



Roj: **STS 523/2015 - ECLI:ES:TS:2015:523**

Id Cendoj: **28079130032015100046**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **23/02/2015**

Nº de Recurso: **2944/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3633/2014,**
STS 523/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Febrero de dos mil quince.

La Sala constituida por los Excmos. Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso de casación número **2944/2014** interpuesto por D. Gaspar , representado por la Procuradora D^a M^a Isabel Campillo García, contra la sentencia de la Sección 2^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 2014 (recurso contencioso-administrativo 405/2013). Se ha personado como parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección 2^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 17 de julio de 2014 (recurso contencioso-administrativo 405/2013) en cuya parte dispositiva se acuerda:

<< FALLAMOS.- Que estimando en parte el recurso contencioso-administrativo formulado por la Procuradora, D^a. María Isabel Campillo García, en nombre y representación de DON Gaspar , natural de Kazajstán, contra la resolución del Ministerio del Interior P.D. (Orden Int 3162/2009, de 25 de noviembre), de fecha 11.06.2013, Subdirector General de Asilo de 05.07.2013, debemos declarar y declaramos que dicha resolución es nula al no ser conforme a Derecho, ordenándose la tramitación de la solicitud de protección internacional conforme a lo declarado en el Fundamento Jurídico Décimo Tercero de esta Sentencia; sin imposición de las costas>>.

SEGUNDO.- Los motivos que aducía el Sr. Gaspar como fundamento de su solicitud de asilo los deja reseñados el fundamento jurídico segundo de la referida sentencia, en los siguientes términos:

<< (...) SEGUNDO: Motivos de la solicitud de asilo.

El Sr. Gaspar fundamenta su petición de protección internacional en los siguientes hechos:

- Que era escolta y guardaespaldas de Mariano , actualmente refugiado en el Reino Unido, del año 1994 al de 2002 y del año 2005 al 2009, que además de político es propietario del Banco BTA que fue expropiado en el año 2009, y jefe de seguridad de dicho banco, siendo acusado el Sr. Mariano de fraude bancario.
- Que en el Reino Unido reciben amenazas de los servicios secretos de Kazajstán y que como sus autoridades no pueden actuar contra su jefe lo acusan a él de fraude bancario (año 2010) y de terrorismo (año 2012).
- Que su familia ha recibido amenazas y presiones para que él vuelva a Kazajstán y testifique que Mariano estaba planeando atentar contra el presidente del país.



- Que cuando terminó su visado inglés se trasladó a Letonia, donde estuvo seis meses, posteriormente se trasladó a Francia y después a España, donde viaja con pasaporte moldavo falso y es arrestado por la policía en virtud de un orden de busca y captura internacional.
- Que la persecución a la que está sometido es porque es un hombre de confianza de Mariano , político opositor al régimen de Virgilio , motivo por el que fue condenado bajo la acusación de abuso de poder en el año 2002 y puesto en libertad en el año 2003 debido a presiones internacionales, marchándose a Rusia y posteriormente regresando a Kazajstán como presidente del banco BTA. Afirma que Don. Virgilio , presidente del país, se apropió del 50% del banco, que fue nacionalizado en el año 2009 y declarado en quiebra, culpando a Mariano , al que le embargaron sus bienes e incoaron un expediente penal.
- Que Mariano fue reconocido como refugiado en el Reino Unido en julio de 2011.
- Que en diciembre de 2011, en Kazajstán hubo una serie de manifestaciones y huelgas seguidas de una represión brutal, en las que arrestaron a tres dirigentes de la oposición acusados de instigar los disturbios y acusan a Mariano de haber incitado y financiado estos hechos, así como al partido ALGA (declarado ilegal), el periódico República y el Canal K de televisión, ambos cerrados.
- Que la persecución contra él, Gaspar , consiste en que en mayo de 2009 fue citado por la seguridad de Kazajstán para que testificara contra la oposición, lo presionan para que declare contra Mariano y le avisan que lo van a acusar de crear un grupo de combate, por lo que llama a Mariano y finalmente se reúne con él en el Reino Unido, donde reside desde el año 2009.
- Que en abril de 2010 se decreta su busca y captura internacional bajo la acusación de apropiación indebida (delito de estafa) y en agosto de 2012 le acusan de organizar actos terroristas en Almaty (delito de terrorismo en grado de tentativa).
- Que todas las acusaciones vertidas contra él y su jefe son falsas, y que en los procesos en los que fueron involucrados se infringieron principios y garantías procesales.

Según indica el fundamento jurídico tercero de la sentencia, la resolución administrativa impugnada en el proceso de instancia había denegado al Sr. Gaspar el asilo solicitado por las siguientes razones:

<< (...) TERCERO: Motivo Denegación Solicitud de Asilo. Informe CNI.

La resolución del Subsecretario del Interior impugnada, en su Fundamento de Derecho Tercero declara:

"Del examen del expediente se constata que se trata del jefe de seguridad y guardaespaldas, por tanto hombre de confianza, de un oligarca ruso, Mariano , presuntamente vinculado con delitos relacionados con el terrorismo y el crimen organizado. Gaspar , como jefe de seguridad, probablemente, habría de estar involucrado en la retirada y destrucción de documentos y datos del banco BTA, de cuya quiebra está acusado Mariano . La presencia de Gaspar en España, según informe del Centro Nacional de Inteligencia (CNI), podría suponer un riesgo para la seguridad nacional y, por tanto, procede la denegación del asilo al interesado, en virtud del artículo 9.a) de la Ley 12/09 que establece que en todo caso el asilo se denegará "a las personas que constituyan, por razones fundadas un peligro para la seguridad nacional".

