

Roj: SAN 4710/2011
Id Cendoj: 28079230082011100566
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 8
Nº de Recurso: 359/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: ANA ISABEL GOMEZ GARCIA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a treinta y uno de octubre de dos mil once.

Visto el presente recurso contencioso administrativo nº 359/10, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por la Procuradora D^a. María de los Ángeles Fernández Aguado, en nombre y representación de D^a. Mercedes , contra la Resolución del Ministerio del Interior, de fecha 30 de marzo de 2010, sobre denegación del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, en el que la Administración demandada ha estado dirigida y representada por el Abogado del Estado.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. ANA ISABEL GOMEZ GARCIA, Magistrada de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la representación procesal de D^a. Mercedes , contra la Resolución del Subsecretario de Interior, por delegación del Ministro del Interior, de fecha 30 de marzo de 2010 -notificada por acuerdo del Subdirector General de Asilo de 17/4/10-, que le deniega el derecho de asilo y la protección subsidiaria.

SEGUNDO: Presentado el recurso, se reclamó el expediente administrativo y se dio traslado de todo ello al actor para que formalizara la demanda, el cual expuso los hechos, invocó los fundamentos de Derecho y terminó por suplicar que, previos los trámites legales pertinentes, se dicte sentencia por la que, estimando el recurso, declare no conforme a derecho la resolución impugnada, acordando la concesión del derecho de asilo a la recurrente, subsidiariamente, se solicita la nulidad de la resolución por indebida aplicación normativa.

TERCERO: Formalizada la demanda se dio traslado al Abogado del Estado para que la contestara, el cual expuso los hechos y fundamentos de Derecho y suplicó se dictara sentencia desestimando el recurso, con imposición de costas a la parte recurrente.

CUARTO: Habiendo sido solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento, se practicó la propuesta y quedaron los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 13 de julio del año en curso.

En providencia de esa misma fecha, la Sala acordó, al amparo de lo previsto en el *artículo 33.2 LJCA* , oír a las partes por plazo de 10 días para que hiciesen alegaciones sobre la posible aplicación a la recurrente de la medida de protección, por razones humanitarias, prevista en el *artículo 46.3 de la Ley 12/2009*

QUINTO: Evacuado dicho trámite, por providencia de fecha 29 de septiembre de 2011, señaló para votación y fallo el día 26 de octubre de 2011, en que, efectivamente, se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se dirige el presente recurso contra la precitada resolución, de 30 de marzo de 2010, dictada por el Subsecretario de Interior, por delegación del Ministro del Interior, denegatoria del derecho de asilo y la protección subsidiaria solicitada por la recurrente, D^a. Mercedes , nacional de Cuba.

Se razona en los fundamentos de dicha resolución, como motivos de la denegación del asilo solicitado, en síntesis, que los hechos alegados no constituyen, bien por su gravedad, bien por la frecuencia con que se han producido, y atendiendo a las circunstancias personales del solicitante, una persecución de las contempladas en el *artículo 1.A de la Convención de Ginebra de 1951* ; basa su solicitud en su pertenencia a un colectivo determinado, sin aportar elementos personales o circunstanciales que indiquen que haya sufrido,

o tenga un temor fundado de sufrir una persecución personal por esta causa, y cuando según la información disponible sobre su país de origen, la mera pertenencia a tal colectivo no determina necesariamente la existencia de persecución ni justifica suficientemente un temor fundado a sufrirla; los elementos probatorios aportados en apoyo de sus alegaciones no pueden considerarse prueba o indicios de la persecución alegada, ya que acreditan sólo circunstancias personales del solicitante que, en sí mismas, y según la información disponible sobre su país de origen, no determina necesariamente la existencia de persecución ni justifican un temor fundado a sufrirla.

Por ello, se considera que no concurren los requisitos previstos en los *artículos 2 y 3 de la Ley de Asilo y en la Convención de Ginebra de 1951* sobre el *estatuto de los refugiados para la concesión del derecho asilo*, ni en los *artículos 4 y 10* de la citada Ley para la concesión del derecho a la protección subsidiaria. Y que tampoco se desprenden razones humanitarias para autorizar la permanencia en España en los términos previstos en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.

SEGUNDO: En la demanda de este recurso se combate la anterior resolución, alegando, en cuanto a los hechos, que la recurrente es médica de profesión, en el año 2005 entró a formar parte de la logia masónica femenina "Venus", siendo Venerable Maestra de dicha logia y una de sus precursoras, militando activamente en dicha congregación hasta su salida del país; que desde que se creó dicha logia sus miembros sufren grave hostigamiento por parte de las fuerzas de seguridad del gobierno cubano, sufriendo graves atentados contra su libertad e integridad física, lo que le hacía sentirse perseguida en su propio país, ya que no podía salir del mismo ni ejercer sus derechos y libertades más fundamentales, situación que determinó su decisión de abandonar el país el 9 de octubre de 2009, temiendo por su integridad física y psicológica. Considera la actora que se ha acreditado su temor a sufrir persecución en su país con la documental que se aportó al expediente. Invoca los *preceptos de la Ley 5/1984*, reformada por la *Ley 9/1994*, considerando que concurren los elementos objetivo y subjetivo para que le sea otorgado el asilo, e invoca la nulidad de la resolución impugnada por indebida aplicación de la *Ley 12/2009*, *por entender que cuando solicitó el asilo, 5 de noviembre de 2009*, todavía estaba en vigor la ley anterior, siendo ésta la normativa de aplicación.

