser atacada en casación. La interesada describió unos hechos, consistentes en amenazas, intento de secuestro, agresiones físicas, atentados, insultos panfletarios, etc., como represalias de haber colaborado su hijo con las autoridades de EEUU en la lucha contra el narcotráfico y la Sala de la Audiencia Nacional, los dió por acreditados, de forma que este Tribunal Supremo debe dar por supuesto que tales hechos existieron.

**II.-** En segundo lugar, la parte aquí recurrente se equivoca cuando parte de la base de que para conceder la protección subsidiaria regulada en el artículo 4 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, deben concurrir *"los hechos previstos en la legislación como causas posibles de asilo"*. Se desconoce así la profunda diferencia que existe entre el derecho de asilo y el derecho a la protección subsidiaria, diferencia que se manifiesta de entrada en la propia Exposición de Motivos de la Ley 12/2009, donde se habla de las *"diferencias que pueden existir entre las causas que justifican uno y otro régimen de protección"*; con ello queda dicho que esas causas pueden ser distintas en una y otra figura, de forma que no hay razón para exigir en la protección subsidiaria las mismas causas que posibilitan el derecho de asilo.

Ello se deduce también del texto de la propia ley, cuyo artículo 4 parte de la base de que para otorgar la protección subsidiaria no tienen por qué existir los mismos requisitos de la obtención del asilo, pues, de otra forma, la protección subsidiaria sería una figura superflua.

De manera que si para la concesión del derecho de asilo se necesita la concurrencia de unos determinados requisitos de persecución, de naturaleza del agente perseguidor y del motivo de la persecución, el derecho a la protección subsidiaria podrá ser concedido cuando alguno de esos tres requisitos no se cumpla o esté ausente, no obstante lo cual exista riesgo de alguno de los daños graves que describe el artículo 10 de la propia ley; es decir, podrá ser concedida, dados por supuestos esos daños, cuando no exista la misma persecución que se exige para el derecho de asilo o cuando la persecución no esté basada en los motivos previstos para éste o, en fin, cuando el agente perseguidor sea alguien distinto al exigido por la ley para la concesión del derecho de asilo.

**QUINTO.-** De todo lo dicho derivamos la necesaria desestimación del presente recurso de casación, pues los daños gravísimos que podría sufrir la solicitante en su país por parte de bandas criminales que quieren vengar en ella la colaboración de su hijo con las legítimas Autoridades que persiguen el narcotráfico, son daños incluíbles, sin duda, en el artículo 10 de la Ley 12/2009, que justifican del todo el otorgamiento de la protección subsidiaria que la Sala de instancia ha reconocido a la demandante.

**SEXTO.-** Al declararse no haber lugar al presente recurso de casación procede condenar a la parte aquí recurrente en las costas del mismo ( artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional 29/98), si bien la Sala, haciendo uso de la facultad que le concede el nº 3 de ese precepto, fija en 1.000.000 ? la cantidad máxima que la parte recurrida puede reclamar como costas, por todos los conceptos (más el IVA correspondiente, en su caso).

## FALLO

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

**1.-** Declarar no haber lugar al recurso de casación nº 2675/2016, interpuesto por el Sr. Abogado del Estado, en nombre y representación de la Administración General del Estado, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Segunda) en fecha 30 de junio de 2016, y en su recurso contencioso-administrativo nº 411/15 . **2.-** Imponer a la Administración aquí recurrente las costas de casación, en la forma y cuantía dichas en el último fundamento de Derecho.

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 Maria Isabel Perello Domenech Jose Maria del Riego Valledor Angel Ramon Arozamena Laso **PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pedro Jose Yague Gil, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