Por todo lo anterior, también procede la denegación de la protección subsidiaria en virtud del artículo 12 de la Ley 12/09 , que se expresa en los mismos términos.

No se dan, por tanto, los requisitos previstos en los artículos 2 y 3 de la Ley de Asilo y en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados para la concesión del derecho de asilo, ni en los artículos 4 y 10 de la citada Ley para la concesión del derecho a la protección subsidiaria">>.

Los motivos de impugnación que aducía el demandante en el proceso de instancia los sintetiza el fundamento primero de la sentencia del modo siguiente:

PRIMERO: Resolución impugnada. Motivos de impugnación y contestación.

[...]

La representación del recurrente, tras exponer los hechos anteriores y posteriores acontecidos a la presentación de su solicitud y detallar la documentación aportada, fundamenta su impugnación en los siguientes motivos: 1) Nulidad de la resolución impugnada debido a las infracciones procedimentales habidas en el procedimiento de asilo, al amparo de lo establecido en el art. 62.1.e), de la Ley 30/1992 , LRJPAC. Primero, por la falta de audiencia a ACNUR, cuyo Informe es preceptivo, según lo establecido en el art. 35.1 y 3 de la Ley de Asilo , de forma que, tramitado el expediente por el procedimiento de urgencia y a pesar de la propuesta desfavorable de la resolución, no se concedió a ACNUR un plazo de 10 días para informar, dándose la casualidad de que, en el mismo día en el que se informó a ACNUR de que el caso sería estudiado



en la reunión del CIAR prevista para el lunes siguiente, se emite el informe del CNI. Invoca jurisprudencia en apoyo de esta pretensión. 2) Falta de audiencia del interesado, con infracción del art. 25 del Reglamento de Asilo, pues la propuesta de resolución se fundaba en un documento no aportado por el solicitante del asilo. Cita sentencias de diversos Tribunales en apoyo de esta pretensión. 3) Falta de información, al amparo de lo establecido en el art. 24.1.2, del Reglamento de Asilo, en relación con la visita que el Sr. Gaspar tuvo en el Centro Penitenciario del Soto del Real por parte de fuerzas de seguridad kazajas, por lo que al no constar en el expediente que la OAR haya solicitado el Registro de Visitantes de dicho Centro con el fin de tener conocimiento de la presión y persecución que sufre el recurrente, se infringe dicho precepto. 4) Nulidad de la resolución denegatoria de asilo y protección subsidiaria en cuanto al fondo, en relación con la obtención de información de Kazajstán, infringiéndose el art. 26 de la Ley de Asilo, pues se funda en el Informe del CNI, cuya información procede, precisamente, de las autoridades de Kazajstán y de los medios de comunicación controlados por el Estado, a pesar de la constancia en el informe de la poca fiabilidad de las fuentes consultadas. 5) Nulidad de la resolución impugnada por inexistencia de peligro para la seguridad nacional, al no sustentarse la resolución en la existencia de un peligro concreto y determinado derivado de la presencia en territorio nacional del solicitante de asilo, en el sentido declarado por la jurisprudencia que cita. 6) Nulidad de la resolución impugnada por la aportación de suficiente prueba de la persecución política al Sr. Gaspar, que impone el reconocimiento del derecho de asilo, conforme a lo establecido en los arts. 2, 3 y 6, de la Ley de Asilo, en la interpretación dada por la jurisprudencia que cita, al concurrir un triple requisito: uno, tener fundados temores de ser perseguido. Dos, que los motivos son políticos. Y tres, que se encuentra fuera de su país y no puede regresar a Kazajstán. Trae a colación criterios judiciales de diversos Tribunales en apoyo de este motivo de impugnación. Y 7) Derecho a la obtención de protección subsidiaria, conforme a lo dispuesto en el art. 4, de la Ley de Asilo, por el temor del recurrente de sufrir torturas y tratos degradantes en el caso de que fuera devuelto a su país. Por último, solicita se retrotraiga el expediente hasta la fecha de 24 de mayo de 2013, para su tramitación cumpliendo los trámites incumplidos; subsidiariamente, que se entre a conocer del fondo y se conceda el derecho de asilo; o subsidiariamente, la protección subsidiaria. En el escrito de conclusiones, el recurrente alega la innecesariedad de la retroacción del procedimiento, de forma que solicita se entre en el fondo de la petición de asilo, y, subsidiariamente, se ordene la retroacción del procedimiento para dar cumplimiento a las normas procedimentales infringidas, al existir fundadas razones para entrar y resolver sobre dicha petición de asilo, además de tener presente la situación personal del Sr. Gaspar >>.

En cuanto a las pretensiones formuladas por la parte actora, el fundamento octavo de la sentencia la Sala de la Audiencia Nacional hace las siguientes puntualizaciones:

<< (...) OCTAVO: Sobre los suplicos de demanda y contestación en relación con la posible existencia de defectos formales.

Como corolario de lo declarado en relación con los defectos procedimentales denunciados, se ha de añadir que, en el Suplico de la demanda, el recurrente solicita, en primer lugar, que se "declare la nulidad de las actuaciones habidas en el presente procedimiento de asilo desde el 24 de mayo de 2013, retrotrayéndose el procedimiento hasta dicha fecha a fin de que se tramite conforme a lo legalmente establecido". Y, subsidiariamente, que la Sala "entre a conocer del asunto y reconozca a Gaspar su condición de refugiado, concediéndole el derecho de asilo", o, "se conceda a Gaspar el derecho a la protección subsidiaria".

El Abogado del Estado en su contestación rechaza los argumentos sobre la existencia de defectos procedimentales, solicitando que se "desestime el recurso" o, "subsidiariamente, ordene la retroacción del procedimiento a fin de que por el órgano instructor se examine la concurrencia de los requisitos exigidos para la concesión del derecho de asilo".