El Abogado del Estado se opone a la estimación del recurso por las razones expuestas en su escrito de contestación a la demanda.

TERCERO: Antes de proceder a la resolución de las cuestiones de fondo suscitadas en la demanda, debe determinarse cuál es la legislación aplicable al caso, ya que la parte actora plantea, si bien con carácter subsidiario, la nulidad de la resolución por entender que ha habido una indebida aplicación de la *Ley 12/2009*.

No comparte, sin embargo, la Sala tal consideración, pues la *Ley 12/2009, de 30 de octubre, Reguladora del Derecho de Asilo* y de la protección subsidiaria, fue publicada en el Boletín Oficial del Estado del 31 de octubre de 2009, estableciéndose, en su *Disposición Final Cuarta*, su entrada en vigor a los 20 días de la publicación en el referido Boletín. Y en la *Disposición Transitoria Primera*, "*Normativa aplicable a los procedimientos en curso*", se dispone que «los procedimientos administrativos en tramitación a la entrada en vigor de esta Ley se instruirán y resolverán de acuerdo con lo previsto en ella, salvo que los interesados soliciten expresamente la aplicación de la normativa vigente en el momento de presentación de la solicitud, por considerarlo más favorable a sus intereses».

Pues bien, en el presente caso, la solicitud de asilo se presentó antes de la entrada en vigor de la *Ley, acordándose su admisión a trámite el 7 de diciembre de 2009*, estando ésta vigente, y no constando, por otra parte, que la interesada solicitase expresamente la aplicación de la normativa anterior, resulta de aplicación la *Ley 12/2009*.

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*».

Pues bien, como hemos dicho, al caso enjuiciado es 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 12/2009* 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 " .

Los requisitos establecidos en el art. 1 de la Convención y I.2 del Protocolo son:

«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 perseguido 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.

CUARTO: En el supuesto ahora enjuiciado, de la documentación obrante en el expediente administrativo, al que se remite la parte actora como único medio de prueba, son de destacar los siguientes hechos:

Con fecha 5 de noviembre de 2009, la interesada, Mercedes , solicitó asilo en España en dependencias de la Jefatura Superior de Policía de Sevilla, declarando haber nacido en La Habana el 6 de agosto de 1961, es divorciada y madre de dos hijas residentes en Estados Unidos, donde también residen sus padres; es doctora en estomatología y especialista en primer grado en cirugía maxilofacial. Entró en España con pasaporte expedido en La Habana el 28 de noviembre de 2008 y visado expedido por el Consulado de España en La Habana el 5 de octubre de 2009. Manifiesta que pertenece a la masonería femenina, siendo la Venerable Maestra de la Logia Venus 23, que se encuentra auspiciada por la Gran Logia Femenina de Chile.

Como motivos de persecución personal alegó, en esencia, que vino a España para participar en un simposio académico de historia aprovechando para pedir asilo político. Ha dejado en Cuba su casa con todas sus pertenencias, que será adquirida por el gobierno y ella perderá todos los derechos y propiedades que tenga en cuanto se cumpla el plazo de la fecha de su regreso. Ha tomado esa decisión por su condición de médico cubano, teniendo muy limitada la posibilidad de salida del país, los médicos que solicitan salida y se acogen a solicitud de asilo político en cualquier país tienen prohibido el regreso a Cuba de por vida y si es deportada corre riesgo de sufrir prisión así como maltrato psicológico y atentados contra los derechos humanos. En el año 2005 reunió a un grupo de 14 mujeres interesadas en formar una logia masónica femenina en el país bajo los auspicios de la Gran Logia Femenina de Chile, no tenía acceso a Internet y tenía controlado el correo electrónico y el teléfono, enfrentándose a muchas dificultades y recibiendo amenazas e insultos. El día de la creación de la logia asistió prensa extranjera, lo que fue objeto de críticas, habiéndole querido dar connotación política a su proyecto. Se ha visto vigilada y hostigada.

Entre la numerosa documentación que aportó al expediente, constan recortes de prensa y artículos en los que se hace referencia a las logias masónicas femeninas en Cuba; copia de comunicaciones vía electrónica con diversas personas y organismos; un informe elaborado por la CEAR apoyando la admisión a trámite de la solicitud de asilo de la recurrente; copia del título de doctora en estomatología expedido por el Rector del Instituto Superior de Ciencias Médicas de la Habana; título de especialista de primer grado en cirugía maxilofacial; escrito de la Gran Logia Simbólica Española invitándola a realizar una exposición; invitación de la Gran Logia Femenina de España; acreditación de su participación en el curso sobre masonería celebrado en Almería en octubre de 2009.

