



Roj: **SAN 4680/2023 - ECLI:ES:AN:2023:4680**

Id Cendoj: **28079230052023100678**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **20/09/2023**

Nº de Recurso: **2228/2021**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA ALICIA SANCHEZ CORDERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN QUINTA**

**Núm. de Recurso: 0002228 /2021**

**Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**Núm. Registro General: 18113/2021**

**Demandante:** Florencio

**Procurador:** SR. COLLADO MOLINERO, DOMINGO

**Demandado:** MINISTERIO DE INTERIOR

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.: D<sup>a</sup>. ALICIA SANCHEZ CORDERO**

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. JOSÉ LUIS GIL IBÁÑEZ

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D<sup>a</sup>. ALICIA SANCHEZ CORDERO

D<sup>a</sup>. MARGARITA PAZOS PITA

D. EDUARDO HINOJOSA MARTINEZ

Madrid, a veinte de septiembre de dos mil veintitrés.

Esta Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto el recurso contencioso- administrativo número 2228/2021, promovido por **Florencio** , representado por el procurador D. Domingo Collado Molinero, bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Laura Fernández González, contra la resolución de 14 de julio de 2021, dictada por la Subsecretaria del Interior, por delegación del Ministro del Interior, que le deniega el derecho de asilo y la protección subsidiaria, acumulado a la resolución de 20 de agosto de 2021, dictada por el Secretario de Estado de Seguridad que acuerda su expulsión del territorio nacional con la consiguiente prohibición de entrada en España por un periodo de 10 años, a contar desde la fecha en que se lleve a efecto.

Ha sido parte demandada la Administración General del Estado, representada por la Abogada del Estado.

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada D.<sup>a</sup> **Alicia Sánchez Cordero**.

## AN TECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Florencio , nacional de Argelia, solicitó protección internacional el 25 de abril de 2019 en la Brigada Provincial de San Sebastián, tras su llegada a España el 9 de noviembre de 2018. Se pidió extensión familiar a su esposa Luz , y a sus hijos menores de edad José Y Milagros .

Tramitado el correspondiente expediente al amparo de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, en el mismo se informa por la Secretaría de Estado de Seguridad la existencia de razones fundadas para considerar que el solicitante constituye un peligro para la seguridad de España, a los efectos de denegación de la protección internacional conforme al artículo 9 de la Ley 12/2009.

Por resolución de 14 de julio de 2021, dictada por la Subsecretaria del Interior, por delegación del Ministro del Interior, se denegó la solicitud de protección internacional.

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso contencioso-administrativo, turnado a esta Sección, se admitió a trámite y se reclamó el expediente administrativo. Por la Dirección General de la Policía, Comisaría General de Extranjería y Fronteras se remitió el expediente sancionador instruido en virtud de la denuncia formulada por la Comisaría General de Información de la Policía Nacional en abril de 2021 por la comisión de una infracción muy grave del artículo 57.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, por participar en actividades contrarias a la seguridad nacional, y resuelto el 20 de agosto de 2021, dictada por el Secretario de Estado de Seguridad, por la que se acuerda su expulsión del territorio nacional con la consiguiente prohibición de entrada en España por un periodo de 10 años, a contar desde la fecha en que se lleve a efecto.

Se emplazó a la parte actora a fin de que formalizara la demanda, solicitando el complemento del expediente en relación con la solicitud de protección internacional.

Al mismo tiempo estaba interpuesto el recurso contencioso-administrativo número 2342/2021 contra resolución de 20 de agosto de 2021, solicitando el recurrente la acumulación de ambos recursos. Por diligencia de ordenación de la letrada de la Administración de Justicia se consideró que las actuaciones estaban duplicadas y que debían seguirse en el más antiguo, el recurso número 2238/2021, archivando el otro recurso.

**TERCERO.-** Re cibido el expediente administrativo referido a la impugnación inicial de la resolución denegatoria de la protección internacional, se dio traslado para formalizar la demanda, lo que cumplimiento en un escrito en el que, tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho considero oportunos, termino suplicando: *« se acuerde las nulidad de dichas resoluciones dictando sentencia estimando el recurso planteado y, en consecuencia, DECLARE no ser conforme a Derecho la orden de expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada por un periodo de 10 años de Florencio , así como acordar la concesión de asilo político a Florencio , con expresa imposición de las costas a la parte demandada.»*

**CUARTO-** Dado traslado a la Abogado del Estado para que contestara la demanda, formuló lo que hizo en un escrito en el que, tras consignar los hechos y los fundamentos de derecho que estimo convenientes, termino suplicando: *« dicte en su día sentencia desestimando el presente recurso y confirmando la resolución impugnada por ser conforme a derecho. »*

**QUINTO.-** No habiendo solicitado el recibimiento del recurso a prueba, ni el trámite de conclusiones escritas, quedó concluso el procedimiento. Se señaló para votación y fallo el 19 de septiembre de 2023, en que así ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- Resolución sancionadora**

En primer lugar, vamos a examinar el recurso contra la resolución del Secretario de Estado de Seguridad, de 20 de agosto de 2021, que acordó la expulsión del territorio nacional del recurrente por la comisión de una infracción muy grave del artículo 54.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, por participar en actividades contrarias a la seguridad nacional. De conformidad con los artículos 57.1 y 58.2 de la Ley Orgánica 4/2000, acordó asimismo la imposición de un período de prohibición de entrada de diez años.

Dicho precepto tipifica como infracción muy grave *« participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana».*



En los antecedentes de hecho de la resolución impugnada se expone que en el acuerdo de iniciación del expediente sancionar, fundamentado en el escrito-denuncia formulado por la Comisaría General de Información se hace constar, entre otros los siguientes hechos:

«D. Florencio es investigado por la Comisaría General de Información, en el marco de las competencias propias que vienen desarrollando, teniendo asignado el control, vigilancia y, en su caso, la detención de individuos cuyas actividades en nuestro país fomenten, faciliten o promuevan el terrorismo o participen, en cualquier modo o forma, en actividades contrarias a la Seguridad Nacional o que pongan en peligro ésta, o sean contrarias a los intereses de España.

*En consecuencia, una de las áreas de mayor atención es el control de individuos extranjeros residentes en España, cuyas actividades estén encuadradas dentro de la estructura de grupos, movimientos u organizaciones terroristas de carácter islamista e internacional.*

Florencio era, gendarme sin graduación del ejército argelino, entró en España por el puerto de Alicante con visado de turista. Solicitó protección internacional el día 20 de noviembre de 2019, habiéndole sido concedido el documento de identidad de solicitante de asilo el día 17/02/2021, válido hasta el día 17/08/2021 a la espera de resolución. Actualmente reside en la provincia española de Alicante.

*Asimismo, Florencio estaría en contacto con un ex diplomático argelino y líder del movimiento DIRECCION000 /" Asociación DIRECCION000 " (con página web DIRECCION001 , movimiento opositor al Gobierno argelino), llamado Salvador, quien le estaría realizando aportaciones económicas a Florencio para que pueda mantenerse en España. Los citados tendrían intención de crear una nueva fuerza política, haciendo publicidad del citado proyecto a través de la cadena.*

Salvador es señalado como opositor al Gobierno argelino del cual se desvinculó, supuestamente por su desacuerdo con las tácticas de "guerra sucia" utilizadas para la desarticulación del DIRECCION002 ( DIRECCION002 ), culpable de la campaña de atentados más sangrienta, durante la década de los años 90 en Argelia. Es conocido por su oposición y militancia, desde diferentes vertientes (religiosa-política), contra el gobierno argelino, no pudiéndose determinar si su actividad debe ser valorada como la de un movimiento de oposición política, o supone un peligro por aglutinar a militantes que, a su vez, pudieran simpatizar con movimientos radicales o terroristas en Argelia.

*Así se deduce que Florencio pertenece al grupo islamista DIRECCION000 , fundado en 2007 y vinculado con la organización terrorista DIRECCION003 ( DIRECCION003 ), que en la actualidad pretende infiltrar en la sociedad argelina jóvenes radicales para realizar protestas contra el régimen en Argelia.*

*Es destacable que el brazo armado del DIRECCION003 , fue uno de los grupos terroristas más violentos en Argelia, en la década de los 90, cometiendo multitud de atentados terroristas en territorio Argelino, causando cientos de muertos. Asimismo, como exmilitar argelino habría recibido formación en el uso y manejo de armas de fuego.*

Florencio , utiliza como usuario de su cuenta de DIRECCION004 el nombre de Florencio , URL: DIRECCION005 , el cual es un blog personal que cuenta con un gran número de seguidores, en concreto 133011. Es un perfil muy activo que registra gran cantidad de imágenes y videos, principalmente.

*El fecha 24 de marzo de 2021, subió una imagen, en la que aparece un folio con los nombres de cuatro argelinos (entre los que se incluye el suyo propio) a los que en fecha 23 de marzo de 2021, un tribunal de dicho país ha emitido una orden de busca y captura por considerarles presuntos islamistas radicales a los que acusa de maniobrar para convertir en violento el movimiento popular de protesta pacífica contra el régimen militar "Hirak".*

*Esta estrategia propagandística, deriva en su mayor parte de esfuerzos para realizar llamamientos para la realización de acciones proselitistas y de enaltecimiento. Las organizaciones radicales utilizan sus estructuras descentralizadas para cometer estas acciones, a través de principalmente las Redes Sociales. De todo ello se deduce su consciente implicación, su dedicación en la propagación de dichos postulados hacia la comunidad musulmana a la que se dirige, especialmente los jóvenes.*

*Asimismo, se tiene constancia de que un tribunal argelino, habría emitido una orden nacional de búsqueda y captura contra Florencio con motivo de su desertión.»*

La Administración considera que de las actuaciones practicadas se desprende de forma acreditada la comisión por el ahora recurrente de la infracción prevista en el artículo 54.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, optándose, al amparo del artículo 57.1 de la misma Ley Orgánica 4/2000, por la medida de expulsión del territorio español, acompañada, conforme al artículo 58.2 de la citada norma, de la imposición de un periodo de prohibición de entrada.



## SEGUNDO.- Argumentación de la demanda

La pretensión procesal del recurrente es que se anule la imposición de la sanción de expulsión y la prohibición de entrada.

En la demanda contiene un relato de hechos muy diferente. Alega que era miembro de las fuerzas armadas, trabajando como supervisor aéreo y descubrió un alto nivel de corrupción fomentada por oficiales de alto rango decidiendo participar en la lucha contra la corrupción generalizada de sus compañeros. Relata que terminó contactando con activistas argelinos anticorrupción a los que traspasó toda la información que tenía, así como publicarla anónimamente, dejó las fuerzas armadas y salió de Argelia a España con su familia el 8 de noviembre de 2018. Aquí siguió con su campaña activista divulgando la información en redes sociales habiendo sido objeto de amenazas de muerte, intimidación, acoso y hostigamiento por parte de agentes de servicios secretos argelino que ha denunciado, motivo por el que han ido cambiando de domicilio.

Alega falta de motivación al no justificarse las razones por las que constituye un peligro para la seguridad de España, unido a la celeridad del procedimiento que en una semana recibió la denegación de asilo, la resolución de expulsión, el internamiento en el CIE y la ejecución de su expulsión a Argelia, país del que huyó para buscar refugio en Europa.

Mantiene que la publicación de la información en redes sociales es porque el estado argelino lo persigue por ser un activista opositor del gobierno y haber revelado información confidencial de las fuerzas armadas y viene a exponer la situación política de Argelia aduciendo violación de derechos humanos y criticando que se considere una organización como terrorista por oponerse al régimen, relatando la represión del régimen y la muerte de opositores argelinos. El recurrente ha sido condenado a seis años de prisión y multa por sus denuncias invocando un informe de Amnistía Internacional respecto a la falta de libertad de expresión en Argelia.

Frente a ello, el Abogado del Estado reitera lo razonado en la resolución recurrida, haciendo referencia a sentencias de esta Sección y del Tribunal Supremo sobre la naturaleza y la gravedad de la infracción presuntamente cometida por el interesado, la presunción de inocencia y la medida de expulsión acordada en el ámbito de la policita de extranjería, sobre el arraigo en España. Añade la presunción de que los hechos descritos en informes policiales deben considerarse acreditados mientras no se aporte prueba en relación con el error cometido por tales informes, invocando los artículos 77. 5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

## TERCERO.- Criterio de la Sección

El expediente sancionador se incoa a raíz de la denuncia de la Comisaría General de Información de 29 de abril de 2021 por ser un presunto islamista radical ya que pertenece al grupo islamista DIRECCION000, vinculado con la organización terrorista DIRECCION003 ( DIRECCION003 ) que pretende infiltrar en la sociedad argelina jóvenes radicales para realizar protestas contra le régimen de Argelia, suponiendo un riesgo para seguridad nacional.

Conforme al artículo 9.2 de la Ley 36/2015 de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, « *Los Servicios de Inteligencia e Información del Estado, de acuerdo con el ámbito de sus competencias, apoyarán permanentemente al Sistema de Seguridad Nacional, proporcionando elementos de juicio, información, análisis, estudios y propuestas necesarios para prevenir y detectar los riesgos y amenazas y contribuir a su neutralización*».

En el supuesto de autos, no se está ante una información derivada de una investigación oficialmente declarada confidencial o secreta, si bien, según se mantiene reiteradamente por esta Sección (entre las últimas, sentencias de 19 de febrero - recurso número 502/2019-, de 10 de junio - recurso 748/2019- o de 24 de junio - recurso 806/2019- de 2020), no es exigible que en la resolución sancionadora se detallen o pormenoricen las investigaciones realizadas, pues basta con que en ella se plasme su resultado, explicitándose en qué consisten las actuaciones infractoras, lo que se ha cumplido en el presente caso, efectuándose concretas y expresas referencias de las labores del actor, principalmente por su militancia en un grupo islamista como activista y propagador del postulados radicales, además de haber desertado del ejército donde recibió formación sobre el uso y manejo de armas de fuego.

Aunque el artículo 77.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, admite prueba en contrario, lo cierto es que la demanda insiste en que la oposición al gobierno argelino la realiza como youtuber independiente, denunciando la corrupción descubierta cuando trabajaba como militar, y que la organización DIRECCION000 tiene los mismos objetivos de derrocar al gobierno, por lo que le presta su apoyo, y que ha sido objeto de acoso y hostigamiento por el servicio secreto argelino, cuestionando las afirmaciones de la denuncia policial. Dicho precepto establece una presunción *iuris tantum* de los hechos constatados por los funcionarios a los que se



reconoce la condición de autoridad formalizados en documentos, y en los que, se observen los requisitos legales correspondiendo, por tanto, al recurrente acreditar en contra, sin que baste cuestionar la información de la policía que tiene a su favor la presunción de certeza, siendo la denuncia prueba de cargo de la comisión de la infracción.

Consta además en el expediente, el informe a las alegaciones del sancionado del instructor del expediente en el que, en otras cuestiones se explica:

*« Por la Comisaría General de Información se afirma que el expediente pertenece al grupo islamista DIRECCION000 , destacándose que D. Florencio está en contacto con uno de los líderes y cofundador de la misma, Salvador y quien estaría realizando aportaciones económicas al expediente para que pueda mantenerse en España.*

[...] A este respecto por la Comisaría General de Información informa que la DIRECCION000 es un movimiento islamista radical, el cual se nutre de miembros del antiguo DIRECCION003 ( DIRECCION003 ). La organización terrorista DIRECCION003 - DIRECCION003 , organización política islamista de los años 90, evolucionó al DIRECCION002 - DIRECCION002 , organización terrorista argelina, el cual se considera antecesor del DIRECCION006 - DIRECCION006 por sus vinculaciones con DIRECCION007 . Con lo que la desarticulación de DIRECCION002 por el Gobierno Argelino se entiende legítima, no así la oposición de Salvador a este hecho.

*Recordar que Salvador es líder del Movimiento islamista DIRECCION000 , vinculado al grupo al que ha evolucionado el DIRECCION003 , quien junto a Florencio , tienen intención de crear una nueva fuerza política opositora al Gobierno argelino.*

*El Movimiento islamista DIRECCION000 ha sido declarada organización terrorista por el Gobierno argelino.>*

En cuanto a la tipificación de los hechos, no ofrece duda su encaje en el tipo descrito en el artículo 54.1.a) de la repetida Ley Orgánica 4/2000, al no estar ausente ninguno de los elementos esenciales de la infracción prevista, existiendo una adecuada correlación entre lo delimitado por la norma y lo imputado al actor.

Lo más trascendente, que no se debe perder de vista, es que las actividades imputadas al recurrente se enmarcan en la protección del Estado frente al terrorismo y en la importancia de controlar la amenaza del terrorismo y proteger a la población actuando con firmeza frente a cualquier indicio de radicalización integrista religiosa.

En concreto, el Real Decreto 1008/2017, de 1 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia de Seguridad Nacional 2017, considera como una de las amenazas para la seguridad nacional no solo el terrorismo, fundamentalmente de carácter yihadista, sino la radicalización y el extremismo violento y la captación y adoctrinamiento con fines terroristas, ello no sólo por las ideologías que los sustentan, sino también porque constituyen el estadio previo a que los individuos inmersos en dichos procesos se vinculen finalmente con grupos y organizaciones terroristas. Se hace también referencia a que el desarrollo tecnológico ha ampliado además el acceso a recursos disponibles para los grupos terroristas, incrementando su capacidad de financiación, reclutamiento, adiestramiento y propaganda, y en general, en un contexto de información masiva y empleo generalizado de redes sociales, crecen los riesgos de difusión de propaganda terrorista y de propagación de formas de radicalización y extremismo violento.

En relación con la potestad sancionadora en materia de extranjería, el Tribunal Constitucional ( STC 131/2016, 18 de julio, y 140/2009 , de 15 de junio, FJ 3) ha mantenido que la imposición de la sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, sino que la ley establece unos presupuestos objetivos y subjetivos, así como unos criterios de aplicación que condicionan normativamente a la Administración, como son los previstos en el artículo 55.3 de la Ley Orgánica 4/2000, al establecer criterios para la aplicación de dicha sanción, y en el artículo 50 de esa misma norma, que remite a lo establecido en el artículo 131 de la Ley 30/1992, en concreción del principio de proporcionalidad y de los criterios de graduación de la sanción a aplicar en el curso de un procedimiento administrativo- ahora Ley 39/2015- que deberá acomodarse a las exigencias del artículo 20.2 de la citada Ley Orgánica 4/2000. Ahora bien, tanto el expediente sancionador incoado, tramitado y concluido como tal, que ha tipificado la conducta del demandante como una infracción y ha resuelto imponerle *«la sanción de expulsión del territorio nacional»*, como la propia medida de expulsión prevista en la Ley Orgánica 4/2000, están sujetas al deber de motivación de los actos administrativos.

#### **CUARTO.- Individualización y examen de las circunstancias personales**

En este caso, la resolución recurrida, partiendo de la denuncia de la Comisaría General de Información, vistas todas las circunstancias expresadas, se llega a la conclusión de que pertenece a una organización islamista



radical, y que amenaza del terrorismo constituye, en sí misma, una grave amenaza para los derechos humanos y es contrario a los principios básicos del Estado de Derecho.

Están identificadas las razones individuales, específicas y concretas por las que las autoridades competentes han tomado la decisión de que las actividades del recurrente son contrarias a la seguridad nacional, y se han respetado las garantías del procedimiento al haber sido oído y podido ejercer su derecho de defensa en sede administrativa y judicial mediante el presente recurso.

Se cumplen además de los requisitos exigidos en el artículo 8,2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y sentencia *Boultif* contra Suiza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 2 de agosto de 2001 :

- que la sanción de expulsión debe estar prevista por la Ley. En nuestro caso está recogida en el artículo 54.1, a) en relación con los artículos 57.1, 58.1, 58.2 y 63.1, de la LO 4/2000, de 11 de enero.

- que la expulsión debe perseguir un fin legítimo, que en el presente caso sería la defensa de la seguridad y del orden público, en concreto la prevención de atentados terroristas, dados los hechos que el expedientado habría cometido.

- la expulsión debe ser necesaria en una sociedad democrática, es decir, justificada por una apremiante necesidad social, y en particular, proporcionada al legítimo fin perseguido, conforme a las circunstancias exigidas en la sentencia de 29 de abril de 2004, *Orfanopoulos y Oliveri*, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, ECU: EU:C:2004:262). Razona en concreto: « Respecto al arraigo de D. Florencio carece de vínculos con España, destacar que su pertenencia a una organización islamista radical demuestra que no ha aceptado los valores constitucionales y democráticos que inspiran los pilares fundamentales de nuestra sociedad, y su corta estancia en España. En relación con los vínculos con Argelia, se significa que ostenta la nacionalidad argelina, y que encontrándose en España desde que tenía 31 años, por lo que de haberse encontrado en Argelia hasta esa edad tendría que haber aprendido el idioma y establecido sus primeras relaciones sociales y escolares allí (Caso de C. c. Bélgica, de 7 de agosto de 1996).

*Por lo anteriormente expuesto, se puede afirmar que es necesaria en una sociedad democrática la injerencia en el ejercicio del derecho del expedientado a la vida privada y familiar, que supone la expulsión y subsiguiente prohibición de entrada, y que dichas medidas son proporcionadas a la finalidad legítima de defender la seguridad nacional.»*

En puridad, el demandante no discute la realidad de las circunstancias denunciadas y acogidas en la resolución sancionadora, limitándose a alegar la falta de motivación, la falta de acreditación de las afirmaciones de la denuncia y a solicitar en el suplico la anulación de la resolución sancionadora.

Esta Sección, desde la sentencia de 3 de mayo de 2019 (recurso 928/2017), a la que han seguido, entre otras, las sentencias de 30 de octubre (recurso 2/2018), de 6 de noviembre (2) (recursos 611/2018 y 1063/2018), de 2019 y, entre las últimas, la de 28 de octubre de 2020 (recurso 2238/2019) y la citada de 13 de enero de 2021 (recurso 1025/2019), viene aplicando los criterios que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos exige que deben valorarse en caso de expulsión de una persona inmigrante establecida con relación a la potencial vulneración de su derecho al respeto a su vida privada reconocido en el artículo 8 CEDH.

Dicha jurisprudencia requiere necesariamente una ponderación entre el derecho al respeto a la vida privada y familiar y el respeto al orden público que en el fondo representa la expulsión del territorio de una persona extranjera, independientemente de la modalidad o fundamento jurídico de la medida de expulsión en el Derecho nacional (sentencia de 18 de diciembre de 2018, dictada en el asunto *Saber y Boughassal* c. España, (demandas nº 76550/13 y 45938/14), y sentencias *Üner* c. los Países Bajos [GC], de 10 de octubre de 2006, y *Maslov* c. Austria [GC], de 23 de junio de 2008). En similar sentido a lo que también ha establecido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del artículo 12 de la Directiva 2003/109, en la sentencia de 7 de diciembre de 2017, asunto C-636/16 ( *Wilber López Pastuzano* c. *Delegación del Gobierno en Navarra*), a la que puede añadirse la última sentencia de 11 de junio de 2020, asunto C-448/19, ( *WT* c. *Subdelegación del Gobierno en Guadalajara*), ambas dictadas en cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales españoles.

A este respecto, para valorar si una orden de expulsión y/o de prohibición de reentrada en el territorio es necesaria en una sociedad democrática y proporcionada a la finalidad legítima perseguida en virtud del artículo 8. 2 del Convenio, el TEDH ha enumerado los criterios que deben utilizarse. Estos criterios son los siguientes:

- la naturaleza y gravedad de la infracción cometida por el demandante;
- la duración de la estancia de la persona en el país del cual va a ser expulsada;
- el período de tiempo transcurrido desde la infracción, y el comportamiento del demandante durante ese período;



- la nacionalidad de las distintas personas afectadas;
- la situación familiar del demandante y, en su caso, la duración de su matrimonio en particular, así como otros factores que demuestren la efectividad de la vida familiar en el seno de la pareja;
- si el cónyuge tenía conocimiento del delito en el momento en que se creó la relación familiar;
- si los hijos son fruto del matrimonio y, en caso afirmativo, su edad;
- la gravedad de las dificultades con las que el cónyuge pueda toparse en el país al que el demandante vaya a ser deportado;
- el interés y el bienestar de los hijos, en particular la gravedad de las dificultades con las que se puedan topar los hijos del demandante en el país al que se va a expulsar al interesado; y
- la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con el país anfitrión y el país de destino.

El TEDH recuerda que las autoridades nacionales disponen de un cierto margen de apreciación para pronunciarse, en una sociedad democrática, sobre la necesidad de una injerencia en el ejercicio de un derecho protegido por el artículo 8 del Convenio y sobre si la medida en cuestión es proporcional a la finalidad legítima perseguida.

De nuevo, el informe a las alegaciones del sancionado del instructor del expediente, de 19 de agosto de 2021, valora todas estas circunstancias. Así:

« Estos criterios son los siguientes:

- la naturaleza y gravedad de la infracción cometida por el demandante:

*En el escrito-denuncia consta que D. Florencio , pertenece a la organización islamista radical DIRECCION000 , declarada organización terrorista por el Gobierno argelino, cuenta con formación en el manejo y uso de armas de fuego por su condición de ex-militar, y ha realizado tareas de difusión a través de Internet de los postulados de la mencionada organización entre la comunidad musulmana especialmente entre los jóvenes.*

- la duración de la estancia de la persona en el país del cual va a ser expulsada.

*En el escrito denuncia consta que entró en España por el Puerto de Alicante con visado de "turista" y que posteriormente solicitó protección internacional. En el Registro Central de Extranjeros consta que dicha solicitud se presentó el 25/04/2019, cuando tenía 31 años. En definitiva no lleva en nuestro país el tiempo requerido en la legislación española para obtener una autorización de residencia por arraigo social, que en cualquier caso sería solo aparente ya que su ideología y pertenencia al grupo DIRECCION000 demuestra que no comparte los valores fundamentales que nos hemos dado por lo que no se encuentra verdaderamente integrado en España, y la repercusión que pudiera tener la expulsión en su vida familiar se considera proporcional a la amenaza que supone para la seguridad nacional.*

- el período de tiempo transcurrido desde la infracción, y el comportamiento del demandante durante ese período.

*La Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo ha establecido en su sentencia de 07/04/2021 (Recurso nº 1837/2019 ) que la infracción que se imputa «participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países» no se circunscribe a una fecha concreta, a un año concreto, ni a un acto único, ni tampoco a los hechos investigados en un proceso penal, consistiendo el acto ilícito en la creación de una situación antijurídica, se trata de una infracción continuada no finalizada al tiempo de la incoación del expediente sancionador, constando como fecha de la última difusión en Internet realizada por D. Florencio el 24/03/2021.*

- la nacionalidad de las distintas personas afectadas:

*Respecto a la nacionalidad de las distintas personas afectadas se significa que tanto el expedientado como los miembros de su familia, son de nacionalidad argelina, lo que en principio no supone un obstáculo para acordar el retorno del referido, al poder regresar aquellos libremente al país de su nacionalidad.*

*En el Registro Central de Extranjeros consta por extensión familiar en la solicitud de protección internacional: su esposa y dos hijos todos de nacionalidad argelina, que a fecha del presente se encuentran pendiente de resolución por el Ministerio del Interior*

- la situación familiar del demandante y, en su caso, la duración de su matrimonio en particular, así como otros factores que demuestren la efectividad de la vida familiar en el seno de la pareja.

*Entre la documentación aportada por la defensa consta el libro de familia donde figura que estarían casados, pero sin concretar fecha, en la certificación literal de nacimiento de su hija figura como fecha de matrimonio*



declarada por el dicente el 27/02/2014, si bien en denuncia presentada por la mujer el 06/11/2020 ella declara que está en trámites de divorcio.

- si el cónyuge tenía conocimiento de la infracción en el momento en que se creó la relación familiar.

Se desconoce.

- si los hijos son fruto del matrimonio y, en caso afirmativo, su edad.

Según consta en la documentación aportada y en el Registro Central de Extranjeros tienen dos hijos en común. Una hija nacida el NUM000 /2019 en Alicante (2 años de edad) y un hijo nacido el NUM000 /2016 en DIRECCION008 (Argelia) (5 años de edad).

- la gravedad de las dificultades con las que el cónyuge pueda toparse en el país al que el demandante vaya a ser deportado.

Se reitera la idea de que la cónyuge del expedientado es de nacionalidad argelina y abandonaron este país en 2019, por lo que está arraigada en dicho país, sin perjuicio de la resolución de protección internacional formulada por la referida, que a fecha de la presente propuesta se encuentra admitida a trámite.

- el interés y el bienestar de los hijos, en particular la gravedad de las dificultades con las que se puedan topar los hijos del demandante en el país al que se va a expulsar al interesado.

Los hijos por ser de 2 y 5 años de edad estarían en una edad adaptable en el sentido requerido por el TEDH (Asunto ÚNER c. Países Bajos).

- la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con el país anfitrión y el país de destino.

Respecto a los vínculos con España, destacar que su pertenencia a una organización islamista radical demuestra que no ha aceptado los valores constitucionales y democráticos que inspiran los pilares fundamentales de nuestra sociedad, y su corta estancia en España.

En relación con los vínculos con Argelia, se significa que ostenta la nacionalidad argelina, y que encontrándose en España desde que tenía 31 años, por lo que de haberse encontrado en Argelia hasta esa edad tendría que haber aprendido el idioma y establecido sus primeras relaciones sociales y escolares allí (Caso de C. c. Bélgica, de 7 de agosto de 1996).

Por lo anteriormente expuesto, se puede afirmar que es necesaria en una sociedad democrática la injerencia en el ejercicio del derecho del expedientado a la vida privada y familiar, que supone la expulsión y subsiguiente prohibición de entrada, y que dichas medidas son proporcionadas a la finalidad legítima de defender la seguridad nacional y las relaciones de España con Argelia.»

En la ponderación, en este caso, de los intereses en juego y si la medida de expulsión es proporcional a los objetivos legítimos perseguidos, no debemos olvidar que el terrorismo constituye una de las violaciones más graves de los valores universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y el disfrute de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en los que se basa la Unión. También representan uno de los ataques más graves contra la democracia y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros y en los que se fundamenta la Unión, conforme a la Directiva (UE) 2017/541, del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo.

Consta igualmente en la información policial que, al margen de su actividad en favor del movimiento yihadista, un tribunal argelino, habría emitido una orden nacional de búsqueda y captura contra Florencio con motivo de su desertión.

De todas las consideraciones anteriores, la valoración conjunta de lo que se acaba de exponer, permite afirmar que se ha efectuado una admisible ponderación de los intereses en juego y de si la medida de expulsión es proporcional a los objetivos legítimos perseguidos y, por tanto, necesaria en una sociedad democrática, habida cuenta, igualmente, que en el plano de la oportunidad de la decisión, el arraigo en España resulta incompatible con una actuación que no respeta los valores de la sociedad en la que se vive.

La argumentación proporcionada en el expediente sancionador, permite evaluar la proporcionalidad de la medida de expulsión, sin que se aprecie ninguna indefensión del recurrente que ha podido alegar lo que en su defensa ha considerado oportuno y que no ha combatido ninguna de las consideraciones antes indicadas.

Todo ello conlleva a la desestimación del recurso interpuesto en cuanto a la sanción de expulsión y consiguiente prohibición de entrada en España.

#### **QUINTO.- Regulación normativa y europea de la protección internacional**





La protección internacional dispensada por la política europea de asilo (Sistema Europeo Común de Asilo), comprende el derecho de asilo y la protección subsidiaria, que la Ley 12/2009, de 30 de octubre, transponiendo la legislación de la Unión Europea, concreta, respectivamente, en sus artículos 3 y 4, acogiendo las definiciones de la Directiva 2004/83/CE, actual 2011/95/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida. (Directiva de reconocimiento).

La protección internacional es una protección sustitutiva para el caso de que el país de origen, en el caso de los nacionales o, el de su anterior residencia habitual, en el caso de los apátridas, no pueda proporcionar protección razonable, efectiva y accesible, en los términos descritos en el artículo 14 de la Ley ( artículo 8 de la Directiva 2011/95).

El artículo 10.2 de la de la Directiva 2013/32, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición), establece que, al examinar las solicitudes de protección internacional, la autoridad decisoria determinará en primer lugar si los solicitantes reúnen los requisitos para ser refugiados y, de no ser así, determinará si son personas con derecho a protección subsidiaria.

Para la concesión del estatuto de refugiado, deben cumplirse los siguientes requisitos: (1) uno o varios motivos de persecución por razón de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a un determinado grupo social, (2) actos de persecución o ausencia de protección contra los mismos, y (3) nexo o conexión entre los motivos y los actos o persecución o la ausencia de protección. En este sentido se expone en el considerando 29 de la Directiva de reconocimiento.

La protección subsidiaria, para quienes no reúnan los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, es la dispensada a las personas 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 ( artículo 15 de la Directiva 2011/95).

En ambos supuestos, condición de refugiado y protección subsidiaria, es preciso que el temor fundado a ser perseguido o a sufrir graves daños, respectivamente, provenga de los agentes previstos en el artículo 13, y que, como hemos dicho, el agente de protección definido en el artículo 14 no pueda proporcionar protección contra la persecución o daños graves ( artículos 6 y 7, respectivamente, de la Directiva 2011/95).

Establece la Ley 12/2009 como causa de denegación del derecho de asilo, en el artículo 9.a) « *las personas que constituyan, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España*». Asimismo, constituye causa de denegación de la protección subsidiaria -artículo 12-, disponiendo el artículo 11 que quedarán excluidas de la condición de beneficiarias de la protección subsidiaria aquellas personas respecto de las que existan fundados motivos para considerar que: « *d) constituyen un peligro para la seguridad interior o exterior de España o para el orden público.*»

#### **SEXTO.- Cuestiones formales**

Se alega como cuestión formal, que se apoya en los artículos 35 de la Ley de asilo y 47.1.e) de la Ley 39/2015, que no consta en el expediente administrativo la comunicación a ACNUR de la denegación del asilo y la expulsión, ni su informe preceptivo, ni existe ningún certificado con la convocatoria y asistencia de ACNUR a la reunión que alega el Subinspector en su informe de 19 de agosto de 2021.

Sobre los posibles defectos de forma que pueden concurrir en las actuaciones administrativas, esta Sección viene manteniendo que, a tenor de la Ley 39/2015, citada, la infracción de normas procedimentales puede graduarse de una triple forma, en cuanto que: i) puede dar lugar a un motivo de nulidad de pleno derecho por omisión total y absoluta de trámites esenciales [ artículo 47.1.e)], o por causar la indefensión prevista en el apartado 1 del artículo 24 de la Constitución, en relación con los diferentes contenidos de su apartado 2 del mismo artículo 24 [ artículo 47.1.a)]; ii) fuera de ese supuesto, la indefensión puede constituir un simple motivo de mera anulabilidad [ artículo 48.1 Ley 39/2015]; iii) o bien, como última manifestación, puede dar lugar a una mera irregularidad no invalidante [artículo 48.2], ya que, por tratarse de una simple infracción de tipo formal y no real o material, es susceptible de subsanación bien sea en vía administrativa previa o bien por los propios trámites del proceso judicial.

En consecuencia, más allá de los supuestos de nulidad de pleno derecho, sólo tienen alcance anulatorio aquellas infracciones del procedimiento que hayan dejado al interesado en una situación de indefensión real o material. En este último sentido, cabe recordar que constituye jurisprudencia reiterada la que mantiene que,



en las infracciones procedimentales, sólo procede la anulación del acto cuando tales infracciones supongan una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo en la resolución de fondo, de forma que puedan alterar su sentido, sin que, en cambio, sea procedente la anulación del acto por omisión de un trámite preceptivo cuando, aún cumplido este trámite, se puede prever lógicamente que volvería a producirse un acto administrativo igual al que se pretende anular, o cuando la omisión de un trámite no cause indefensión al interesado, indefensión que no existe si, a pesar de la omisión de aquél, se ha tenido ocasión de alegar a lo largo del procedimiento administrativo, o en vía del recurso administrativo o jurisdiccional, todo lo que no se pudo alegar al omitirse dicho trámite (así, sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2012 -casación 2144/2009- y de 20 de enero de 2016 -casación 286/2014-).

Además, en cuanto a la causa de nulidad de pleno derecho prevista en la letra e) del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, consistente en que los actos de las Administraciones Públicas se hayan dictado *«prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido [...]»* también es reiterada la jurisprudencia que declara que se trata de una causa que está reservada para los supuestos de omisión absoluta de procedimiento (sentencias del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2010 -casación 3533/2007- y de 14 de febrero de 2012 -casación 567/2008-), ya que *«requiere que se haya prescindido totalmente de los trámites del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de ellos por importante que pudiera resultar, de suerte que la omisión procedimental ocasionada debe ser no solo manifiesta, sino también total y absoluta, esto es, que denote una inobservancia de las normas de procedimiento que afecte en su conjunto a la sustanciación del mismo, de manera global y no meramente parcial o accidental»* (por todas, sentencia del Tribunal Supremo 7 de noviembre de 2011, casación 82/2008).

Esto es, para que la indefensión tenga la eficacia invalidante es preciso que no se trate de meras irregularidades procedimentales, sino de defectos que causen una situación de indefensión de carácter material, no meramente formal, originando por tanto un menoscabo real del derecho de defensa, por lo que no cabe solo citarse las normas reguladoras, sino que debe acreditarse tal indefensión y la imposibilidad de completar el relato y los argumentos de defensa en sede judicial.

Además, el derecho a la buena administración, como principio de Derecho europeo, se recoge en la Directiva de procedimiento en varios preceptos (entre otros, artículos 10,3, 23.1 y 31.2), siendo importante para los órganos jurisdiccionales verificar si la autoridad decisoria ha adoptado las medidas necesarias para garantizar que el solicitante ha recibido los instrumentos y la asistencia adecuados, a fin de permitirle tener un acceso efectivo a los procedimientos.

Vemos así:

Tal y como disponen los artículos 34 y 35 de la Ley de asilo, cuando no se haga uso del procedimiento en frontera o del procedimiento de urgencia, como es el caso, basta la comunicación al ACNUR, con el fin de que pueda tener acceso a la solicitud y darle apoyo, si fuera preciso, como indica el artículo 34. Sobre el carácter esencial de este trámite, como explica la sentencia de la Sección Tercera de 4 de abril de 2023 (recurso 1625/2020), existe abundante Jurisprudencia en la que se pone de relieve la presencia de distintas obligaciones:

- La jurisprudencia ha enfatizado la existencia de dos obligaciones diferenciadas por parte de la Administración en relación con el ACNUR: la obligación de comunicar al ACNUR la presentación de la solicitud (ex artículo 5.5 de la Ley de Asilo 5/84, de 26 de marzo; también recogida en el artículo 34 de la nueva Ley de Asilo 12/2009, de 30 de octubre); y la obligación de convocar al ACNUR para asistir a la reunión de la CIAR (ex artículo 6.2 de la Ley de Asilo 5/84, de 26 de marzo; también recogida en el artículo 35 de la nueva Ley de Asilo 12/2009, de 30 de octubre).- STS de 22 de junio de 2011 (recurso 733/2010)

- Téngase en cuenta que lo esencial es la comunicación al ACNUR sobre la petición de asilo formulada, pero no es preceptivo el informe del ACNUR. Así lo resalta la STS de 27 de marzo de 2012 (recurso 2742/201) o la de 16 septiembre 2013 (recurso 377/2013).

- Obra en el expediente un correo electrónico de envío desde un correo electrónico del Ministerio del Interior al del representante del ACNUR en España donde se indica que en virtud de lo recogido en el artículo 34 de la Ley 12/2009 se comunica la presentación de las solicitudes (en territorio) de protección internacional del listado adjunto. El solicitante y su expediente aparecen identificados con los datos pertinentes (folio 37 del expediente).

- No es obligado que conste en el expediente administrativo la comunicación al ACNUR y su recepción ya que de conformidad con el artículo 70.4 de la Ley 39/2015, no formará parte del expediente administrativo la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como las comunicaciones e informes internos o entre



órganos o entidades administrativas, salvo que se trate de informes, preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento

- El informe del ACNUR no es preceptivo para que el órgano competente resuelva la solicitud de asilo, puesto que el ACNUR no está obligado conforme al artículo 34 y 35 de la ley 12/2009 a emitir informes o estar presente en las audiencias a la persona del solicitante o asistir a las sesiones del CIAR, sino que se le reconoce la potestad de hacerlo.

- El criterio de ACNUR ha quedado manifestado al hilo del debate realizado por la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio (CIAR) en la que se examinó su solicitud, constando su asistencia en la propuesta de resolución (folio 459).

- La Ley de asilo no exige la notificación al ACNUR de la resolución finalizadora del expediente de protección internacional, ni, por supuesto, la LO 4/2000 de las resoluciones sancionadoras

- No concreta en qué manera le ha causado indefensión.

#### **SEXTO.- Evaluación de las circunstancias individuales y requisitos para el reconocimiento de la protección internacional**

Con arreglo al artículo 4, apartado 3, letras a), b) y c), de la Directiva de reconocimiento -artículo no traspuesto por la Ley de asilo- la valoración individual de una solicitud de protección internacional debe tener en cuenta lo siguiente: i) todos los hechos pertinentes relativos al país de origen en el momento de resolver sobre la solicitud de asilo, incluidas las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes del país de origen y el modo en que se aplican; ii) las declaraciones y la documentación pertinentes presentadas por el solicitante, y iii) la situación particular y las circunstancias personales del solicitante ( STJUE de 26 de febrero de 2015 (recurso C-472/13) *Shepherd*).

Asimismo, el artículo 46.3 de la Directiva 2013/32, de procedimientos, garantiza que el recurso efectivo, al menos en los recursos ante un juzgado o tribunal de primera instancia, suponga el examen completo y *ex nunc* tanto de los hechos como de los fundamentos de Derecho, incluido cuando proceda un examen de las necesidades de protección internacional de conformidad con la Directiva 2011/95/UE.

La causa de denegación tanto del asilo como de la protección subsidiaria no es por la comisión de un delito común contrario a las finalidades y principios de las Naciones Unidas, a que se refiere la sentencia del Tribunal de Justicia, de 9 de noviembre de 2010, asuntos acumulados 57/09 y 101/09 en relación al artículo 1 de la Convención de Ginebra y artículo 12.2.c) de la Directiva 2004/83, sino por constituir un peligro para la comunidad o para la seguridad del Estado miembro en el que se encuentran. Dicha sentencia rechaza la aplicación automática de las cláusulas de exclusión por el hecho de que el solicitante haya pertenecido a una organización incluida en la lista que figura en el anexo a la Posición común 2001/931 como consecuencia de su implicación en actos de terrorismo, exigiendo un examen completo, caso por caso, de todas las circunstancias específicas de cada caso concreto, que permita apreciar si hay motivos fundados para pensar que, en el marco de sus actividades en el seno de dicha organización, esa persona cometió un grave delito común o se hizo culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas, o incitó a la comisión de esos delitos o actos, o bien participó en ella de cualquier otro modo, en el sentido del artículo 12, apartado 3, de la Directiva. Examina la situación de un solicitante de asilo por actos cometidos en el pasado, mientras que la causa de exclusión aplicada en este caso se refiere a una situación de peligro coetánea a la tramitación del expediente de protección internacional.

En este caso, la existencia de un riesgo real en materia de delito de terrorismo queda puesta de manifiesto objetivamente por la resolución de 20 de agosto de 2021, dictada por el Secretario de Estado de Seguridad, de expulsión por la comisión de la infracción muy grave de participar en actividades contrarias a la seguridad nacional, confirmada en esta misma sentencia.

La información a que se remite la demanda sobre la vulneración de derechos humanos en Argelia y, en particular, de la libertad de expresión, nada aporta con relación a las causas de exclusión del asilo y de la protección subsidiaria legalmente establecidas.

Razones todas ellas para confirmar asimismo la denegación de la solicitud de protección internacional impugnada.

**SÉPTIMO.-** En cuanto a las costas, a tenor del artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, han de imponerse a la parte demandante.

#### **FALLAMOS**



**DESESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **Florencio** , contra la resolución de 14 de julio de 2021, dictada por la Subsecretaria del Interior, por delegación del Ministro del Interior, que le deniega el derecho de asilo y la protección subsidiaria, acumulado a la resolución de 20 de agosto de 2021, dictada por el Secretario de Estado de Seguridad que acuerda su expulsión del territorio nacional con la consiguiente prohibición de entrada en España por un periodo de 10 años, resoluciones que, en los extremos examinados, se confirman por ser ajustadas a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte demandante.

Así se acuerda, pronuncia y firma.

**Recursos:** La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **notificación**; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta, así como la constitución del depósito de 50€, en caso preceptivo, en la cuenta del B. Santander 2605000000, más el número de procedimiento y año.

FONDO DOCUMENTAL CENDUJ