



Roj: **SAN 4154/2016 - ECLI:ES:AN:2016:4154**

Id Cendoj: **28079230082016100491**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **28/10/2016**

Nº de Recurso: **220/2015**

Nº de Resolución: **535/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN OCTAVA**

**Núm. de Recurso: 0000220 / 2015**

**Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**Núm. Registro General: 02499/2015**

**Demandante:** Elisenda Y SUS HIJOS MENORES DE EDAD Aurelio Y Braulio

**Procurador:** SRA GUTIÉRREZ SANZ

**Demandado:** MINISTERIO DE INTERIOR

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.: D<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO**

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

D<sup>a</sup>. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a veintiocho de octubre de dos mil dieciséis.

**Vistos** los autos del recurso contencioso-administrativo num. **220/15** que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora **Sra Gutiérrez Sanz** en nombre y representación de Elisenda y sus hijos menores de edad Aurelio y Braulio frente a la Administración del Estado defendida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la Resolución dictada por el Ministerio del Interior el día 15 de diciembre de 2014 en materia relativa a denegación de protección internacional. Ha sido Ponente la Magistrado **D<sup>a</sup> MERCEDES PEDRAZ CALVO** .

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO** - El día 30 de abril de 2015 el servicio de orientación jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid remitió comunicación a la Sala señalando que Elisenda había solicitado abogado y procurador en turno de oficio en nombre propio y de sus hijos menores Braulio y Aurelio para recurrir resoluciones denegatorias de Protección Internacional números de expedientes NUM000 , NUM001 y NUM002 .

Una vez tramitado el incidente y designados los profesionales para su representación y defensa, interpuso en forma el recurso mediante escrito presentado el día 20 de julio de 2015.

Por Decreto de la Sra. Secretario de esta Sala de 24 de julio de 2015 se acordó admitir a trámite el recurso, reclamar el expediente administrativo, y emplazar a la parte demandada.

**SEGUNDO** - En el momento procesal oportuno la representación procesal de Elisenda y sus hijos menores de edad Aurelio y Braulio formalizó la demanda mediante escrito de 2 de diciembre de 2014 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, termino suplicando se dicte sentencia por la que se anule la resolución impugnada y se reconozca a la recurrente el derecho de asilo y la protección internacional subsidiaria con todos los derechos inherentes a ello y con los mismos efectos desde la fecha en que hubiera debido tener lugar esta declaración.

**TERCERO**- . El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

**CUARTO** - La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental a instancias de la parte actora, con el resultado obrante en autos.

Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

**QUINTO** - La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 26 de octubre de 2.016 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Son objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo tres resoluciones dictadas por el Ministerio del Interior el día 15 de diciembre de 2014 con la siguiente parte dispositiva, respectivamente:

"Denegar el derecho de asilo y la protección subsidiaria a Elisenda nacional de COLOMBIA".

"Denegar el derecho de asilo y la protección subsidiaria a Aurelio nacional de COLOMBIA"

"Denegar el derecho de asilo y la protección subsidiaria a Braulio nacional de COLOMBIA"

Los hechos que se encuentran en el origen del presente recurso son los siguientes:

- El día 7 de abril de 2014 en la Subdirección General de Asilo, Elisenda solicita asilo para si y para sus dos hijos menores, Aurelio y Braulio .

Alega que entró en España por avión llegando al aeropuerto de Barajas el día 11 de septiembre de 2013, con pasaporte de República de Colombia expedido el día 5 de julio de 2013.

En la diligencia de asistencias solicitadas y entrega de folleto informativo, firma el "no" a la asistencia letrada, y a la de intérprete, recibiendo folleto informativo en español. (folio 1.4 del expediente).

En cuanto a los motivos de persecución personal relata que el padre de sus hijos fue nombrado secretario de la Agregaduría de la Embajada de Colombia en España en julio de 2013 motivo por el que vino a España con sus dos hijos pequeños. Hace voluntariado en una ONG que se dedica a realizar rehabilitación a gente mayor bolivianos, y allí se enteró de que cuando estuviese en España podría solicitar asilo porque quiere estar legal en España y en Colombia la situación es muy peligrosa. Su esposo es policía en Colombia y solo va a estar en la Embajada hasta junio de este año, y teme regresar a su país. Tiene su domicilio en Colombia en Cali que es una de las ciudades más peligrosas en cuanto a delincuencia común.

- El día 8 de abril de 2014 se comunica al ACNUR la presentación de la solicitud.

- El día 12 de mayo de 2014 se acuerda la admisión a trámite y la instrucción por el procedimiento ordinario.

