



**AUD. NACIONAL SALA C/A. SECCION 8 MADRID**

AUTO: 00246/2013  
N66120  
C/ GOYA, 14 CP 28001

N.I.G: 28079 23 3 2013 0003559

Procedimiento: MEDIDA CAUTELARISIMA 0000348 /2013 PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000415 /2013

Sobre: DENEGACION RECONOCIMIENTO CONDICION REFUGIADO

De D./ña: [REDACTED]

LETRADO MARIA ELENA MUÑOZ MARTINEZ, MARIA ELENA MUÑOZ MARTINEZ , MARIA ELENA MUÑOZ MARTINEZ , MARIA ELENA MUÑOZ MARTINEZ , MARIA ELENA MUÑOZ MARTINEZ

PROCURADOR D./Dª,  
Contra D./Dª. MINISTERIO DEL INTERIOR  
ABOGADO DEL ESTADO

**AUTO**

Ilmos. Sres.:

**PRESIDENTE**  
D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

**MAGISTRADOS**  
D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ  
Dª. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

En Madrid, a cinco de septiembre de dos mil trece.

**HECHOS**

**PRIMERO.-** El recurso contencioso-administrativo nº 416/13 se interpone por [REDACTED], en su nombre y en representación de sus hijos menores de edad, [REDACTED], [REDACTED], asistidos por la Letrada Dª. [REDACTED], contra resoluciones del Ministerio del Interior de fecha 30 de agosto y 4 de septiembre de 2013, en las que se le deniega a los recurrentes el derecho de asilo y de la protección subsidiaria y se desestima su petición de reexamen, respectivamente. Solicitando por medio de otrosí en el escrito de interposición del recurso la suspensión del acto recurrido y, especialmente, en lo que se refiere a la orden de salida del territorio nacional.

**SEGUNDO.-** El escrito, que tuvo entrada en esta Sala a las 9'00 horas del día de hoy, viene firmado por la citada letrada, y en él se dice que los interesados se encuentran en las dependencias del aeropuerto de Madrid-Barajas, estando prevista

*lucapadelsa.e*



su devolución en un vuelo de las 10'20 horas del día de la fecha. Solicita por medio de otrosí que se adopte la medida cautelar positiva de entrada en el territorio y autorización provisional de permanencia de los recurrentes en tanto no se resuelva el presente recurso contencioso necesario.

Una vez comprobado, mediante comunicación telefónica con la Brigada Policial de Extranjería de Barajas, que los recurrentes se encuentran en las dependencias de dicho aeropuerto y prevista su expulsión a las 10'20 horas el día de hoy, la Sala dictó providencia, que le fue notificada por fax a la Administración, en la que le comunicaba que, conforme a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria, habría de suspender cualquier actividad material de ejecución de la expulsión de la interesado hasta tanto se procediese a la resolución de la medida cautelar solicitada, y se solicitaba la urgente remisión del expediente administrativo.

### RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Procede así resolver con carácter de urgencia, en atención a las circunstancias concurrentes y expuestas más arriba, la medida cautelar solicitada en el presente litigio, y ello aun cuando la parte recurrente no haya comparecido ante el Tribunal conforme a los requerimientos exigidos en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.


Existe así en el presente caso, como también en otros muchos que se vienen suscitando ante este Tribunal, una abierta contradicción en su aplicabilidad práctica entre lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y el sistema de medidas cautelares establecido en el artículo 29 de la Ley 12/2009, de 30 octubre, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria.

En este último se prevé que «cuando se interponga un recurso contencioso administrativo y se solicite la suspensión del acto recurrido, dicha solicitud tendrá la consideración de especial urgencia contemplada en el artículo 135 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa».

Pero no se ha producido, pese a ese cauce de resolución cautelar perentorio, una correlativa relajación, a través de las oportunas modificaciones legales, de la exigencia de comparecencia ante los Tribunales por medio de Procurador y con asistencia de Abogado.

