

Roj: SAN 1465/2013
Id Cendoj: 28079230082013100174
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 8
Nº de Recurso: 1111/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JUAN CARLOS FERNANDEZ DE AGUIRRE FERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veinticinco de marzo de dos mil trece.

VISTOS por la *Sección Octava* de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo nº **1111/2010** , promovido por la Procuradora de los Tribunales doña **Susana Escudero Gómez** , en nombre y representación de don **Hugo** , contra la Resolución del Subsecretario del Interior de 14 de septiembre de 2010, por delegación del Ministro, sobre derecho de asilo y protección subsidiaria.

Ha sido parte recurrida la Administración General del Estado, representada por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 27 de octubre de 2009 don Hugo , interno en el Centro de internamiento de Extranjeros de Algeciras (Cádiz), solicitó asilo en España, en la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía de Algeciras, alegando los siguientes hechos: 1) es homosexual; 2) en 2007, en la ciudad de Silet, en un parque llamado "Minipark", fue detenido sobre las 17.00 horas por varios policías al ser sorprendido manteniendo relaciones sexuales con otro hombre; 3) fue agredido por los policías y trasladado a la comisaría de Bienbasad donde permaneció tres días, siendo colgado por los pies y golpeado; 4) fue ingresado en un hospital, donde permaneció veinte días, del que escapó eludiendo la vigilancia policial con ayuda de un amigo; 5) se trasladó a Dakka desde donde emprendió viaje a Europa; 6) en Bangladesh la condena por homosexualidad es de dos años de prisión; 7) solicitó asilo en Marruecos siéndole aceptada la demanda, pero se marchó pues su intención era venir a España.

En escrito de 17 de noviembre de 2009 el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados informó que la práctica de la homosexualidad en Bangladesh está tipificada como delito y que las alegaciones del interesado resultan verosímiles, por lo que la solicitud debería ser admitida a trámite.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados informó que con fecha 8 de marzo de 2010 había procedido al estudio del expediente.

En escrito de 25 de marzo de 2010 el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados informó que la tramitación de la solicitud por el procedimiento de urgencia debería haberse determinado exclusivamente en base a lo dispuesto en el artículo 25.2 de la Ley 12/2009 , al tratarse de una solicitud de protección internacional presentada en un Centro de Internamiento de Extranjeros, y no en base a la letra c) del apartado 1 del artículo 25.

La solicitud fue desestimada por Resolución del Subsecretario de Interior de 14 de septiembre de 2010, por delegación del Ministro, por los siguientes motivos: a) el relato resulta contradictorio en la descripción de los hechos que motivaron la persecución alegada, no pudiendo considerarse que haya acreditado suficientemente la veracidad de la persecución, sin que se deduzcan de las actuaciones otros elementos que indiquen que la misma haya existido o que justifiquen un temor fundado a sufrirla; b) los elementos probatorios aportados en apoyo de sus alegaciones se refieren a hechos que no ha establecido suficientemente en el relato de la persecución alegada, por lo que no pueden considerarse prueba o indicio de la persecución; c) ha contactado voluntariamente con sus autoridades después de producirse los hechos constitutivos de la persecución alegada, en unas condiciones tales que puede razonablemente dudarse de la necesidad de protección; d) no

concurrir los requisitos previstos en los artículos 2 y 3 de la Ley de asilo y en la Convención de Ginebra, ni en los artículos 4 y 10 de la misma Ley, para la concesión del derecho a la protección subsidiaria. Por otra parte, la resolución razona que no se desprenden razones humanitarias o de interés públicos para autorizar la permanencia en España en los términos previstos en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.

Contra dicha Resolución la representación procesal de don Hugo interpuso recurso contencioso Administrativo.

Por auto de 5 de enero de 2011 la Sala declaró no haber lugar a la suspensión cautelarísima de la ejecución de la resolución impugnada.

Reclamado el expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente para la formalización de la demanda, lo que verificó en escrito que obra en autos.

