

Roj: STS 3186/2013
Id Cendoj: 28079130032013100179
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 4353/2012
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: PEDRO JOSE YAGÜE GIL
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Junio de dos mil trece.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 4353/2012 interpuesto por Don Pedro Jesús , representado por el Procurador Don Gonzalo Mendivil Martín, contra la sentencia dictada con fecha 4 de octubre de 2012, por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 506/2011 , sobre derecho de asilo.

Es parte recurrida la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de Don Pedro Jesús se interpuso ante la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 506/2011 contra la resolución de 15 de febrero de 2011 dictada por el Sr. Subsecretario de Interior (por delegación del Ministro) denegatoria del derecho de asilo y la protección subsidiaria al recurrente, nacional de Camerún.

SEGUNDO.- Tras la tramitación procesal oportuna, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, de la Audiencia Nacional, dictó la sentencia hoy recurrida, de fecha 4 de octubre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: "*Primero.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo formulado por Pedro Jesús contra la resolución del Ministerio del Interior de 15 de febrero de 2011, a que las presentes actuaciones se contraen. Segundo.- No se hace expreso pronunciamiento sobre las costas devengadas*" .

TERCERO.- Notificada dicha sentencia se presentó escrito por la hoy recurrente , manifestando su intención de preparar recurso de casación, que se tuvo por preparado, emplazando a las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

CUARTO.- En el escrito de interposición del recurso de casación se alegan cuatro motivos de casación, formulados todos ellos al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción :

1) Por infracción del artículo 24 de la Constitución , 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, 16.2 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, en relación con el artículo 19.4 de la misma, 5.2 del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero , por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, y 2.f) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita; así como de la jurisprudencia que alega, por considerar que se ha producido indefensión por falta de asistencia letrada durante la tramitación del procedimiento administrativo.

2) Por infracción de los artículos 334 , 348 y 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el artículo 9.3 de la Constitución , por haber realizado una valoración de la prueba arbitraria y contraria a la sana crítica.

3) Por vulneración de los artículos 3 y 26.2 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre , reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria y 1.A de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Ginebra el 28 de julio de 1951, por no haberse otorgado la necesaria protección al recurrente teniendo en cuenta la persecución de la que ha sido objeto por su orientación sexual.

4) Por infracción de los artículos 4 y 10.b) de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, pues en el supuesto de tener que volver el recurrente a Camerún podría verse sometido a tratos degradantes, incluida la prisión.

QUINTO.- Admitido a trámite el recurso, se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara escrito de oposición, solicitándose por el Sr. Abogado del Estado no haber lugar al mismo.

SEXTO.- Por providencia de 4 de junio de 2013 se nombró ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Pedro Jose Yague Gil y se señaló para su votación y fallo el día 11 de junio de 2013, en que ha tenido lugar.

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

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Yague Gil, Presidente de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida, asumiendo el informe de la instrucción, desestima el recurso contencioso-administrativo al considerar que la parte actora no ha acreditado, ni directa ni indiciariamente, la realidad de una persecución personal susceptible de incardinarse en el régimen jurídico del asilo. Señala que, al margen de las contradicciones en que incurre su relato y de las que da cuenta el informe antes citado, el recurrente dejó transcurrir un apreciable periodo de tiempo antes de recabar protección (entra en España el 17 de noviembre de 2009 y solicita asilo el 20 de enero de 2010) lo que no resultaría coherente con una necesidad perentoria de protección.

Pone de manifiesto asimismo, en relación con la orientación sexual del actor -dato determinante de su pretendida persecución-, que un clima social adverso a la homosexualidad e incluso una legislación desfavorable en el país de origen no son asimilables a una persecución generalizada; señalando, en relación con su credo católico, que no resulta creíble sea un factor de discriminación o persecución, teniendo en cuenta que el país cuenta con una mayoría cristiana y se caracteriza por una razonable tolerancia religiosa.

En cuanto a la pretendida indefensión por falta de asistencia letrada señala la sentencia recurrida que "*(...) cabe advertir que al folio 1.3 del expediente administrativo ("diligencia de asistencias solicitadas y entrega del folleto informativo"), existe un aspa en la casilla "no" correspondiente al concepto "asistencia de abogado", constando la firma del interesado, del intérprete y del funcionario actuante, por lo que mal podría prosperar esa alegación, máxime cuando posteriormente, a lo largo del procedimiento administrativo, el promovente consta ha podido manifestar todo cuanto a su interés convino, sin asomo alguno de indefensión*".

Por último, en cuanto a la protección subsidiaria, señala la sentencia que el recurrente no ha formulado motivo alguno de suficiente entidad -y menos con carácter fundado- como para creer que el regreso a su país pudiera determinar riesgo de sufrir daños.

SEGUNDO.- A través del primer motivo casacional, la parte recurrente denuncia la infracción del artículo 24 de la Constitución, 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, 16.2 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, en relación con el artículo 19.4 de la misma, 5.2 del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, y 2.f) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

Denuncia la indefensión sufrida por la falta de asistencia letrada durante la tramitación administrativa. Pone de manifiesto que el recurrente, nacido el día NUM000 de 1992, presenta su solicitud de asilo en Madrid el día 20 de enero de 2010, cuando aún no contaba con 18 años. Destaca que el ACNUR en su informe solicitó que el caso presente fuera estudiado a la luz de la posible minoría de edad del solicitante. Del examen del expediente deduce que el recurrente no fue informado debidamente de sus derechos, la comprensión de los mismos por su parte y la razón de por qué necesitaba la asistencia de abogado y que el mismo podría ser gratuito.

TERCERO.- Para resolver este primer motivo de casación hemos de repasar brevemente los hechos que puedan ser relevantes respecto de la cuestión que nos ocupa:

Don Pedro Jesús formuló su solicitud de protección internacional en Madrid el día 20 de enero de 2010, alegando como fecha de nacimiento el NUM000 de 1992 y sin acompañar pasaporte u otro documento que acreditara la misma. En la entrevista de instrucción mantenida consta haber sido asistido de intérprete (consta un aspa en la casilla correspondiente en el apartado de asistencias solicitadas) pero no de abogado, ni letrado

de su elección ni asistencia gratuita (igualmente se hace constar mediante un aspa en la correspondiente casilla del "no"). Lo anterior aparece al folio 1.3 del expediente.

Al siguiente día (21 de enero de 2010) se solicita la realización de prueba para averiguar la edad biológica de la persona. Consta al folio 4.5 del expediente el informe radiológico emitido por un facultativo del Hospital "La Paz" en el que pone de manifiesto que "La radiografía de la mano izquierda muestra una fusión completa de todos los cartílagos del crecimiento, lo que supone que se ha alcanzado el final de la maduración ósea. Corresponde a la edad "tipo" de 19 años del Atlas de maduración ósea de Greulich y Pyle. Con esta imagen "tipo" y en condiciones normales sin trastornos del crecimiento, la edad cronológica del paciente debería ser superior a los 17 años, teniendo en cuenta la desviación estándar existente para dicho estándar de edad ósea".

En el informe emitido -fecha 4 de febrero de 2010- en el seno del expediente por la Delegación en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (al folio 10.5 y siguientes), tras poner de manifiesto las recomendaciones sobre la determinación de la edad contenidas en las guías sobre protección internacional relativas a las solicitudes de asilo de menores así como las demás recomendaciones relativas al estudio de solicitudes de asilo presentadas por menores no acompañados, concluye señalando que *"Esta Delegación, considerando todos los elementos de la presente solicitud, estima que el caso de D. Pedro Jesús debería ser estudiado a la luz de su posible minoría de edad cuando ocurrieron los hechos relatados, así como en el momento en que se realizó la entrevista para formalizar la solicitud de protección internacional. En este sentido y, teniendo en cuenta las cautelas establecidas en las Guías del ACNUR relativas a la determinación formal del interés superior del menor y en las Guías del ACNUR sobre Protección Internacional relativas a las solicitudes de asilo de menores, debería ser objeto de una nueva entrevista en las condiciones más arriba descritas, en la cual el solicitante pueda ofrecer un relato más detallado y aclarar aquellos aspectos de la solicitud que resultan llamativos con el objeto de poder valorar adecuadamente su posible necesidad de protección internacional"*.

Como consecuencia de lo anterior, el solicitante de asilo es convocado a una nueva entrevista con el instructor el día 19 de octubre de 2010 con la presencia del ACNUR (al folio 12.1). En el oficio por el que se le convoca, que se entrega a D. Pedro Jesús y que aparece recepcionado y firmado por el mismo el día 8 de octubre de 2010 (al folio 13.4 del expediente) se le pone de manifiesto en castellano (no consta su remisión en la lengua francesa, con la que se verificó la primera entrevista) que "Se le recuerda que en esta entrevista, al igual que en cualquier otro trámite relacionado con su solicitud, podrá estar acompañado de su abogado así como aportar la documentación (originales) que considere oportuno".

Por otro lado, en la diligencia informativa relativa a la entrevista de instrucción (al folio 14.1) no se le pone de manifiesto la posibilidad de contar con asistencia letrada en dicho acto.

Ya en sede judicial, junto con la demanda interpuesta por el hoy recurrente frente a la resolución administrativa denegatoria del asilo, se acompañó como documento número 2 certificado de nacimiento del actor donde consta como fecha de nacimiento la de NUM000 de 1992 e igualmente un certificado de nacionalidad de Camerún (documento número 1) y un certificado de antecedentes penales (documento número 3) donde consta igualmente la anterior como fecha de nacimiento.

CUARTO.- Como antes hemos señalado, en su primer motivo casacional la parte recurrente denuncia la indefensión sufrida por la ausencia de asistencia letrada durante la tramitación del procedimiento administrativo.

La Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria establece en su artículo 18.1.b) el derecho del solicitante de asilo a la asistencia jurídica gratuita y a intérprete. El artículo 16.2 por su parte, también señala que los solicitantes de protección internacional tendrán derecho a la asistencia sanitaria y a asistencia jurídica gratuita, que se extenderá a la formalización de la solicitud y a toda la tramitación del procedimiento y que se prestará en los términos previstos en la legislación española en la materia, así como derecho a intérprete.

El artículo 8 del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, insiste en la misma idea.

En el artículo 2.e) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, se señala que "En el orden contencioso- administrativo, así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y

representación gratuita en los procedimientos que puedan llevar a la denegación de su entrada en España, a su devolución o expulsión del territorio español, y en todos los procedimientos en materia de asilo".

En diversas ocasiones hemos sostenido que una deficiente información de derechos hecha al interesado y más concretamente la falta de información sobre la posibilidad de recabar asistencia letrada de un abogado de oficio puede derivar en una situación real y efectiva de indefensión, que se agrava en los casos de extranjeros desconocedores del idioma y del Derecho español, indefensión que puede gozar de trascendencia invalidante de las actuaciones administrativas. Por citar algunos ejemplos, a los que se refiere la parte recurrente en su recurso de casación, sentencias de 31 y 6 de octubre de 2006 (recursos de casación número 4979/2003 y 6881/2003).

Hemos señalado también (por todas, sentencia de 21 de abril de 2006 -recurso de casación número 2675/2003 -) que *"el derecho de defensa técnica que a los solicitantes de asilo reconoce el artículo 5.4 de la Ley 5/1984, de 16 de marzo , reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado (LDA) proyecta su necesidad desde el comienzo mismo del expediente (...). Cuando el artículo 5.2 del Reglamento de aplicación de la LDA, aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero (RLDA), establece que los solicitantes de asilo serán informados por la autoridad a la que se dirijan de la necesidad de aportar las pruebas o indicios en que base su solicitud, así como de los derechos que le corresponden, de conformidad con la LDA, en particular del derecho a intérprete y a la asistencia letrada, esta refiriéndose a un asesoramiento técnico jurídico anterior a la solicitud, y no sólo para dar adecuada respuesta al cuestionario policial sino para, con el mismo, poder aportar pruebas o indicios en los que fundamentar la solicitud. Si bien se observa, la narración de los hechos requiere, a continuación, una transformación o, al menos un intento de encuadramiento en alguna de las causas normativamente previstas para la obtención del derecho que se pretende, con base en las pruebas o indicios que puedan aportarse. Ello implica que la privación a la recurrente de esa asistencia jurídica le ha impedido disponer de una asesoramiento técnico especialmente relevante, y que, en consecuencia, sí podemos decir que ha sufrido indefensión"*.

QUINTO.- Pues bien, aplicadas las anteriores consideraciones al presente caso, hemos de adelantar que nos encontramos ante una situación real y efectiva de indefensión para el solicitante de asilo.

En el momento en que se formula la solicitud de protección internacional por parte del hoy recurrente el mismo era menor de edad. Esta circunstancia fue puesta de manifiesto por el mismo y posteriormente acreditada documentalmente en vía judicial a través de los documentos a los que antes se ha hecho referencia (certificado de nacimiento del actor, certificado de nacionalidad camerunesa y certificado de antecedentes penales) cuya autenticidad no ha sido discutida por la Administración recurrida ni objeto de valoración por la sentencia impugnada.

No cabe duda que lo anterior singulariza el caso que nos ocupa y obliga a extremar las garantías y cautelas procedimentales que deben adoptarse. Ténganse en cuenta a estos efectos, y sin perjuicio de otros instrumentos normativos, los artículos 46 y siguientes de la Ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

Es cierto que conforme establece el artículo 48 de la Ley reguladora del derecho de asilo, el Ministerio Fiscal requirió que el menor fuera sometido a las pruebas médicas necesarias para determinar su edad y consideró que era mayor de edad. Ahora bien, el Sr. Fiscal no interpretó bien el dictamen médico (folio 4.5 del expediente) porque ese dictamen hablaba de 19 años como edad "tipo", pero en el caso examinado hablaba de edad "superior a 17 años". Lo que seguía dejando la cuestión en la duda, pero con la clara posibilidad de que el interesado fuera menor de edad, lo que han venido a corroborar después indubitadamente los documentos acompañados a la demanda, que demuestran que el interesado nació el día NUM000 de 1992, y que, por lo tanto, cuando solicitó asilo el 20 de Enero de 2010 no contaba con 18 años de edad.

La imprecisión de la prueba no es extraña si tenemos en cuenta que la radiología simple del carpo de la muñeca izquierda para la predicción de la edad cronológica a través de la edad ósea, por el método de Greulich y Pyle (la llevada a cabo al solicitante) no da lugar a resultados que puedan considerarse absolutos y exactos sino que se trata de un método predictivo que necesariamente presenta desviaciones. Ha de señalarse y así ha sido puesto de manifiesto por diversas organizaciones no gubernamentales y por resoluciones judiciales (téngase en cuenta a estos efectos las fundadas consideraciones contenidas en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de enero de 2012 -recurso contencioso-administrativo número 125/2009 -) que el método consiste en comparar los resultados con los estándares (en imágenes) del Atlas de Greulich y Pyle, con referencia a la maduración ósea que presenta la media de la población a una determinada edad cronológica y que está basada en mediciones

realizadas en niños de raza blanca en Estados Unidos y Europa, sin tomar en consideración las características éticas, sociales, culturales, nutricionales y medioambientales, que pueden tener una importante influencia en el desarrollo y madurez física y psíquica de la persona. Se menciona, incluso, la conveniencia de expresar que las determinaciones de edad basadas en el examen de los huesos de la muñeca deberían incluir un margen de error de, al menos, veinte meses.

La errónea determinación de la mayoría de edad del solicitante de asilo en el momento en que formula su solicitud impidió que al mismo se le aplicaran las cautelas y garantías que diversos instrumentos normativos establecen en relación con los menores y singularmente, en relación con el asilo, los artículos 46 y siguientes de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, donde se prevé que en el caso de menores no acompañados solicitantes de protección internacional serán remitidos a los servicios competentes de protección de menores, lo que se pondrá en conocimiento del Mº Fiscal. Pero es que, además, hasta que se llevó a cabo la errónea determinación de la mayoría de edad por el Sr. Fiscal sobre el informe del facultativo del Hospital "La Paz", las actuaciones seguidas y singularmente la entrevista que tuvo lugar el día 20 de enero se verificaron como si el solicitante de asilo fuera mayor de edad (sin un representante que le asistiera en el examen de la solicitud de protección internacional e incluso dando por buena la renuncia de un menor a la asistencia letrada), lo cual pugna con las consideraciones contenidas en la Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de febrero de 2009, sobre la aplicación en la Unión Europea de la Directiva 2003/9/CE por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo y los refugiados, la cual pone de manifiesto que, en tanto se suscite duda sobre la edad de la persona, y en virtud del principio de precaución, la misma debe ser considerada menor de edad y, por lo tanto, ha de ser tratada como tal.

El propio informe del ACNUR que obra en las actuaciones señala que "*A juicio de esta Delegación, la prueba de edad practicada al solicitante no permite acreditar debidamente la mayoría de edad del solicitante de conformidad con las instrucciones establecidas por la Fiscalía General del Estado*".

Precisamente, tras la emisión de este informe de ACNUR, el solicitante de asilo es convocado a una nueva entrevista con el Instructor el día 19 de octubre de 2010 (momento en el que ya ha alcanzado la mayoría de edad). En el oficio de convocatoria que se entrega a D. Pedro Jesús en ningún momento se le pone de manifiesto la posibilidad de contar con un abogado de oficio, sino simplemente se le señala (en castellano y no en la lengua francesa utilizada en la primera entrevista) la posibilidad de "estar acompañado de su abogado".

Por otro lado, como ya señalamos anteriormente, en la diligencia informativa relativa a la entrevista de instrucción, que tuvo lugar el día 19 de octubre de 2010, no se le indica la posibilidad de contar con asistencia letrada.

En definitiva, teniendo en cuenta que el oficio por el que se le convocaba a una entrevista sólo indicaba la posibilidad de contar con un abogado sin mencionarse que podría tratarse de un abogado de oficio sin coste alguno para el interesado, teniendo en cuenta asimismo que se le remite en una lengua que señaló desconocía y que incluso en la diligencia informativa relativa a la entrevista de instrucción (con asistencia esta vez de intérprete) tampoco se le informa de la oportunidad de contar con un abogado de oficio; hemos de resolver el concreto motivo casacional tal y como ha sido planteado por la parte recurrente relativo a la ausencia de asistencia letrada. Y hemos de concluir que la falta de información al interesado sobre la posibilidad de recabar la asistencia letrada de un abogado de oficio derivó en una situación real y efectiva de indefensión con trascendencia invalidante de las actuaciones administrativas que culminaron en la resolución impugnada, (visto que debe tenerse como inválida la originaria renuncia a la asistencia letrada por ser el interesado a la sazón menor de edad).

Ello conlleva, sin necesidad de entrar en el análisis del resto de los motivos de casación, la estimación del presente recurso y la anulación de la resolución objeto de este proceso, con la consiguiente retroacción de actuaciones administrativas en el expediente de su razón, a fin de que se reinicie el expediente administrativo con observancia desde el principio del derecho de asistencia letrada del recurrente, incluso de oficio, debiendo seguirse la tramitación de dicho procedimiento con estricto cumplimiento de lo que dispone el ordenamiento jurídico.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, no procede hacer una especial imposición de las costas causadas, ni en la instancia ni en este recurso de casación.

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

FALLAMOS

Declaramos haber lugar al recurso de casación número 4353/2012 interpuesto por don Pedro Jesús , representado por el Procurador Don Gonzalo Mendivil Martín, contra la sentencia dictada con fecha 4 de octubre de 2012, por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 506/2011 y, en consecuencia,

Primero.- Revocamos dicha sentencia.

Segundo.- Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de 15 de febrero de 2011 dictada por el Sr. Subsecretario de Interior (por delegación del Ministro) denegatoria del derecho de asilo y la protección subsidiaria al recurrente, resolución que declaramos no ajustada a Derecho y que anulamos.

Tercero.- Ordenamos retrotraer el procedimiento administrativo a su momento inicial a fin de que se proporcione al solicitante de asilo asistencia letrada incluso de oficio y se continúe, tras ello, el procedimiento con estricta observancia de lo que dispone el ordenamiento jurídico.

Cuarto.- No hacemos especial imposición de las costas causadas en la instancia ni en este recurso de casación.

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 . D. Pedro Jose Yague Gil D. Manuel Campos Sanchez-Bordona D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D^a Maria Isabel Perello Domenech **PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pedro Jose Yague Gil, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretaria de la misma certifico.