



Roj: **STS 3836/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3836**

Id Cendoj: **28079130032016100335**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **26/07/2016**

Nº de Recurso: **374/2016**

Nº de Resolución: **1973/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 26 de julio de 2016

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación con el número 8/374/2016 que ante la misma pende de resolución, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña Cristina Herguedas Pastor en nombre y representación de Don Maximino y bajo la dirección Letrada de Don Óscar García Ramírez, contra la sentencia de fecha 4 de diciembre de 2015 dictada en Procedimiento Ordinario nº 164/2014 por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Ha sido parte demandada la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor:

<<FALLAMOS.-

PRIMERO.-Desestimar el recurso contencioso administrativo promovido por la representación procesal de **D. Maximino** , contra resolución de la Directora General de Política Interior de 14 de febrero de 2014, dictada por delegación del Ministro, denegando la solicitud de protección internacional y resolución de 19 de febrero de 2014 desestimando la petición de reexamen, por ser ajustadas a Derecho.

SEGUNDO.- Imponer las costas a la parte recurrente.>>.

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de Don Maximino , presentó escrito ante la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional preparando el recurso de casación contra la misma. Por diligencia de ordenación se tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, el representante legal de D. Maximino interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de 4 de diciembre de 2015 (rec. 164/2014), por la que se desestimó el recurso interpuesto por el hoy recurrente en casación contra la resolución de la Directora General de Política Interior de 14 de febrero de 2014, dictada por delegación del Ministro, denegando la protección internacional y contra la resolución de 19 de febrero de 2014 que de estimó la petición de reexamen.

El recurso plantea un único motivo de casación, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ , por infracción del art. 37.b) de la Ley **12/2009**, de 31 de octubre y de la jurisprudencia contenida en las SSTS de 24 de febrero de 2012 (rec. 2476/2011) y la de 11 de marzo de 2014 (rec. 2797/2013).

La sentencia de instancia razona que las razones humanitarias no se refieren a cualquier razón de tipo humanitario sino que tienen que estar vinculadas a un riesgo real de desprotección por razón de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, por lo que su situación personal ha de estar conectada



con la situación de origen y procedencia y no a razones humanitarias imprecisas o genéricas. El recurrente sostiene que la interpretación de la permanencia por razones humanitarias es contraria a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en las SSTs de 24 de febrero de 2012 (rec. 2476/2011) y la de 11 de marzo de 2014 (rec. 2797/2013).

Así mismo critica la sentencia de instancia por entender que se ha limitado a señalar que no concurren tales circunstancias humanitarias sin motivación y sin razonar sobre la circunstancia invocada por el recurrente consistente en que tiene un hijo de nacionalidad española (nacido en el año 2008 en Gandía), infringiendo el art. 37.b de la Ley **12/2009** . A su juicio, dicha circunstancia debe considerarse como una razón humanitaria de carácter excepcional, pues en la normativa de extranjería autoriza la estancia por circunstancias de arraigo familiar con un menor de nacionalidad española que tenga a su cargo y conviva con él o esté al corriente de sus obligaciones paterno filiales respecto al mismo (art. 124.3 del reglamento de desarrollo de la LO 4/2000 en su versión aprobada por real Decreto 557/2011) y que nuestra Constitución establece como uno de los principios rectores de la política social el de la protección de la familiar (art. 39.2) y la obligación de velar por sus hijos prevista en el Código Civil .

Y suplicando a la Sala: <<[...] y en su día dicte otra, en la que casando aquélla, la anule, y se acuerde autorizar la permanencia en España de D. Maximino , por motivos humanitarios, con imposición de costas a la parte demandada si se opusiera al presente recurso>>.

CUARTO.- Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días, formalizara escrito de oposición, lo que realizó, oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la Sala: <<[...] dicte sentencia por la que se inadmita el presente recurso o subsidiariamente se desestime el mismo y se impongan las costas al recurrente>>.

QUINTO.- Evacuado dicho trámite, se dieron por conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 19 de julio de 2016, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El representante legal de D. Maximino interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de 4 de diciembre de 2015 (rec. 164/2014) por la que se desestimó el recurso interpuesto por el hoy recurrente en casación contra la resolución de la Directora General de Política Interior de 14 de febrero de 2014, dictada por delegación del Ministro, denegando la protección internacional y contra la resolución de 19 de febrero de 2014 que de estimó la petición de reexamen.

SEGUNDO . El recurso de casación no cuestiona que se le denegase el asilo y la protección subsidiaria, centra su impugnación en el rechazo de su petición de permanencia en España por razones humanitarias, habida cuenta que tiene un hijo menor de edad de nacionalidad española e invoca su derecho a permanecer a su lado y a cuidar del mismo.