Tras exégesis de los hechos formula las siguientes alegaciones: 1) en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo y teniendo en cuenta las directrices establecidas por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, procede reconocer al solicitante la condición de refugiado y el derecho de asilo; 2) el informe médico obrante en el expediente administrativo evidencia la relación entre las secuelas que el interesado presenta y las torturas padecidas; 3) las razones en la que se basa la Administración para denegar la solicitud ponen en entredicho el informe elaborado por el ACNUR; 4) el relato del interesado resulta coherente y verosímil y presenta indicios de persecución; 5) en todo caso procedería acordar la protección subsidiaria.

Termina suplicando a la Sala que dicte sentencia "estimatoria del recurso, declarando no ser conforme a Derecho la resolución a que se refiere el recurso, reconociendo a don Hugo la condición de refugiado, o en su caso se le conceda la protección subsidiaria establecida en el artículo 5 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria".

SEGUNDO.- Emplazada la Abogacía del Estado para que contestara a la demanda, así lo hizo en escrito en el que, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó solicitando que se dictara una sentencia desestimatoria del recurso y confirmatoria de la resolución recurrida.

TERCERO.- Habiéndose recibido el recurso a prueba se practicó documental interesada por la parte recurrente, en los extremos admitidos por la Sala, con el resultado que obra en las actuaciones.

CUARTO.- Concluidas las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, el cual tuvo lugar el día 13 de marzo de 2013.

QUINTO.- La cuantía de este recurso es indeterminada.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don JUAN CARLOS FERNANDEZ DE AGUIRRE FERNANDEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo determinar si es o no conforme a Derecho la Resolución del Subsecretario del Interior de 14 de septiembre de 2010, por delegación del Ministro, por la que se deniega a don Hugo el derecho de asilo y la protección subsidiaria.

SEGUNDO.- La Constitución dispone que "La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España".

Esa Ley a la que la Constitución remite es hoy la 12/2009, de 30 de octubre, Reguladora del Derecho de Asilo y la Protección Subsidiaria. En ésta (artículo 2) se determina que el derecho de asilo es 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 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.

Tales requisitos son (artículos 1 de la Convención y I.2 del Protocolo):

"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".

Por otra parte el artículo 3 de la Ley 12/2009 (al que se remitía el artículo 2 antes citado) 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 encuentre 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 de la propia norma.

El artículo 6 de la Ley pretende objetivar, por otra parte, la clase de actos de persecución que son necesarios para que los "temores" de persecución puedan adquirir la naturaleza de "fundados", con exclusión por tanto de cualesquiera otros de relevancia menor.

El artículo 7 de la Ley perfila, a su vez, 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 se describen quiénes pueden ser agentes de persecución o, en su caso, de protección.

Por otra parte, el artículo 4 de la Ley 12/2009 contempla el derecho a la protección subsidiaria como "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 concurra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de esta Ley". El artículo 10 de la Ley, por su parte, contempla las condiciones para concesión de este derecho.

TERCERO.- El señor Hugo fundamenta su petición de asilo en la insostenible situación que ha vivido en su país, Bangladesh, derivada de la detención, violencia y agresiones padecidas a causa de orientación sexual.

Según las Directrices del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados sobre la Protección Internacional en relación con la pertenencia a un determinado grupo social y por motivos de género en el contexto del artículo 1A de la Convención de Ginebra de 1951, ambas de 7 de mayo de 2002, "determinado grupo social" se define como "Un grupo de personas que comparte una característica común distinta al hecho de ser perseguidas o que son percibidas a menudo como grupo por la sociedad. La característica será innata e inmutable, o fundamental de la identidad, la conciencia o el ejercicio de los derechos humanos"; añadiéndose, que "el sexo puede incluirse dentro del ámbito de la categoría de grupo social".

Para el Alto Organismo, lo que identifica el grupo social no es tanto el hecho de que sus miembros sean perseguidos, por las razones que fueren, cuanto las condiciones o características del grupo como tal.

De estos informes interesa destacar, en lo que aquí nos interesa, los siguientes extremos:

1. Cuando el riesgo de persecución procede de agentes no estatales, estos casos implican un análisis de la relación causal, de modo que "cuando la población local comete serios actos de discriminación u otras ofensas, se pueden considerar como actos de persecución si son deliberadamente tolerados por las autoridades, o si éstas se niegan a proporcionar una protección eficaz o son incapaces de hacerlo".

2. La relación causal puede darse: a) donde existe un riesgo real de persecución por parte de un agente no estatal por razones relacionadas con uno de los motivos de la Convención, sea que la omisión por parte del Estado de brindar protección al solicitante esté relacionada o no con la Convención; o b) cuando el riesgo de persecución por parte de un agente no estatal no esté relacionado con un motivo de la Convención, pero la incapacidad y renuencia del Estado de dar protección es por un motivo de la Convención.

3. Resulta relevante el análisis de las formas de discriminación del Estado cuando éste no cumple con la obligación de brindar protección a personas amenazadas por cierto tipo de perjuicios o daños. Si el Estado, ya sea por política o práctica, no reconoce ciertos derechos ni concede protección contra abusos graves, entonces la discriminación por no brindar protección, sin la cual podrían perpetrarse daños graves con impunidad, puede equivaler a persecución.

El artículo 3 de la Ley 12/2009 señala la orientación sexual como posible causa de persecución, el artículo 6 incluye los actos de violencia física o psíquica y el artículo 7 incluye también a las personas que

huyen de sus países debido a fundados temores de sufrir persecución por motivos de orientación sexual, sin que este aspecto por sí solo pueda dar lugar a la aplicación del precepto.

En este contexto debe examinarse la presente controversia.

CUARTO.- El relato de hechos ofrecido por el señor Hugo , cuyo hilo argumental básico reitera la demanda, ofrece, en criterio de la Sala, elementos que permiten considerar que ha sufrido persecución, o tiene fundados motivos a padecerla, en los términos previstos en la Convención de Ginebra y la jurisprudencia que la interpreta.

En efecto, el relato de hechos expuesto presenta un contexto razonado y razonable, exento de contradicciones apreciables, lo que unido a las consideraciones expuestas por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en su informe de 17 de noviembre de 2009 y en el informe médico aportado, teniendo en cuenta además que solicitó protección en la delegación de dicho Organismo en Marruecos, permiten considerar la existencia de indicios suficientes para hacerle acreedor de la situación que reclama.

Así, en primer término, en la entrevista realizada con la Instrucción del expediente el señor Hugo expuso con suficiente claridad las razones que le llevaron a abandonar su país, sin que las contradicciones señaladas por la Instrucción en relación con el informe evacuado por la organización CEAR puedan ser tenidas en consideración, pues dicho no fue confeccionado por él.

Es preciso señalar que la lengua materna del interesado es el bangla, habiéndose llevado a cabo las actuaciones en inglés, salvo la entrevista, idioma que conoce pero que no domina, lo que puede evidenciar cierta imprecisión en sus manifestaciones. En este contexto, la agresión sufrida en un parque de la localidad donde residía, el trato recibido en la comisaría de policía, el centro hospitalario al que fue conducido - consecuencia de los malos tratos recibidos-, las circunstancias atinentes a la ciudad y el barrio donde vivía, la documentación del ACNUR obtenida en Marruecos, su nacionalidad y las razones que le llevaron a solicitar auxilio en la Embajada de Bangladesh en Marruecos, que no fueron otras que la precariedad de medios y subsistencia que padecía, constituyen, en su conjunto, un discurso que no puede tacharse de absurdo o inverosímil o que presente indicios de ser falso, inventado o elaborado ad hoc.

Por otra parte, el señor Hugo ha aportado un informe médico, emitido por el Dr. Arsenio de la organización Médicos del Mundo, del que resulta un cuadro de secuelas -cicatrices, heridas mal curadas- razonablemente compatible con los malos tratos y torturas que dijo haber padecido, o, como señala el doctor, "Parece haber un alto grado de concordancia entre la historia de síntomas físicos e incapacidades agudas y crónicas, con las alegaciones de torturas y malos tratos. Hay también un alto de grado de concordancia entre los hallazgos de la exploración física y las alegaciones de torturas y malos tratos".

El Tribunal Supremo ha declarado en su sentencia de 12 de julio de 2004 , con referencia a la de 10 de mayo de 1996 , que "... no es exigible que el interesado aporte una prueba acabada de las circunstancias que justifican la solicitud de asilo o refugio...es indispensable que la persona que lo solicite pruebe de manera satisfactoria que tiene temor de ser perseguido por razones de raza, religión, pertenencia a un grupo social determinado, o de actividades políticas, siendo ésa la razón determinante de este temor, de forma que pueda llegarse a la convicción precisa de que procede otorgar el asilo o reconocer la condición de refugiado", añadiendo la sentencia del Tribunal Supremo de 28 septiembre de 1988 , que "la petición de asilo o de refugio está siempre motivada por una causa subjetiva, el temor o miedo de verse perseguido, difícilmente acreditable, al ser un estado anímico. De ahí que en cada caso concreto haya de estarse a las circunstancias personales y sociológicas concurrentes, sin que quepa establecer criterios de general aplicación, debiendo ponderarse cada situación, con sus particulares circunstancias, para llegar a la convicción precisa y necesaria para otorgar el régimen solicitado".

En esta línea de razonamiento, es preciso que el interesado aporte un principio de prueba, cuando menos indiciario, de la concurrencia en su caso de los presupuestos que justifican la concesión de asilo.

En nuestro caso la Sala estima que existen indicios racionales, siquiera indiciarios, que permiten considerar que el recurrente, a causa de su orientación sexual, ha sido perseguido en su país, Bangladesh, y tiene un fundado temor a seguir siéndolo si retorna a él. Del conjunto de actuaciones se desprende, además, que el señor Hugo no puede esperar protección por parte de las autoridades, lo que unido al hecho constatado de que en Bangladesh las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo son constitutivas de delito y están severamente castigadas, y sobre este extremo cabe recalcar que lo que el recurrente alegó es que en su país la condena por homosexualidad es de dos años, y no de diez, como resulta del informe de CEAR, lleva

a considerar que el Estado, en este caso Bangladesh, "no cumple con la obligación de brindar protección a personas amenazadas por cierto tipo de perjuicios o daños, ya sea por política o práctica, ni concede protección contra abusos graves".

La Sala, por lo tanto, estima que nos encontramos ante el supuesto contemplado en los artículos 3 y 6 de la Ley 12/2009 , y también en el artículo 7, puesto que considera que el recurrente pertenece a un grupo social determinado que sufre discriminación y hostigamiento por causa de orientación sexual. Siendo esto así, el recurso debe prosperar, al obrar en las actuaciones los elementos necesarios para hacerle acreedor del estatuto que reclama, en concordancia con la doctrina, ya consolidada de nuestro Alto Tribunal conforme a la cual "La Posición Común de la Unión Europea el 4 de marzo de 1996, definida por el Consejo Europeo sobre la base del artículo K3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la aplicación armonizada de la definición del término refugiado, conforme al artículo primero de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, aprobado en Bruselas, pone de manifiesto que la determinación de la condición de refugiado ha de llevarse a cabo de acuerdo con los criterios en función de los cuales los órganos nacionales decidan conceder a un solicitante la protección prevista en la Convención de Ginebra, siendo el factor determinante la existencia de temores fundados de ser perseguido por motivo de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social determinado, y correspondiendo al solicitante presentar aquellos elementos necesarios para la apreciación de la veracidad de los hechos y circunstancias alegadas" (STS de 20 de septiembre de 2002).

QUINTO.- Sin costas -ex artículo 139.1 LRLCA.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO.- Estimar el recurso contencioso administrativo promovido por la representación procesal de don **Hugo** contra la Resolución del Subsecretario del Interior de 14 de septiembre de 2010, por delegación del Ministro, resolución que anulamos por no ser conforme a Derecho.

SEGUNDO.- Conceder el derecho de asilo a don Hugo y reconocerle la condición de refugiado.

TERCERO.- No procede hacer expresa declaración en costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se notificará a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 89 y concordantes LRJCA , I