



Roj: **AAN 5457/2024 - ECLI:ES:AN:2024:5457A**

Id Cendoj: **28079230032024200502**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **26/07/2024**

Nº de Recurso: **1027/2024**

Nº de Resolución: **601/2024**

Procedimiento: **Pieza de medidas cautelares**

Ponente: **ISABEL GARCIA GARCIA-BLANCO**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 3

MADRID

AUTO: 00601/2024

Modelo: N35350 AUTO DESESTIMA PETICION SUSPENSION ART 131

C/ GOYA 14

Teléfono: 91.400 72 90/91/92 **Fax:** 91.397 02 71

Correo electrónico:

Equipo/usuario: GCD

N.I.G: 28079 23 3 2023 0013007

Procedimiento: PSS PIEZA SEPARADA DE MEDIDAS CAUTELARES 0001027 /2024 0001 PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001027 /2024

De D./ña. Salome , Desiderio , Bernardino , María Cristina , Efrain , Elias , Begoña , Camila , Carlota , Humberto , Vanesa , Isidoro , Coral

ABOGADO

PROCURADOR D./D^a. ENRIQUE AUBERSON QUINTANA-LACACI,

Contra D./D^a. MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES UNION EUROPEA Y COOPERACION

ABOGADO DEL ESTADO

A U T O

ILMO. SR. PRESIDENTE

JOSE FELIX MENDEZ CANSECO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

FRANCISCO DIAZ FRAILE

ISABEL GARCIA GARCIA-BLANCO

En **MADRID**, a veintiséis de julio de dos mil veinticuatro.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Por la representación procesal de la parte recurrente se interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la resolución, de 4 de marzo de 2022, de la Embajada de España en Islamabad (Pakistán) que deniega a



don Victoriano la solicitud de traslado a España para hacer posible la presentación de solicitud de protección internacional a su llegada a España.

2.- Solicitada la medida cautelar de suspensión de la resolución recurrida, y abierta pieza separada, se acordó oír al Sr. Abogado del Estado, para que alegara lo que estimara pertinente a su derecho, con el resultado que consta en autos.

3.- De la presente resolución ha sido ponente la Ilma. Sra. MAGISTRADO de esta Sección, DÑA ISABEL GARCÍA GARCÍA- BLANCO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. - En escrito de parte (presentación Lexnet 20/03/2024 18:25:01) se interesa las siguientes medidas cautelares *"MEDIDA CAUTELAR consistente en promover el traslado urgente a España de los recurrentes con la finalidad de que puedan presentar su solicitud de protección internacional y concesión de forma urgente a los recurrentes en Irán visado o salvoconducto para poder viajar a España y presentar su solicitud de protección internacional."*

Cuando se reciben las actuaciones en esta Sección 3ª (04/07/2024), la medida fue remitida al cauce ordinario del art. 131 de la LJCA (ni se solicitaba con carácter cautelarísimo ni se alegaban razones de especial urgencia a salvo del interés de los recurrentes en la rápida respuesta a lo interesado).

En todo caso se interesa la medida sin caución alguna .

2.- El acto recurrido viene constituido por la resolución del Embajador de España en Teherán (Irán) de 20/09/2023 por la que se resuelve recurso de reposición interpuesto el 08/09/2023 por Elias contra la resolución 2023/059 de 08/08/2023 de denegación del traslado a España para presentación de solicitud de protección internacional, ya que con base a las manifestaciones efectuadas en la solicitud, la entrevista y la documental aportada se viene a considerar que: *"no sufren temor real y fundado de sufrir persecución en su país de origen"* (Sic)

Los recurrentes, todos de nacionalidad afgana, forman parte de un grupo familiar extenso (grupo descrito en el escrito solicitando la medida cautelar):

- Elias , y su esposa María Cristina , - sus hijas menores de edad Salome , Vanesa (no se aporta ninguna documental de la que resulte la filiación en especial de la segunda cuyos apellidos no coinciden con los del que dice ser su padre)
- sus hijos menores de edad Desiderio , Isidoro , (no se aporta ninguna documental de la que resulte la filiación)
- padre D. Bernardino y madre Dª Camila ,
- hermanas Coral , Begoña , Carlota ,
- sobrinos menores de edad Humberto y Efrain (no se aporta ninguna documental de la que resulte la filiación)

En la solicitud de medida cautelar se viene a hacer valer que:

- Que corren el riesgo real de deportación a **Afganistán**, ya que las autoridades iraníes han puesto en marcha un programa de deportación masiva de los afganos que se encuentran en Irán.
- El gobierno iraní no renueva los visados y algunos miembros de la familia ya tienen expirados sus visados iraníes, sin poder salir de casas por el riesgo de deportación a **Afganistán**
- Que en **Afganistán** corren peligro cierto de ser perseguidos por los talibanes - agente estatal - por la colaboración de los recurrentes Elias y su padre Bernardino con el Ejército Español destacado en **Afganistán** *"son ex trabajadores del Ejército Español en Afganistán, que han trabajado más de 5 años para el Ejército Español, de prosperar el recurso interpuesto y en caso de estimarse la pretensión de esta parte, el hecho de haber sido deportados de Irán mis representados, la detención, torturas o incluso ejecución extrajudicial de los mismos es absolutamente factible e incluso previsible"*

Al efecto, obra la siguiente documentación aportada (expediente y anexa a la solicitud de medida cautelar) respecto de la cual la Sala efectúa las consideraciones que se recogen:

- **A) Pasaportes afganos:**

Elias , nacido en DIRECCION000 el NUM000 de 1985, con pasaporte afgano NUM001 expedido en KABUL, fecha de expedición 05/03/2022



María Cristina , nacida en DIRECCION000 el NUM002 de 1986, con pasaporte afgano NUM003 expedido en KABUL, fecha de expedición 21/07/2018

Salome , nacida en DIRECCION000 el NUM004 de 2006, con pasaporte afgano NUM005 expedido en KABUL, fecha de expedición 06/03/2022

Vanesa , nacida en DIRECCION000 el NUM006 de 2021, con pasaporte afgano NUM007 expedido en KABUL, fecha de expedición 28/02/2022

Desiderio , nacido en DIRECCION000 el NUM008 de 2018, con pasaporte afgano NUM009 expedido en KABUL, fecha de expedición 23/03/2022

Isidoro , nacido en DIRECCION000 el NUM010 de 2009, con pasaporte afgano NUM011 expedido en KABUL, fecha de expedición 02/03/2022

Bernardino , nacido en DIRECCION000 el NUM012 de 1965, con pasaporte afgano NUM013 expedido en KABUL, fecha de expedición 23/03/2019

Camila , nacida en DIRECCION001 el NUM014 de 1963, con pasaporte afgano NUM015 expedido en KABUL, fecha de expedición 23/02/2019

Coral , nacida en DIRECCION000 el NUM016 de 1993, con pasaporte afgano NUM017 , expedido en KABUL, fecha de expedición 03/03/2022

Begoña , nacida en DIRECCION001 el NUM018 de 1993, con pasaporte afgano NUM019 expedido en KABUL, fecha de expedición 26/02/2019

Carlota , nacida en DIRECCION001 el NUM020 de 2006, con pasaporte afgano NUM021 expedido en KABUL, fecha de expedición 23/02/2019

Humberto , nacido en DIRECCION000 el NUM022 de 2023, con pasaporte afgano NUM023 expedido en KABUL, fecha de expedición 03/03/2022

Efrain , nacido en DIRECCION000 el NUM024 de 2013, con pasaporte afgano NUM025 expedido en KABUL, fecha de expedición 18/06/2023

Véase la fecha de expedición de varios de ellos:

febrero/marzo de 2022, el lugar de expedición de todos -

KABUL- , el lugar de nacimiento y la fecha de nacimiento de algunos de los solicitantes - DIRECCION000 el NUM006 /2021 y el NUM022 /2023 - , incluida la que se dice ser una de las hijas de uno de los solicitantes principales Elias -

Vanesa - , siendo que la retirada de las tropas se produce en agosto de 2021, por lo que ha de concluirse que hay una estancia asentada en territorio afgano con posterioridad al advenimiento del gobierno talibán, mantenida hasta marzo de 2023, sin que hayan mínimamente acreditado actos concretos de acoso talibán por un supuesto colaboracionismo de los que se reivindican como cabezas visibles del clan. Al propio Elias se le expide pasaporte por las autoridades talibanes en Kabul el 05/03/2022 lo que no se aviene a una persecución gubernamentalmente dirigida.

- **B)** Se aporta una carta que D. Bernabe ,

Coronel de Caballería (RT) Antiguo Agregado de Defensa en

Afganistán y Pakistán, dirige el 30/10/2022 al Embajador de

España en Irán (nótese que la solicitud a la embajada no la efectúan los recurrentes hasta julio de 2023, ocho meses después) "El señor Elias , con pasaporte núm. NUM001 , se dirige a mi pidiendo apoyo para que le sea concedido visado y traslado a España para petición de asilo para él y su familia compuesta por su esposa doña María Cristina , con pasaporte núm. NUM003 ; sus hijas, Cecilia , con pasaporte núm. NUM026 , y Salome , con pasaporte núm. NUM005 ; y sus hijos Pedro Antonio , con pasaporte núm. NUM027 , y Isidoro con pasaporte núm. NUM011 .

Elias , trabajó con el Ejército Español en el Equipo de Reconstrucción Provincial de DIRECCION000 , en logística, según muestran los documentos que me envía, desde 2008 hasta 2013.

De acuerdo con lo que me manifiesta, posteriormente montó una tienda en DIRECCION002 , donde vendía los productos que traía de DIRECCION001 .

Con la llegada de los Talibán hubo de cerrar su negocio y recibió una carta amenazante de los Talibán.



Viéndose en peligro si continuaba en su ciudad, hace 10 meses huyo y marchó a DIRECCION001 con la familia. Allí vive, trasladándose de un lugar a otro y procurando no ser localizado por temor a ser detenido y a que su familia corra peligro.

Cuando se produjo la evacuación en agosto del año 2021, no pudo venir ya que, como muchos otros, no recibió comunicación.

En la situación actual ha decidido pedir visado y asilo en España viniendo a sus propias expensas.

Esta familia está en la lista de colaboradores de los

Ministerios de Asuntos Exteriores y Defensa."

En la carta no se hace mención alguna a las hermanas y sobrinos de Elías y se viene a asumir que Elías y su familia, a fecha de la carta, 30/10/2022, vivían en DIRECCION001 - **Afganistán** - y que tenían intención de obtener visado para pedir asilo en España.

- **C**) D. Feliciano , Capitán del Ejército de Tierra y Jefe de la Unidad de Apoyo a la Base " DIRECCION003 ", el 25/09/2013 certifica que:

"Que el Sr. Bernardino con Taskara NUM028 natural de DIRECCION002 ha estado trabajando en la PSB " DIRECCION003 " como trabajador contratado ... desde el año 2008 cumpliendo con los cometidos asignados de VIGILANTE DE LA ENTRADA hasta 2013 fecha del cierre de la base."

Véase que la identidad que aparece en el documento no se corresponde con ninguna de la recogida en los pasaportes

- **D**) Un certificado de la Agencia Internacional de Cooperación española (UCIMIC) en el que se hace constar que "Mr Elías , hijo de Bernardino ", ha trabajado en logística para dicha agencia en la provincia de DIRECCION000 del 16/04/2008 a 30/06/2013

- **E**) La fotografía incompleta de un contrato suscrito entre D. Arsenio en su condición de Jefe de la SEA, actuando en nombre del Estado Español, con " Elías " con Taskara NUM029 , de fecha 01/02/2013 con objeto de "logística para la PSB"

- **F**) Las Taskaras que constan documentalmente acreditadas respecto de las dos personas sobre las que se hace gravitar el peligro en el retorno son las siguientes

Elías NUM030 (folios 355 y 357)

Bernardino NUM028 (folios 218 y 219 del expediente)

- **G**) NO SE HA APORTADO LA LISTA DE COLABORADORES QUE COMPRENDA A Elías O A SU PADRE Bernardino

4.- La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares *debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso, según la justificación ofrecida en el momento de solicitar la medida cautelar, en relación con los distintos criterios que deben ser tomados en consideración según la LJ y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.*

La decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un alto grado de ponderación conjunta de criterios por parte del Tribunal, que, según nuestra jurisprudencia, puede resumirse en los siguientes puntos:

a) Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar. Como señala un ATS de 3 de junio de 1997: "la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado [o la vigencia de la disposición impugnada] le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación". El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que baste una mera invocación genérica .

b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la STC 148/1993 "el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal" (Cfr. ATS de 20 de mayo de 1993).

c) El *periculum in mora*, constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, no se agota, en la fórmula clásica de



la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que, de modo inmediato, puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. Si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales .

d) El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: *"al juzgar sobre la procedencia [de la suspensión] se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego"*. Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia *"cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto"* (ATS 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar.

La LJ no hace expresa referencia al criterio del *fumus bonis iuris* (tampoco la LJCA), cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LEC/2000 que sí alude a este criterio en el art. 728.

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

5.- En cuanto a la concreta medida cautelar interesada, medida de carácter positivo que coincide, estrictamente, con lo que es el fondo del asunto en la denegación que recoge la resolución recurrida, obliga a hacer una valoración aun preliminar de las circunstancias esgrimidas para valorar tanto el "fumus boni iuris" invocado como el "periculum in mora", siendo de destacar, además de las observaciones hechas en el FJ 3, que, a fecha del presente, ni consta ni se alega que los recurrentes, ciudadanos afganos, hayan sido expulsados de Irán pese a haber vencido las visas de las que algunos se valieron para entrar, siendo que la familia ha permanecido vinculada a **Afganistán** con bastante posterioridad a agosto de 2021 (en sus declaraciones, en especial el padre, detalla que sigue teniendo familia directa en **Afganistán** y que, la última vez, había llegado a Irán desde **Afganistán** un mes antes de prestar su declaración a la embajada, habiendo estado en Irán, desde que se establecieron los talibanes, dos veces antes, por lo que entra y sale de **Afganistán** sin problemas) sin que pueda darse por establecido la condición de colaboradores de Elías y su padre Bernardino con el ejército español, colaboración marginal y que en cualquier caso habría cesado a partir de 2013 (ocho años antes de la retirada de las tropas).

Prueba de que no hay base para afirmar una persecución gubernamentalmente dirigida o un temor de ello es que a Elías se le renueva el pasaporte en Kabul el 05/03/2022 lo que no se aviene con que estuviera siendo buscado hasta el punto de haberse tenido que desplazar a DIRECCION001 y convocado ante el Tribunal talibán, y, ya meses de renovar el pasaporten en KABUL, se había puesto en contacto con D. Bernabe para que con base a su propio relato, éste le dirigiera una carta al Embajador de España en Teherán con la finalidad a la que responde la medida cautelar interesada



En su declaración Elias narra como actos de acoso "Tengo una carta de amenaza. Al principio lo enviaron a mi tienda luego lo enviaron a mi casa y se lo han dado personalmente a mi hijo. Tuve que salir de mi región y 12 días después me mudé a DIRECCION001 . En DIRECCION001 me convocaron para presentarme ante el tribunal. Me llamaron por teléfono. Encontraron mi número en el cartel de mi tienda. Me preguntaron por qué no me había presentado. Ahora mismo los Talibanes confiscaron una de mis casas. Destruí mi SIM card y me compré otro SIM y siempre cambiaba mi domicilio de una comarca a otra. Íbamos a casas de conocidos.

Esto episodio ocurrió casi tres meses después de que los

Talibanes llegasen al gobierno ."

Por tanto, si es que esto ocurrió tal y como ha sido descrito por Elias , lo fue antes de que le renovaran el pasaporte las autoridades talibanes en Kabul, pasaporte con el que se desplaza a Arabia Saudí desde Irán (entra y sale de Irán por vía aérea sin obstáculo alguno al igual que entra y sale de **Afganistán** a Irán y viceversa, a su conveniencia, ya que reconoce, al igual que su padre que era su tercera vez en Irán, y que la última vez había venido hacia dos semanas antes de prestar declaración ante el embajador) y solo pide a la Embajada su traslado a España en Julio de 2023 una vez que la visa le ha caducado (visa turística con validez del 25/03/2023 al 22/06/2023) siendo que este propósito lo tenía asentado desde, al menos, octubre de 2022 (así resulta de la carta del Sr. Bernabe).

En conclusión, aun en la eventualidad de que se produjera el regreso a **Afganistán** desde Irán del grupo familiar recurrente, al momento presente, por lo alegado y probado, no se estima la existencia de un riesgo efectivo de ninguno de sus miembros hasta el punto de que su vida, o su integridad física correría grave peligro sin que se haya justificado, mínimamente, qué representación legal le corresponde a Elias y a su padre Bernardino , respecto de los que dicen ser sus sobrinos/nietos respectivamente y menores de edad (Humberto y Efrain , por el apellido, si son sobrinos, deben ser hijos de un hermano y las actantes son hermanas) de igual manera que una de las que se identifica como hija de Elias , también menor, no parece serlo por los apellidos (Vanesa), extremos que habrán de aclararse para establecer la base subjetiva de la presente causa.

6.- De conformidad con el art. 139 de la LRJCA, con costas al recurrente.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

DESESTIMAR LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR INTERESADA descrita en el FJ 1 de la presente.

Visto que el poder aportado aparece otorgado por Elias , María Cristina , Bernardino , Camila , Coral , Begoña , actuando en su propio nombre y derecho, para acreditar la legitimación que pueden esgrimir como representantes legales de menores a su cargo, se les requiere, por conducto del Procurador designado, para que en el plazo de DIEZ DÍAS, a contar desde la notificación del presente, aleguen y justifiquen con aportación de documentación, debidamente traducida en su caso, de la que resulte su relación familiar con: Humberto , nacido en DIRECCION000 el NUM022 de 2023, con pasaporte afgano NUM023 expedido en KABUL, fecha de expedición 03/03/2022 y con Taskara NUM031 ; Efrain , nacido en DIRECCION000 el NUM024 de 2013, con pasaporte afgano NUM025 expedido en KABUL, fecha de expedición 18/06/2023 y con Taskara NUM032 ; y Vanesa , nacida en DIRECCION000 el NUM006 de 2021, con pasaporte afgano NUM007 expedido en KABUL, fecha de expedición 28/02/2022 y con Taskara NUM033 . Con su resultado se acordará en cuanto a la base subjetiva del presente recurso.

Con imposición de las costas de este incidente al recurrente.

La presente resolución es susceptible de RECURSO DE REPOSICIÓN a interponer ante esta Sala en el plazo de CINCO DÍAS a contar desde el siguiente al de la notificación (dicho recurso carece de efectos suspensivos).

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjuicio, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.