

**Roj:** STS 8195/2012 - **ECLI:**ES:TS:2012:8195

**Órgano:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

**Sede:** Madrid

**Sección:** 3

**Nº de Recurso:** 1723/2012

**Nº de Resolución:**

**Fecha de Resolución:** 05/12/2012

**Procedimiento:** RECURSO CASACIÓN

**Ponente:** PEDRO JOSE YAGÜE GIL

**Tipo de Resolución:** Sentencia

**Cuestión:**

*Denegación de asilo en España.*

**cf1Resumen:**

parLa Sala desestima el recurso rechazando los motivo casacionales. En relación al motivo segundo, según jurisprudencia constante no cabe plantear de forma simultánea infracciones reconducibles a motivos de casación de diferente naturaleza y significación, sin diferenciar claramente unos de otros y sin indicar bajo qué concreto apartado del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción se formulan las diferentes alegaciones. El primero no porque se reputen más o menos infundadas o irrelevantes las alegaciones que se hacen sobre el riesgo para sus derechos más básicos en caso de volver a Siria, sino porque los preceptos cuya infracción denuncia no han podido ser infringidos por la Sala de instancia, al haberse basado la desestimación de reconocimiento del derecho a la protección subsidiaria en otras razones que en este primer motivo no se combaten. El tercero pues en el caso del aquí recurrente ya se ha dictado anteriormente una orden de expulsión mediante acto administrativo definitivo en vía administrativa y será en el contexto de la ejecución de esa orden y, en su caso, en el curso de la impugnación jurisdiccional deducida frente a la misma, donde cabrá invocar el principio de no devolución y el paraguas de protección que de él deriva. Por eso, no podemos acoger un motivo de

casación que denuncia unas infracciones jurídicas que realmente el Tribunal de instancia no cometió, dado que dicho Tribunal ni negó ni minusvaloró el alcance del principio de no devolución.par

## Encabezamiento

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Diciembre de dos mil doce.

**VISTO** por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de Casación número 1723/2012, interpuesto por D. Ambrosio , representado por el Procurador D. Carlos Plasencia Baltés, contra la *sentencia de fecha 30 de Enero de 2012, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso nº 540/2011* , sobre denegación de asilo en España. Ha sido parte recurrida LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- En el proceso contencioso administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 8ª) dictó sentencia con el siguiente fallo:

*"PRIMERO. - Desestimar el recurso contencioso administrativo nº 540/2011, promovido por el Procurador de los Tribunales D. CARLOS PLASENCIA BALTÉS en representación de D. Ambrosio contra la resolución de 11 de abril de 2011, que le denegó la protección jurídica internacional derivada del derecho de asilo y la protección subsidiaria, y contra otra de 15 de abril de 2011 que se acordó desestimar su solicitud de reexamen de la anterior. SEGUNDO.- No ha lugar a hacer un especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas".*

Notificada la sentencia, por la representación de D. Ambrosio se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación de 23 de Febrero de 2012, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**SEGUNDO** .- Emplazadas las partes, la parte recurrente compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, al tiempo que formuló en fecha 5 de Junio de 2012 el escrito de interposición del recurso de casación, en el cual, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, solicitó se dictara sentencia estimatoria del recurso, casando y anulando la sentencia recurrida, y resolviendo lo que proceda con arreglo a Derecho.

**TERCERO** .- El recurso de casación fue admitido por providencia de fecha 13 de Julio de 2012, remitiéndose las actuaciones a la Sección Octava. Por proveído de 19 de Septiembre de 2012 se

ordenó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (la Administración General del Estado) a fin de que en plazo de treinta días pudiera oponerse al recurso, lo que hizo en escrito presentado en fecha 26 de Septiembre de 2012, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y solicitó se dictara sentencia declarando no haber lugar al recurso de casación, con imposición de costas a la parte contraria.

**CUARTO** .- Por diligencia de ordenación de 3 de Octubre de 2012 quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo.

**QUINTO**.- Por providencia de fecha 8 de Octubre de 2012 se señaló para votación y fallo el día 23 de Octubre de 2012, fecha en que ha tenido lugar.

**SEXTO**.- En el presente recurso de casación se han guardado las prescripciones procesales legales, excepto la del plazo para dictar sentencia, a causa de la complejidad jurídica del asunto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Yague Gil, Presidente de la Sección.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- *La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 30 de Enero de 2012 , desestimó el recurso contencioso administrativo nº 540/2011, interpuesto por D. Ambrosio , nacional de Siria, contra la resolución del Ministerio del Interior de fecha 15 de Abril de 2011, que desestimó la petición de reexamen de la precedente resolución de 11 de Abril de 2011, que le denegó su solicitud de protección internacional en España.*

**SEGUNDO** .- *La sentencia de instancia, tras identificar el acto administrativo impugnado en su fundamento jurídico primero, recoge en el segundo las razones dadas por la Administración para justificar la denegación de la solicitud de protección internacional, y en el fundamento tercero reseña los argumentos esgrimidos por el recurrente en pro de la estimación de su pretensión:*

*El actor, en su demanda, en lo referente al "fondo del asunto" afirmaba la previsibilidad de ser sometido a tortura o incluso a la eliminación física. Dice en este sentido que Siria, país al que sería expulsado (y del que es nacional), no cuenta con garantías de que su integridad física y su libertad religiosa no se verán mermadas. Se remite al efecto a un informe publicado por Amnistía Internacional, referente a la expulsión de otro ciudadano sirio a este propio país. En él se indica que «la tortura y otros malos tratos son un fenómeno generalizado en los centros de detención el interrogatorio de Siria». Y que «las personas que cobran especial peligro de sufrirlo son aquellas a las que las autoridades sirias consideran islamistas o que se encuentran en posesión de información sobre actos terroristas».*

*Invoca también un informe del Comité contra la Tortura de 19 de noviembre, en el que se expresó su preocupación por la posible vulneración del artículo 33 del Convenio contra la Tortura .*

*Alega después que Amnistía Internacional, cuando le fue comunicada la situación del ahora recurrente, emitió un comunicado de prensa en el que indicaba haber «puesto en marcha un llamamiento internacional a todos sus activistas para evitar que Ambrosio pueda ser víctima de tortura y maltrato en Siria». Aquella organización habría documentado «cómo en este país las personas consideradas por las autoridades sirias como posibles islamistas o que puedan poseer información sobre actos terroristas corren riesgo de sufrir maltrato o tortura en los centros de detención e internamiento, donde podrían ser llevadas al pisar el país ya que están expuestas ser detenidas, reclusas por tiempo prolongado y sometidas a juicios injustos».*

*Y así, sigue diciendo la demanda, el ahora recurrente sería considerado su propio país como islamista, al haber sido condenado (por Sentencia de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional) por formar parte de la célula de Imad Edwin Bakarat, por cuya causa sería torturado y maltratado.*

*Consta en el expediente -afirma también- el procedimiento por el cual fue condenado así como su rechazo a todo tipo de terrorismo.*

*Y así, por tanto, existirían antecedentes conforme a los cuales se podría concluir que si el recurrente es expulsado a Siria podría sufrir torturas.*

*Después se refiere al caso de otra persona, Baser Ghalyoun, que sería similar al suyo.*

*Expresa más adelante que no puede ser obviada la situación actual de Siria, país en el que se están viviendo momentos convulsos que han conducido a su presidente Pedro Antonio , a acallar a la población rebelde con inciertas promesas de suspender una Ley de Emergencia impuesta desde el año 1963. Esta Ley habría justificado, hasta el día de hoy, intervenciones arbitrarias, juicios a puerta cerrada, libre arbitrio policial y carta blanca al aparato de seguridad. Las últimas noticias del informe publicado por Amnistía Internacional en los Estados Unidos de América serían reveladores.*

*En atención a ello, nos dice, existen multitud de informes que justifican el temor del interesado si es devuelto a Siria. Además destaca que el ACNUR ha informado favorablemente la solicitud.*

*En otro orden de cosas se refiere a su residencia en España desde 1991 y a su situación familiar. Éste se encuentra casado con doña Margarita , nacional española y nacida en Ceuta. Es, además, padre de un hijo de origen español, nacido en España el NUM000 2009, de madre española. Además cosa está embarazada y esperando el segundo hijo de la familia.*

*Y por último afirma la falta de motivación de la resolución impugnada al no haberse referido a lo alegado por el solicitante".*

A continuación, en el fundamento de Derecho cuarto, hace la sentencia una descripción del régimen jurídico de la protección internacional tal como se diseña en la Ley 12/2009 de 30 de Octubre, y es en el fundamento de Derecho quinto donde desciende al examen circunstanciado del caso, con las siguientes consideraciones:

*Según cabe ver a partir del extracto de las alegaciones formuladas en la demanda, expuestas en sus elementos principales en el Fundamento de Derecho Tercero de la presente Sentencia, el recurrente no formula reproche de legalidad de clase alguna (a salvo de la falta de motivación, algo a lo que seguidamente nos referiremos) con respecto a las razones por las que la Administración le denegó la protección jurídica internacional derivada del derecho de asilo y la protección subsidiaria. Éste además -y no otro- fue el contenido del procedimiento tramitado y con respecto al cual se pronunció la Administración en la resolución que se recurre.*

*Según más arriba también se dijo, la resolución denegatoria de la protección internacional se fundó en la concurrencia de la circunstancia prevista en la letra a) del artículo 21.2 de la Ley 12/2009, 30 de octubre , que a su vez remitía al artículo 25.1.f), relativo a los supuestos de la denegación contenidos, a su vez, en el artículo 12 de la citada Ley .*

