

Roj: **STS 124/2016 - ECLI:ES:TS:2016:124**Id Cendoj: **28079130032016100011**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **25/01/2016**Nº de Recurso: **2133/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 2066/2015,**  
**STS 124/2016**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Enero de dos mil dieciséis.

**VISTO** el recurso de casación registrado bajo el número 2133/2015, interpuesto por la Procuradora Doña María Dolores Moreno Gómez, en representación de Doña Delfina , con asistencia de Letrado, contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de mayo de 2015, que desestimó el recurso contencioso-administrativo número 510/2013 , formulado contra la resolución del Ministro del Interior de 17 de septiembre de 2013, que acordó denegar el derecho de asilo y la protección subsidiaria a la referida ciudadana, nacional de Etiopía. Ha sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el proceso contencioso-administrativo número 510/2013, la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 29 de mayo de 2015 , cuyo fallo dice literalmente:

« Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Delfina contra la Resolución del el Ministro del Interior de 17 de Septiembre de 2013, descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos, por ser conforme a derecho. *Con condena al pago de las costas a la parte actora .* » .

**SEGUNDO.-** Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de Doña Delfina recurso de casación, que la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante diligencia de ordenación de 15 de julio de 2015 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**TERCERO.-** Emplazadas las partes, la representación procesal de Doña Delfina recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y con fecha 24 de septiembre de 2015, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que me tenga por personado y por formulado escrito de interposición de recurso de casación contra la sentencia de fecha 9 (sic) de mayo de 2015 y previos los trámites oportunos dicte sentencia por la que estimando los motivos de casación formulados revoque la sentencia recurrida dictando en su lugar sentencia por la que se reconozca a mi representado el derecho de asilo y la condición de refugiado. *Subsidiariamente se autorice su permanencia en España por razones humanitarias. Subsidiariamente se anule la sentencia dictada por falta de motivación.* » .



**CUARTO.-** Por providencia de 21 de octubre de 2015, se admite el recurso de casación.

**QUINTO.-** Por diligencia de ordenación de fecha 29 de octubre de 2015, se acordó entregar copia del escrito de interposición del recurso de casación a la parte comparecida como recurrida (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO) a fin de que, en el plazo de treinta días formalice el escrito de oposición, lo que efectuó el Abogado del Estado en escrito presentado el día 4 de noviembre de 2015, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPLICO:

« que teniendo por presentado este escrito y por evacuado el trámite de oposición, dicte sentencia por la que se desestime el presente recurso y se impongan las costas al recurrente. » .

**SEXTO.-** Por providencia de fecha 9 de diciembre de 2015, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 19 de enero de 2016, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, Magistrado de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso de casación.

El recurso de casación que enjuiciamos se interpuso por la representación procesal de Doña Delfina contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de mayo de 2015, que desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución del Ministro del Interior de 17 de septiembre de 2013, que le deniega el derecho de asilo y la protección subsidiaria.

La Sala de instancia fundamenta la decisión de desestimar el recurso contencioso-administrativo con base en los siguientes razonamientos jurídicos:

« [...] Con base en las normas legales detalladas en el fundamento jurídico segundo, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y vistos los concretos hechos acreditados en los autos, la Sala considera que el recurso no puede prosperar.

La Jurisprudencia ha determinado que la institución del asilo exige una persecución y un temor fundado y racional por parte del perseguido (elementos objetivo y subjetivo) para quedar acogido a la situación de refugiado, de modo que si bien no puede exigirse una prueba de la persecución ha de facilitarse el relato verosímil, que en este caso no concurre.

En un supuesto semejante al ahora enjuiciado, la sentencia dictada en el recurso 406/2013 el día 23 de octubre de 2014, se recordó la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de noviembre de 2013 (asuntos acumulados C -199/12 a C -201/12) y por la de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2014 (Recurso de casación 864/2013), que se hace eco de la anterior, en el siguiente sentido:

*«Pues bien, la interpretación del artículo 10, apartado 1, letra d), de la Directiva 2004/83 que hace el Tribunal de Justicia de la Unión Europea le conduce a afirmar que "la existencia de una legislación penal como la controvertida en cada uno de los litigios principales, cuyos destinatarios específicos son las personas homosexuales, autoriza a declarar que debe considerarse que tales personas constituyen un determinado grupo social". Y, a continuación, declara que el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2004/83, en relación con la letra c) del apartado 2 de ese mismo artículo, "debe interpretarse en el sentido de que la mera tipificación como delito o falta de los actos homosexuales no constituye en cuanto tal un acto de persecución. En cambio, una pena privativa de libertad que reprime los actos homosexuales y que se aplica efectivamente en el país de origen que ha adoptado ese tipo de legislación debe considerarse una sanción desproporcionada o discriminatoria y constituye, por tanto, un acto de persecución".*