Esa contradicción práctica se presenta de modo especial en los casos en los que el interesado carezca de recursos para litigar y, por tanto, deba solicitar el reconocimiento del beneficio de justicia gratuita y la designación de Procurador de oficio, pues el trámite procedimental de reconocimiento del derecho y la oportuna designación de profesionales consumen lapsos de tiempo en su tramitación que resultan inconciliable con las exigencias de urgencia de resolución de las medidas cautelares introducida por la Ley 12/2009.

Por ello, en el presente caso, tomando en consideración la efectiva urgencia concurrente por las previsiones de materialización de la expulsión de los recurrentes por parte de la Administración, y tomando también en consideración que el derecho a la tutela judicial efectiva (ahora en su componente de tutela cautelar), es inconciliable con el efectivo consumo de los lapsos de tiempo necesarios para la designación de Procurador de oficio, procederá, con carácter excepcional, a resolver la medida cautelar solicitada.

  
Impugnado es.



Procede resolver ahora sobre la medida cautelar solicitada conforme a lo dispuesto en el artículo 135 de la Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al que se remite el artículo 29 de la Ley 12/2009.

**SEGUNDO.** El citado artículo 135 de la Ley 29/1998, en la actual redacción, dada por Ley 37/2011, de 10 de octubre, dispone:

*"1. Cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, el juez o tribunal sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días podrá mediante auto:*

*a) Apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida, conforme al artículo 130. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución el órgano judicial dará audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente o bien convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes a la adopción de la medida. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo en su caso o bien celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales.*

*En cuanto se refiere a la grabación de la comparecencia y a su documentación, serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 63.*

*b) No apreciar las circunstancias de especial urgencia y ordenar la tramitación del incidente cautelar conforme al artículo 131, durante la cual los interesados no podrán solicitar nuevamente medida alguna al amparo del presente artículo. (...)"*

**TERCERO:** En el presente caso, entiende la Sala que cabe apreciar tal especial urgencia, pues los recurrentes se encuentran en dependencias del aeropuerto de Madrid-Barajas pendientes de la devolución a su país de origen, por lo que nos encontramos en el supuesto del apartado a) del artículo 135 LJCA. Procediendo examinar si concurren los requisitos necesarios para la adopción de la medida cautelar examinada, a la luz del artículo 130 de dicha ley.

En este sentido, tal como se señala en sentencias del Tribunal Supremo de 3 y 5 de mayo de 2011, la remisión que hace el artículo 29 de la Ley 12/2009 al artículo 135 de la Ley jurisdiccional ha de entenderse con el alcance de que el tribunal debe resolver sobre la medida de suspensión de modo inmediato y sin oír previamente a la Administración autora del acto, sin que ello implique que automáticamente deba procederse al otorgamiento de la suspensión instada, la cual procederá o no con arreglo a los criterios que rigen la tutela cautelar en casos de excepcional urgencia, previa ponderación de los intereses en juego. Y aclara el Tribunal Supremo que no son equiparables siempre y en todo caso las circunstancias de especial urgencia previstas en el artículo 135 con la especial urgencia que la Ley 12/2009 atribuye tan sólo a la solicitud, cuyo efecto es provocar la decisión inmediata del órgano jurisdiccional sin oír a la parte contraria, pero conservando su capacidad de enjuiciamiento propia sobre la existencia o inexistencia de razones que determinen la suspensión del acto impugnado. Por otra parte, la especial urgencia de la solicitud de suspensión ha de suponer no una disminución de las garantías procesales del demandante, sino su refuerzo, lo que implica que cuando el tribunal rechace la suspensión cautelarísima del acto impugnado, el auto que resuelva en este sentido no cierra el paso el incidente cautelar ordinario, en el que se garantiza el derecho a la tutela judicial de la Administración demandada.