*Y todo ello en razón de haber sido condenado por Sentencia de 26 de septiembre de 2005, de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional , como autor de un delito de pertenencia o integración en organización terrorista, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de ocho años y seis meses de prisión, nueve años y seis meses de inhabilitación especial para empleo cargo público y la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, por haber sido destacado miembro de un grupo terrorista. La Sentencia indicaba así que el ahora recurrente fue reclutado y enviado a un campamento de entrenamiento de muyaidines, ubicado en Zenica (Bosnia), donde realizó cursos de entrenamiento en armas y explosivos, y colaboró activamente con los cabecillas del mismo.*

*Pues bien, el artículo 3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, Reguladora del Derecho de Asilo y la Protección Subsidiaria , exige que el interesado no esté incurso en ninguna de las causas de denegación de su artículo 9. Y éste, a su vez, prevé la denegación de dicha condición a aquellas personas que, habiendo sido objeto de condena firme por delito grave, constituyan una amenaza para la comunidad.*

*El recurrente -como queda indicado- ni niega la concurrencia de esta condena ni formula reproches de legalidad contra la aplicación, por parte de la Administración, de este precepto.*

*Lo propio sucede con relación a la protección subsidiaria, que también el artículo 4 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, Reguladora del Derecho de Asilo y la Protección Subsidiaria, supedita a la inconcurrencia de algunos supuestos previstos en su artículo 12. Y en éste se excluye también de protección subsidiaria a las personas que, habiendo sido objeto de condena firme por delito grave, constituyan amenaza para la comunidad.*

*No encontramos por otra parte falta de motivación alguna en las resoluciones impugnadas, dado que la primera de ellas viene a expresar con claridad evidente las razones de denegación de la solicitud del interesado; razones que por otra parte, como acabamos de ver, no son objeto de cuestionamiento en su ajuste a la legalidad.*

*La motivación exigible en cada caso dependerá por otra parte del objeto de la petición (aquí el derecho de asilo), sin que por ello se exija un pronunciamiento sobre objetos procedimentales distintos (autorización de permanencia en España por razones humanitarias) a los deducidos.*

*Desde esta perspectiva hemos de validar la afirmación contenida en el informe de Instrucción, a la que el Abogado del Estado se remite en su contestación a la demanda, en el sentido de que «ni la residencia del interesado en España desde 1991, ni su matrimonio con una española y la mencionada paternidad, pueden ser elementos a valorar en una solicitud de protección internacional de cara al otorgamiento de algún estatuto de protección [que es de lo que el procedimiento se trataba]».*

*La cuestión, una vez despejado el pleno ajuste a derecho de las resoluciones impugnadas (aunque íntimamente vinculada a lo que se acaba de decir), queda circunscrita a la petición que se nos formula para la aplicación de las razones humanitarias previstas en el artículo 37.b) de la Ley de Asilo, cosa que se realiza en atención a las circunstancias existentes en su país de origen, Siria, por estar casado con ciudadana española, por ser padre de un hijo de esta misma nacionalidad y por estar esperando la pareja el nacimiento del segundo de sus hijos.*

*Sin embargo debe notarse que tal solicitud es formulada por vez primera ante el presente Tribunal, aunque sea cierto que las causas que la fundarían (riesgos para su persona o situación familiar) ya fueron invocadas en la solicitud de asilo y en la petición de reexamen, pero lo fueron como referidas a la petición que se hacía (de asilo).*

*En fin, como decimos, no le fue solicitada a la Administración (al menos en lo que a este procedimiento atañe) la autorización de residencia en España por razones humanitarias pese a que, desde el principio, por petición expresa del interesado, estuvo éste asistido de letrado.*

*Además, en este caso, aquel reconocimiento del derecho a su permanencia en España por razones humanitarias no sería una decisión accesoria a la estimación o desestimación del derecho de asilo o de*

*la protección subsidiaria, ni tampoco automática o desprovista de contenidos valorativos por parte del órgano administrativo sino, justamente al contrario, habría éste de ponderar minuciosamente aquellas mismas circunstancias de orden humanitario en su posible colisión con la amenaza para la comunidad (ésta sí declarada por la resolución) que pudiera comportar la presencia en España del recurrente. Y para esto último ha de contarse además con los pertinentes medios de prueba, lo que desde luego no está a disposición del Tribunal (salvo una declaración del propio interesado en la que dice renunciar al terrorismo).*

*Consecuentemente, un pronunciamiento ahora, por parte del Tribunal (tras haber confirmado la legalidad de la resolución impugnada) sobre algo que no le fue pedido a la Administración y que demanda por parte de ésta una ponderación de las circunstancias concurrentes, o con respecto al modo en el que la Administración debe ejecutar sus actos en el futuro (su salida de España) comportaría el desbordamiento de la función revisora de la presente jurisdicción.*

*Además supondría, en cierta medida, ejercer un control de legalidad de la resolución administrativa de expulsión, para lo cual esta Sala carece de competencia.*

*Por otra parte, como ya dijimos en el Auto desestimatorio de la súplica contra la denegación de la medida cautelar, el artículo 33.2 de la Convención de Ginebra de 1951 establece, como excepción al principio de no devolución o "non refoulement", el que el refugiado sea considerado por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.*

*Dicha salvedad se establece además por referencia al principio general de no devolución previsto en el artículo 33.1 de la propia convención: Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas".*

Con base en estos argumentos, la Sala de la Audiencia Nacional desestima el recurso contencioso administrativo. (Incorpora, la sentencia un voto particular discrepante que a la vista de la situación sociopolítica de Siria, y con expreso apoyo en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sostiene que la sentencia debería haber sido parcialmente estimatoria, en el sentido de ordenar que el recurrente no sea devuelto en ningún caso a Siria o a otro tercer país que no ofrezcan garantías de pleno respeto par su vida e integridad física o moral).

**TERCERO** .- Contra esa sentencia ha interpuesto el demandante el presente recurso de casación, en el que desarrolla tres motivos de impugnación, de los cuales el primero y el tercero se formulan al

amparo del *apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa 29/1998*, y el segundo al amparo del apartado c) del mismo precepto.

En el primer motivo denuncia la infracción de los *artículos 4 y 10 de la Ley de Asilo 12/2009*, puestos en relación con la definición de refugiado que contiene la Convención de Ginebra de 1951 (no se citan por el recurrente preceptos concretos de dicha Convención). Vuelve a referirse el recurrente, como ya hizo en la instancia, a sus circunstancias personales de prolongada residencia en España y a sus vínculos familiares con ciudadanos españoles. Aduce que ha cumplido su pena y que ha puesto de manifiesto por escrito su rechazo a toda forma de violencia terrorista. Enfatiza que a la vista de sus antecedentes, en caso de regresar a Siria, las autoridades de este país le tendrán por islamista, con el consiguiente riesgo de ser sometido a maltratos o torturas.

El segundo motivo, como hemos dicho, se ampara formalmente en el *apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción*, aunque, paradójicamente, se apunta inmediatamente a continuación que se denuncia a través del mismo la infracción de las normas del ordenamiento o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, en evidente referencia al motivo de casación del apartado d) del mismo artículo. Denuncia la parte recurrente que "la resolución" (no especifica si se refiere a la resolución administrativa impugnada en el proceso o a la resolución judicial combatida en casación) está realizada de forma genérica, y luego reprocha directamente a la sentencia de instancia que no haya estudiado ni valorado la documentación que aportó. Insiste en la importancia de la motivación de los actos administrativos, y denuncia la infracción del *artículo 24, apartados 1º y 2º, de la Constitución*.

Finalmente, en el tercer motivo alega la parte recurrente la vulneración del *art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos* y del artículo 33.1 de la Convención de Ginebra de 1951, en cuanto a través del mismo se recoge el llamado principio de "no devolución". Alega el recurrente que la aplicación de dicho principio ha de llevar a que no se le devuelva a Siria, y añade que no cabe aplicar las excepciones que prevé el apartado 2º de dicho artículo 33.

**CUARTO** .- Un orden de lógica jurídica en el examen de los motivos de casación exige analizar en primer lugar los motivos formulados al amparo del *apartado c) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional*, antes que los articulados al amparo del apartado d), habida cuenta de las consecuencias procesales anudadas a la eventual estimación de aquellos.

Desde esta perspectiva, habría que resolver en primer lugar sobre el motivo de casación segundo desarrollado por el recurrente, que se dice formalizado al amparo del tan citado apartado c). Ocurre, empero que a tenor del confuso enunciado y desarrollo argumental del motivo no resulta posible discernir con claridad qué es lo que realmente quiere denunciar aquel.

En efecto, se invoca en el encabezamiento del motivo el apartado c), pero inmediatamente a continuación se hace referencia al contenido del motivo de casación del apartado d), y luego se entremezclan alegaciones referidas a la falta de motivación de la resolución administrativa impugnada (lo que es un tema relativo a la cuestión de fondo, que como tal tiene encaje en el apartado d)) con otras relativas a la falta de motivación de la propia sentencia de instancia (lo que constituye un vicio *in procedendo* que ha de plantearse al amparo del apartado c)); de manera que al fin y a la postre no se sabe si el recurrente quiere criticar la falta de motivación del acto administrativo, de la sentencia, o de los dos.

Sólo por esta indefinición en el planteamiento y desarrollo del motivo el mismo merece ser rechazado, pues según jurisprudencia constante no cabe plantear de forma simultánea infracciones reconducibles a motivos de casación de diferente naturaleza y significación, sin diferenciar claramente unos de otros y sin indicar bajo qué concreto apartado del *artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción* se formulan las diferentes alegaciones.

De todos modos, el motivo no habría podido prosperar desde ninguno de ambos puntos de vista.