*A esta doble declaración llega la sentencia tras subrayar la diferencia entre la mera legislación que tipifique como delito o falta los actos homosexuales (tipificación penal que no constituye por sí misma una persecución en el sentido del artículo 9, apartado 1, de la Directiva) y la legislación que castiga con penas privativas de libertad los actos homosexuales tipificados como delitos (que "puede constituir por sí sola un acto de persecución en el sentido del artículo 9, apartado 1, de la Directiva, siempre que sea efectivamente aplicada en el país de origen que haya promulgado una legislación de este tipo").*

*Desde esta perspectiva, afirma el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, "cuando una persona que solicita asilo invoca la existencia en su país de origen de una legislación que tipifica como delito los actos homosexuales, incumbe a las autoridades nacionales, en el marco de su valoración de los hechos y circunstancias en virtud*



del artículo 4 de la Directiva, proceder a un examen de todos los hechos pertinentes relativos al país de origen, incluidas la legislación y la reglamentación del país de origen y el modo en que se aplican, tal y como prevé el artículo 4, apartado 3, letra a), de la Directiva".

La obligación de las autoridades nacionales ante estas solicitudes, consistirá en determinar tanto si "en el país de origen de la persona que solicita asilo, se aplica en la práctica la pena privativa de libertad prevista por una legislación de ese tipo" como si, a partir de la premisa anterior, "efectivamente, la persona que solicita asilo tiene fundados temores a ser perseguida al regresar a su país de origen, en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva, en relación con el artículo 9, apartado 3, de la misma".

Tal examen no puede hacerse en este caso porque la recurrente no acredita cuál sea su nacionalidad, sin que justifique en forma alguna tal circunstancia, máxime teniendo en cuenta que desde su salida del país hasta la solicitud de protección internacional estuvo previamente en Líbano dos meses, y no solicitó el asilo, viajando tanto a Líbano desde, según dice, Addís Abeba, como de Líbano a España por vía aérea, con documentación que ahora no posee sin explicar por qué. Únicamente hace alusión a que consiguió un pasaporte falso italiano en Líbano, pero no justifica ni con qué documentación viajó desde el que dice ser su país a aquel, ni como viajó desde Líbano a España.

Y ello al margen de que, efectivamente, el relato carece completamente de verosimilitud, incluyendo la referencia a su pareja americana, quien le ayudó y la financió pero no para que se reuniese con ella, sino para que viajase primero a Líbano y luego a España sin motivo aparente alguno, ya que la actora solo dice que vino aquí porque hay libertad sexual.

A la vista de lo obrante en el expediente administrativo, y vistas las precedentes consideraciones, no cabe apreciar la existencia de indicio probatorio alguno que permita apreciar la concurrencia en la recurrente de los requisitos para que le sea reconocido el derecho de asilo o algún tipo de protección de las previstas en la ley **12/2009**, pues es lo cierto es que la persecución que alega, está carente de todo soporte probatorio.

[...] Respecto a las invocadas razones humanitarias, debe recordarse que el artículo 17.2 de la Ley del Asilo dispone que " *No obstante lo dispuesto en el número anterior (en el que se especifican los efectos tanto de la inadmisión a trámite como de la denegación de la solicitud de asilo) por razones humanitarias o de interés público podrá autorizarse, en el marco de la legislación general de extranjería, la permanencia en España del interesado cuya solicitud haya sido inadmitida a trámite o denegada, en particular cuando se trate de personas que, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas a abandonar su país y que no cumplan los requisitos a los que se refiere el núm. 1 art. 3 de esta ley* ". El citado precepto legal se desarrolla por los 23.2, 31.3 y D. A. 1<sup>a</sup> del Reglamento aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero .

El Tribunal Supremo ha venido señalando, como pone de manifiesto la Sentencia de 3 de noviembre de 2004 , que " *esta Jurisdicción ha repetido incansablemente que la expresión podrá, empleada en algunos textos legales, ha de interpretarse con el significado de deberá siempre que concurran las condiciones o circunstancias previstas en el ordenamiento jurídico para resolver en el sentido contemplado por la norma (...)* ".