*M. J. González de los R.*



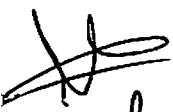
**CUARTO:** En el escrito de interposición del recurso y de solicitud de la medida cautelarísima se alega, en síntesis, que D. [REDACTED] trabaja desde agosto de 2011 como abogado de la organización SILOÉ y desde enero como voluntario de la Cruz Roja, ofreciendo asesoramiento jurídico a las víctimas de vulneración de derechos humanos y a los colectivos vulnerables, además era responsable de relaciones públicas dentro del servicio jurídico. Que por tal motivo se siente vigilado y ha sido detenido en numerosas ocasiones, la primera en agosto del 2011. Fue detenido también en el mismo año el 26 de noviembre, cuando participaba en la manifestación a favor del líder de la oposición, permaneciendo detenidas cinco meses durante los cuales fue interrogado y torturado; en el año 2012 fue detenido unas siete veces por su actividad como defensor de derechos humanos; el 1 de enero 2013, seis militares, vestidos de paisano, registraron su casa sin permiso y encontraron propaganda política, documentación de la muerte de un defensor de derechos humanos en el Congo, un borrador del documento de SILOE sobre las violaciones de derechos humanos del régimen de Kabila con todas las pruebas para denunciarlo ante la comunidad internacional, siendo golpeado y detenido delante de su familia, permaneciendo detenido durante cuatro meses y siendo torturado, agredido sexualmente y amenazado con matarle si no decía como había obtenido todas esas pruebas, finalmente fue puesto en libertad con obligación de presentarse cada martes y jueves ante la Inspección Nacional de Gombe. Afirma que tiene miedo de regresar a su país pues podría ser detenido y asesinado ya que la policía congoleña sabe que ha huido del país, porque no se ha presentado los días que tenía señalados.

Razona sobre la concurrencia de los requisitos para la adopción de la medida cautelar, habida cuenta de la situación general en RD Congo, coherente con la situación expuesta por el interesado, resultando su interés prevalente sobre el interés público, contando con informe favorable del ACNUR, que refuerza la credibilidad de sus alegaciones y constituye un indicio determinante a la hora de apreciar el riesgo real que correría el interesado en caso de regresar a su país.

**QUINTO:** El citado artículo 130 LJCA, en el que se contienen los elementos centrales de las medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo, establece que, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. Por último, en el inciso 2 de este artículo 130 se estableció que la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

La jurisprudencia, con ocasión de examinar el alcance de este artículo 130 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, ha venido señalado, en reiteradas ocasiones (como ejemplo sirvan los autos de 28 de abril de 2006, de 2 de noviembre de 2000, 29 de enero de 2002, 31 de octubre de 2002, 16 de mayo de 2003, entre otros), que el criterio elegido en dicho artículo para decidir sobre la suspensión cautelar del acto impugnado es que su ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso; exigencia de aseguramiento del proceso que viene a representar lo que en la doctrina se ha denominado «periculum in mora»; esto es, que de ejecutarse el acto se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso.

Añade, por otra parte, que la apreciación de este requisito (del «periculum in mora») ha de efectuarse mediante una adecuada ponderación de los intereses en conflicto, de tal forma que, cuando la suspensión cautelar sea la única vía para la efectividad de la futura sentencia estimatoria que pueda dictarse, los intereses públicos a considerar en ese juicio de ponderación —y que obstan a la suspensión—

  
Representador. e1



deberán ser muy relevantes, y que la necesidad de la inmediata ejecución del acto recurrido para atender tales intereses deberá constar de manera inequívoca.

El examen del «periculum in mora» y de la ponderación de los intereses en conflicto, debe hacerse, por otra parte (Auto de 28 de abril de 2006), caso por caso, valorando las particulares circunstancias que presentan, teniendo en cuenta los factores que concurren.

Por otra parte la jurisprudencia viene limitando el juego determinante de la apariencia de buen derecho o "fumus boni iuris" ya que en buena medida comporta entrar, con carácter previo, contradicción limitada y frecuentemente ausencia de prueba, en el fondo de los procedimientos.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2008 ha dicho:

«La apariencia de buen derecho (fumus bonis iuris) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar. La LJ no hace expresa referencia al criterio del fumus bonis iuris (tampoco la LJCA), cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LEC/2000 que sí alude a este criterio en el art. 728».