Es verdad que la resolución inicial denegatoria del asilo y la posterior resolución denegatoria del reexamen están redactadas con apreciable parquedad y sin una referencia circunstanciada a las singularidades del caso, pero aun así no es menos cierto que a través de su lectura, integrada con los informes desfavorables del Instructor del expediente en que dichas resoluciones se basaron, el ahora recurrente pudo conocer y entender las razones por las que su petición de protección internacional era denegada; como se comprueba por el propio tenor de su demanda, que pone de manifiesto que cuando acudió a la vía jurisdiccional, sabía perfectamente por qué se había rechazado su petición. Así las cosas, partiendo de la base de que la motivación de los actos administrativos tiene por objeto permitir a su destinatario conocer las razones que los justifican a fin de que pueda impugnar el mismo ante los órganos jurisdiccionales, y estos, a su vez, puedan cumplir la función que constitucionalmente tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican ( *ex artículo 106.1 de la Constitución* ), no hay duda de que esa finalidad se cumplió en el presente caso desde el momento que el recurrente, lejos de quedar indefenso por desconocer la causa de la desestimación de su petición, la comprendió debidamente, y justamente por ello la ha criticado en el curso del proceso.

En cuanto a la sentencia, cumple holgadamente las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales, pues a tenor de su lectura el ahora recurrente ha podido tener también cumplido conocimiento de las razones determinantes de la desestimación del recurso contencioso-administrativo, siendo cuestión distinta que no sean de su agrado o le convenzan. De hecho, en los otros dos motivos de casación el recurrente plantea directamente el tema de fondo, demostrando

con sus propias manifestaciones que ha entendido las motivaciones que llevaron al Tribunal *a quo* a desestimar el recurso promovido frente a esa denegación; siendo, reiteramos, cuestión distinta que tales motivaciones sean más o menos acertadas.

**QUINTO** .- Como hemos dicho, en el primer motivo de casación se denuncia la vulneración de los *artículos 4 y 10 de la Ley de Asilo 12/2009* , que se ponen por la parte recurrente en relación con el concepto de refugiado que recoge la Convención de Ginebra sobre el derecho de asilo de 1951.

El referido artículo 4 establece que *"el derecho a la protección subsidiaria es 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 "* ; y el artículo 10 dispone, por su parte, en referencia a las condiciones para el otorgamiento de la protección subsidiaria, que *"constituyen los daños graves que dan lugar a la protección subsidiaria prevista en el artículo 4 de esta Ley : a) la condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material; b) la tortura y los tratos inhumanos o degradantes en el país de origen del solicitante; c) las amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno"* . Como antes dejamos expuesto, el recurrente realza en este primer motivo sus vínculos familiares en España y el riesgo que -afirma- corre su vida en caso de ser devuelto a Siria, al haber quedado significado ante las autoridades de este país como terrorista islámico por obra de la condena penal que se le impuso en España.

El motivo no puede prosperar, por las razones que expondremos a continuación.

Nuestro examen del motivo debe hacerse desde la perspectiva que marcan las normas jurídicas cuya infracción se denuncia, pues es carga que sólo sobre el recurrente pesa, y que no puede ser suplida de oficio por la Sala en perjuicio de la parte contraria, la de identificar con precisión las normas jurídicas cuya vulneración se entiende cometida por el Tribunal *a quo* ( *art. 92.1 de la Ley Jurisdiccional* ), debiéndose limitar el enjuiciamiento en casación a verificar si esas concretas infracciones -y no cualesquiera- otras- se han producido efectivamente o no.

Pues bien, situados, decimos, en esta perspectiva de examen del motivo que el mismo recurrente nos ha marcado, resulta llamativo que éste no plantea el motivo desde el plano del reconocimiento del derecho de asilo y la obtención del estatuto de refugiado. No cita como infringidos los preceptos que directamente regulan la obtención del derecho de asilo, ni critica la falta de reconocimiento del

derecho de asilo, ni dice reunir las condiciones y requisitos exigidos para la concesión del asilo. Su impugnación casacional se mueve única y exclusivamente en torno al derecho a la protección subsidiaria, pues los únicos preceptos cuya infracción pone de manifiesto, que acabamos de transcribir, se refieren clara y directamente a la protección subsidiaria, no al derecho de asilo.

Parece querer decir el recurrente que tiene derecho a la protección subsidiaria por el riesgo real de ser sometido a malos tratos o torturas en caso de retornar a Siria, ahora bien, ceñidos a esta concreta cuestión, olvida que la Administración realmente no rechazó su petición por entender inexistente o infundado ese riesgo tan enfáticamente invocado (pues realmente no cuestionó que así pudiera llegar a ser), sino por apreciar que al margen o por encima de consideraciones sobre los daños que pudiera sufrir en el país de origen, aun así, concurría una causa específica de denegación de la protección subsidiaria, concretamente la prevista en el *artículo 12 de la propia Ley de Asilo 12/2009* (a cuyo tenor cabe denegar la protección subsidiaria a "las personas que, habiendo sido objeto de una condena firme por delito grave constituyan una amenaza para la comunidad"); esto es, entendió la Administración que resultaba legítimo denegar la protección subsidiaria por el hecho de que habiendo sido objeto de una condena firme por un delito ciertamente grave, como es el de implicación en actividades terroristas, ese dato por sí solo daba pie a apreciar que su permanencia en España constituía una amenaza para la comunidad social española. La Sala de instancia se situó en este mismo terreno, explicando en el fundamento de Derecho quinto de su sentencia que la condena penal impuesta (y las razones en que esta se basó) justificaba por sí misma la denegación del derecho de asilo y la protección subsidiaria, conforme a lo expresamente previsto en el artículo 12 precitado.

Partiendo de esta base, debería haber denunciado el recurrente la infracción por indebida aplicación de este artículo 12 ó de sus preceptos concordantes, argumentando sobre la improcedencia de manejar en su caso la causa de denegación de la protección subsidiaria que ese precepto contempla y que la Administración aplicó; pero no lo ha hecho, pues ni ha citado ese precepto ni ha razonado sobre su indebida aplicación y la consiguientemente indebida denegación de la protección subsidiaria, sin que, reiteramos, sea esta misión de esta Sala suplir su inadecuado enfoque del asunto y reconducir su impugnación casacional hacia terrenos más propicios y hacia esos preceptos que no ha citado, en perjuicio de la parte recurrida.

Consiguientemente, tal y como se ha planteado, el motivo ha de decaer, no porque se reputen más o menos infundadas o irrelevantes las alegaciones que se hacen sobre el riesgo para sus derechos más básicos en caso de volver a Siria, sino porque los preceptos cuya infracción denuncia no han podido ser infringidos por la Sala de instancia, al haberse basado la desestimación de reconocimiento del derecho a la protección subsidiaria en otras razones que en este primer motivo no se combaten.

Por lo demás, hace también referencia el recurrente en este primer motivo a sus vínculos familiares con nacionales españoles (su esposa e hijo), pero no pone en relación esa alegación con ningún precepto que se pudiera reputar infringido por la sentencia de instancia con base en esos datos, ni los preceptos que invoca únicamente en este primer motivo guardan relación alguna con los vínculos familiares en el país de asilo, sin que, como acabamos de decir, podamos nosotros suplir esa omisión de oficio.

**SEXTO** .- Es precisamente en el tercer motivo de casación donde se sitúa la cuestión de forma procesalmente adecuada en el terreno que verdaderamente parece interesar al recurrente, esto es, en el de la controvertida aplicación del principio de no devolución, que el recurrente considera infringido por inaplicación, al entender que no concurren las circunstancias que permiten exceptuarlo, con cita del *art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos* y del artículo 33, apartados 1º y 2º, de la Convención de Ginebra de 1951.

Pues bien, aun cuando compartimos en buena medida las consideraciones generales que hace el recurrente acerca del principio de no devolución, valorando casuísticamente las vicisitudes del caso, y singularmente las circunstancias procedimentales en que se ha desarrollado y conformado la decisión de la Administración de disponer su salida obligatoria del territorio nacional, el motivo no puede ser estimado.

En efecto, descendiendo a la contemplación casuística de las circunstancias aquí concurrentes, apreciamos que en realidad la resolución administrativa denegatoria de la protección internacional no negó la virtualidad del principio de no devolución, ni tampoco la propia Sala de instancia lo hizo, por lo que mal se le puede reprochar que lo ignorara o contraviniera.

Dicho sea de otro modo, cuando la Administración denegó la protección internacional solicitada, mediante la resolución impugnada en el proceso de instancia, lo hizo estrictamente en aplicación de unos preceptos de la *Ley de Asilo, los artículos 9 y 12*, que permiten denegar la concesión o reconocimiento de los respectivos ámbitos de protección ahí contemplados (el asilo en el art. 9 y la protección subsidiaria en el 12), es decir, con base en una circunstancia legalmente prevista cual es la amenaza para la comunidad resultante de la implicación del recurrente en actividades terroristas; limitando su pronunciamiento a la aplicación de esta posibilidad legal. No hubo en esa decisión de la Administración la menor alusión, toma en consideración o referencia a la salida obligatoria del solicitante del territorio nacional, o más concretamente al principio de no devolución, sencillamente porque la plasmación práctica u operativización de la salida de España del interesado era una cuestión ajena a este procedimiento de protección internacional, desde el momento que tal y como el propio solicitante (ahora recurrente) había puesto de manifiesto ya en su solicitud, con carácter previo se le había instruido un expediente de expulsión del territorio nacional con arreglo a la normativa general

de extranjería, en el que se había ordenado -ahí sí- de forma expresa su salida obligatoria del territorio nacional, y en el que el mismo interesado ya había instado la aplicación del principio de no devolución. La Autoridad administrativa que resolvió el expediente de protección internacional tuvo a la vista sin duda este dato, y tomando en consideración el hecho de que la cuestión de la no devolución al país de procedencia era en todo caso cuestión a dilucidar en ese otro procedimiento administrativo (tramitado con todas las garantías), limitó conscientemente su respuesta a la denegación de la permanencia en España bajo la cobertura de la protección internacional de la Ley 12/2009, sin extender su juicio a la puesta en práctica o ejecución de lo que era al fin y a la postre objeto de debate y tema de decisión en ese otro procedimiento administrativo distinto y previo. Similar fue el enfoque que adoptó el Tribunal de instancia, como se desprende de lo dicho en su sentencia y, con aún más evidencia, en las resoluciones que dictó en la pieza separada de medidas cautelares, donde insistió en que la puesta en práctica de la salida de España del interesado era objeto propio de otro expediente y no del de protección internacional sometido a la revisión jurisdiccional del propio Tribunal.