Pasando a analizar el supuesto de autos, no procede acoger la pretensión, ya que para que la solicitante de asilo pueda permanecer en España por razones humanitarias, es necesario que las citadas razones se encuentren "conectadas a la propia finalidad del derecho de asilo, que pretende la protección de personas que sufren persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, o pertenencia a grupos sociales perseguidos ( SSTS de 20 de diciembre de 2000 , 3 de octubre y 18 de diciembre de 1997 )", y en el caso de autos la petición articulada de forma subsidiaria se formula en función de los mismos presupuestos que no han sido considerados justificativos para la tramitación del asilo, de modo que no se aprecian razones para entender que la solicitante se encuentre en una situación que demande protección fuera de su país de origen por las circunstancias contempladas en el art. 17.2º de la Ley de Asilo .

No se aprecian, por otra parte, las denunciadas irregularidades en el procedimiento que pudieran justificar la anulación del acto administrativo impugnado y la retroacción de las actuaciones.

El examen del expediente administrativo pone de manifiesto que se reunió la CIAR el día 27 de junio de 2013 y allí se votó por unanimidad emitir propuesta desfavorable al reconocimiento de la condición de refugiado y al derecho de asilo, así como a la protección subsidiaria de Delfina . » .

El recurso de casación se articula en la formulación de tres motivos de casación.

El primer motivo de casación, que se formula al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa , imputa a la sentencia recurrida la infracción de los artículos 3 , 6 , 7 y 13 de la Ley **12/2009**, de 30 de octubre , reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, y



del artículo 1 A de la Convención de Ginebra y de la jurisprudencia aplicable, en cuanto la Sala de instancia debió **estimar** que del relato ofrecido por la solicitante de asilo, de los datos obrantes en el expediente, de los documentos aportados con la demanda y en la pieza de medidas cautelares y de la información disponible en el país de origen se desprende que concurren las circunstancias exigidas para ser reconocida como refugiada.

El segundo motivo de casación, que se formula al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, por falta de motivación e incongruencia, en infracción de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución española, y de los artículos 33 y 67 del citado texto legal, en la medida que omite realizar el examen que resulta obligado hacer en estos supuestos, conforme a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con la valoración de la acreditación de la nacionalidad de la solicitante de asilo, que se había demostrado en razón de la lengua que habla, que es oficial de Etiopía, y de la documentación aportada, que evidencia la existencia de una auténtica persecución contra su persona en su país de origen derivada de su orientación sexual.

El tercer motivo de casación, que se formula al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, reprocha a la resolución judicial recurrida la infracción de los artículos 4 y 10 de la Ley **12/2009**, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, en cuanto de las alegaciones de la solicitante y de las circunstancias que concurren en este supuesto, queda acreditado el riesgo de que pudiera sufrir un trato inhumano o degradante prohibido por el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al estar castigada en Etiopía la homosexualidad con penas de cárcel, lo que determina que deba autorizarse su permanencia en España por razones humanitarias.

Al respecto, se aduce que está acogida al proyecto FER de acogida para solicitudes de protección internacional de especial vulnerabilidad, habiéndose acreditado con los informes médicos aportados en el expediente administrativo que padece la enfermedad de VIH, recibiendo tratamiento retroviral por dicha enfermedad, por lo que se solicita de esta Sala se autorice su permanencia en España por razones humanitarias.

**SEGUNDO.-Sobre el segundo motivo de casación: la alegación de quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia.**

El segundo motivo de casación, que, por razones de orden procesal examinamos prioritariamente, no puede ser acogido, puesto que rechazamos que la Sala de instancia haya infringido los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución y los artículos 33 y 67 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, incurriendo en incongruencia y en falta de motivación, ya que la lectura de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida permite constatar que contiene una sólida y convincente argumentación jurídica que justifica la decisión de desestimación del recurso contencioso-administrativo, por ser conforme a Derecho, en el extremo cuestionado en este motivo, la resolución del Ministro del Interior de 17 de septiembre de 2013, que denegó el derecho de asilo a Doña Delfina, en cuanto no concurren los presupuestos de aplicación del artículo 1.A de la Convención de Ginebra de 1951, al carecer de todo soporte probatorio la persecución que alega por razón de su orientación sexual, y no constar acreditada adecuadamente cual es su nacionalidad.

En efecto, cabe significar, en este sentido, que en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia impugnada, la Sala de instancia afirma, para justificar su fallo confirmatorio de la decisión del Ministro del Interior de denegar la solicitud de reconocimiento del derecho de asilo, que se había basado en el hecho de haber sufrido persecución en Etiopía por causa de su homosexualidad, que «no cabe apreciar la existencia de indicio probatorio alguno que permita apreciar la concurrencia en la recurrente de los requisitos para que le sea reconocido el derecho de asilo», en la medida que el relato ofrecido carece completamente de verosimilitud, analizando expresamente la referencia a la pareja americana que la ayudó a salir del país y otras circunstancias expuestas en la solicitud, considerando, además, que la recurrente no había acreditado su nacionalidad, al manifestar que no poseía documentación alguna, a pesar de haber llegado a nuestro país por vía aérea.

La Sala de instancia fundamenta su pronunciamiento, sin incurrir en quiebras lógicas en su argumentación, tras un examen pormenorizado y riguroso de los datos contenidos en el expediente que evidencia la falta de explicación entre otras circunstancias relevantes, según el tribunal sentenciador, de porqué no solicitó el estatuto de refugiada en Líbano, donde permaneció dos meses después de su salida de Etiopía, y con que finalidad decidió trasladarse a España.

Por ello, estimamos que la Sala de instancia no ha vulnerado, en los extremos cuestionados, el deber de motivación de las decisiones judiciales que garantiza el artículo 120.3 de la Constitución, que constituye una garantía esencial para el justiciable, mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad, y que impone, según se afirma en las sentencias del Tribunal Constitucional 118/2006, de 24 de abril, 67/2007, de 27 de



marzo, 44/2008, de 10 de marzo, 139/2009, de 15 de junio y 160/2009, de 29 de junio, no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones formuladas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico.

En las sentencias de 4 de noviembre de 2005 (RC 428/2003), 18 de noviembre de 2005 (RC 2084/2003) y 7 de junio de 2006 (RC 8952/2003), dijimos:

« El derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales que garantiza el artículo 24 de la Constitución, engarzado en el derecho a la tutela judicial efectiva, y que constituye el marco constitucional integrador del deber del juez de dictar una resolución razonable y motivada que resuelva en derecho las cuestiones planteadas en salvaguarda de los derechos e intereses legítimos que impone el artículo 120 de la Constitución, exige, como observa el Tribunal Constitucional en la Sentencia 8/2004, de 9 de febrero, acogiendo las directrices jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 9 de diciembre de 1994, Caso Hiro Balani contra España y Caso Ruíz Torija contra España), la exposición de un razonamiento suficiente, aunque no obligue al juez a realizar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleve a resolver en un determinado sentido ni le impone un concreto alcance o intensidad argumental en el razonamiento, de modo que el juez incurre en incongruencia cuando efectúa razonamientos contradictorios o no expresa suficientemente las razones que motivan su decisión, pero no cuando se puede inferir de la lectura de la resolución jurisdiccional los fundamentos jurídicos en que descansa su fallo. ».

En suma, en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta al caso que enjuicamos en este recurso de casación, debemos concluir el examen del segundo motivo de casación confirmando el criterio de que la Sala de instancia no ha incurrido en vulneración de la garantía de motivación de las resoluciones judiciales ni ha incurrido en incongruencia, puesto que hemos constatado que en la fundamentación de la sentencia recurrida se responde de forma clara y razonada a los motivos de impugnación aducidos en el escrito de demanda formalizada en la instancia, en relación con la infracción de los artículos 3, 6, 7 y 13 de la Ley de asilo, por lo que no estimamos que se hayan vulnerado los invocados artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución.

**TERCERO.- Sobre el primer motivo de casación: la alegación de infracción de los artículos 3, 6, 7 y 13 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, y del artículo 1 A de la Convención de Ginebra.**

El primer motivo de casación, fundamentado en la infracción de los artículos 3, 6, 7 y 13 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, y del artículo 1 A de la Convención de Ginebra, sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951, no puede ser acogido, puesto que no apreciamos que la Sala de instancia haya incurrido en error de Derecho al **estimar** que es ajustada a derecho la resolución del Ministro del Interior de 17 de septiembre de 2013, en el extremo que acuerda denegar el derecho de asilo solicitado por Doña Delfina, con base en la consideración de que el relato ofrecido por la solicitante de asilo carece completamente de verosimilitud, ante la inexistencia de indicio probatorio alguno que acredite la existencia de persecución en el sentido del mencionado Convenio de Ginebra, partiendo de la premisa de que no ha acreditado debidamente su nacionalidad, lo que impide valorar si en el país de origen existe una legislación que tipifique como delito los actos homosexuales y que los sancione con penas privativas de libertad que son efectivamente aplicadas, tal como exige la doctrina de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo expuesta en la sentencia de 12 de febrero de 2014 (RC 864/2013), y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea formulada en la sentencia de 7 de noviembre de 2013 ( asuntos acumulados C-199/12 a C-201/12 ), según se refiere expresamente en la sentencia recurrida.