En el escrito de conclusiones del recurrente, se alega que "las infracciones procedimentales han sido remediadas durante la fase judicial", siendo innecesaria la "retroacción del procedimiento", por economía procesal, solicitando de la Sala que, primero, "entre a conocer del asunto y reconozca a Gaspar su condición de refugiado, concediéndole el derecho de asilo o subsidiariamente el derecho a la protección subsidiaria o para el improbable caso de que no se conceda ninguno de los dos anteriores declare su derecho a no ser devuelto a Kazajstán"; y, subsidiariamente, se declare "la nulidad de las actuaciones habidas en el presente procedimiento de asilo desde el 24 de mayo de 2013, retrotrayéndose el procedimiento hasta dicha fecha a fin de que se tramite conforme a lo legalmente establecido."

El Abogado del Estado se remite a lo solicitado en su escrito de contestación.

Pues bien, habiendo rechazado la Sala los motivos relativos a la existencia de defectos procedimentales, y teniendo en cuenta lo manifestado por el recurrente en su escrito de conclusiones, tras la práctica de las pruebas tendentes a complementar el resultado acaecido en los trámites de los que predica los defectos procedimentales analizados, entramos al análisis de las cuestiones de fondo planteadas>>.



Estando planteado el debate en esos términos, los fundamentos cuarto y quinto de la sentencia examinan los argumentos de impugnación relativos a la falta de informe de ACNUR y la falta de audiencia al interesado. La Sala de instancia considera que tales anomalías procedimentales, dada la forma en que en que se produjeron, carecen en este caso presente de relevancia invalidante, sin que sobre tales cuestiones se haya suscitado debate en casación.

Tras exponer la sentencia algunas consideraciones sobre la información complementaria recabada durante el procedimiento administrativo (fundamento sexto de la sentencia) y sobre la información procedente de las autoridades de Kazajstán (fundamento séptimo), en los fundamentos noveno a decimotercero la Sala de instancia examina la cuestión de fondo suscitada en el proceso, esto es, si está o no justificada la apreciación de "peligro para la seguridad nacional" como causa fundamentadora de la denegación de asilo. Tras analizar la normativa de aplicación (fundamento noveno), la interpretación jurisprudencial sobre esta cuestión (fundamentos décimo y undécimo) y hacer una valoración sobre el informe emitido por el CNI (fundamento duodécimo), la Sala sentenciadora llega a la conclusión, expresada en el fundamento decimotercero, de que <<... la "causa de denegación" invocada por la resolución impugnada carece de "razones fundadas" que hagan viable la denegación de la solicitud de protección internacional presentada por el Sr. Gaspar , por el motivo contemplado en el art. 9.a), de la Ley de Asilo , es decir, que el Sr. Gaspar sea una de " las personas que constituyan, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España", por lo que declaramos nula dicha resolución>>.

Ahora bien, en el mismo fundamento decimotercero de la sentencia la Sala de la Audiencia Nacional afirma que la consecuencia derivada de la declaración de nulidad de la resolución administrativa no puede ser la del reconocimiento del estatuto de refugiado del Sr. Gaspar , pues en relación con los motivos que se invocaban en la solicitud de asilo la aplicación la causa de denegación aplicada - *peligro para la seguridad de España* - "... equivale a una suerte de inadmisión de dicha solicitud", por lo que se ordena la remisión de lo actuado al Ministerio del Interior para que se pronuncie sobre el motivo en el que el Sr. Gaspar sustenta su solicitud de protección internacional, una vez evaluada conforme a los preceptos legales de aplicación. Todo ello lo razona la Sala de instancia del modo siguiente:

<< (...) La consecuencia derivada de esta declaración de nulidad no puede ser la del reconocimiento del estatuto de refugiado del Sr. Gaspar , pues la Administración no ha evaluado, conforme exige el citado art. 26, de rúbrica "Evaluación de las solicitudes", de la Ley 12/2009, de 30 de octubre , que dispone:

[...]

Por su parte, el art. 4, de rúbrica "Valoración de hechos y circunstancias", de la Directiva 2004/83/CE , establece:

[...]

En efecto, tanto del contenido de la resolución impugnada como del Informe de Fin de Instrucción (Folio 24.1 del expediente), se aprecia que la Administración no ha evaluado la solicitud del Sr. Gaspar siguiendo las pautas o criterios recogidos en la citada normativa, sino que se ha limitado a evaluar el Informe del CNI, sin analizar los hechos y circunstancias expuestas por el solicitante de asilo, y, en concreto, todos los hechos pertinentes relativos al país de origen en el momento de resolver sobre la solicitud, incluidas la legislación y la reglamentación del país de origen y el modo en que se aplican; las declaraciones y la documentación pertinentes presentadas por el solicitante, incluida la información sobre si el solicitante ha sufrido o puede sufrir persecución o daños graves, así como la situación particular y las circunstancias personales del solicitante, incluidos factores tales como su pasado, sexo y edad, con el fin de evaluar si, dadas las circunstancias personales del solicitante, los actos a los cuales se haya visto o podría verse expuesto puedan constituir persecución o daños graves.

Esa "evaluación" es imprescindible para poder realizar una apreciación ponderada de la solicitud y para, posteriormente, poder pronunciarse "fundadamente" sobre la denegación o el reconocimiento del estatuto de refugiado, debiéndose de recordar que el art. 26.2, de la Ley 29/2009 , dispone que "*para que se resuelva favorablemente la solicitud bastará que aparezcan indicios suficientes de persecución o de daños graves*" , mientras que en el art. 1.A de la Convención de Ginebra de 1951, el art. 2.c), en relación con su arts. 4.4 , 5.1 , 5.2 , 8.1 , 10.2 , 11.1.d) y 11.2, de la Directiva 2004/83/CE , la valoración se centra en la necesidad de los fundados temores y no a la determinación de la persecución sufrida.

