



Roj: SAN 5349/2012
Id Cendoj: 28079230022012100514
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 2
Nº de Recurso: 546/2011
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JESUS CUDERO BLAS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veintisiete de diciembre de dos mil doce.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo nº **546/2011** que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido la Procuradora doña María Luisa Mora Villarrubia en nombre y representación de don **Jesús Carlos** frente a la Administración General del Estado (Ministerio de Interior), representada y defendida por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso indeterminada. Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado *D. JESUS CUDERO BLAS*, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte indicada interpuso, con fecha 27 de diciembre de 2011, el presente recurso contencioso-administrativo que, admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, fue entregado a la misma para que formalizara la demanda.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó la demanda, a través del escrito presentado en fecha de 11 de julio de 2012, en el que, después de alegar los hechos y fundamentos jurídicos que consideró aplicables, terminó suplicando la estimación del recurso con reconocimiento de la concesión del derecho de asilo y en su caso la protección subsidiaria.

TERCERO.- De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado quien, en nombre y representación de la Administración demandada, contestó a la misma mediante escrito presentado el 14 de septiembre de 2012 en el que, tras los hechos y fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso y la confirmación de la resolución impugnada.

CUARTO.- Concluido el proceso, la Sala señaló, por medio de providencia, la audiencia del 13 de diciembre de 2012 como fecha para la votación y fallo de este recurso, día en el que, efectivamente, se deliberó, votó y falló, lo que se llevó a cabo con el resultado que ahora se expresa.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso administrativo por la representación de don Jesús Carlos la resolución de la Subsecretaría de Interior (adoptada por delegación del Ministro) de fecha 26 de diciembre de 2011, que desestimó la petición de reexamen de la anterior resolución de fecha 21 de diciembre de 2011, por la que se denegó al citado interesado la concesión del derecho de asilo y la protección subsidiaria solicitada.

Se razona en la demanda, frente a la citada resolución, que el recurrente es nacional de Camerún, que es homosexual y que, como consecuencia de dicha orientación sexual, ha sufrido persecución policial y judicial en su país, hasta el punto de haber sido condenado en sentencia de 17 de noviembre de 2011 a la pena de ocho años de prisión por "la práctica manifiesta de la homosexualidad", circunstancias todas ellas que le obligaron a huir de Camerún, llegando a España (aeropuerto de Madrid- Barajas) el 18 de diciembre de 2011.

En la solicitud que dio origen al expediente, relataba el demandante que en enero de 2011 había sido despedido de su trabajo (en una entidad financiera) por "deteriorar la imagen del Banco" dada su condición

de homosexual, despido que no pudo impugnar por cuanto, según le señaló su abogado, la homosexualidad está perseguida como delito en Camerún y, además, no había comunicado a la empresa tal condición cuando fue contratado.

Señalaba, además, que en el mes de abril fueron a interrogarle en su domicilio (que compartía con su compañero y otras personas, también homosexuales) las autoridades municipales, señalándole que "lo que hacía era ilegal", que podía ser perseguido y que "estaba fomentando la homosexualidad". Sufrió, además, un allanamiento de morada en su casa de Yaundé el 21 de junio perpetrado por personas desconocidas que amenazaron a las seis personas que habitaban en el domicilio y, posteriormente, le llamaron hasta en dos ocasiones de la comisaría de policía por entender que alteraba el orden público al tener constancia de que iba a organizar manifestaciones para defender los derechos de los gays.

Añade que el 18 de septiembre se presentaron en su casa varios encapuchados, que le secuestraron y le trasladaron a un lugar desconocido, en el que le indicaron que estaba siendo buscado por la policía y que le pondrían en libertad si les pagaba un rescate. Tras recibir amenazas y agresiones, decidió pagar el rescate (unos mil quinientos euros), logró la libertad y se desplazó al domicilio de un amigo. Las autoridades, además, habían expedido hasta tres órdenes de busca y captura contra él y practicaron registros en su domicilio y en el de sus padres. Dado que tales órdenes tenían vigencia para todo el territorio, decidió huir del país llegando al aeropuerto de Madrid, donde solicitó el asilo inmediatamente.

En sede administrativa aportó dos citaciones cursadas por la Dirección General de la Policía de Camerún de 18 de agosto y 15 de septiembre de 2011 (motivadas por la organización ilegal de una marcha para el reconocimiento de los derechos de los homosexuales y la práctica manifiesta de la homosexualidad), un "avis de recherche" expedido por la misma autoridad el 14 de octubre de 2011 (por idénticos hechos) y un "mandat d'arret" dirigido por la Cour D'Appel du Centre, del Ministerio de Justicia, en ejecución de una sentencia de 17 de noviembre de 2011, que le condenaba a la pena de ocho años de prisión por la comisión de varios delitos, siendo el más grave "la práctica manifiesta de la homosexualidad".

Las resoluciones recurridas (denegación del asilo y rechazo del reexamen) no conceden el derecho solicitado por entender que el relato del actor "no plasma una persecución personalizada e individualizada al alegar hechos sin entidad suficiente" añadiendo, en cuanto a los documentos presentados, que son fotocopias fácilmente manipulables que resultan sumamente cuestionables.

SEGUNDO .- La Constitución española dispone en su artículo 13.4 que *«la ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España»* .

En el caso enjuiciado resulta de aplicación la vigente Ley 12/2009, de 30 de octubre, Reguladora del Derecho de Asilo y la Protección Subsidiaria, cuyo artículo 2 define el derecho de asilo como *"la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967."*

El referido artículo 3 de la propia Ley dispone que *"la condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9"*, reiterando de este modo lo dispuesto en el artículo 1 de la Convención de Ginebra y l.2 del Protocolo de Nueva York que especifican, como motivos hábiles a estos efectos, los siguientes:

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

En el artículo 6 de la Ley se pretende objetivar, por otra parte, la clase de actos de persecución que son necesarios para que los "temores" de persecución sean en efecto "fundados", con exclusión, de esa manera, de cualesquiera otros de relevancia menor. En el artículo 7 se establecen criterios para valorar los motivos por los que el agente perseguidor puede actuar para que la persecución existente sea en efecto incardinable

en la condición de refugiado. Y en los artículos 13 y 14 de la repetida Ley se describe quiénes pueden ser agentes de persecución y, en su caso, de protección.

El asilo se configura así como un instrumento legal de protección para la defensa de ciudadanos de otros Estados que se encuentran en una situación de posible vulneración de sus derechos por las causas que enumera. En este sentido, la jurisprudencia ha determinado en qué forma y condiciones ha de actuar la Administración para que su conducta quede ajustada al ordenamiento jurídico, precisando que:

a) El otorgamiento de la condición de refugiado no es una decisión arbitraria ni graciable.

b) Para determinar si la persona ha de tener la condición de refugiado no basta ser emigrante, ha de existir persecución.

c) El examen y apreciación de las circunstancias que determinan la protección no ha de efectuarse con criterios restrictivos, so pena de convertir la prueba de las mismas en difícil, si no imposible, por lo que ha de bastar la convicción racional de la realidad de tales circunstancias para que se obtenga la declaración pretendida, lo que recoge la propia Ley en su artículo 8 bajo la expresión "indicios suficientes".

d) Tampoco puede bastar para obtener la condición de refugiado las meras alegaciones de haber sufrido persecución por los motivos antes indicados, carentes de toda verosimilitud o no avaladas siquiera por mínimos indicios de ser ajustadas a la realidad. Ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1989 señalaba que para la concesión del derecho de asilo no es necesaria una prueba plena de que el solicitante haya sufrido en su país de origen persecución por razones de raza, etnia, religión, pertenencia a un grupo social específico, opiniones o actividades políticas o de cualquiera de las otras causas que permiten el otorgamiento de asilo, bastando que existan indicios suficientes, según la naturaleza de cada caso, para deducir que se da alguno de los supuestos establecidos en los números 1 a 3 del artículo 3 de la Ley 5/84 . Pero es necesario que, al menos, exista esa prueba indiciaria, 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.

e) Debe existir, además de persecución, un temor fundado y racional por parte del interesado para quedar acogido a la situación de refugiado.

En este sentido, cabe destacar que en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 16 febrero 2009 , se señala: "(...) *Debemos recordar también, como justificación de nuestra decisión, que, en la sentencia de esta misma Sala y Sección del Tribunal Supremo de fecha 2 de enero de 2009 (recurso de casación 4251/2005), hemos declarado que la Directiva europea 83/2004, de 29 abril, sobre 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, en su artículo 4.5 dispone que «Si las declaraciones del solicitante presentan aspectos que no están avalados por pruebas documentales o de otro tipo, tales aspectos no requerirán confirmación si se cumplen las siguientes condiciones: a) el solicitante ha realizado un auténtico esfuerzo para fundamentar su petición; b) se han presentado todos los elementos pertinentes de que dispone el solicitante y se ha dado una explicación satisfactoria en relación con la falta de otros elementos pertinentes; c) las declaraciones del solicitante se consideren coherentes y verosímiles y no contradigan la información específica de carácter general disponible que sea pertinente para su caso; d) el solicitante ha presentado con la mayor rapidez posible su solicitud de protección internacional, a menos que pueda demostrar la existencia de razones fundadas para no haberla presentado así; e) se ha comprobado la credibilidad general del solicitante».*

TERCERO .- Como se dijo en el primer fundamento de esta sentencia, la persecución sufrida por el interesado en el país de su nacionalidad tiene su causa en su homosexualidad, que le habría generado no solo la pérdida de su empleo y graves amenazas, extorsiones y agresiones por parte de grupos violentos, sino -fundamentalmente- su sometimiento a un proceso judicial que habría concluido con una sentencia condenatoria a ocho años de prisión dictada en rebeldía.

No parece necesario detenerse *in extenso* sobre la criminalización de la homosexualidad en Camerún y la persecución social, política, policial y jurídica que sufren quienes ostentan tal condición sexual, constatadas abundantemente en la información disponible del país de origen y que procede de diversas fuentes de total fiabilidad (ACNUR, Amnistía Internacional, Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas). La propia Administración demandada, en el informe fin

de instrucción, expresa que en el Código Penal camerunés constituye delito la práctica de relaciones sexuales con personas del mismo sexo y que dicha práctica está "perseguida legalmente y rechazada socialmente".

Ello no obstante, y como ha señalado el Tribunal Supremo con reiteración, la homosexualidad no es causa, per se, de la concesión del asilo si no se constata debidamente que el interesado padece persecución por tal motivo y que la misma proviene o es tolerada por las autoridades del país correspondiente.

En el Informe Fin de Instrucción, desfavorable a la concesión de asilo, tras reproducir sintéticamente el relato ofrecido por el demandante, se concluye: a) Que no parece que el solicitante tuviera problemas por su condición sexual antes de cumplir treinta años (momento en el que fue despedido del Banco en el que trabajaba); b) Que, a pesar de haber recibido varias citaciones, no consta que el interesado haya sido encarcelado, retenido, multado o apercibido por su homosexualidad; c) Que tampoco hay constancia de que recabara el auxilio de las autoridades como consecuencia del secuestro perpetrado por desconocidos.

Tras la petición de reexamen (en la que el actor aportó dos citaciones policiales, una orden de búsqueda y una orden de detención en ejecución de sentencia condenatoria), se evacúa nuevo informe en el que se rechaza la validez de los documentos presentados (por ser fotocopias fácilmente manipulables) y se refleja que la pena impuesta no se correspondería con la prevista en el Código Penal camerunés.

CUARTO .- Ya hemos señalado, en relación al alcance y carácter de la prueba en estos procesos en los términos recogidos en la citada sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 16 de febrero de 2009, la dificultad que entraña acreditar extremos relativos a una persecución real y efectiva, y no es preciso hacer mayores razonamientos para comprender claramente que una persona que sale de su país por motivos de persecución, hostigamiento o violencia no suele estar en condiciones de obtener los medios probatorios que acrediten de modo directo tales conductas -más bien sucede justamente lo contrario-, lo que permitiría apreciar los hechos y valorar las circunstancias con amplitud.

Ello significa que a diferencia de lo que sucede, en cuanto a exigencia probatoria, en otra clase de procesos y asuntos, en materia de asilo es aceptable una prueba semiplena o indiciaria cuando en ella se respetan esas exigencias y cuando de su evaluación crítica por parte de los Tribunales cabe extraer como conclusión no ya la presencia de un temor fundado a padecer persecución en su país de origen y que dicha persecución racionalmente temida obedezca a motivos, como hemos visto, de "raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social determinado...", y provenga, tal como se exige en los artículos 13 y 14 de la Ley de Asilo, por acción o por omisión probada, de agentes gubernamentales, en un sentido amplio de la expresión, sin que como esta Sala ha declarado reiteradamente, el derecho de asilo sea un instrumento jurídico idóneo para conjurar la amenaza para la vida, integridad física o libertad del peticionario cuando procede de grupos terroristas ajenos al Estado, de delincuentes comunes o del crimen organizado, a menos que, como tal repetidamente se ha dicho, no haya podido obtenerse la tutela o protección de éste, porque no haya podido o no haya querido dispensarla.

En el supuesto de autos, y en contra de lo que defiende la Administración, el interesado fundamenta su solicitud en un relato completo, exhaustivo, coherente, no contradictorio y, sobre todo, avalado por varios documentos (las copias de las dos citaciones por delitos, entre otros, de organización de una manifestación a favor de los derechos de los homosexuales y práctica de la homosexualidad, la orden de búsqueda por esos mismos hechos y la de detención en ejecución de una sentencia condenatoria), que permiten a la Sala entender que concurre en el caso la prueba semiplena o indiciaria a la que la jurisprudencia se refiere al respecto, que se cumplen las condiciones mínimas de credibilidad exigibles (coherencia interna del relato, verosimilitud del mismo y aval de datos documentales aportados) y, sobre todo, que las resoluciones administrativas denegatorias no aportan, pudiendo hacerlo, elementos que contradigan tan relevantes indicios de certeza de la existencia de persecución.

En este último sentido, sorprende sobremedida al Tribunal que, en el informe que sirve de base a la denegación del reexamen, se rechace apodícticamente la validez y eficacia de los documentos aportados por el solicitante (las citaciones y las órdenes de búsqueda y detención) por la sola circunstancia de que sean "fotocopias fácilmente manipulables". No parece necesario recordar que la Administración cuenta con medios técnicos más que suficientes (empleados, por cierto, en otros asuntos sobre la misma materia) para constatar con cierta dosis de precisión si los documentos aportados por quienes piden asilo reúnen las condiciones mínimas de verosimilitud en cuanto a su procedencia y a su contenido. Nada se dice, en el caso de autos, ni sobre los documentos en sí mismo considerados, ni sobre la sospecha o constancia de manipulación, ni sobre los sellos o firmas que aparecen extendidos en los mismos ni, en fin, sobre la competencia (al menos nominal) de las autoridades que suscriben tales documentos.

Resulta también curioso que se señale en el mismo informe que la pena de prisión impuesta (ocho años) no se corresponde con la fijada por el Código Penal de Camerún para el delito de práctica manifiesta de la homosexualidad, cuando en el mismo documento se señala que la condena es por varios delitos y que el citado es "el más grave" (extremo, por cierto, coherente con el contenido de las dos citas y la orden de búsqueda anterior en el que se señalan hasta cuatro delitos).

En definitiva, si el relato es coherente, verosímil y creíble, si se aduce una condición en el solicitante (la homosexualidad) respecto de la que resulta un hecho notorio su criminalización en el país de su nacionalidad y si, en fin, se han aportado documentos de los que, al menos indiciariamente, cabe colegir la realidad de la persecución padecida, hubiera sido necesario una mínima actividad administrativa (de constatación de esos datos y de motivación) para contrarrestar tan relevantes indicios de veracidad y existencia de la persecución por razón de la orientación sexual del actor. Ni las resoluciones administrativas (absolutamente lacónicas en sus fundamentos) ni los informes que les sirven de antecedente constatan ese mínimo esfuerzo para rebatir tal relato fáctico, pues no parece admisible que se exija al actor denunciar a las autoridades el secuestro padecido, si el mismo ya se había refugiado en otra casa y era conocedor de que pesaban sobre él varias citas por homosexual; tampoco, por otra parte, resulta relevante que su relato tenga su origen cuando el actor había cumplido ya treinta años, pues de tal extremo no parece que pueda inferirse que hasta entonces había practicado la homosexualidad sin problema alguno.

En definitiva, la credibilidad de las alegaciones aducidas, su aval (al menos indiciario) por documentos no debidamente discutidos por la Administración y la escasa o nula fundamentación de la Administración para rebatir tales circunstancias conducen a la Sala a estimar el recurso y reconocer al demandante el derecho solicitado.

QUINTO .- De conformidad con el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, procede la expresa imposición al demandado de las costas procesales causadas, habida cuenta que el recurso fue presentado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 37/2011, de medidas de agilización procesal.

Por lo expuesto,

FALLAMOS

Que **estimando** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de don Jesús Carlos contra la resolución de la Subsecretaría de Interior (adoptada por delegación del Ministro) de fecha 26 de diciembre de 2011, que desestimó la petición de reexamen de la anterior resolución de fecha 21 de diciembre de 2011, por la que se denegó al citado interesado la concesión del derecho de asilo y la protección subsidiaria solicitada, debemos declarar y declaramos las mencionadas resoluciones disconformes con el Ordenamiento Jurídico, anulándolas y reconociendo, en consecuencia, el derecho de asilo solicitado, con los efectos legales inherentes a tal reconocimiento y con imposición al demandado de las costas procesales.

Notifíquese la presente resolución expresando que contra la misma cabe preparar, ante esta misma Sección para ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, recurso de casación en el plazo de diez días a contar desde su notificación.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Ilmo. Sr. D. JESUS CUDERO BLAS estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.