El artículo 46.3 de la vigente Ley **12/2009**, de 30 de octubre , reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, permite la permanencia en España por razones humanitarias <<distintas de las señaladas en el estatuto de protección subsidiaria>>, y aunque no las concreta se remite a <<los términos previstos por la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración>>. Por otra parte, el artículo 37.b de dicha norma dispone que la no admisión a trámite o la denegación de asilo implicara la expulsión o la salida obligatoria del territorio español salvo que conforme a la Ley de extranjería <<se autorice su estancia o residencia en España por razones humanitarias determinadas en la normativa vigente>>.

La sentencia recurrida denegó la permanencia por razones humanitarias entendiendo que tales razones <<no se refieren a cualquier razón de tipo humanitario, sino que necesariamente tiene que estar vinculadas a un riesgo real de desprotección por razón de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso>> añadiendo que las razones humanitarias <<deben ser suficientemente precisas en relación con la situación personal del interesado y la situación del país de origen o procedencia, pues no atienden a razones de humanitarismo imprecisas o genéricas>>. Para finalmente entender que <<en nuestro caso, no existen condiciones que permitan considerar que concurren alguna o algunas de las circunstancias a que se ha hecho referencia, de modo que carecería de fundamento la adopción de la medida referida>>.

La jurisprudencia de este Tribunal contenida en las STS de 24 de febrero de 2012 (rec. 2476/2011), y reiterada en la STS de 11 de marzo de 2014 (rec. 2797/2013), describe la evolución normativa experimentada en relación con la permanencia en España por razones humanitarias.



En ellas se afirmaba que en la anterior Ley de Asilo 5/1984, reformada por Ley 9/1994, se reguló la permanencia en España por razones humanitarias o de interés público aun cuando su solicitud de asilo hubiese sido inadmitida a trámite o denegada, <<en particular cuando se trate de personas que, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas a abandonar su país y que no cumplan los requisitos a que se refiere el número 1 del artículo tercero de esta Ley>>.

Previsión que se contempló en el art. 31.3 del reglamento de desarrollo de la Ley, aprobado por Real Decreto 203/1995, precepto que fue modificado por el reglamento de desarrollo de la L.O. 4/2000, aprobado por Real Decreto 864/2001. Estas normas establecían una caracterización jurídica de la autorización de permanencia en España por razones humanitarias que vinculaba esta autorización a las causas de asilo, pues el artículo 17.2 de la Ley no se refería a cualesquiera razones humanitarias, sino que contemplaba fundamentalmente el caso de las personas <<que, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas a abandonar su país>>; y el reglamento de aplicación de la Ley, en la redacción de 2001, requería "cierta vinculación" con los motivos de asilo.

La jurisprudencia, en la misma línea que estos preceptos, señaló reiteradamente que las razones humanitarias no podían ser interpretadas en sentido amplio, como cualesquiera razones de humanidad, sino que debían ser entendidas en un sentido más estricto, de apreciación de circunstancias incompatibles con el disfrute de los derechos que son inherentes a la persona para el caso de que ésta hubiera de retornar a su país.

Ahora bien, el Real Decreto 1325/2003 dio nueva redacción a este artículo 31 del reglamento. Y aunque en el apartado 3º de este artículo 31, seguía disponiendo que la autorización de permanencia en España por razones humanitarias, contemplada en el artículo 17.2 de la ley, no debía entenderse comprensiva de cualesquiera consideraciones de índole humanitaria, sino referida a aquellos supuestos en que se apreciara la existencia de <<motivos serios y fundados para determinar que el retorno al país de origen supondría un riesgo real para la vida o la integridad física del interesado>>. Se introdujo un apartado 4º que admitía la posibilidad de valorar una autorización de permanencia por razones humanitarias distintas de las previstas concordadamente en el artículo 17.2 de la Ley y en el apartado 3º del artículo 31 de su reglamento de aplicación. Estas razones humanitarias del apartado 4º ya no tenían por qué estar necesariamente vinculadas o conectadas con las causas de asilo, ni tener su origen en una situación de conflicto, inestabilidad o riesgo en el país de origen, y podía por ende atenderse a otras circunstancias de índole personal o social concurrentes en el solicitante.

El Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre, volvió a modificar el artículo 31 del reglamento de asilo, dando una nueva redacción a los apartados 3º y 4º que quedaron redactados de la siguiente forma:

<<El Ministro del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, podrá autorizar la permanencia en España, conforme a lo previsto en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, siempre que se aprecien motivos serios y fundados para determinar que el retorno al país de origen supondría un riesgo real para la vida o la integridad física del interesado.