En efecto, consideramos que la Sala de instancia no ha interpretado de forma irracional o arbitraria las disposiciones de Derecho internacional y de Derecho interno reguladoras del estatuto de refugiado, cuyas directrices fundamentales enunciamos:

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951, y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, pretenden garantizar a aquellas personas consideradas refugiados, conforme a lo dispuesto en el artículo 1, apartado A.2, por padecer fundados temores de ser perseguidas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas y no quieran acogerse a la protección de su país de origen, un estatuto personal específico en la Ley del país de refugio que asegure el ejercicio mas amplio de los derechos y libertades fundamentales que les permita vivir en condiciones de dignidad, con la finalidad de evitar que sean expulsados a aquel territorio donde su vida o su libertad estuvieran amenazadas.

El artículo 13.4 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978, reconoce el derecho de asilo, al disponer que «la ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España».



El Tribunal Constitucional ha precisado en la sentencia 53/2002, de 27 de febrero , el alcance del artículo 13.4 de la Constitución , que permite configurar el estatuto constitucional del peticionario de asilo, en los siguientes términos:

« Si bien es cierto que el art. 13.4 CE reconoce el derecho de asilo, hay que subrayar que el mismo precepto constitucional remite al legislador ordinario -y sobre esto último volveremos en el F. 14- los «términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España». Estamos entonces ante una remisión al legislador ordinario para configurar el régimen de disfrute de este derecho constitucionalmente reconocido a quienes solicitan asilo en España. Atendiendo a la ubicación sistemática del precepto en el texto constitucional (Capítulo I del Título I: «De los españoles y los extranjeros») fácilmente se colige que no estamos ante un derecho fundamental de los enunciados en el Capítulo II del mismo Título I de la Constitución. Estamos, propiamente, ante un mandato constitucional para que el legislador configure el estatuto de quienes se dicen perseguidos y piden asilo en España. Los derechos del solicitante de asilo -o del ya asilado- serán, entonces, los que establezca la Ley. Obviamente, la Ley que regule el régimen de los extranjeros asilados -o peticionarios de asilo- ha de respetar plenamente los demás preceptos de la Constitución y, en especial, los derechos fundamentales que amparan a los extranjeros. Pero ningún precepto constitucional exige que esa Ley de configuración del derecho de asilo se apruebe con forma de ley orgánica. Hecha esta aclaración conviene que nos detengamos en precisar en qué términos los peticionarios de asilo disfrutaran de los derechos fundamentales enunciados en los arts. 17 y 19 CE .

a) Ninguna duda hay, en primer lugar, de que el solicitante de asilo, en tanto extranjero, sólo disfruta del derecho fundamental a entrar y circular libremente por España ( art. 19 CE ) en los términos que disponen los Tratados y la Ley. Así está dicho en la jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 94/1993, de 22 de marzo, F. 3 ; 86/1996, de 21 de mayo, F. 2 ; 174/1999, de 27 de septiembre , F. 4). En la actualidad el derecho de los extranjeros a entrar en España está condicionado, con carácter general, al cumplimiento de los requisitos del art. 25.1 y 2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (parcialmente reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre). Como excepción, el art. 5.7.3 LRDA prevé también que quien solicita asilo en frontera -y que no cumple con los requisitos del art. 25.1 y 2 de la Ley Orgánica 4/2000 - pueda entrar en España (supuesto que la permanencia en las «dependencias adecuadas» del puesto fronterizo pueda considerarse tal), si bien de forma limitada y provisional, mientras sobre la petición de asilo recae una primera resolución de admisión a trámite. De esta forma el Estado español protege, conforme a lo dispuesto en el art. 33.1 de la Convención de Ginebra de 1951, a quienes acceden a un puesto fronterizo y en él denuncian un temor fundado de ser perseguidos. El amparo o protección del Estado español se cifra, conforme al art. 5.7.3 LRDA, en la permanencia del extranjero en el puesto fronterizo; sólo en esos precisos y limitados términos autoriza la Ley la entrada provisional en España de extranjeros solicitantes de asilo. Fuera de esas condiciones el solicitante de asilo en frontera carece de todo derecho, ni constitucional ni legal, a entrar o circular por España.

b) Durante el tiempo en que el solicitante de asilo permanece en «dependencias adecuadas» del puesto fronterizo rigen, por principio, los derechos fundamentales derivados de la dignidad de la persona que la Constitución reconoce a todas las personas sometidas a los actos de los poderes públicos españoles. Los solicitantes de asilo disfrutaban, por tanto, del derecho a la libertad que el art. 17.1 CE reconoce a todas las personas ( STC 115/1987, de 7 de julio , F. 1). Lo relevante aquí no es la concreta ubicación territorial de las «dependencias adecuadas» a que se refiere el art. 5.7.3 LRDA, y que será bien distinta según que la entrada en España sea por tierra, mar o aire. Lo determinante es, desde la perspectiva propia de los derechos fundamentales, la existencia de una situación legal de sometimiento de los solicitantes de asilo a un poder público español. Este es el criterio que resulta tanto de la jurisprudencia de este Tribunal (por todas: STC 21/1997, de 10 de febrero , F. 3) como del art. 1 CEDH (relevante para la interpretación de nuestros derechos fundamentales, conforme al art. 10.2 CE ) y de la jurisprudencia del TEDH (así, en un caso de retención de solicitantes de asilo en zona aeroportuaria, en la STEDH de 25 de junio de 1996, caso Amuur c. Francia). Dicho esto, desde ahora debemos advertir y destacar que la permanencia del solicitante de asilo en las «dependencias adecuadas» de frontera en ningún caso impide que ese mismo extranjero abandone aquel lugar de espera cuando lo considere conveniente, aunque no, por supuesto, para entrar incondicionalmente en España, ámbito éste en el que no disfruta del derecho fundamental a «entrar y salir libremente de España» ( art. 19 CE ), sólo reconocido constitucionalmente a los españoles . » .

El artículo 3 de la Ley **12/2009**, de 30 de octubre , reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, prescribe las causas que justifican la concesión de asilo y su denegación, en los siguientes términos:

« 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 preámbulo de la referida Ley **12/2009**, expone el designio del legislador al regular el derecho de asilo, con el objeto de adecuar nuestra legislación con la política europea de asilo, en los siguientes términos:

*« De entre estas normas destacan, por afectar al núcleo de todo sistema de asilo, la Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida; la Directiva 2005/85/CE, del Consejo, de 1 de diciembre, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado; y el Capítulo V de la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho de reagrupación familiar relativo a los refugiados.*

*De la naturaleza misma de las normas mínimas se desprende que los Estados miembros tienen competencia para introducir o mantener disposiciones más favorables para las personas de terceros países o apátridas que pidan protección internacional a un Estado miembro, siempre que tales normas sean compatibles con lo dispuesto en las Directivas comunitarias que con la presente Ley se transponen.*

*La transposición de esta legislación de la Unión Europea supone la total acogida en nuestro ordenamiento de la denominada Primera Fase del Sistema Europeo Común de Asilo, tal y como se recoge en las Conclusiones de Tampere de 1999 y se ratifica en el Programa de La Haya de 2004, pues contiene las bases para la constitución de un completo régimen de protección internacional garante de los derechos fundamentales, partiendo de la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967, sobre el estatuto de los refugiados como piedra angular del régimen jurídico internacional de protección de las personas refugiadas. » .*

En este sentido, consideramos que el reconocimiento de la condición de refugiado está condicionado a la acreditación de que concurren las causas que se contienen en el artículo 1.A.2) de la Convención de Ginebra de 29 de julio de 1951, por remisión expresa del artículo 3.1 de la expresada Ley reguladora del Derecho de Asilo, y se concretan en la existencia de fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas en su país de origen. Acorde con tal exigencia, se resolverá favorablemente la solicitud de asilo cuando aparezcan indicios suficientes, según la naturaleza de cada caso, para deducir que el solicitante cumple con los anteriores requisitos ( artículo 8 de la citada Ley ). Y, en consecuencia, de ello se deriva que no procede la concesión del derecho de asilo, si no aparecen indicios suficientes sobre la existencia de fundados temores de ser perseguido, entre otros motivos, por causa de la orientación sexual, lo que acontece en el presente supuesto.

En el supuesto enjuiciado en este recurso de casación, cabe consignar que la letrada defensora de la recurrente se limita a exponer, en la formulación de este segundo motivo de casación, su discrepancia con la valoración de la Sala de instancia de los datos obrantes en el expediente y de los documentos aportados con el escrito de demanda y en la pieza de medidas cautelares, que, según se sostiene, evidenciarían su nacionalidad y la existencia de una auténtica persecución en su país de origen, Etiopía. También observamos que no ha formulado una crítica convincente a la fundamentación jurídica de la sentencia, pues no ha justificado en que medida pudiera tacharse ese juicio sobre la valoración de la prueba de irrazonable, debiendo señalar al respecto que, conforme a una consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, excede del marco del recurso de casación la revisión de la valoración de las pruebas, salvo que se demuestre que ha sido arbitraria.