Pero tras ese encuadramiento general el Tribunal matiza:

«No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, ATS 14 de abril de 1997, de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que "la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no (...) al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito (AATS 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y STS de 14 de enero de 1997, entre otros)».

**SEXTO:** La resolución denegatoria de la protección internacional solicitada se fundamenta en la concurrencia de la circunstancia contemplada en la letra b) del artículo 21.2 de la Ley 12/2009, entendiéndose que el interesado plantea alegaciones incoherentes, inverosímiles e insuficientes

En la resolución denegatoria del reexamen se destaca que en la solicitud inicial se omitieron elementos y alegaciones aportados con la solicitud de reexamen, lo que restaría credibilidad al relato. Se valoran como inverosímiles las alegaciones que con mayor amplitud se realizan en la solicitud de reexamen y se aprecian contradicciones con el relato efectuado por su esposa con relación a la pertenencia

*Reflexión de... es*



del recurrente al partido del presidente del país y las detenciones sufridas por el recurrente.

Conocer la experiencia un primer Informe del ACNUR a la solicitud de asilo, en el que se afirma que, pese a la existencia en sus alegaciones de posibles inconsistencias y/o incongruencias, no cabe hablar de un relato inverosímil; por otra parte, según la información recabada sobre el país de origen los defensores de derechos humanos y los trabajadores de ONG nacionales o internacionales siguen siendo objeto de acoso, ataques o intimidaciones, así como de arrestos arbitrarios y detenciones por parte de las fuerzas de seguridad del Estado, lo que pone de relieve un clima de inseguridad en el que trabaja ese colectivo en la República Democrática del Congo. Estima el ACNUR que la solicitud del interesado debe ser admitida trámite para llevar a cabo un examen en profundidad sobre sus necesidades de protección internacional.

Asimismo la petición de reexamen se informa por el ACNUR en el mismo sentido favorable a un estudio en profundidad y no en el contexto del procedimiento en frontera.

**SÉPTIMO:** Si bien tanto en los Informes de instrucción como en las resoluciones impugnadas se hace una valoración suficientemente detallada de las razones por las que no se otorga credibilidad a las alegaciones en las que se fundamenta la solicitud de asilo, destacando las contradicciones que se aprecian en el relato del solicitante principal y en relación con el relato de la esposa de éste, ~~considera la Sala que las posibles incoherencias e incluso contradicciones que cabe apreciar en algunos aspectos del relato no resultan de relevancia suficiente para calificar este como inverosímil, máxime teniendo en cuenta las circunstancias que sobre el país de origen pone de manifiesto el ACNUR y dado el limitado cauce del procedimiento en frontera para la adecuada investigación de las alegaciones de los interesados, cuando tales alegaciones no resultan, a priori, contradictorias o inverosímiles en el contexto de la situación general del país de origen del solicitante.~~

~~La razonable duda sobre la existencia de una real situación de peligro para los recurrentes en el caso de retornar al país de origen, a tenor de los elementos de juicio con los que hasta ahora contamos, justifica la adopción de la medida cautelarísima, dejando en suspenso la devolución de los recurrentes a su país. Medida que, en todo caso, será valorada de nuevo por el tribunal una vez oído el Abogado del Estado.~~

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

#### PARTE DISPOSITIVA

LA SALA, por y ante mí, la Secretaria Judicial, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup>. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA, ACUERDA:

Acceder a la suspensión cautelarísima de la ejecución de las resoluciones del Ministerio del Interior de fecha 30 de agosto y 4 de septiembre de 2013, impugnadas por los recurrentes.


Dése audiencia al Abogado del Estado para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

*[Firma]*  
Magistrada D<sup>a</sup>. Ana Isabel Gómez García



Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. al margen citados; doy fe.

 *impresionado - es*