- El informe de fin de instrucción es desfavorable.



El Secretario de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio informa que a la reunión fue convocado y asistió como es preceptivo el representante del ACNUR quién también es mostró de acuerdo con la propuesta formulada, acordándose la emisión de propuesta desfavorable sin ningún voto en contra.

Idéntica tramitación se llevó a cabo en cada uno de los dos expedientes de solicitud de asilo de los hijos menores.

**SEGUNDO.-** La Constitución dispone que "La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España".

Esa Ley a la que la Constitución remite es hoy la 12/2009, de 30 de octubre, Reguladora del Derecho de Asilo y la Protección Subsidiaria, que se aplica en la resolución impugnada. En el artículo 2 se establece:

*"El derecho de asilo es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados , hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951 , y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967."*

Tales requisitos son a tenor de lo dispuesto en los artículos 1 de la Convención y 1.2 del Protocolo):

*«Que debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda, o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él».*

Por otra parte el artículo 3 de la propia Ley 12/2009 (al que se remitía el 2 arriba reproducido) dispone 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."*

El artículo 6 de la norma pretende objetivar, por otra parte, la clase de actos de persecución que son necesarios para que los "temores" de persecución sean en efecto "fundados", con exclusión por tanto de cualesquiera otros de relevancia menor.

El artículo 7 de la Ley perfila, a su vez, los motivos por los que el agente perseguidor puede actuar para que la persecución existente sea en efecto incardinable en la condición de refugiado. Por fin, en los artículos 13 y 14 de la repetida Ley describen quiénes pueden ser agentes de persecución y, en su caso, de protección.

**TERCERO.-** Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue:

- El procedimiento es nulo porque la interesada no tuvo asistencia letrada ni del turno de oficio cuando realizó la entrevista.

El acto administrativo, en consecuencia, lesiona derechos fundamentales y es nulo de pleno derecho.

El Abogado del Estado sostiene que no se dan los requisitos que justifican, conforme a la ley 12/2009, el otorgamiento del asilo. La resolución está motivada, y no se aprecian temores fundados de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social determinado. Las alegaciones son genéricas e imprecisas. La mera condición de policía o expolicía del esposo de la recurrente y padre de sus hijos menores solicitantes de asilo no implica que formen parte de un colectivo que deba ser objeto de protección por la Convención de Ginebra. Los riesgos que soporta un policía son de carácter profesional, y en todo caso no se han materializado.

Pone igualmente de relieve que la tramitación de la solicitud cumple todos los requisitos y estima que tampoco concurren razones humanitarias que justifiquen el otorgamiento del asilo

**CUARTO.-** Con base en las consideraciones legales expuestas en el fundamento jurídico segundo, y vistos los concretos hechos y pruebas practicadas en este recurso, la Sala considera que el mismo no puede prosperar.

La cuestión a resolver estriba en determinar si ha existido, o no, conculcación del derecho de defensa, en el sentido que ha sido interpretado por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional.



A propósito del derecho de defensa - artículo 24.1 de la Constitución - el Tribunal Constitucional ( STC 48/1989, de 4 de Abril ) señala que «la interdicción de la indefensión, que el precepto establece, constituye 'prima facie' una especie de fórmula o cláusula de cierre ("sin que en ningún caso pueda producirse indefensión")». El Tribunal Supremo ( TS Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 1 Jun. 2004, rec. 492/2000 ), siguiendo esta línea marcada por la jurisprudencia constitucional señala «la idea de indefensión contiene, enunciándola de manera negativa, la definición del derecho a la defensa jurídica de la que se ha dicho supone el empleo de los medios lícitos necesarios para preservar o restablecer una situación jurídica perturbada o violada, consiguiendo una modificación jurídica que sea debida tras un debate (proceso) decidido por un órgano imparcial (jurisdicción)».

El propio Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre lo que constituye la "esencia de la indefensión", esto es, una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, o, en otras palabras, aquella situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de las facultades de alegar y, en su caso, de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias, en aplicación del indispensable principio de contradicción» ( Auto TC 1110/1986, de 22.Diciembre ). Del mismo modo se ha puesto de manifiesto que las denominadas "irregularidades procesales" no suponen «necesariamente indefensión, si le quedan al afectado posibilidades razonables de defenderse, que deja voluntariamente –por error o falta de diligencia– inaprovechados» ( Auto TC 484/1983 , de 19.Octubre y sentencia del Tribunal Supremo, de 1 Jun. 2004 rec. 492/2000 ).