Por nuestra parte, no consideramos erróneo ese enfoque de la Sala de instancia, pues, ciertamente, partiendo de la base de que contra el mismo interesado se instruyó, tramitó y resolvió un procedimiento de expulsión del territorio nacional, previamente a la solicitud de asilo, es en el marco de ese primer y anterior procedimiento donde tiene su lugar natural de toma en consideración la normativa internacional antes reseñada sobre la virtualidad del principio de no devolución, que no es propio y exclusivo de la institución del asilo, sino que, en la medida que se erige como un pilar del sistema de protección de los derechos humanos a nivel internacional, se extiende a cualesquiera procedimientos en que esté en juego la posible salida obligatoria de los extranjeros hacia otros países como consecuencia de la aplicación de la legislación de extranjería entendida en sentido amplio, y no sólo a los expedientes de asilo y refugio.

Realmente, no sabemos si la orden de expulsión acordada en el expediente de extranjería incoado contra el aquí recurrente ha sido finalmente llevada a ejecución o no. De cualquier modo, es en el seno de la ejecución de ese expediente (distinto y ajeno al expediente de asilo aquí concernido) donde han de extraerse las consecuencias que impone el Derecho Internacional en relación con la protección frente a la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Extender ahora nuestro pronunciamiento sobre esta cuestión supondría sobrepasar el ámbito de enjuiciamiento e inmiscuirnos en la operatividad de un expediente administrativo -el de expulsión- del que desconocemos datos relevantes y que en todo caso resulta ajeno a esta litis.

De esta manera, si en el caso del aquí recurrente ya se ha dictado anteriormente una orden de expulsión mediante acto administrativo definitivo en vía administrativa (cuyas circunstancias de adopción y ejecución, y cuya eventual revisión jurisdiccional, desconocemos porque nada útil se nos

ha dicho al respecto), será en el contexto de la ejecución de esa orden y, en su caso, en el curso de la impugnación jurisdiccional deducida frente a la misma, donde cabrá invocar el principio de no devolución y el paraguas de protección que de él deriva.

Por eso, no podemos acoger un motivo de casación que denuncia unas infracciones jurídicas que realmente el Tribunal de instancia no cometió, dado que dicho Tribunal ni negó ni minusvaloró el alcance del principio de no devolución, simplemente constató que su lugar natural de consideración es un expediente distinto del procedimiento que culminó con la resolución administrativa que ante él se impugnó.

**SÉPTIMO** .- La desestimación del recurso lleva aparejada la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el *artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional* .

A tenor del *apartado 3º de dicho artículo 139 de la Ley Jurisdiccional* , la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el *artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de 2.000 euros.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

## FALLAMOS

Que declaramos NO HABER LUGAR y por tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación nº 1723/2012 interpuesto por D. Ambrosio contra la *sentencia de fecha 30 de Enero de 2012, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso nº 540/2011* ; e imponemos a la parte recurrente las costas del recurso de casación, en la forma dicha en el fundamento de Derecho séptimo.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . D. Pedro Jose Yague Gil D. Manuel Campos Sanchez-Bordona D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D<sup>a</sup> Maria Isabel Perello Domenech **T R I B U N A L S U P R E M O Sala de lo Contencioso-Administrativo**\_\_\_\_\_

Voto Particular

<span class="h2">

**Voto particular**</span>

VOTO PARTICULAR A LA SENTENCIA DE FECHA 5 DE DICIEMBRE DE 2012, DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN 1723/2012, QUE FORMULA LA MAGISTRADA DE ESTA SALA EXCMA. SRA. DOÑA Maria Isabel Perello Domenech.

Con el mayor respeto a los Magistrados que apoyan la tesis mayoritaria reflejada en la sentencia, considero conveniente manifestar mi discrepancia del acuerdo de la mayoría, formulando Voto particular, para razonar en él la tesis de estimación del recurso que defendí, sin éxito, en la deliberación en Sala.

**Primero** .- La resolución de las cuestiones planteadas en este recurso de casación requiere tomar en consideración todos los antecedentes del caso, sólo parcialmente recogidos en la sentencia de instancia.

El ahora recurrente en casación, D. Ambrosio , nacional de Siria, solicitó protección internacional en España con fecha 6 de abril de 2011, al amparo de lo dispuesto en la Ley 12/ 2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Al tiempo de su petición de asilo se encontraba interno en el Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE) de Madrid en virtud de autorización acordada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Granada en las diligencias previas 3138/11 (folios 1.14 y 1.15 del expediente), como consecuencia de un procedimiento de expulsión del territorio nacional que se le había incoado, y en el que con fecha 22 de enero de 2009 se había acordado su expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por un periodo de tres años (folios 1.16 y 1.18). Dicha resolución de expulsión se adoptó de conformidad con lo establecido en el *artículo 15 del Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero* , sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, a cuyo tenor cabe ordenar la expulsión o devolución del territorio español *"cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública"* ; y también en aplicación del *artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero* , que dispone que *"constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados"* . Constaba, así, en esta resolución de expulsión del territorio nacional (antecedente de hecho primero) lo siguiente: *" El Sr. Ambrosio , por sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección tercera, es condenado como autor de un*

*delito de pertenencia o integración en organización terrorista, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de ocho años y seis meses de prisión, nueve años y seis meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. En dicha sentencia se califica al interesado como un destacado miembro del grupo terrorista; fue reclutado y enviado al campamento de entrenamiento de mujahidines ubicado en Zenica (Bosnia), donde realizó los oportunos cursos de entrenamiento en armas y explosivos, y colaboró activamente con los cabecillas".* A su vez, en el fundamento de Derecho primero se apuntaba que *"atendiendo a los antecedentes relatados, todos ellos debidamente acreditados documentalmente en el expediente sancionador, es claro que el comportamiento personal del Sr. Ambrosio constituye una amenaza real y muy grave para el orden público y la seguridad pública, lo que justifica plenamente la adopción de la medida de expulsión"*.

Requerido por el funcionario actuante para expresar las razones por las que pedía protección internacional, adujo el solicitante (ahora recurrente en casación), en síntesis (folio 1.11), que le habían metido en la cárcel por pertenencia a un grupo terrorista islámico a pesar de ser inocente, y que por tal razón su nombre estaba marcado, por lo que en caso de ejecutarse la orden de expulsión que pesaba contra él y llevarse a cabo su retorno a Siria, tan pronto como bajase del avión en este país, le meterían en la cárcel y le torturarían.

Con fecha 11 de abril de 2011 el ACNUR emitió un informe en relación con esta solicitud de protección internacional (folios 4.1 y ss.), poniendo de manifiesto el riesgo que podría suponer el retorno del solicitante a Siria, dada la situación de inestabilidad existente en el país, y apuntando la conveniencia de estudiar pormenorizadamente en el curso del procedimiento ordinario de determinación de la condición de refugiado la situación del solicitante y la posibilidad de que el mismo fuera víctima de daños graves en el sentido recogido por los *artículos 4 y 10 de la Ley 12/2009*, reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria, al haber indicios de un riesgo actual y real de sufrir los daños contemplados en esos preceptos, que aconsejarían la no devolución a Siria. En el mismo informe ACNUR realizó unas reflexiones críticas sobre la aplicabilidad de las excepciones al principio de "no devolución" recogidas en el artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951, que en su párrafo 1º establece que *"ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas"*, pero en el párrafo 2º puntualiza que *"sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país"*. Asimismo,

llamó la atención el ACNUR sobre la posible aplicación al caso de otros instrumentos de Derecho Internacional (en el sentido recogido en el *artículo 5 de la Ley 12/2009* , a cuyo tenor " *la protección concedida con el derecho de asilo y la protección subsidiaria consiste en la no devolución ni expulsión de las personas a quienes se les haya reconocido, así como en la adopción de las medidas contempladas en el artículo 36 de esta Ley y en las normas que lo desarrollen, en la normativa de la Unión Europea y en los Convenios internacionales ratificados por España* " ), con cita expresa de los *artículos 3 y 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, que establecen, respectivamente, que " *nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes* " y que " *toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia* " . Concluía el informe del ACNUR indicando que " *por todo lo expuesto esta Delegación considera que las alegaciones y demás información contenida en el expediente del interesado constituyen indicios suficientes para que la presente solicitud sea admitida a trámite con el fin de llevar a cabo un estudio en profundidad de su posible necesidad de protección internacional* " .