En el Informe Fin de Instrucción, de fecha 5 de enero de 2010, desfavorable a la concesión de asilo, se valoran las alegaciones de la interesada así como la documentación aportada, y se expone que ésta basa su solicitud en el hecho de ser fundadora de una logia masónica femenina y está sometida por ello a vigilancia de las autoridades, hecho que está acreditado. Sin embargo, no se considera acreditado que la solicitante haya sido víctima de una problemática de la entidad de una persecución, a los efectos del reconocimiento de la condición de refugiado. Los problemas que la solicitante relata adolecen de escasa entidad o se deben a situaciones generalizadas y a la falta de libertades, situación que afecta por igual a la mayoría de la población cubana, sometida a un sistema dictatorial y autoritario. De la información obtenida se concluye que en el contexto cubano no se es víctima de persecución por el hecho de pertenecer a una logia masónica, existiendo datos de los que se desprenden las buenas relaciones existentes entre las logias

masónicas y el Estado cubano. Se considera que la documentación aportada al expediente hace referencia a circunstancias de carácter particular de las que no deriva necesariamente la existencia de una persecución susceptible de protección conforme a lo dispuesto la Convención de Ginebra de 1951.

QUINTO: Pues bien, pese a que en la demanda se alega la concurrencia de las condiciones para la obtención del reconocimiento de la condición de refugiado y del derecho de asilo de la recurrente, lo cierto es que de la documentación obrante en el expediente, única prueba de que dispone la Sala, resulta debidamente acreditado la pertenencia de la recurrente a una logia masónica femenina, de la que fue fundadora, así como su condición de doctora en estomatología y las circunstancias de su salida de Cuba, sin embargo, no se acredita la realidad de la persecución que dice sufrir por su pertenencia a la referida logia masónica. Siendo un dato relevante el hecho de que saliera de Cuba provista de pasaporte expedido por las autoridades de su país y con visado.

No cabe, en consecuencia con todo lo expuesto, apreciar la concurrencia en la recurrente de las condiciones establecidas en la referida Convención de Ginebra y en la Ley de Asilo para ser beneficiaria de la protección internacional derivada del derecho asilo, ni la protección subsidiaria.

SEXTO: Por lo que respecta a la posible aplicación a la recurrente de alguna de las medidas de protección previstas en la Ley de Asilo, entiende la Sala que dadas las circunstancias actualmente concurrentes en la actora, como consecuencia de su no regreso a Cuba una vez vencido el plazo por el que se le había autorizado la salida, así como la situación en que puede verse de regresar al país, es de aplicación lo dispuesto en el *artículo 46.3 de la Ley 12/2009*, que dispone: "*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 el presente caso, entiende la Sala que las circunstancias de la recurrente, que ha salido del país con autorización pero no regresó al finalizar el periodo que abarcaba tal permiso, dejando en Cuba su puesto de trabajo como médico y sus bienes, la pueden colocar en una situación personal que cabe calificar de "vulnerable" en caso de tener que regresar forzosamente al país, después de haber solicitado asilo en España. Si bien es cierto que en tal situación se ha puesto ella de manera consciente, también lo es que se ha de valorar las consecuencias que para su vida personal y profesional, libertad e integridad pudieran derivarse de la decisión de no volver a su país y formular solicitud de protección individual, denunciando sufrir hostigamiento en Cuba por su pertenencia a una logia masónica femenina.

Entiendo la Sala que la situación que contemplamos debe ser objeto de protección, so pena de incurrir en un rigorismo que desnaturalizaría el sentido de las razones humanitarias "distintas de las señaladas en el estatuto de protección subsidiaria", siempre, claro está, ciñendo este discurso al concreto caso que nos ocupa.

A las razones humanitarias de que tratamos se refiere el *artículo 31.4 y 5 del Real Decreto 203/1995*, siempre que la concurrencia de las mismas quede acreditada en el expediente de solicitud de asilo, como es el caso, al igual que en el *artículo 125 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril*, que contempla expresamente la autorización por razones humanitarias en los términos previstos en los *artículos 37.b) y 46.3 de la Ley 12/2009*.

En consecuencia, procede autorizar la permanencia en España por razones humanitarias a D^a. Mercedes .

SÉPTIMO: La Sala, a tenor de lo dispuesto en el *artículo 139.1 LJCA*, no aprecia la concurrencia de méritos que justifiquen la condena en costas

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que **estimamos en parte** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora D^a. María de los Ángeles Fernández Aguado, en nombre y representación de D^a. Mercedes, contra la Resolución del Ministerio del Interior de fecha 30 de marzo de 2010, a la que la demanda se contrae, la cual anulamos por no ser ajustada a Derecho. Y declaramos que procede autorizar la permanencia en España de la recurrente por razones humanitarias, en el marco de la legislación general de extranjería, desestimando las demás pretensiones deducidas por la parte recurrente.

Sin hacer condena en costas.

Así por esta nuestra Sentencia que se notificará a las partes haciendo la indicación de que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala 3^a del Tribunal Supremo, con arreglo a lo dispuesto en el art.

86.1 de la LJCA, y de la cual será remitido testimonio a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.