En el caso que nos ocupa, consta en el expediente la diligencia de asistencias solicitadas y entrega de folleto informativo. La ahora actora firma el "no" a la asistencia letrada, y a la de intérprete, recibiendo folleto informativo en español. (folio 1.4 del expediente).

Resulta así acreditado que la ahora recurrente no solicita abogado, una vez informada de la posibilidad de contar con asistencia gratuita prestada por el Estado o designar letrado de su elección. Y en todo caso las diligencias de información de derechos y de solicitud de asistencias se encuentran firmadas por la solicitante, y por el funcionario actuante.

No puede entenderse que se haya vulnerado el derecho de defensa que la ley le otorga, cuando habiéndose ofrecido la misma, se haya declinado hacer uso de ese derecho, ya que puede renunciarse a la asistencia letrada una vez instruido de sus derechos y, en particular, del derecho de asistencia de abogado ( Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 1 Junio 2004, rec. 492/2000 ).

Lo que la ley excluye es la eventualidad de una situación de indefensión: el solicitante no puede encontrarse en una posición en la que no pueda exponer adecuadamente su situación, y las razones que le llevan a solicitar el derecho de asilo. Pero no asocia el procedimiento de solicitud de asilo a la presencia inexcusable en todo momento de un letrado, por mucho que dicha presencia sea en todo caso recomendable para evitar que pueda producirse en algún momento una situación de indefensión.

El motivo de recurso fundamental expuesto en la demanda no puede en consecuencia prosperar.

**QUINTO** - En relación con el fondo del asunto, los hechos que sustentan la solicitud de asilo formulada por la ahora recurrente, aún dando por probado su relato, resulta que, como señala la Administración, se trata de unos acontecimientos que no revelan persecución comprendida en ninguno de los supuestos que justifican el otorgamiento de la protección solicitada.

En la solicitud no se hace mención alguna a la existencia de una persecución personal contra la recurrente por parte de las autoridades de su País de origen, por alguna de las causas que dan lugar al asilo. El único reproche que se recoge en sus escritos es la circunstancia de que en su ciudad de origen Cali, hay una gran inseguridad ciudadana y a una de sus hijas le sustrajeron el teléfono.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 septiembre de 2002 , ha declarado que " *la Posición Común de la Unión Europea el 4 de marzo de 1996, definida por el Consejo Europeo sobre la base del artículo K3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la aplicación armonizada de la definición del término refugiado, conforme al artículo primero de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, aprobado en Bruselas, pone de manifiesto que la determinación de la condición de refugiado ha de llevarse a cabo de acuerdo con los criterios en función de los cuales los órganos nacionales decidan conceder a un solicitante la protección prevista en la Convención de Ginebra, siendo el factor determinante la existencia de temores fundados de ser perseguido por motivo de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social determinado, y correspondiendo al solicitante presentar aquellos elementos necesarios para la apreciación de la veracidad de los hechos y circunstancias alegados* ".



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.

**SEXTO.**- No cabe acoger la pretensión de " *protección subsidiaria*". Ni la Sra. Elisenda ni sus dos hijos menores se encuentran en ninguno de los supuestos del art. 4 de la Ley de Asilo , por lo que únicamente cabe valorar si concurren en este caso razones humanitarias que justifiquen la permanencia, estancia o residencia de los referidos interesados en España en los términos previstos en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.

El artículo 46.3 de la Ley 12/2009 , establece: "*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*".

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 aquéllas otras personas en las que concurren 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 por 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 éstos tuvieran que volver a su país. Las razones humanitarias, según los términos establecidos en la Ley, aun cuando se interprete 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 (en relación con la derogada Ley 5/1984), "*nos encontramos en este precepto con una previsión del legislador para que la Administración pueda autorizar al extranjero en quien no concurren los requisitos del artículo 3.1 de la Ley a permanecer en España, confiriendo 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 concurren alguna o algunas de las circunstancias a que se ha hecho referencia, de modo que carecería de fundamento la adopción de la medida interesada.

**SEPTIMO** -. En virtud de lo dispuesto en el artículo 139 LRLCA, en la redacción posterior a la reforma operada por la ley 37/2011 , procede condenar al pago de las costas procesales.

**VISTOS** los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Que debemos **desestimar** y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Elisenda y sus hijos menores de edad Aurelio y Braulio contra las tres Resoluciones dictadas por el Ministerio del Interior el día 15 de diciembre de 2014 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, las cuales confirmamos, por ser conforme a derecho. Con condena a la parte actora al pago de las costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.