Sin embargo, el Ministerio del Interior dictó resolución denegatoria de la protección internacional con fecha 11 de abril de 2011 (folio 6.2). Esta resolución se acordó por la vía procedimental de la llamada "tramitación de urgencia", de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 21.2 de la Ley de Asilo 12/2009* , a cuyo tenor " *el Ministro del Interior podrá denegar la solicitud mediante resolución motivada, que deberá notificarse a la persona interesada en el plazo máximo de cuatro días [ampliable a diez en casos como este a solicitud del ACNUR, según el párrafo 3º del mismo precepto] desde su presentación, cuando en dicha solicitud concorra alguno de los siguientes supuestos: a) los previstos en las letras c, d y f del apartado primero del artículo 25*"; estableciéndose en este art. 25.1.f) que " *el Ministerio del Interior, de oficio o a petición del interesado, acordará la aplicación de la tramitación de urgencia, previa notificación al interesado, en las solicitudes en las que concorra alguna de las siguientes circunstancias: [...] f) que la persona solicitante incurra en alguno de los supuestos de exclusión o de denegación previstos en los artículos 8 , 9 , 11 y 12 de la presente Ley* " ; preceptos estos, referidos a las condiciones para el reconocimiento del derecho de asilo (arts. 8 y 9) y de la protección subsidiaria (arts. 11 y 12), en los que respectivamente se establece lo siguiente:

## << **Artículo 8. Causas de exclusión.**

### 1. Quedarán excluidas de la condición de refugiados:

a) *las personas que estén comprendidas en el ámbito de aplicación de la sección D del artículo 1 de la Convención de Ginebra en lo relativo a la protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Cuando esta protección o asistencia haya cesado por cualquier motivo, sin que la suerte de tales personas se*

*haya solucionado definitivamente con arreglo a las Resoluciones aprobadas sobre el particular por la Asamblea General de las Naciones Unidas, aquéllas tendrán, ipso facto, derecho a los beneficios del asilo regulado en la presente Ley;*

*b) las personas a quienes las autoridades competentes del país donde hayan fijado su residencia les hayan reconocido los derechos y obligaciones que son inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país, o derechos y obligaciones equivalentes a ellos.*

*2. También quedarán excluidas las personas extranjeras sobre las que existan motivos fundados para considerar que:*

*a) han cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales que establecen disposiciones relativas a tales delitos;*

*b) han cometido fuera del país de refugio antes de ser admitidas como refugiadas, es decir, antes de la expedición de una autorización de residencia basada en el reconocimiento de la condición de refugiado, un delito grave, entendiéndose por tal los que lo sean conforme al Código Penal Español y que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas o el patrimonio, siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el apartado cuarto del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con los delitos enumerados;*

*c) son culpables de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas establecidos en el Preámbulo y en los artículos 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas.*

*3. El apartado segundo se aplicará a las personas que inciten a la comisión de los delitos o actos mencionados en él, o bien participen en su comisión.*

**Artículo 9. Causas de denegación.**

*En todo caso, el derecho de asilo se denegará a:*

*a) las personas que constituyan, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España;*

*b) as personas que, habiendo sido objeto de una condena firme por delito grave constituyan una amenaza para la comunidad.*

**Artículo 11. Causas de exclusión.**

1. *Quedarán excluidas de la condición de beneficiarias de la protección subsidiaria aquellas personas respecto de las que existan fundados motivos para considerar que:*

*a) han cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales que establecen disposiciones relativas a tales delitos;*

*b) han cometido fuera del país de protección antes de ser admitidas como beneficiarias de la protección subsidiaria, es decir, antes de la expedición de la autorización de residencia basada en el reconocimiento de la condición de beneficiario de protección subsidiaria, un delito grave, entendiéndose por tal los que lo sean conforme al Código Penal español y que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas o el patrimonio, siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el apartado cuarto del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con los delitos enumerados;*

*c) son culpables de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas establecidos en el Preámbulo y en los artículos 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas;*

*d) constituyen un peligro para la seguridad interior o exterior de España o para el orden público.*

2. *Lo dispuesto en los apartados anteriores se aplicará a quienes inciten a la comisión de los delitos o actos mencionados en los mismos, o bien participen en su comisión.*

**Artículo 12.** Causas de denegación.

*En todo caso, la protección subsidiaria se denegará a:*

*a) las personas que constituyan, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España;*

*b) las personas que, habiendo sido objeto de una condena firme por delito grave constituyan una amenaza para la comunidad.>>*

Concretamente, se expresaba en esta resolución denegatoria, como razón determinante del rechazo de la petición del interesado, la siguiente: *"Al concurrir la circunstancia contemplada en la letra a) del artículo 21.2 de la Ley 12/2009 de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, que remite a lo dispuesto en el artículo 25.1.f), relativo a los supuestos de delegación contenidos, a su vez, en el artículo 12 de la citada Ley. En este sentido, la norma establece como causa de denegación e la protección subsidiaria, en todo caso, los supuestos en los que habiendo sido objeto de una condena firme por delito grave, constituyen una amenaza para la comunidad."*

El día 13 inmediato siguiente D. Ambrosio pidió el reexamen de esta resolución denegatoria (folios 7.1 y ss.), de conformidad con lo previsto en el *artículo 21.4 de la Ley de Asilo 12/2009* , insistiendo en que en caso de llevarse a efecto su expulsión a Siria, se pondría su vida en situación de peligro real, al estar en su país de origen en busca y captura sólo por el hecho de haber sido condenado en España. Hizo constar asimismo que está casado con una ciudadana española con la que tiene un hijo y que se encontraba embarazada del segundo, y adujo que en su caso no concurrían las circunstancias contempladas en el artículo 33.2 de la Convención de Ginebra, pues por mucho que hubiera sido condenado por pertenencia a organización terrorista, había cumplido su pena y no representaba ningún peligro para la comunidad.

La Oficina de Asilo y Refugio emitió informe desfavorable sobre esta petición de reexamen (folios 8.1 y ss.), que en cuanto ahora interesa decía lo siguiente: *"en lo referido a la valoración del peligro que el interesado pueda suponer para la comunidad y a la aplicación de la consecuencia del apartado b) del artículo 12 de la Ley 12/2009 , esta instrucción entiende que los elementos documentales aportados por el interesado, así como los argumentos esgrimidos en el reexamen no modifican en ningún aspecto el mandato de la Ley. En tal sentido, la redacción del artículo 12 de la Ley 12/2000 , reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, no ofrece dudas respecto de la posibilidad de aplicar la protección subsidiaria al caso de referencia. así, la denegación de la solicitud cursada se justifica en el carácter taxativo de la previsión contenida en el apartado b) del artículo 12, por cuanto el que haya recaído condena mediante sentencia firme por delito grave como el que fundamentó la condena en sede jurisdiccional -terrorismo- constituye motivo bastante para desestimar la solicitud de reexamen presentada"* .

Diferentemente, ACNUR pidió una vez más que la solicitud de asilo fuera admitida y estudiada en profundidad, a fin de valorar con más elementos de juicio la necesidad de protección internacional (folios 9.1 y ss.). Apreciaba el ACNUR en este segundo informe que habiendo cumplido el solicitante la condena penal que se le había impuesto, la Administración no había explicado los motivos que le llevaban a concluir que constituía una amenaza para la Comunidad, y reprochó a la resolución denegatoria de la protección internacional que no hubiera explicado por qué se había apartado del informe del propio ACNUR. En cuanto al procedimiento administrativo seguido, ACNUR puso de manifiesto se desacuerdo con la tramitación dada a la solicitud, enfatizando que la normativa aplicable permite al ACNUR solicitar una ampliación del plazo para resolver pero este Organismo no había podido ni siquiera pedir la aplicación de esta posibilidad; y además protestó por el hecho de no haberle sido comunicado el informe desfavorable de la instrucción con anterioridad a la emisión de su informe ni con posterioridad a este previamente a la adopción de la resolución.

Finalmente, por resolución de 15 de abril de 2011 se desestimó la petición de reexamen mediante resolución que contenía únicamente la siguiente fundamentación: *"Desestimar la petición de*

*reexamen formulada por Ambrosio , nacional de Siria, y en consecuencia ratificar la resolución de denegación por subsistir los criterios que la motivaron, no viéndose alterados estos fundamentos por las alegaciones aducidas en oposición a los mismos" .*

Contra esta resolución interpuso el solicitante recurso contencioso-administrativo. En su demanda, insistió en los planteamientos ya sostenidos en vía administrativa, sobre la existencia de un riesgo grave y cierto de peligro para su integridad física e incluso para su vida en caso de ser expulsado a su país de nacionalidad Siria, enfatizando asimismo su matrimonio con una nacional española y los hijos comunes también españoles. Denunció la falta de motivación de las resoluciones administrativas contempladas, y alegó asimismo, con carácter subsidiario, que al menos no se le devolviera a Siria hasta que hubiera certeza de obtener protección en esta país. En el "suplico" de la demanda pidió, en consecuencia, que con estimación del recurso contencioso-administrativo, *"le sea reconocido su derecho de asilo y el reconocimiento de la condición de refugiado, así como dejar sin efecto la obligación ínsita de salida del territorio nacional que conlleva dicha desestimación. De forma subsidiaria y alternativa, se le conceda y reconozca el derecho contenido en el artículo 37.b) de la Ley de asilo, por razones humanitarias. en todo caso, que la Administración española se abstenga, en todo momento, de obligar a ser devuelto o expulsado a Siria, hasta contar con garantías previas de aquel Estado de que su integridad física y libertad religiosa no se verán mermadas" .*

Sin embargo, la Sala rechazó todas estas peticiones en la sentencia contra la que se ha promovido el presente recurso de casación. Esta sentencia cuenta con un voto particular discrepante con expresa cita de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

**Segundo** .- Pues bien, conviene recordar que el principio de no devolución constituye la garantía más básica y primordial del sistema de protección que establece la Convención de Ginebra de 1951, y así se recoge en su artículo 33.1. No es, por lo demás, la Convención de Ginebra sobre el derecho de asilo de 1951 el único instrumento de Derecho Internacional general que lo consagra. En el mismo sentido, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984 dispone en su artículo 3 que *"1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura. 2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos" .* También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1967 establece en su art. 7 que *"nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos" ;* habiendo sido interpretado este precepto por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en su observación general nº 20, en el

sentido de que *"los Estados Partes no deben exponer a las personas al peligro de ser sometidas a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes al regresar a otro país tras la extradición, la expulsión o la devolución"* , añadiendo incluso que *"El texto del artículo 7 no admite limitación alguna"* . De forma coherente, esta misma regla ha sido adoptada en el ámbito regional europeo por el Convenio de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que en su artículo 3 establece que *"nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes"* .