En consecuencia, no concurriendo la causa de denegación aplicada por la Administración, que se asienta sobre la circunstancia de que "*las personas que constituyan, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España*", que supone un desplazamiento de la evaluación de los hechos invocados por el solicitante, que constituyen la persecución alegada y es la causa de su "temor" a ser expulsado y devuelto a su país de origen, la Sala ordena remitir el expediente a la Administración para que por la Administración se proceda



a una "evaluación" de los hechos y circunstancias expuestas por el Sr. Gaspar en su solicitud, haciendo una valoración de los medios de prueba aportados, (documentos, testimonios, Informes de organismos internacionales, informaciones, etc.), con la finalidad de que se pronuncie sobre la petición de protección internacional que el Sr. Gaspar fundamenta en la "persecución" sufrida en su país de origen en los términos expuestos en su solicitud; persecución que en la resolución impugnada no se aborda expresamente, de forma que no existe pronunciamiento sobre la misma, por lo cual, la Sala acuerda la remisión del expediente, al no podernos pronunciarnos sobre la existencia de dicha persecución sobre la base de no concurrir la causa de denegación aplicada por la Administración y el silencio en la resolución impugnada sobre los motivos invocados por el Sr. Gaspar en su solicitud, es decir, pronunciarnos sobre el reconocimiento de la protección internacional solicitada como reacción al rechazo de la causa de denegación, pues no se trata de la aplicación del silencio positivo, de forma que, automáticamente, por el hecho de no concurrir la causa de denegación la consecuencia jurídica sea el reconocimiento del "status" de refugiado, sino que se exige la previa "evaluación" por parte de la Administración de la solicitud de asilo, conforme a los criterios que se exponen en el art. 4, de la Directiva 2004/83/CE, en relación con el art. 26, de la Ley 12/2009, de Asilo, de los actos y motivos de la persecución invocados por el Sr. Gaspar, a los que se refieren los arts. 6 y 7 de la citada Ley de Asilo.

Este criterio encuentra apoyo en el distinto sustrato fáctico en el que descansan, por una parte, la causa de denegación aplicada por la resolución impugnada (que actúa como una causa de exclusión), y, por otra, la de la causa de la solicitud de asilo sustentada en el "temor a ser perseguido", en la "persecución" del solicitante por parte de las autoridades gubernativas, pues en el primer caso, como ya hemos señalado con anterioridad, la causa de exclusión por la que se deniega el asilo, descansa en la información que las autoridades nacionales tienen del solicitante y que utiliza para aplicar dicha causa de denegación, ajena a la posible discusión sobre la existencia o no de la persecución invocada por el solicitante: mientras que en el segundo supuesto, el "temor a ser perseguido", se hace girar sobre las alegaciones, hechos, circunstancias y apreciaciones subjetivas invocadas por el solicitante de la protección internacional. Por eso, en los recursos resueltos sobre la concurrencia o no de la existencia de razones para entender que la presencia del solicitante en territorio nacional pueda suponer "un peligro para la seguridad de España", no se aborda la causa invocada por el solicitante sobre el temor a ser perseguido, al haber quedado desplazada por la causa de exclusión (que como reiteradamente hemos declarado, esta configurada por nuestra normativa como causa de denegación).

La Sala entiende que, en puridad de principios, la aplicación de esta causa (*un peligro para la seguridad de España*), equivale, en relación con los motivos invocados en la solicitud de asilo, a una suerte de inadmisión de dicha solicitud, siendo este el motivo por el que la Sala ordena la remisión de lo actuado al Ministerio del Interior para que se pronuncie sobre el motivo en el que el Sr. Gaspar sustenta su solicitud de protección internacional, una vez evaluada conforme a los preceptos legales expuestos. No se trata de la retroacción por la existencia de un defecto formal, con el fin de subsanar un defecto formal, que en el presente caso, como hemos declarado en el Fundamento Jurídico Octavo, las partes están contestes, sino una declaración ordenando la tramitación de dicha solicitud que aboque en un pronunciamiento administrativo sobre la existencia o no, de la apreciación o no, del temor alegado por el Sr. Gaspar por motivos de una persecución contra su persona por las razones y circunstancias que en su solicitud invoca>>.

Por tales razones la Sala de instancia, estimando en parte el recurso contencioso-administrativo, declara nula la resolución pero no reconoce al demandante el derecho de asilo sino que ordena al Ministerio del Interior que resuelva la solicitud de protección.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, la representación de D. Gaspar preparó recurso de casación contra ella y luego efectivamente lo interpuso mediante escrito presentado el 17 de octubre de 2014 en el que se aducen dos motivos de casación, el primero de ellos al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción y el segundo por el cauce del artículo 88.1.d/ de la misma Ley. El contenido de estos motivos es, en síntesis, el siguiente:

1.- Infracción de los artículos 117.3 de la Constitución y 218.1 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incurrir la sentencia en incongruencia omisiva. Aduce la parte recurrente que la sentencia de instancia, pese a no apreciar las infracciones procedimentales que se denunciaban en la demanda y que justificarían la retroacción del procedimiento, decide devolver el expediente a la Administración para que resuelva, renunciando con ello la Sala de la Audiencia Nacional a su potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 de la Constitución), eludiendo pronunciarse sobre una de las pretensiones del demandante, en concreto la relativa a la procedencia del reconocimiento del asilo o protección subsidiaria. Pese a que la supuesta peligrosidad del solicitante de asilo es una causa de denegación de la solicitud, lo que implica una valoración de la Administración en relación al fondo del asunto, ha sido tratada por la sentencia como una "suerte de inadmisión" no contemplada en el artículo 20 de la Ley de Asilo con el único objeto de no pronunciarse sobre



una de las peticiones formuladas. Incurrir así la sentencia en una incongruencia omisiva que vulnera el artículo 24 de la Constitución .

2.- Infracción de los artículos 3 , 4 , 7 , 10 y 26 de la Ley 12/2009 , reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, en relación con los artículos 10.2 , 15 y 17 de la Constitución, 33 de la Convención de Ginebra y 2 y 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos , así como del artículo 3 de la Convención de 1984 contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y los artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 , al negarse injustificadamente la Sala de instancia a entrar en el fondo del asunto y reconocer al recurrente el derecho de asilo o la protección subsidiaria. Argumenta la representación del recurrente que tiene fundados temores de ser perseguido por las autoridades de Kazajistán, que le imputan falsamente delitos no cometidos por él, y que si es devuelto a dicho país no será juzgado con garantías. Recuerda que el Tribunal de Derechos Humanos ha declarado en varias ocasiones que la extradición de detenidos a de Kazajistán vulnera el artículo 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos (cita los casos Kabaulov -solicitud nº 41015/04 de 19 de noviembre de 2009- y Baysakov -solicitud nº 54131/08, de 18 de febrero de 2010). Insiste en que es perseguido por motivos políticos, pues, como destaca el CNI en su informe, la razón por la que Kazajistán imputa delitos a Gaspar es con la finalidad de obtener su rápida extradición y conseguir información acerca del principal opositor al régimen político instaurado en Kazajistán, Mariano , que ha sido reconocido como refugiado político en Reino Unido. Cumple también -según afirma- el tercer requisito para obtener el asilo, pues se encuentra fuera de su país y no puede regresar a Kazajistán porque sería encarcelado por delitos que no ha cometido y sometido a torturas sin gozar de un juicio justo. La Sala de instancia ha negado que el Sr. Gaspar represente un peligro para la seguridad nacional y, por tanto, procede entrar de lleno en el fondo del asunto. Afirma que han quedado acreditados actos de persecución y acoso que se concretan en sendos procesamientos por delitos que no ha cometido y que han motivado la solicitud de extradición por parte de Kazajistán a las autoridades españolas; destaca que siete de los 17 Magistrados de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que conocieron del recurso contra la decisión de extradición concluyeron que podía entenderse probada la persecución política. Relata, además, diversos actos de acoso de las autoridades de Kazajistán al Sr. Gaspar en España. Considera que lo determinante para valorar los fundados temores de persecución es la perspectiva del perseguidor y que en la medida en que el Sr. Gaspar es percibido por las autoridades Kazajas como "opositor", debido a su relación con Mariano y con el banco BTA, debe ser protegido. Cita para apoyar este planteamiento sentencias de este Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2005 y 19 de octubre de 2009 .

Considera el recurrente que, en todo caso, resulta acreedor a la protección subsidiaria a la vista de la situación política en Kazajistán, como revelan el informe de Amnistía Internacional de julio de 2013 titulado "Viejos hábitos: el uso rutinario de la tortura y otros malos tratos en Kazajistán" y la resolución del Parlamento Europeo de 18 de abril de 2013 sobre la situación de los derechos humanos en Kazajistán; además de que diversas instituciones han expresado su preocupación por la extradición del Sr. Gaspar .

Considera que el motivo debe prosperar, invocando al efecto el artículo 88.3 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción para integrar los hechos que el Tribunal considere indebidamente omitidos y resulten relevantes para apreciar la infracción alegada.

Termina el escrito solicitando que se reconozca al Sr. Gaspar la condición de refugiado otorgándole el asilo o, subsidiariamente, el derecho a la protección subsidiaria y, en cualquier caso, que se declare su derecho a no ser devuelto a Kazajistán. Subsidiariamente a lo anterior pide que se acuerde devolver las actuaciones a la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ordenando que dicte sentencia que entre a resolver sobre el fondo de la cuestión planteada.

CUARTO.- Mediante providencia de la Sección 1ª de esta Sala de 3 de noviembre de 2014 se acordó la admisión del recurso de casación, así como la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, conforme a las reglas de reparto de asuntos.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, por diligencia de ordenación de 4 de noviembre de 2014 se dio traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que formalizase su oposición, lo que llevó a cabo la Abogacía del Estado mediante escrito presentado el 21 de noviembre de 2014 en el que expone las razones de su oposición a los motivos de formulados por el recurrente y aduce que debe considerarse ajustado a derecho el pronunciamiento de la Sala de instancia que, estimando en parte el recurso contencioso-administrativo, ordena una nueva tramitación de la solicitud de asilo sin que ello suponga el reconocimiento del derecho de asilo al recurrente. Termina por ello solicitando que se desestime el recurso de recurso de casación con imposición de las costas al recurrente.

SEXTO.- El señalamiento para votación y fallo del presente recurso de casación quedó fijado para el día 17 de febrero de 2015.



SÉPTIMO.- Estando ya fijado el señalamiento, la representación del Sr. Gaspar presentó escrito con fecha 5 de febrero de 2015 con el que aportaba sendos documentos que quedaron unidos a las actuaciones en virtud de diligencia de ordenación de 6 de febrero de 2015, dándose traslado de ello a la parte recurrida, que mediante escrito presentado por el Abogado del Estado con fecha 16 de febrero de 2015 se opuso a la incorporación de tales documentos o, en su caso, a su toma en consideración por ser irrelevantes.

Mediante nuevo escrito presentado el 16 de febrero de 2015 -día anterior a la fecha del señalamiento para votación y fallo- la representación del Sr. Gaspar solicita que queden unidos a las actuaciones otros documentos que acompaña, consistentes en diversas informaciones y recortes de prensa.

OCTAVO.- En la fecha señalada 17 de febrero de 2015 ha tenido lugar la deliberación y votación del presente recurso de casación.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Calvo Rojas**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación nº **2944/2014** lo dirige la representación de D. Gaspar, natural de Kazajstán, contra la sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 2014 (recurso contencioso-administrativo 405/2013) en la que, estimando en parte el recurso contencioso-administrativo formulado por el referido Sr. Gaspar, declara nula la resolución del Ministerio del Interior de fecha 11 de junio de 2013, Subdirector General de Asilo que denegaba al recurrente la solicitud de asilo, ordenando a la Administración la tramitación de la solicitud de protección internacional conforme a lo declarado en la fundamentación jurídica de la propia sentencia.

En el antecedente segundo han quedado reseñadas las razones que se exponen en la sentencia recurrida para concluir que, no obstante ser contraria a derecho y declararse nula la resolución administrativa que denegó el asilo, la consecuencia de ello no debe ser el reconocimiento del estatuto de refugiado del Sr. Gaspar sino ordenar la remisión de lo actuado al Ministerio del Interior para que se pronuncie sobre los motivos en los que el Sr. Gaspar sustenta su solicitud de protección internacional, una vez evaluada ésta conforme a los preceptos legales de aplicación. Procede entonces que entremos a examinar los motivos de casación formulados por la representación de D. Gaspar, cuyo contenido hemos resumido en el antecedente tercero; pero antes debemos hacer una puntualización de índole procedimental.

SEGUNDO.- La aportación de documentos por los intervinientes en el recurso de casación está contemplada en nuestro ordenamiento procesal con carácter excepcional y únicamente respecto de determinados documentos (artículo 271 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Según hemos visto en el antecedente octavo, la representación del Sr. Gaspar presentó escrito con fecha 5 de febrero de 2015 con el que acompañó documentos cuya incorporación a las actuaciones, por tratarse de copias de una resolución judicial y de un registro policial, tiene cabida en la previsión del artículo 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; aunque ahora sabemos que carecen en realidad de relevancia para la resolución de la controversia.

Pero la parte recurrente abundó en su estrategia procesal -pese a que, insistimos, solo resulta aceptable con carácter excepcional- y acompañó nuevos documentos con el escrito que presentó el 16 de febrero de 2015, día anterior a la fecha del señalamiento para votación y fallo. Pues bien, estos nuevos documentos, consistentes en diversas informaciones y recortes de prensa, en ningún caso pueden considerarse incardinables en la previsión del citado artículo 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que habrán de serle devueltos sin ser tomados siquiera en consideración.

TERCERO.- Entrando entonces en el examen de los motivos de casación, en el antecedente tercero hemos visto que el motivo primero se formula al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción y el segundo invocando el artículo 88.1.d/ de la misma Ley. Ahora bien, pese a estar formulados por cauces distintos, ambos motivos está estrechamente relacionados y en alguna medida son interdependientes.

En el motivo primero se alega, según vimos, la infracción de los artículos 117.3 de la Constitución y 218.1 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incurrir la sentencia en incongruencia omisiva; y ello, aduce la parte recurrente, porque la sentencia de instancia, pese a no apreciar las infracciones procedimentales que se denunciaban en la demanda y que justificarían la retroacción del procedimiento, decide devolver el expediente a la Administración para que resuelva, renunciando con ello la Sala de la Audiencia Nacional a su potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 de la Constitución), eludiendo pronunciarse sobre una de las pretensiones del demandante, en concreto la relativa a la procedencia del reconocimiento del asilo o protección subsidiaria.



El hecho de que un tribunal no aborde el núcleo de la cuestión litigiosa puede ser debido a que emite otro pronunciamiento -por ejemplo, de inadmisibilidad del recurso- que excluye tal enjuiciamiento de fondo; y en tales supuestos la sentencia no incurre en falta de motivación ni en incongruencia omisiva. A ello se refiere nuestra sentencia de 3 de febrero de 2015 (casación 1394/2013 , F.J. 3º) cuando señala: <<... con independencia de que la Sala de instancia acertase o no al declarar la inadmisibilidad del recurso -de ello nos ocuparemos a continuación, al examinar el motivo segundo- es claro que al hacer ese pronunciamiento la sentencia no hace sino resolver una cuestión que habían suscitado las partes codemandadas, emitiendo una declaración de inadmisibilidad del recurso que excluye el enjuiciamiento de la controversia de fondo>> .

Pero las cosas son diferentes en el caso que nos ocupa pues en el proceso no se suscitó debate sobre una posible causa de inadmisión -o figura de significado equivalente- cuya concurrencia pudiese excluir el pronunciamiento sobre el fondo. Por ello, y por las razones que expondremos a continuación -al examinar el motivo de casación segundo- en el caso que estamos examinando no está justificado que la Sala de instancia haya eludido pronunciarse sobre el reconocimiento del derecho de asilo; lo que nos lleva a concluir que la sentencia de instancia incurre en incongruencia omisiva, por no haberse pronunciado sobre la principal pretensión del recurrente, esto es, la referida al reconocimiento de su derecho de asilo.

Veamos entonces el motivo de casación segundo.