Dicha autorización revestirá la forma de autorización de estancia. En el plazo de un mes, contado desde la notificación de la resolución, salvo retrasos por causa justificada, el interesado deberá solicitar la autorización de residencia temporal prevista en el apartado 3 del artículo 45 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Una vez solicitada esta autorización, la resolución del Ministro del Interior por la que se autoriza la permanencia del interesado en España surtirá efectos de autorización de trabajo y permitirá, en su caso, el alta del interesado en la Seguridad Social, hasta que recaiga resolución expresa sobre la solicitud formulada. Estas circunstancias se harán constar expresamente en la propia resolución del Ministro del Interior.

4. Por razones humanitarias distintas de las señaladas en el apartado anterior, el Ministro del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, podrá autorizar la permanencia del interesado en España y, en su caso, recomendar la concesión de una autorización de residencia conforme a lo previsto en el apartado 3 del artículo 45 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, siempre y cuando la concurrencia de dichas razones humanitarias quede acreditada en el expediente de solicitud de asilo. Dicha autorización de permanencia revestirá la forma de autorización de estancia>>.

De modo que, tras la modificación del Reglamento de extranjería realizada por el Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre, la normativa de asilo, tal y como dijimos en las sentencias antes reseñadas, prevé dos posibilidades de examen de la concurrencia de razones humanitarias:

<<- una, la recogida en el apartado 3º del art. 31 en relación con el art. 17.2 de la Ley, se refiere a las razones humanitarias relacionadas, vinculadas o conectadas a una situación de riesgo, conflicto, inestabilidad o peligro



para los derechos básicos de la persona solicitante en su lugar de procedencia. Aquí se mantiene la tradicional vinculación entre las razones humanitarias y las causas de asilo;

- y otra, la contemplada en el apartado 4º, en que esa vinculación con las causas de asilo ya no es determinante, pues se refiere a cualquier caso en que a la vista de las circunstancias personales del solicitante, se aprecie en el mismo expediente de asilo la existencia de razones de índole humanitaria (concepto jurídico indeterminado que siempre puede adquirir concreción en atención a las circunstancias del caso) que justifiquen el uso de esta posibilidad para dar una solución justa a la vista de las circunstancias vitales de la persona solicitante.

Y es de notar que aun cuando, como se ha insistido, la jurisprudencia generalmente ha venido manteniendo la vinculación o relación entre la autorización de permanencia por razones humanitarias y las causas de asilo, no han faltado casos en que aun apuntándose una situación conflictiva en el país de origen, el factor más referente a la hora de autorizar la permanencia en España ha sido la consideración de circunstancias personales de los solicitantes no necesariamente vinculadas con esas causas de asilo así, STS de 4/11/2005 (RC 4752/2002); STS de 18/11/2005 (RC 5194/2002); STS de 22/09/2006 (RC 2956/2003); STS de 16 de junio de 2008 (RC 1579/2005)>> .

El cambio normativo en esta materia se consolidó con la nueva Ley de Asilo **12/2009** que ha modificado profundamente el régimen jurídico de estas consideraciones humanitarias en los expedientes de asilo. La nueva Ley configura un sistema de "protección subsidiaria" cualitativamente distinto de la autorización de permanencia por razones humanitarias del viejo artículo 17.2 de la Ley de Asilo 5/84 ; pues aun cuando la definición de la protección subsidiaria que da el art. 4 se delimita con parámetros no lejanos a los del artículo 17.2 de la anterior Ley y de la jurisprudencia que lo había aplicado, prevé, finalmente, una última posibilidad, en la línea del art. 31.4 del reglamento de asilo, al señalar en su art. 46.3 que <<por razones humanitarias distintas de las señaladas en el estatuto de protección subsidiaria, se podrá autorizar la permanencia de la persona solicitante de protección internacional en España en los términos previstos por la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración>>.

Y el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, establece en su artículo 125 que << Se podrá conceder una autorización por razones de protección internacional a las personas a las que el Ministro del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, haya autorizado la permanencia en España conforme a lo previsto en los artículos 37.b) y 46.3 de la Ley **12/2009**, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, así como a los extranjeros desplazados en el sentido regulado en la normativa sobre protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas.

Asimismo, se podrá conceder una autorización de residencia temporal en los casos que prevea la norma de desarrollo de la Ley **12/2009**, de 30 de octubre>>.

Es por ello que conforme a la normativa vigente, la permanencia por razones humanitarias debe estar fundada en circunstancias excepcionales que han de ser alegadas y acreditadas por quien las invoca, pero no necesariamente vinculadas con una situación de riesgo, conflicto o inestabilidad en el país de origen, pudiendo estar relacionadas con la situación personal del solicitante de asilo en nuestro país y la degradación o empeoramiento que le supondría su vuelta al país de origen.