Más concretamente, la Unión Europea se ha comprometido en la lucha contra la tortura y los tratos inhumanos o degradantes. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000 dispone en su art. 4 que *"Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes"* , y en el art. 18 establece que *" se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea"* . A su vez, el art. 19 añade que *"nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes"* . Por su parte, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE , consolidado según el Tratado de Lisboa), establece en su art. 78 que *"la Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados pertinentes"* .

Así pues, la regla general que se desprende de las normas de Derecho Internacional concordantes que se han enumerado es que ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde corra riesgo de perder la vida o ser sometido a torturas u otra clase de tratos inhumanos o degradantes. La pauta que se expresa en estas normas es tajante, como se desprende de la expresión "en modo alguno" que emplea el art. 33 de la Convención de Ginebra, y además no sólo beneficia a los que han sido formalmente reconocidos como refugiados, sino que se extiende a la generalidad de los solicitantes de protección internacional. Así, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su resolución 52/103 de 9 de febrero de 1998, acordó, entre otros extremos relativos a la institución del asilo y refugio, lo siguiente: *"Reafirma que toda persona tiene derecho a solicitar y gozar de asilo contra la persecución en otros países y, puesto que el asilo es un instrumento indispensable para la protección internacional de los refugiados, exhorta a todos los Estados a que se abstengan de tomar medidas que comprometan la institución del asilo, en particular devolviendo o expulsando a refugiados o personas"*

*que solicitan asilo, contrariamente a los instrumentos internacionales de derechos humanos, al derecho humanitario y al derecho de los refugiados" .*

**Tercero.-** Es verdad, no obstante, que el propio artículo 33 de la Convención de Ginebra, en su apartado 2º, introduce una excepción a esa estricta regla que se ha enunciado en el apartado anterior, al matizar que *"no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país"* . Ahora bien, el ámbito de aplicación de estas excepciones, de por sí restringido, deja de operar cuando la consecuencia de la devolución al país de origen es el sometimiento a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes.

En efecto, situados en la tesitura de determinar la correcta interpretación y aplicación de este apartado 2º del art. 33, interesa ante todo ponerlo en relación con el artículo 1.f) de la misma Convención de Ginebra, a cuyo tenor *"las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar: a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en el como refugiada; c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a la finalidades y a los principios de las Naciones Unidas"* . Puede observarse que tanto uno como otro precepto se refieren expresamente a la comisión de delitos graves; ahora bien, por encima de la aparente coincidencia entre ambos artículos, hay rasgos que los distinguen con nitidez, interesando ahora resaltar dos:

*En primer lugar* , realmente el umbral de aplicación del artículo 33.2 es más exigente que el del artículo 1.f), ya que la regla general del apartado 33.1, conectada indisolublemente con las más elementales exigencias del respeto a la dignidad de la persona humana, mantiene su vigencia y operatividad incluso cuando se ha denegado la protección internacional por aplicación de la cláusula del art. 1.f), de manera que la entrada en juego de las exigencias del apartado 2º del art. 33 requiere un *plus* de apreciación y motivación aun en el caso de que ese artículo 1.f) haya sido tomado en consideración y aplicado al caso concretamente examinado; y *en segundo lugar* , porque la perspectiva de aplicación de una y otra regla son distintas. El artículo 1.f) se refiere y remite al pasado, esto es, al comportamiento del solicitante de asilo en la época previa a la presentación de su solicitud. En cambio, las excepciones al principio de no devolución del art. 33.2 operan *pro futuro* , es decir, en atención al peligro o amenaza que el solicitante de protección suponga de cara al futuro para la seguridad del país o para la comunidad de quienes lo habitan (por lo demás, si el artículo 1.f) y el 33.2 contemplaran y regularan lo mismo, el artículo 33.2 sería superfluo por redundante).

Dando un paso más en el razonamiento, es claro que las excepciones del apartado 2º a la plena operatividad del apartado 1º, precisamente porque son excepciones a una regla general de protección y salvaguardia de derechos humanos básicos, deben ser interpretadas y aplicadas con carácter restrictivo, pues la regla general que en principio prevalece es que aun en el supuesto de que el solicitante de asilo vaya a ser expulsado o devuelto, debe ser enviado a un Estado seguro y no a un Estado donde esos derechos humanos básicos pueden correr peligro. Corolario de este enfoque restrictivo de la aplicación de dichas excepciones es, ante todo, que las únicas excepciones que cabe tomar en consideración a estos efectos son precisamente las que el apartado 2º contempla, esto es, el peligro para la seguridad del país (esto es, para los intereses superiores de la seguridad del Estado) o la amenaza para su comunidad (es decir, para su población); y más aún, que esas excepciones no pueden ser invocadas ni tomadas en consideración en los casos en que la amenaza apreciada en el país de origen constituya un peligro de tortura o castigos crueles, inhumanos o degradantes, dado el carácter nuclear, indisponible e inderogable de la garantía contra estos ataques.

En cuanto al concepto jurídico indeterminado que el precepto emplea, "amenaza para la comunidad", su toma en consideración sólo opera en la medida que el interesado haya sido condenado por un -sic- "delito particularmente grave", expresión esta que no hace más que enfatizar el carácter restrictivo e incluso excepcional -valga la redundancia- de la excepción. En esta línea, cabe insistir que el art. 33.2 se refiere a una amenaza con proyección de futuro y no a comportamientos pasados (lo que no empece, lógicamente, a que esos comportamientos pasados constituyan un elemento de valoración a la hora de apreciar la amenaza futura). Por añadidura, debe tratarse de una amenaza para la comunidad del país de asilo, o sea, del país donde el asilo se interesa, y no para otros escenarios, y debe tratarse de una amenaza grave, de relevante entidad, hasta el punto de justificar nada menos que la inaplicación de una regla general tan básica y primordial como la del apartado 1º. Obvio es que la apreciación de la excepción, así caracterizada, requiere una motivación singularizada y casuística que justifique la concurrencia de esas circunstancias.

**Cuarto** .- Se acaba de decir que las salvedades del apartado 2º del tan citado artículo 33 no pueden ser invocadas para excepcionar la regla general del apartado 1º del mismo precepto cuando nos hallamos ante una amenaza de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes para el solicitante de asilo devuelto o expulsado, y así efectivamente lo ha resaltado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en un cuerpo de resoluciones que ha dado lugar a una doctrina que puede considerarse consolidada.

En la *sentencia del TEDH (Gran Sala) de 19 de febrero de 2009 (demanda 3455/2005, A. y otros contra Reino Unido)* declara (fundamentos de Derecho, pár. 126), con carácter general, que "*plenamente consciente de las dificultades que encuentran los Estados para proteger a su población de la violencia terrorista, el Tribunal ve en ello una razón de más para subrayar que el artículo 3 del Convenio*

*consagra uno de los valores más importantes de las sociedades democráticas. Esta disposición no prevé limitaciones, en lo que contrasta con la mayoría de las cláusulas normativas del Convenio y de los Protocolos núm. 1 y 4 y, según el artículo 15.2, no autoriza ninguna excepción, ni siquiera en situaciones de peligro público que amenace la vida de la nación. Incluso en las circunstancias más difíciles, como la lucha antiterrorista, y cualesquiera que sean las acciones de la persona en cuestión, el Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura y los tratos o penas inhumanas o degradantes" .*

Más específicamente, la *sentencia del mismo Tribunal de 8 de abril de 2008 (demanda 21878/2006 , Nyanzi contra Reino Unido)*, ya referida a la problemática de la expulsión o devolución de los solicitantes de asilo que invocan una situación de riesgo en caso de retorno a su país, comienza su respuesta al asunto planteado recordando que los Estados Contratantes tienen, en virtud de un principio de Derecho internacional bien establecido y sin perjuicio de los compromisos que para ellos derivan de los tratados, incluido el Convenio, el derecho de controlar la entrada, la estancia y la expulsión de los no nacionales. Además, ni el Convenio ni sus Protocolos contemplan el derecho de asilo político. Ahora bien -matiza inmediatamente a continuación el TEDH- *"la expulsión de un solicitante de asilo por parte de un Estado Contratante puede plantear un problema en virtud del artículo 3 y, por lo tanto, compromete la responsabilidad de dicho Estado en virtud del Convenio, si existen motivos determinantes para creer que el interesado correrá, en el país de destino, un peligro real de ser sometido a un trato contrario al artículo 3. En tales circunstancias, el artículo 3 conlleva la obligación de no expulsar a la persona en cuestión a ese país"* (pár. 51). Más aún, añade el Tribunal que al decidir si existen motivos determinantes para creer que hay un riesgo real de sufrir un trato incompatible con el artículo 3, el Tribunal deberá examinar el asunto a la luz de toda la documentación de que dispone, o, en su caso, a partir de los documentos obtenidos de «motu proprio», debiendo ser el examen del Tribunal sobre la existencia de un riesgo real necesariamente riguroso (pár. 52). Resalta la sentencia la importancia que se concede a la información contenida en informes recientes de asociaciones internacionales independientes de protección de derechos humanos (pár. 55), y en lo que respecta a la fecha que ha de tomarse en cuestión a la hora de valorar la existencia del riesgo, realiza la Sala una puntualización de especial interés: *"la existencia del riesgo debe valorarse en primer lugar respecto a los factores que el Estado Contratante conocía o debería haber conocido en el momento de la expulsión. Sin embargo, si el demandante aún no ha sido extraditado o deportado cuando el Tribunal examina su causa, la fecha a tener en cuenta será la del procedimiento ante el Tribunal (see Chahal, cited above, §§ 85-86, and Venkadajalasarma v. the Netherlands, no. 58510/00, § 63, 17 February 2004). Esta situación se produce generalmente cuando, como en el presente caso, la deportación o la extradición se retrasa como resultado de una indicación del Tribunal de una medida cautelar en virtud del artículo 39 del Reglamento del Tribunal (Sentencia anteriormente citada Mamatkulov y Askarov, ap. 69). En consecuencia, si bien es cierto que los hechos*

*históricos son de interés en la medida en que permiten aclarar la situación actual y su probable evolución, son las circunstancias presentes las que son determinantes" (pár. 56).*

Similares son los pronunciamientos contenidos -entre otras- en las sentencias de 20 de septiembre de 2007 (demanda nº 45223/2005, Sultani contra Francia), y 6 de marzo de 2001 (demanda nº 45276/1999, Hilal contra Reino Unido). Últimamente, la sentencia de 15 de junio de 2010 (demanda nº 19956/2006, S.H. contra Reino Unido), insiste en la necesidad de valorar a estos efectos las circunstancias actuales, al señalar -pár. 112- que *"si el demandante no ha sido aún extraditado o deportado cuando el Tribunal examina el caso, el momento relevante será el del procedimiento ante el Tribunal (véase Saadi contra Italia, anteriormente citada, párr. 133). Es precisa una valoración plena y ex nunc, pues la situación del país de destino puede cambiar en el curso del tiempo. Aunque la posición histórica es de interés, en la medida en que puede arrojar luz sobre la situación actual y su probable evolución, son las circunstancias actuales las que resultan decisivas y es, por tanto, necesario tomar en consideración la información aparecida con posterioridad a la decisión final de las autoridades nacionales (véase Salah Sheekh, anteriormente citada, párr. 136) "*.

Por lo que respecta a los casos en que la expulsión del extranjero va ligada a una condena previa por asociación de malhechores y preparación de actos de terrorismo, es de singular interés la sentencia de 3 de diciembre de 2009 (demanda nº 19576/2008, Daoudi contra Francia). Comenzó el TEDH su respuesta al caso planteado recordando -pár. 64- que *"los principios generales relativos a la responsabilidad de los Estados Contratantes en caso de expulsión y los datos a considerar para evaluar el riesgo de exposición a tratos contrarios al artículo 3 del Convenio y a la noción de «tortura» y de «tratos inhumanos y degradantes», se resumen en la Sentencia Saadi contra Italia ([GS], núm. 37201/2006, aps. 124-133, TEDH 2008-...).* En dicha sentencia, el Tribunal reiteró el carácter absoluto de la prohibición de la tortura o de las penas o tratos inhumanos o degradantes prevista en el artículo 3 del Convenio, cualesquiera que sean las actuaciones de la persona en cuestión, por muy indeseables y peligrosas que éstas sean" . Aun consciente de la gravedad de la amenaza terrorista y de la necesidad de luchar contra ella -pár. 65-, insistió el Tribunal en la prohibición absoluta de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes que establece el Convenio -pár. 66- y descendiendo, sobre la base de estas premisas, al examen circunstanciado del caso, valoró singularmente el hecho de que el demandante no solamente era sospechoso de tener vínculos con el terrorismo, sino que había sido objeto, por hechos graves, de una condena en Francia conocida por las autoridades de su país de origen, y sobre esta base apreció que en las circunstancias particulares de la causa, hechos graves y probados justificaban la conclusión de que existía un riesgo real de que el demandante sufriera tratos contrarios al artículo 3 del Convenio en caso de ser deportado a su país de origen.

La conclusión que se desprende de este cuerpo consolidado de doctrina del TEDH es clara y sin fisuras. La protección frente a la tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes es total e

incondicionada, y como tal, no admite excepciones, siendo digno de resaltarse que se proyecta también sobre los caso de expulsiones ligadas a denegaciones de solicitudes de protección internacional, aun partiendo de la base de que el derecho de asilo no se encuentra como tal incorporado al Convenio.

**Quinto** .- A similares resultados ha llegado, desde la perspectiva que le es propia, el Tribunal de Justicia de la Unión europea ( TJUE). *La reciente sentencia de este Tribunal (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2012 (asuntos acumulados C-71/11 y C-99/11) proclama que "la Convención de Ginebra constituye la piedra angular del régimen jurídico internacional de protección de los refugiados" -pár. 47- y coherentemente indica -pár. 48- que la Directiva 2004/83/CE (que establece 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) debe ser interpretada con observancia de la Convención de Ginebra y otros tratados pertinentes mencionados en el artículo 78 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .*

*La sentencia de 9 de noviembre de 2010 (asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09) resulta de oportuna cita, en cuanto se refiere a un supuesto de asilo que presenta puntos de conexión con el que ahora examinamos, en cuanto referido a un solicitante de asilo acusado de actos de terrorismo en su país de origen.*

*Esta sentencia, al recopilar la normativa de la Unión de aplicación al caso, anota que la precitada Directiva 2004/83 CE señala en su considerando 22º que "los actos contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas se mencionan en el Preámbulo y en los artículos 1 y 2 de la carta de las Naciones Unidas y se incorporan, entre otros actos, en las Resoluciones de las Naciones Unidas relativas a las medidas adoptadas para combatir el terrorismo, en las que se declara que «los actos, métodos y prácticas terroristas son contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas» y que «financiar intencionalmente actos de terrorismo, planificarlos e incitar a su comisión también es contrario a los propósitos y principios de las Naciones Unidas" ; y consiguientemente, el artículo 12.2 dispone que "los nacionales de terceros países o los apátridas quedarán excluidos de ser refugiados en caso de que existan motivos fundados para considerar que: a) han cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; b) han cometido un grave delito común fuera del país de refugio antes de ser admitidos como refugiados; es decir, antes de la expedición de un permiso de residencia basado en la concesión del estatuto de refugiado; los actos especialmente crueles, incluso si su comisión persigue un supuesto objetivo político, podrán catalogarse como delitos comunes graves; c) se han hecho culpables de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas establecidos en el Preámbulo y en los artículos 1 y*

2 de la carta de las Naciones Unidas" ; añadiendo el apartado 3º del mismo precepto que "el apartado 2 se aplicará a las personas que inciten a la comisión de los delitos o actos mencionados en él, o bien participen en su comisión" ; si bien el Artículo 21, apartado 1º, matiza que "los Estados miembros respetarán el principio de no devolución con arreglo a sus obligaciones internacionales", puntualizando en el apartado 2º del mismo precepto que "cuando no esté prohibido por las obligaciones internacionales mencionadas en el apartado 1, los Estados miembros podrán devolver a un refugiado, reconocido formalmente o no, si: a) existen motivos razonables para considerar que constituye un peligro para la seguridad del Estado miembro en el que se encuentra, o b) habiendo sido condenado por sentencia firme por un delito de especial gravedad, constituye un peligro para la comunidad de dicho Estado miembro" .

Pues bien, la sentencia del TJUE declara -pár. 99- que " el hecho de que una persona haya pertenecido a una organización incluida en la lista que figura en el anexo a la Posición común 2001/93 como consecuencia de su implicación en actos de terrorismo y de que haya apoyado activamente la lucha armada emprendida por esta organización no constituye automáticamente un motivo fundado para pensar que esa persona ha cometido un «grave delito común» o «actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas. En ese contexto, para concluir que hay motivos fundados para pensar que una persona ha cometido un crimen de ese tipo o se ha hecho culpable de tales actos es preciso, habida cuenta del nivel de prueba exigido por el mencionado artículo 12, apartado 2, llevar a cabo una apreciación caso por caso de los hechos concretos con el fin de determinar si los actos cometidos por la organización de que se trata reúnen los requisitos establecidos en las citadas disposiciones y si puede imputarse a la persona de que se trata una responsabilidad individual por la comisión de esos actos" .

A continuación, examina el TJUE en esta sentencia de 9 de noviembre de 2010 la cuestión de si la exclusión del estatuto de refugiado con arreglo al art. 12.2, letras b) ó c), de la Directiva, presupone que la persona interesada sigue representando un peligro para el Estado miembro de acogida. Pues bien, para dar respuesta a este interrogante el TJUE hace una matización que engarza con las diferencias que antes anotamos entre el art.1.f) y el art. 33 de la Convención de Ginebra. Dice, en efecto el TJUE -pár.101- que "para empezar procede señalar que, en el sistema de la Directiva, el peligro actual que representa eventualmente un refugiado para el Estado miembro de que se trate no se toma en consideración en el ámbito de su artículo 12, apartado 2, sino, por una parte, en el de su artículo 14, apartado 4, letra a) -según el cual dicho Estado miembro puede revocar el estatuto concedido a un refugiado, en particular, cuando haya motivos fundados para pensar que constituye una amenaza para la seguridad- y, por otra parte, en el de su artículo 21, apartado 2 -que establece que, tal y como autoriza asimismo el artículo 33, apartado 2, de la Convención de Ginebra, el Estado miembro de acogida puede devolver a un refugiado cuando haya motivos fundados para considerar

*que representa una amenaza para la seguridad o para la comunidad de dicho Estado miembro-" . esto es, que el TJUE considera, en línea con lo que *supra* observamos en relación con las excepciones al principio de no devolución, que estas excepciones del art. 33.2 de la Convención de Ginebra operan *pro futuro* y no a la sola vista de los hechos pasados, pues lo que ha de valorarse es el peligro "actual" y no el que pudiera haber existido antes. En cambio, la aplicación de las causas de exclusión del art.12, parten de la contemplación de esos hechos pasados desarrollados por el solicitante de protección, como se remarca por la propia sentencia en los párrafos 103 a 105:*

*<< 102. Según el tenor del artículo 12, apartado 2, letras b) y c), de la Directiva , análogo al del artículo 1, sección F, letras b) y c), de la Convención de Ginebra , un nacional de un país tercero puede ser excluido del estatuto de refugiado cuando haya motivos fundados para pensar que «ha cometido» un grave delito común fuera del país de refugio «antes de ser [admitido] como [refugiado]» o «se [ha] hecho [culpable]» de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.*

*103. Como han sostenido todos los Gobiernos que han presentado observaciones y la Comisión, según el tenor de las disposiciones que las establecen, el objetivo de ambas cláusulas de exclusión es sancionar actos cometidos en el pasado.*

*104. A este respecto debe destacarse que las cláusulas de exclusión de que se trata fueron instituidas con el fin de excluir del estatuto de refugiado a las personas consideradas indignas de la protección inherente a éste y de evitar que la concesión de dicho estatuto permitiera a los autores de determinados delitos graves eludir la responsabilidad penal. Por lo tanto, no es acorde con ese doble objetivo subordinar la exclusión de dicho estatuto a la existencia de un peligro actual para el Estado miembro de acogida.*

*105. En estas circunstancias, procede responder a la segunda cuestión planteada que la exclusión del estatuto de refugiado con arreglo al artículo 12, apartado 2, letras b) o c), de la Directiva no presupone que la persona interesada represente un peligro actual para el Estado miembro de acogida>>.*

Así pues, esta cita de algunas de las resoluciones más relevantes sobre esta materia del TJUE permite constatar que en el ámbito de la Unión Europea el sistema de fuentes de materia de protección internacional se integra por la Convención de Ginebra y por los demás Tratados internacionales que antes se han mencionado, que diseñan un modelo de protección coherente y homogéneo en el que singularmente se salvaguarda la operatividad plena del principio de no devolución, claramente distinguido como tal de las causas de exclusión o denegación del asilo.

**Sexto** .- Retomando, sobre la base de cuanto se acaba de exponer, el examen del caso litigioso, no comparto la aplicación incondicionada y prácticamente automática que hace el Tribunal de instancia

de las excepciones al principio de no devolución que contempla el tantas veces mencionado artículo 33.2 de la Convención de Ginebra. Como ya se ha explicado con apoyo en la doctrina de los Tribunales internacionales, esas excepciones al principio de no devolución, no pueden confundirse con las causas de exclusión del derecho de asilo y la protección subsidiaria, pues operan con un ámbito y funcionalidad diferente, y además dejan de ser aplicables y operativas cuando la devolución o expulsión conlleva un riesgo real y grave de ser sometido a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, pues ante la posibilidad contrastada de que tal ocurra, el principio de no devolución consagrado en el apartado 1º del mismo art. 33 se alza con todo su vigor y se configura como un obstáculo invencible para la devolución o expulsión al país en que ese riesgo pueda materializarse.

Situados en esta perspectiva, en reciente *sentencia de esta Sala y Sección de 18 de octubre de 2002 (recurso de casación nº 875/2012)* hemos dicho que el agravamiento de la situación sociopolítica de Siria constituye un hecho notorio, al tratarse de un dato de general conocimiento por la información ampliamente difundida por todos los medios de comunicación y por las numerosas resoluciones y notas que acerca de dicha situación han emitido de forma coincidente diversos organismos internacionales. El propio voto particular discrepante emitido en relación la sentencia ahora recurrida en casación advierte de esta situación de Siria, al señalar que *"de las actuaciones practicadas en esta instancia puede deducirse que el retorno del interesado a su país de origen, cualesquiera que fuesen sus antecedentes, podría situarle ante la vulneración de derechos fundamentales, puesto que Siria- y así puede extraerse de los informes obrantes en el expediente administrativo, ACNUR y Amnistía Internacional, no parece que ofrezca garantías frente a la tortura o tratos inhumanos o degradantes, e incluso para la vida, dado precisamente los antecedentes del recurrente, es más, parece claro, que en la actualidad, al día de hoy, Siria atraviesa una situación extremadamente convulsa"*; y ciertamente, los informes del ACNUR obrantes en el expediente ya se movían en este sentido, del mismo modo que los emitidos por Amnistía Internacional que al actor aportó a los autos, siendo así que, sorprendentemente, la Administración ni siquiera se molestó en rebatir o contrarrestar las aseveraciones del ACNUR, y la Sala de instancia, como ya se ha dicho, despejó la cuestión con una aplicación acrítica de las excepciones al principio de no devolución, equiparándolas de hecho a causas de denegación del asilo y la protección subsidiaria del art. 1.f) de la Convención de Ginebra, cuando, volvemos a insistir, son realidades diferentes, toda vez que aun habiéndose denegado el asilo y la protección subsidiaria, en todo caso subsiste un último mecanismo de protección o salvaguardia de los derechos humanos más elementales, que es justamente el principio de no devolución, aplicable sin matices ni reservas de ningún tipo cuando lo que está en juego es la protección frente a actos odiosos como la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes a que tanto se refieren las normas internacional tantas veces mencionadas.

Estos datos referidos a la situación de Siria, ya acreditados en el mismo expediente administrativo y en las actuaciones de instancia (que por tanto no plantean la problemática de los "hechos nuevos") pueden ser ahora válidamente contemplados en el marco de este recurso de casación, acudiendo a la facultad procesal del *artículo 88.3 de la Ley Jurisdiccional*, pues no se trata de alterar o contradecir la declaración de hechos probados de la sentencia, sino de integrar en ella esos hechos ya constatados en el proceso de instancia y no valorados por el Tribunal *a quo*.

**Séptimo** .- Partiendo pues de estos hechos, sólo cabe concluir que el retorno del recurrente a su país de origen, Siria, puede comprometer seriamente su vida e integridad física, en la medida que existe un riesgo real, no meramente hipotético, de sufrir daños graves en forma de torturas o tratos crueles o inhumanos. Consecuencia ineludible de esta constatación es que el tercer motivo de casación, en el que se denuncia la infracción del principio de no devolución, ha de ser estimado, y situados pues en la posición procesal del Tribunal de instancia, conforme a lo establecido en el *artículo 95.2.d) de la Ley de la Jurisdicción*, considero que debería estimarse parcialmente el recurso contencioso-administrativo, en el sentido de ordenar a la Administración que complete la resolución denegatoria de la protección internacional con la salvedad de que la expulsión o devolución debería ser respetuosa con el principio de no devolución del artículo 33.1 de la Convención de Ginebra, y por tanto no podría materializarse en ningún caso en forma de expulsión a Siria.

**Octavo** .- Y aún cuando la solicitud de protección internacional que dio origen a las resoluciones del Ministerio del Interior impugnadas en el proceso se planteó precisamente en atención al hecho de que la Administración había acordado la expulsión del recurrente del territorio nacional en un expediente distinto, tramitado con arreglo a la normativa general de extranjería, es lo cierto que no figura el resultado del mismo, ni si se ha formulado recurso contencioso-administrativo, ni en fin, la suerte última que haya podido correr la eventual ejecución de esa resolución de expulsión. En definitiva ignoramos cual es la situación personal del recurrente. Aun así, considero que la tramitación de un previo expediente de expulsión no constituye un óbice procesal ni material que impida ahora el examen de la cuestión que se nos suscita referida al reconocimiento del principio de no devolución y por ende el otorgamiento de la tutela judicial que solicita en este proceso. Y ello es así puesto que es el criterio seguido por la Sala en precedentes asuntos en los que una orden de expulsión no ha impedido el examen de la solicitud de asilo y la protección subsidiaria, y ninguna norma dispone la inviabilidad de la solicitud de asilo y protección subsidiaria cuando se haya tramitado una orden de expulsión. En mi criterio, la Sala debía examinar si concurrían los presupuestos para acceder a la aplicación del principio de no devolución y extraer las consecuencias que impone el Derecho Internacional en relación con la protección frente a la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Esto es, con arreglo a la jurisprudencia y los razonamientos expuestos reconocer la procedencia de la aplicación del principio de no devolución, que consiste en suma, en ordenar que en

ningún caso la expulsión de España determine el regreso forzado a Siria, por ser esta una consecuencia obvia del sistema de protección de derechos fundamentales del que España y la Unión Europea son parte y que se ha explicado cumplidamente.

**Noveno** .- Procedería, pues, en mi opinión, 1º) declarar haber lugar y por tanto estimar el recurso de casación nº 1723/2012 interpuesto por D. Ambrosio contra la *sentencia de fecha 30 de enero de 2012, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso nº 540/2011* , casando la sentencia; y 2º) estimar en parte el recurso contencioso administrativo formulado por D. Ambrosio contra la resolución del Ministerio del Interior de fecha 15 de abril de 2011, que desestimó la petición de reexamen de la precedente resolución de 11 de abril de 2011, que le denegó su solicitud de protección internacional en España, declarándola disconforme a Derecho y anulándola en el limitado sentido de ordenar a la Administración que complete la resolución denegatoria de la protección internacional con la salvedad de que la expulsión o devolución debería ser respetuosa con el principio de no devolución del artículo 33.1 de la Convención de Ginebra, y por tanto no podría materializarse en ningún caso en forma de expulsión a Siria; 3º) todo ello sin condena en costas.

Fdo. Maria Isabel Perello Domenech

**PUBLICACIÓN**.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, con su voto particular, por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pedro Jose Yague Gil, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.