CUARTO.- En el motivo se alega la infracción de los artículos 3 , 4 , 7 , 10 y 26 de la Ley 12/2009 , reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, en relación con los artículos 10.2 , 15 y 17 de la Constitución, 33 de la Convención de Ginebra y 2 y 3 del Convenio Europeo par a la Protección de los Derechos Humanos, así como del artículo 3 de la Convención de 1984 contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y los artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 , al negarse injustificadamente la Sala de instancia a entrar en el fondo del asunto y reconocer al recurrente el derecho de asilo o la protección subsidiaria. Pues bien, desde ahora dejamos anticipado que el motivo de casación debe ser acogido.

Según hemos dejado reseñado en el antecedente segundo, los fundamentos cuarto y quinto de la sentencia recurrida examinan los argumentos de impugnación que aducía el demandante relativos a la falta de informe de ACNUR y la falta de audiencia al interesado, señalando la Sala de la Audiencia Nacional que, pese a concurrir efectivamente tales anomalías procedimentales, dada la forma en que en que se produjeron carecen en este caso presente de relevancia invalidante y no impiden entrar a examinar la controversia de fondo; apreciación ésta de la Sala de instancia sobre la que, como también dijimos, no se ha suscitado debate en casación.

A partir de ahí, la Sala de instancia entra a examinar la primera parte de la controversia de fondo suscitada en el proceso, esto es, si está o no justificada la apreciación de "peligro para la seguridad nacional" como causa fundamentadora de la resolución denegatoria impugnada; tarea que lleva a cabo analizando la normativa de aplicación (fundamento noveno de la sentencia), la interpretación jurisprudencial sobre esta cuestión (fundamentos décimo y undécimo) y haciendo una valoración sobre el informe emitido por el CNI (fundamento duodécimo). Todo ello conduce a la Sala sentenciadora a la conclusión -fundamento decimotercero- de que la "causa de denegación" invocada por la resolución impugnada carece de "razones fundadas" que hagan viable la denegación de la solicitud de protección presentada por el Sr. Gaspar por el motivo contemplado en el artículo 9.a/ de la Ley de Asilo , es decir, que el Sr. Gaspar sea una de " las personas que constituyan, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España".

Por ello la sentencia declara nula la resolución denegatoria impugnada, pronunciamiento éste sobre el que tampoco ha existido debate en casación. Sin embargo, la Sala de la Audiencia Nacional afirma que la consecuencia de esa declaración de nulidad de la resolución administrativa no puede ser el reconocimiento del estatuto de refugiado del Sr. Gaspar , pues en relación con los motivos que se invocaban en la solicitud de asilo la causa de denegación aplicada en la resolución administrativa - *peligro para la seguridad de España*- "... equivale a una suerte de inadmisión de dicha solicitud", por lo que la sentencia ordena la remisión de lo actuado al Ministerio del Interior para que se pronuncie sobre la solicitud de protección formulada por el Sr. Gaspar una vez evaluada conforme a los preceptos legales de aplicación. Este pronunciamiento de la sentencia, cuestionado en casación, no puede ser compartido.

Por lo pronto, y como acertadamente señalan en su voto particular los dos magistrados discrepantes de la decisión mayoritaria de la Sala, carece respaldo legal la afirmación que se hace en la sentencia de que la causa de denegación aplicada en la resolución administrativa - *peligro para la seguridad de España*- equivale a "una suerte de inadmisión" de la solicitud de asilo. De lo dispuesto en el artículo 9.a/ de la Ley 12/2009, de 30 de octubre , reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, resulta con claridad que la circunstancia de constituir, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España, es una causa de "denegación" del asilo.



Además, la propia resolución administrativa acuerda en su parte dispositiva " *denegar*" el derecho de asilo y la protección subsidiaria. Y aunque es cierto que la resolución no se detiene a valorar las alegaciones formuladas por el Sr. Gaspar al solicitar el asilo ni los elementos de prueba aportados, lo cierto es que en su fundamento jurídico segundo la propia resolución administrativa afirma que "se han examinado las manifestaciones efectuadas en la solicitud, la documentación aportada, los informes emitidos y demás datos obrantes en el expediente". Por tanto, salvo que se considere que ésta es una cláusula de estilo carente de contenido real, de la resolución no cabe derivar que la Administración no haya valorado o examinado siquiera el relato en el que se basa la petición de asilo ni los elementos de prueba aportados por el solicitante.

Así las cosas, y habiendo formulado el demandante una pretensión de plena jurisdicción a fin de que se le reconozca el derecho de asilo o la protección subsidiaria, la devolución de lo actuado a la Administración para que resuelva únicamente estaría justificada cuando, una vez anulada la resolución denegatoria, el pronunciamiento del órgano jurisdiccional sobre la solicitud de asilo estuviese materialmente impedido por la carencia de algún trámite indispensable o por la falta de los elementos de juicio necesarios para el enjuiciamiento de fondo. Pero nada de esto ocurre en el caso presente, pues disponemos, como disponía la Sala de instancia, de todo lo necesario para resolver.

QUINTO.- De lo expuesto en los apartados anteriores se deriva que, por acogimiento de los dos motivos de casación formulados, la sentencia recurrida debe ser casada en cuanto ordena la devolución de lo actuado a la Administración para que tramite y resuelva la solicitud de protección internacional. Y una vez establecido que la sentencia debe ser casada, procede que entremos a resolver en los términos en que viene planteado el debate (artículo 95.2.d/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa).

En el antecedente segundo hemos dejado transcrito -tomándolo del fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida- el relato de hechos en el que el Sr. Gaspar basa su petición de asilo, sin que volvamos a reproducirlo ahora para no incurrir en reiteraciones.