Ahora bien, también conviene dejar sentado que la petición de permanencia en España por razones humanitarias, en el contexto de una petición de asilo, no puede convertirse en un mecanismo para eludir el cumplimiento de las previsiones en materia de extranjería ni para esquivar de las resoluciones administrativas firmes dictadas en los procedimientos de expulsión, convirtiéndose en un cauce alternativo y fraudulento para revisar las decisiones adoptadas con relación a extranjeros que ya residían en España y que han sido expulsados de nuestro territorio en aplicación de las normas de extranjería.

TERCERO . Sentadas estas premisas corresponde ahora analizar si a la vista de las circunstancias concurrentes resulta procedente conceder la permanencia en España por razones humanitarias.

A tal efecto, ha de recordarse que el recurrente entró en España en el año 2003 sin solicitar asilo o protección internacional alguna y que tras una larga estancia en España con permiso de residencia y trabajo se acordó su expulsión de nuestro territorio en virtud de una resolución administrativa firme de la Delegación del Gobierno en Valencia, de 6 de marzo de 2013, en la que tras reseñar sus antecedentes por malos tratos en el ámbito familiar y la existencia de una condena por sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Gandía por un delito doloso a una pena de 1 año y tres meses de prisión, se le aplicaba la previsión contenida en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , en la que se 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>>. Resolución que no consta que recurriese el interesado.

Y solo cuando se encontraba en un centro de internamiento para proceder a su expulsión de nuestro territorio presentó una solicitud de asilo basada en una supuesta persecución en su país de origen a raíz de unos hechos acaecidos durante una visita a Ecuador dos años antes (2011), relacionada con una pelea entablada con otras personas, incluyendo entonces como motivo de permanencia por razones humanitarias el ser padre de un niño de nacionalidad española residente en España.

El hecho de tener un hijo de nacionalidad española sin duda puede ser tomado en consideración para ponderar la proporcionalidad de una medida de expulsión, tal y como se desprende de la STS de 26 de enero de 2005 (rec. 1164/2001) y de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional al afirmar, respecto a la correcta interpretación y aplicación del derecho a la vida familiar, derivado de los artículos 8.1 CEDH y art. 7 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 10.1 , 39.1 y 39.4 de la Constitución , que <<los jueces ordinarios han de tenerlos especialmente presentes al ejercer su potestad de interpretar y aplicar el art. 57.2 LOEx, verificando si, dadas las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión del territorio nacional y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin que dicha medida persigue, que no es otro en el caso del art. 57.2 LOEx que asegurar el orden público y la seguridad ciudadana, en coherencia con la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001 del Consejo >> . Pero esta ponderación se ha de producir al tiempo de discutir la legalidad de la orden de expulsión, pues es allí donde se puede evaluar la importancia y gravedad de las razones que han llevado a acordar su expulsión del territorio español frente a la situación personal, económica y familiar en la que quedaría su hijo.

No es este el caso que nos ocupa, en el que el recurrente no consta impugnase la orden de expulsión ni que adujera entonces ser padre de un menor de nacionalidad española, circunstancia que, sin embargo, invoca al hilo de una petición de asilo carente de toda consistencia y que ha sido rechazada tanto en vía administrativa como en la sentencia de instancia, sin que el recurrente cuestione en casación la denegación del asilo.

La existencia de un hijo menor de nacionalidad española, como causa que justifique su permanencia en nuestro país por razones humanitarias, planteada con motivo de su petición de asilo, no puede analizarse desvinculada de los antecedentes expuestos, ni convertirse en un hecho autónomo que permita eludir el cumplimiento de la orden de expulsión por motivos de orden público -no en vano tanto el art. 37.b como el art. 46.3 de la Ley de asilo al prever la permanencia por razones humanitarias se remiten a las previsiones de la ley de extranjería-, pues ni puede ponderarse en este proceso la legalidad y proporcionalidad de la orden de expulsión en su día acordada, ajena al objeto del recurso que nos ocupa, ni la simple alegación de ser padre de un menor de edad de nacionalidad española, sin acreditar ninguna otra circunstancia relacionada con la custodia, alimentos, residencia de su otro progenitor etc., puede ser evaluada como una causa de permanencia de carácter excepcional, tratándose más bien de un último intento de eludir el cumplimiento de una resolución administrativa de expulsión por motivos de orden público, cuya legalidad no fue rebatida en su día.

CUARTO. Costas.

Por las razones expuestas el recurso debe ser desestimado, si bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , no procede imponer las costas del proceso a ninguna de las partes, pues la controversia planteada suscita dudas de derecho suficientes como para considerar improcedente la condena en costas al litigante vencido (apartado 1 del artículo 139 citado).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Que, por lo expuesto, declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Maximino contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de 4 de diciembre de 2015 (rec. 164/2014), sin hacer expresa condena en costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Pedro José Yagüe Gil D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas D^a. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor D. Diego Cordoba Castroverde **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente **D.Diego Cordoba Castroverde** , estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.