Por ello, estimamos que la Sala de instancia no ha eludido, en la determinación de las circunstancias relevantes para la resolución del proceso, contrariamente a lo que aduce la letrada de la recurrente, la valoración del material probatorio aportado por la solicitante del derecho de asilo, conforme a los criterios establecidos en el artículo 4.5 de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004 , por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, que dispone que deberán tenerse en cuenta los esfuerzos desplegados para fundamentar la concesión del estatuto de refugiado, analizando si las declaraciones efectuadas son coherentes y verosímiles y están sustentadas en documentos acreditativos pertinentes, así como el hecho de si se presentó la solicitud con rapidez, en razón con la existencia de persecución en el sentido de la Convención de Ginebra, que evidencie la credibilidad en general de la petición de protección internacional.

**CUARTO.- Sobre el tercer motivo de casación: la alegación de infracción de los artículos 4 y 10 de la Ley **12/2009**, de 30 de octubre , reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.**



El tercer motivo de casación articulado, en los estrictos términos formulados, no debe ser acogido, en el extremo que cuestiona la interpretación de los artículos 4 y 10 de la Ley **12/2009**, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, aunque consideramos improcedente que confirme la decisión de denegar la protección subsidiaria con base en la doctrina jurisprudencial formulada en relación con la aplicación del artículo 17.2 de la derogada Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en cuanto que no toma en consideración que el régimen jurídico de la concesión del derecho a la protección subsidiaria ha sido modificado por la vigente Ley **12/2009** -aplicable *ratione temporis*- que en su artículo 4 determina que debe dispensarse «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 dan motivos fundados para creer que si regresaran a su país de origen, en el caso de nacionales, o al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían al riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley»; y que, en el artículo 37.2 de la referida Ley de asilo, contempla que en aquellos supuestos de resoluciones denegatorias del derecho de asilo y de protección subsidiaria, se podrá autorizar la estancia o la residencia en España y, en consecuencia, suspender la orden de retorno o expulsión cuando concurren razones humanitarias, de acuerdo con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y su normativa de desarrollo; y que, en relación con la protección jurídica de las personas de especial vulnerabilidad demandantes de asilo, el artículo 46 del referido texto legal, dispone en su apartado 3 que «por razones humanitarias distintas de las señaladas en el estatuto de protección subsidiaria, se podrá autorizar la permanencia de la persona solicitante de protección internacional en España en los términos previstos por la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración».

En este sentido, en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2012 (RC 2476/2011) -doctrina que se reitera en la sentencia de 11 de marzo de 2014 (RC 2797/2013)-, ya advertimos el profundo cambio introducido por el legislador en la Ley **12/2009**, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, en relación con la protección debida por razones humanitarias a los solicitantes de asilo que se encuentren en situaciones de especial vulnerabilidad, en los siguientes términos:

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

Por ello, estimamos que la decisión de la Sala de instancia, al confirmar la validez de la resolución del Ministro del Interior de 17 de septiembre de 2013, en el extremo que deniega el derecho a la protección subsidiaria de Doña Delfina, puede considerarse acorde con la doctrina jurisprudencial de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2013 (RC 4355/2012), que sostiene que el derecho a la protección subsidiaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley **12/2009**, de 30 de octubre, 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 concorra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de esta Ley, aunque, sin embargo, estimamos que la Sala de instancia debió acoger la pretensión formulada con carácter subsidiario de que se le reconozca la protección debida conforme a la Ley de asilo por razones humanitarias, derivada de su situación de especial vulnerabilidad, al haberse acreditado que padece una enfermedad crónica, de la que está recibiendo tratamiento en un hospital público madrileño, ya que su retorno al país de procedencia puede comportar que se produzcan situaciones de vulneración de su derecho a la integridad física y psíquica, tal como informó la Comisión Española de Ayuda al Refugiado en su informe de 11 de julio de 2011, obrante en el expediente administrativo.

A estos efectos, cabe tener en cuenta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha destacado que en el ámbito genérico de la protección internacional existen dos regímenes distintos de protección, a saber, el estatuto de refugiado, por un lado, y el estatuto que confiere la protección subsidiaria, por otro, cuyos





ámbitos respectivos de protección no deben equipararse ( STJUE, Gran Sala, de 2 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-175/08 , C-176/08 y C-179/08). Esta diferente caracterización del reconocimiento del derecho de asilo y de la autorización de permanencia por razones humanitarias se pone de relieve por la diferente perspectiva de examen y valoración de las circunstancias concurrentes que han de emplearse en uno y otro caso, de donde se puede inferir que también debe hacerse un examen específico de aquellas circunstancias personales aducidas por los solicitantes de asilo que se encuentren en situación de especial vulnerabilidad, a los efectos de determinar si no procede acordar el retorno al país de origen cuando ello comporte violación de sus derechos fundamentales esenciales por causas distintas a las previstas en la Convención de Ginebra.

La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que hemos recordado en las sentencias de esta Sala Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2015 (3055/2014 ) y de 4 de noviembre de 2015 (1046/2015 ) , se sistematiza en los siguientes términos:

« [...] Tal y como hemos señalado recientemente en *nuestra Sentencia de 21 de septiembre de 2012 (RC 75/2012 ) cuando se trata de valorar la concesión del asilo y el consiguiente reconocimiento del derecho a la obtención del estatuto de refugiado, adquiere una relevancia primordial la valoración del relato personal de persecución expuesto por el solicitante de asilo, pues según jurisprudencia constante las situaciones de guerra civil o de conflicto interno generalizado en el país de origen del solicitante no dan lugar a la concesión de la condición de refugiado si no van acompañadas del temor fundado a sufrir persecución personal por alguno de aquellos motivos, pues de otro modo todo ciudadano de un país en que se produzcan graves trastornos sociales, con muerte de personas civiles y ausencia de protección de los derechos básicos del hombre, tendría automáticamente derecho a la concesión del asilo, lo que no es, desde luego, la finalidad de la institución.*

*Cuando se trata, por el contrario, de valorar la autorización de permanencia en España por razones humanitarias, no se requiere la constatación de una persecución individual (que en caso de acreditarse suficientemente daría lugar sin más a la concesión del asilo), sino que cobra más relieve el análisis del conflicto social y del modo en que éste afecta a la persona inmersa en él, que puede ser acreditado a través de la información detallada sobre la evolución del país de origen, que permitirá aportar datos idóneos para valorar la posible aplicación de la situación de los «conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso» a que se refiere la Sentencia de esta Sala de 8 de julio de 2011, (RC 1587/2010 ) en referencia al artículo 17.2 . » .*

En suma, conforme a los parámetros de enjuiciamiento expuestos, estimamos que la Sala de instancia debió reconocer, al amparo del artículo 46.3 de la Ley **12/2009**, de 30 de octubre , reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, la autorización para permanecer en España por razones humanitarias, conforme a la legislación general de extranjería, pues, aunque no se haya acreditado adecuadamente la nacionalidad de etíope, cabe tener en cuenta que de los datos ofrecidos puede determinarse que procede de esa región africana, según se desprende del mencionado Informe de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado. Esta decisión judicial que adoptamos se justifica por la finalidad de impedir que su expulsión al país de su última residencia suponga un menoscabo grave a su integridad física, psíquica y moral, en cuanto apreciamos que existe el riesgo real de que pueda ser estigmatizada socialmente, debido a la enfermedad crónica que padece, y ser víctima de actos de violencia sexual y de violencia por razones de género, tal como refiere el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, en su Informe de 24 de junio de 2013, obrante en el expediente administrativo, dada la situación de degradación del respeto a los derechos humanos existente en dicha zona, escenario de conflictos bélicos, y de prácticas discriminatorias por razones de género y por causa de su orientación sexual.

En consecuencia con lo razonado, al estimarse en este extremo el tercer motivo de casación articulado, debemos declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Doña Delfina contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de mayo de 2015, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 510/2013 , que casamos.

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95.2 d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede **estimar** parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Doña Delfina contra la resolución del Ministro del Interior de 17 de septiembre de 2013, reconociendo el derecho de la recurrente a permanecer en España por razones humanitarias, en el marco de la legislación general de extranjería, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.3 de la Ley **12/2009**, de 30 de octubre , reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

#### **QUINTO.- Sobre las costas procesales.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , no procede efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en primera instancia, ni las originadas en el proceso casacional.



En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución.

### FALLAMOS

**Primero.- Que debemos declarar y declaramos haber lugar** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Doña Delfina contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de mayo de 2015, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 510/2013, que casamos.

**Segundo.- Estimar parcialmente** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Doña Delfina contra la resolución del Ministro del Interior de 17 de septiembre de 2013, reconociendo el derecho de la recurrente a permanecer en España por razones humanitarias, en los términos fundamentados.

**Tercero.- No efectuar expresa imposición de las costas procesales** ocasionadas en primera instancia ni de las originadas en el proceso casacional.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- 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.- Rubricados. **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.- Aurelia Lorente Lamarca.- Firmado.