Lo que sí interesa destacar es que, como acertadamente señala el voto particular formulado a la sentencia de instancia, el relato del solicitante de asilo resulta congruente y verosímil y encuentra suficiente respaldo en el material probatorio aportado en vía administrativa y en el curso del proceso. A tal efecto debe tenerse en consideración las siguientes notas que también aparecen señaladas en el mencionado voto particular:

- El relato de persecución es perfectamente congruente y detallado.
- Conforme a reiteradísima jurisprudencia, no se precisa una prueba plena y acabada acerca del temor fundado a padecer persecución, siendo suficiente con la existencia de indicios razonables de tal persecución.
- Con la demanda se aportaron numerosos documentos (del 1 al 29), entre los que cabe destacar los informes emitidos por las organizaciones Amnistía Internacional, Human Rights Watch y Diálogo Abierto (odfoundation) relativos a la situación en Kazajstán y con referencias específicas al caso del Sr. Mariano y del aquí recurrente Sr. Gaspar . Tales informes, así como el emitido por expertos de Naciones Unidas y demás informes y documentos aportados al proceso en período de prueba, ponen de manifiesto los riesgos de persecución que podría temer fundadamente el Sr. Gaspar , siendo oportuno insistir en que a efectos del otorgamiento de asilo no es exigible una prueba directa de la persecución, bastando con la justificación de un temor fundado a padecerla.
- Resulta altamente significativo -y son datos que, como los restantes que estamos señalando, no han sido rebatidos ni cuestionados en el proceso- que tanto el referido Sr. Mariano (al que la resolución califica como "oligarca ruso") como diversas personas a él vinculadas hayan obtenido asilo político en diferentes Estados miembros de la Unión Europea. Aparte del propio Sr. Mariano , que goza de dicha protección en el Reino Unido, de las demás personas se ofrece una relación en el folio 18 del escrito de conclusiones del demandante, completada con la que figura en el folio 27 del escrito de interposición del recurso de casación, donde se añade la mención al otorgamiento de asilo en Italia a la esposa e hija del citado Sr. Mariano acordado con fecha 18 de abril de 2014.
- Ningún indicio existe de que la situación del Sr. Gaspar , al que la propia resolución administrativa identifica como "jefe de seguridad", "guardaespalda" y "hombre de confianza" del Sr. Mariano , sea diferente a la de éste, quien, estando imputado en su país de los mismos delitos, ha obtenido la protección internacional en el Reino Unido, como la han obtenido también otras personas de su familia y entorno.
- La declaraciones prestadas en el curso del proceso por los testigos D. Rosendo , D. Jose Carlos , D^a Julia y D. Juan Manuel , sin ser por sí mismas determinantes, no pueden ser desconocidas ni minusvaloradas pues aportan información relevante sobre la falta de respeto a los derechos humanos en Kazajstán y la persecución que puede padecer el Sr. Gaspar por razón de su probada relación personal con el Sr. Mariano .



En fin, las razones que llevamos expuestas, conducentes todas ellas al reconocimiento del derecho de asilo, no pueden considerarse interferidas ni, desde luego, desvirtuadas por el hecho de que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional concediese la extradición pasiva del Sr. Gaspar mediante auto, pues ya la sentencia recurrida -cuyo criterio compartimos en este punto- cita la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 7 de julio de 1989, caso Soering c. R.U. nº 1/1989/161 /217) que alude al distinto plano en que juegan la extradición, de una parte, y el derecho de asilo, de otra, de suerte que éste no puede quedar postergado o condicionado por la previa adopción de una decisión favorable a la extradición, que en cuanto a los hechos y valoraciones no es prejudicial con respecto a la que deba adoptarse en el litigio referido al reconocimiento del derecho de asilo.

SEXTO.- Por todo ello concluimos que la sentencia de instancia debe ser casada en cuanto ordena la devolución de lo actuado a la Administración para que tramite y resuelva la solicitud de protección internacional; y en su lugar debe estimarse el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Gaspar contra la resolución del Ministerio del Interior de 11 de junio de 2013 que denegó al recurrente la solicitud de asilo, debiendo en su lugar reconocerse al Sr. Gaspar el derecho a la protección solicitada.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción , no procede imponer las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes. Y, pese a haberse acordado la estimación del recurso contencioso- administrativo, tampoco procede imponer las costas del proceso de instancia a ninguno de los litigantes habida cuenta las dudas que suscitaba la controversia así en su vertiente fáctica como en la jurídica, siendo muestra de ello tanto la formulación de votos particulares a la decisión mayoritaria de la Sala de la Audiencia Nacional como el hecho mismo de que la sentencia dictada en casación haya corregido el criterio de la Sala de instancia.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción ,

FALLAMOS

1.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto en representación de D. Gaspar contra la sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 2014 (recurso contencioso- administrativo 405/2013), que ahora queda anulada y sin efecto en lo que se refiere al pronunciamiento que ordena la devolución de lo actuado a la Administración para que tramite y resuelva la solicitud de protección internacional.

2.- Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de D. Gaspar , natural de Kazajstán, contra la resolución del Ministerio del Interior de 11 de junio de 2013 denegatoria del derecho de asilo, anulamos la referida resolución y en su lugar declaramos procedente reconocer a D. Gaspar el derecho de asilo que tiene solicitado.

3.- No hacemos imposición de costas en el proceso de instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en el recurso de casación.

4.- Devuélvanse a la representación del recurrente los documentos que aportó con su escrito de 16 de febrero de 2015 en el antecedente séptimo y el fundamento de derecho segundo, último párrafo, de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Pedro Jose Yague Gil Manuel Campos Sanchez-Bordona Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech **PUBLICACION.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico.