

Id Cendoj: 28079130052010100142  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 5  
Nº de Recurso: 429/2007  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
Ponente: JESUS ERNESTO PECES MORATE  
Tipo de Resolución: Sentencia

#### Resumen:

Casación no ha lugar porque de los hechos declarados probados por la Sala de instancia se deduce que concurren las circunstancias contempladas por la Convención de Ginebra para tener al demandante por refugiado y otorgarle, en consecuencia, el derecho de asilo.

### SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Febrero de dos mil diez.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el presente recurso de casación, que, con el número 429 de 2007, pende ante ella de resolución, interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación que le es propia, contra la sentencia pronunciada, con fecha 29 de septiembre de 2006, por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso- administrativo número 451 de 2004, sostenido por la representación procesal de Don Rogelio contra la resolución del Ministro del Interior, de fecha 7 de julio de 2004, que denegó al propio Don Rogelio el derecho de asilo.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó, con fecha 29 de septiembre de 2006 , sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLAMOS: ESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de D. Rogelio contra la Resolución del Ministro del Interior, de fecha 7 de julio de 2004, que deniega la petición de asilo del recurrente, reconociéndole el derecho de asilo».

**SEGUNDO** .- Dicha sentencia se basa en el siguiente fundamento jurídico segundo: «La cuestión, por tanto, se centra en determinar si conforme al ordenamiento jurídico y los hechos relatados por el demandante, debe o no ser estimada su pretensión de que le sea otorgado el derecho de asilo, con anulación de actuaciones, que inadmiten la petición de asilo. La Constitución se remite a la Ley para establecer los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas pueden gozar del derecho de asilo en España. A su vez la *Ley 5/84, de 26 de Marzo* , modificada por la *Ley 9/94, de 19 de Mayo (artículo 3)* , que lo regula, determina que se reconocerá la condición de refugiado y, por tanto, se concederá asilo a todo extranjero que cumpla los requisitos previstos en los Instrumentos Internacionales ratificados por España, y en especial en la Convención sobre el *Estatuto de los Refugiados, hecho en Ginebra el día 28 de Junio de 1.951* y en el Protocolo sobre el *Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de Enero de 1.967*. El artículo 33 de la Convención citada establece una prohibición de expulsión y de devolución, para los Estados contratantes respecto a los refugiados, a los territorios donde su vida o libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas. El asilo se configura así en el Derecho indicado como un mecanismo legal de protección para defensa de ciudadanos de otros Estados que se encuentran en una situación de posible vulneración de sus derechos, por las causas que enumera. Planteados en estos términos la controversia adecuado resulta puntualizar que no es exigible una prueba plena sobre la situación invocada, pero sí, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Septiembre de 2000 en el recurso de casación 10.671/1998 , una "razonable certeza" sobre el relato fáctico presentado, entendiendo el Tribunal Supremo que "solo puede establecerse la certeza cuando el enlace entre el hecho indicio y el hecho a deducir sea preciso y directo según las reglas del criterio humano". En este caso las alegaciones del recurrente quedan desvirtuadas en

el informe de la Instrucción del expediente que pone de relieve detalladamente las contradicciones del relato que no quedan explicadas en la demanda. A este respecto concluye la instructora del expediente lo que sigue: *A la vista de lo contenido en los repetidos recortes de prensa, cabe señalar que el solicitante sí puede temer represalias de alcance y naturaleza impredecibles en caso de retornar a Marruecos. No obstante, estas represalias no estarían causadas por la acción del solicitante en su país, sino por sus actuaciones en el exterior y por la forma en que su salida del país y su solicitud de asilo en España han sido manipulados por las autoridades marroquíes. Ello hace que, si bien se considera que el solicitante debe recibir una protección frente a su retorno a Marruecos, se estime que tal protección no es la que se deriva del estatuto de refugiado según la CG51 . En efecto, y como se dijo anteriormente, un refugiado es alguien que tiene temor fundado de ser perseguido a causa de, entre otros motivos, sus opiniones políticas. También se dijo anteriormente que, caso de ser cierto lo alegado por el solicitante, podía pensarse que el solicitante reunía los requisitos para ser reconocido como refugiado, en la medida en que sus supuestas quejas contra la corrupción en el ejército y sus también supuestas manifestaciones contrarias a la política marroquí en diversos frentes podían equipararse a opiniones políticas en el sentido de la CG51. No obstante, se ha concluido que lo alegado por el solicitante no resultaba creíble, por las razones expuestas a lo largo de este informe, de modo que se entiende que el solicitante no es un refugiado por las causas que él alega. Sin embargo, los motivos para el temor de persecución que el solicitante puede esgrimir ahora no tienen que ver con sus opiniones políticas, ni siquiera imputadas, sino con el hecho de que las autoridades marroquíes han hecho de él una especie de "chivo expiatorio" en defensa de sus propios intereses y en el contexto del deterioro sufrido por las relaciones entre Marruecos y España en las fechas en que se produce la salida de Marruecos del solicitante. Por otra parte en materia de denegación de asilo es preciso tomar en consideración la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, entre otras Sentencias la establecida en el recurso de casación número 5091/2002 de la Sección Quinta, de fecha 28 de octubre de 2005 , en cuyo fundamento quinto se expresa lo siguiente: "Resulta preciso recordar que la Jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo interpreta la normativa de asilo y refugio en el sentido de que la misma se infiere un criterio de atenuación de la carga de la prueba, pero no una exoneración total de ésta (así v. g. en Sentencia de uno de junio de 2000, casación 4997/1996 y más recientemente las Sentencias de 6 de abril de 2005, casación nº 6306/2000 y 30 de mayo de 2005, casación nº 1346/2002 ). Ciertamente para la concesión de asilo bastan indicios suficientes de que el solicitante tiene fundado temor de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Bastan pues, los indicios suficientes; pero estos han de existir y es carga del recurrente aportarlos". Estos indicios son valorados por el ACNUR que en su informe manifiesta lo siguiente: *Sobre la base de esta argumentación, la instrucción entiende que, a pesar de que el solicitante debe recibir una protección frente a su retorno a Marruecos -proponiendo otorgar protección subsidiaria de conformidad con el artículo 17.2 de la Ley de asilo española que desarrolla el artículo 31.3 de su Reglamento -, dicha protección no se encuadraría dentro de la protección que otorga la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. No obstante y, de conformidad con el Manual de Procedimientos del ACNUR, una persona puede convertirse en refugiado sobrevenido (también conocidos como "refugiados sur place") y poder acogerse a la protección que brinda la Convención de Ginebra de 1951. La Convención de Ginebra, al exigir tan sólo que la persona que solicita el reconocimiento de la condición de refugiado se encuentre "fuera del país de su nacionalidad" protege tanto a los que huyen debido al temor de persecución como a quienes encontrándose en el extranjero, devienen refugiados, bien por los cambios políticos que puedan tener lugar en su país durante el período de su ausencia o porque, en el caso de volver a él, se les perseguiría debido a las actividades desempeñadas en el extranjero. Por otra parte, en numerosas decisiones judiciales se ha establecido que para poder acreditar la existencia de una situación de persecución por opinión política imputada no es necesario que exista una actividad o acción política. El solicitante no tiene que pertenecer a un partido político o a un grupo con un título oficial, un puesto o un estatus concreto para que quede acreditado que su temor de persecución se debe a "opiniones políticas" . La cuestión relevante es la percepción del perseguidor sobre la persona y sus actividades a las que atribuye un " carácter político " . ..Esta Delegación considera que el solicitante podía albergar un temor fundado de persecución por opiniones políticas imputadas por las autoridades marroquíes -recogidas en los periódicos oficiales de dicho país- que pueden llegar a verlo como una amenaza. La perspectiva del perseguidor es lo determinante en este respecto y en la medida que es percibido por el agente perseguido como opositor. Así se desprende para este caso concreto, de la consideración general del ACNUR sobre imputación de opiniones políticas como uno de los motivos de la Convención, mencionada previamente: "Cuando el perseguidor actúa o cuando sea probable que actúe en contra del miembro percibido como tal, la víctima potencial puede ser protegida bajo este motivo, debido a la percepción del perseguidor, que imputa móviles o características a la víctima por pertenecer al grupo". A la vista de la información que obra en el expediente, esta Oficina entiende que el recurrente podía albergar un temor fundado a sufrir persecución por opiniones políticas imputadas al haber aparecido, tras la presentación de su solicitud de asilo, en varios periódicos - tanto españoles, franceses como en periódicos oficiales marroquíes-. En estos periódicos oficiales marroquíes, además de aparecer su nombre y apellidos, así como el hecho de haber solicitado asilo, se le acusa de ser miembro y promotor del Movimiento de Oficiales Libres -que habría manifestado públicamente su descontento con la situación**

*predominante en las fuerzas armadas marroquíes a través de comunicados difundidos en la prensa francesa-, así como de trabajar como espía para los servicios de inteligencia españoles, actividades que tendrían por objeto desestabilizar el régimen marroquí . Todo ello evidencia que en el presente caso concurren todas las circunstancias tanto subjetivas como objetivas para otorgar el asilo.»*

**TERCERO** .- Notificada la referida sentencia a las partes, el Abogado del Estado presentó ante la Sala de instancia escrito solicitando que se tuviese por preparado contra ella recurso de casación y que se remitiesen las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo, a lo que aquélla accedió por providencia, de fecha 11 de enero de 2007 , en la que se ordenó emplazar a las partes para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

**CUARTO** .- Recibidas las actuaciones en esta Sala del Tribunal Supremo, se dio traslado al Abogado del Estado para que, en el plazo de treinta días, manifestase si sostenía o no el recurso de casación por él preparado, y, en caso afirmativo, lo interpusiese por escrito en el indicado plazo, lo que llevó a cabo, con fecha 9 de abril de 2007, aduciendo un solo motivo, al amparo del *apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción*, por haber interpretado la Sala de instancia indebidamente lo establecido en el *artículo 13.4 de la Constitución*, en relación con los *artículos 3 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, 33 de la Convención de Ginebra de 28 de junio de 1951* y el *Protocolo sobre Estatuto de los Refugiados de Nueva York, de 31 de enero de 1967* , así como los criterios orientativos establecidos por la Unión Europea para la aplicación armonizada de la definición del término de refugiado, publicados en el Diario Oficial de las Comunidades de 13 de marzo de 1966, nº L63/2, respecto del concepto recogido en la Convención de Ginebra citada, y en relación también con la doctrina jurisprudencial interpretativa de dichos preceptos, ya que el demandante era un Oficial desertor del Ejército del Reino de Marruecos y, en un momento determinado, como consecuencia de sus opiniones políticas relativas a la autodeterminación del Sahara o al tema de Ceuta y Melilla, tuvo conflictos con sus superiores, que intenta solucionar sin conseguirlo, pero es sometido a un Consejo disciplinario, que no a un Tribunal Penal Militar, y solicita su baja en el Ejército, pero, ante la decisión de no darlo de baja, decide desertar, situación esta a la que no puede aplicársele el concepto de refugiado en los términos que la Unión Europea ha señalado en sus criterios orientativos para determinar el concepto, pues no ha sido perseguido en su país por razón de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social determinado, ni ha sufrido por ello ataques o perjuicios suficientemente graves, que sobrepasen las medidas imprescindibles para la imposición del orden público, sino que la actuación del demandante fue la de un infractor del ordenamiento jurídico por haber desertado del Ejército, situación que en cualquier país perteneciente a la organización de las Naciones Unidas conlleva la correspondiente sanción de orden interno, estando el principio de soberanía territorial recogido en el *artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas* y en la Declaración de principios de Derecho Internacional que rigen las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 25 de septiembre de 1970, siendo el derecho a regular su organización militar una de las bases esenciales de la relaciones internacionales y la admisión del desertor de un Ejército en otro país es susceptible de crear un conflicto de Derecho Internacional, y, por consiguiente, el demandante, como desertor, debe someterse a las reglas de su país y asumir las responsabilidades de dicha situación ilícita, criterio este reconocido por el propio ACNUR, siendo las noticias de prensa, aparecidas después de la salida de su país del demandante, consecuencia de la situación de desertor de éste y, por tanto, sólo a él imputable por colocarse en dicha situación, gravemente irregular o delictiva en cualquier Ejército, por lo que no puede pretender ampararse en la situación de refugiado, sin que exista indicio alguno de que, una vez en España, el demandante haya sido objeto de actuaciones concretas de persecución política, lo que no se deduce de los artículos de prensa ni del informe del ACNUR, terminando con la súplica de que se anule la sentencia recurrida y se dicte otra conforme con el ordenamiento jurídico.

**QUINTO** .- Al no haber comparecido parte alguna como recurrida, una vez admitido el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento cuando por turno correspondiese, a cuyo fin se fijó para votación y fallo el día 10 de febrero de 2010, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Ernesto Peces Morate,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- En el único motivo de casación al efecto invocado por el Abogado del Estado, al amparo del *apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción*, se reprocha a la Sala sentenciadora haber interpretado indebidamente lo establecido en el *artículo 13.4 de la Constitución*, en relación con el *artículo 3 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo* , el *artículo 33 de la Convención de Ginebra sobre los Refugiados, de 28 de junio de 1951* , y el *Protocolo sobre Estatuto de los Refugiados de Nueva York, de 31 de enero de 1967* , instrumentos ratificados por España, así como los criterios orientativos establecidos por la Unión Europea

para la aplicación armónica de la definición de refugiado, publicados en el Diario Oficial de las Comunidades de 13 de marzo de 1966, nº L63/2, y en relación también con la doctrina jurisprudencial interpretativa de dichos preceptos, ya que el demandante es un desertor del Ejército de su país, que se ha colocado voluntariamente en tal situación irregular, lo que no constituye un supuesto amparable por el derecho de asilo y la condición de refugiado, sin que haya indicios de que sufra ninguna clase de persecución en su país que no sea la derivada de esa situación de desertor del Ejército.

Este motivo de casación no puede prosperar porque, contrariamente a lo expresado por el Abogado del Estado, el demandante, según declara abiertamente la Sala de instancia en la sentencia recurrida, alberga un temor fundado de sufrir persecución por sus opiniones políticas, al haber aparecido, tras la presentación de su solicitud de asilo, en distintos medios de comunicación españoles, franceses y marroquíes como miembro y promotor del Movimiento de Oficiales Libres de Marruecos y haber manifestado su descontento con la situación predominante en las fuerzas armadas marroquíes a través de comunicados difundidos en la prensa francesa, además de trabajar como espía para los servicios de inteligencia españoles con la finalidad de desestabilizar el régimen marroquí.

Tales hechos y circunstancias llevan a la Sala de instancia a declarar el derecho del demandante al asilo, por entender, de acuerdo con el criterio del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, que se trata de un supuesto de refugiado sobrevenido, también conocidos por refugiados *sur place*, dado que la Convención de Ginebra sólo exige que la persona que solicita el reconocimiento de la condición de refugiado se encuentre *fuera del país de su nacionalidad*, de manera que protege tanto al que huye debido al temor fundado de ser perseguido como a quienes, encontrándose en el **extranjeros**, devienen refugiados al darse la circunstancia sobrevenida de que, si retornasen a su país, sufrirían persecución debido a las actividades desarrolladas en el extranjero.

Lo relevante es la percepción que tenga quien persigue respecto de la persona del perseguido y las actividades que le atribuye de carácter político, así como la apreciación del demandante, que alberga un temor fundado de persecución por las opiniones políticas que le imputan las autoridades marroquíes, recogidas en los periódicos de Marruecos, que pueden llegar a verlo como una amenaza, y, por consiguiente, lo decisivo en este caso es la perspectiva del perseguidor en la medida que percibe al demandante en la instancia como un opositor, es decir por ser probable que el perseguidor actúe contra el percibido como opositor, supuesto en que la víctima potencial debe ser protegida, razones todas por las que la sentencia recurrida no ha incurrido en las interpretaciones indebidas que denuncia el Abogado del Estado en el único motivo de casación que esgrime contra ella.

**SEGUNDO** .- La desestimación del motivo de casación alegado conlleva la declaración de no haber lugar al recurso interpuesto con imposición de las costas al recurrente, según establece el *artículo 139.2 de la Ley* de esta Jurisdicción.

Vistos los preceptos citados y los *artículos 86 a 95 de la Ley Jurisdiccional* .

## FALLAMOS

Que, con desestimación del único motivo al efecto invocado, debemos declarar y declaramos que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación que le es propia, contra la sentencia pronunciada, con fecha 29 de septiembre de 2006, por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo número 451 de 2004, con imposición a la Administración General del Estado de las costas procesales causadas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, debiéndose hacer saber a las partes, al notificársela, que contra ella no cabe recurso ordinario alguno. **PUBLICACION** .- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jesus Ernesto Peces Morate, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico.