

Cuadernos Europeos de Deusto

Núm. 36/2007



La Unión Europea ante la inmigración

R. Aparicio, N. Arenas, L. Cachón, M.^a P. Canedo,
M.^a E. Casanova, M.^a T. Gil-Bazo

Instituto de
Estudios Europeos

.

Cuadernos Europeos de Deusto

Cuadernos Europeos de Deusto

Núm. 36/2007

Dirección y Consejo de redacción:

Director: Nicolás Mariscal (U. Deusto, Bilbao)
Directora adjunta: Beatriz Pérez de las Heras (U. Deusto, Bilbao)
Secretario: Francisco Rodríguez (U. Deusto, Bilbao)
Consejo de redacción: Francisco Aldecoa (U. Complutense, Madrid)
Javier Bilbao (U. País Vasco, Bilbao)
José Ramón Canedo (U. Deusto, Bilbao)
M.^a Jesús Cava (U. Deusto, Bilbao)
Félix Echevarría (Bufete Echevarría Portell, Barakaldo)
Fernando García de Cortázar (U. Deusto, Bilbao)
J. Carlos García Gallego (Tribunal Económico Administrativo
Regional del País Vasco, Bilbao)
Laura Gómez Urquijo (U. Deusto, Bilbao)
Beatriz Iñárritu (U. Deusto, Bilbao)
José Martín y Pérez de Nanclares (U. La Rioja, Logroño)
José Palacio (TJCE, Luxemburgo)

Administración y suscripciones:

Instituto de Estudios Europeos
Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao
Tfno.: 944 139 284 Fax: 944 139 284 Email: estudios.europeos@deusto.es

Precios de Suscripción:

2 números año:
Zona euro 32 euros (IVA incluido)
Otras zonas..... 43 dólares

Número suelto:
Zona euro 18 euros (IVA incluido)
Otras zonas..... 26,50 dólares

Cuadernos Europeos de Deusto es una revista universitaria, tanto por la mayoría de sus autores y lectores como por su estilo, especializada en el estudio de temas jurídicos, económicos, políticos, sociales e históricos relativos al proceso de integración europea.

Cuadernos Europeos de Deusto agradece el patrocinio de la Dirección General de Patrimonio, Catastro y Asuntos relacionados con la Unión Europea, del Departamento de Hacienda y Finanzas de la Diputación Foral de Bizkaia, que ha hecho posible la publicación del presente número.

Impreso en España/Printed in Spain

ISSN: 1130-8354

Depósito legal: BI - 620-91

Revista

Cuadernos Europeos de Deusto

Normas de publicación

1. **Contenido.** La revista *Cuadernos Europeos de Deusto* publica, con carácter semestral (octubre y abril), estudios jurídicos, económicos, políticos, sociales e históricos sobre el proceso de integración europea.
2. **Envío de originales.** Los originales han de ser inéditos, escritos en alguna de las lenguas oficiales de la Unión Europea o en euskera, en Microsoft Word o formato compatible. Se enviarán en papel al Instituto de Estudios Europeos (a la atención del Director de la Revista) y, también, en soporte electrónico (disquete, CD-ROM o correo electrónico) a la dirección: *estudios.europeos@deusto.es*.
3. **Formato.** En primera página se incluirá el título, nombre del autor, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto. La segunda página recogerá un sumario, dos resúmenes, en castellano e inglés, de unas 120 palabras cada uno y las palabras clave del trabajo (entre 3 y 5 palabras) tanto en castellano como en inglés.
4. **Normas de edición.** Las normas de edición son las habitualmente utilizadas en publicaciones científicas, tal como se recoge en las «Normas básicas para la presentación de trabajos escritos» de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. Ejemplos:
 - a) Bibliografía
 - MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Ed. Tecnos, Madrid, 2005, 5.ª ed.
 - ROJO SALGADO, A., «La importancia de la dimensión regional para la buena gobernanza europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 35/2006, pp. 119-142.
 - DE WITTE, B., «Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order», en CRAIG, P. P. & DE BURCA, G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, University Press, Oxford, 1999, pp. 177-213.
 - b) Legislación
 - España. Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, 10 de julio de 2003, n.º 164, p. 26901.
 - Convención de 11 de abril de 1980 de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena. Instrumento de adhesión de España de 17 de julio de 1990, *Boletín Oficial del Estado*, 30 de enero de 1991, n.º 26/1991, p. 3170.
 - Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º L 338, de 23 de diciembre de 2003, p. 1.
 - c) Jurisprudencia
 - Sentencia del Tribunal Constitucional (o STC) 32/1981, de 28 de julio, FJ 5.º.
 - Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984. Öztürk. Publicaciones del Tribunal Europeo, Serie A, Vol. 73.
 - Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Sexta) de 15 de enero de 2004, As. C-230/01, Intervention Board for Agricultural Produce/Enycloed Farming Partnership. Rec. 2004, p. 175.

5. **Proceso de publicación.** La Dirección de la Revista, con la participación y asesoramiento del Consejo de Redacción decidirá la publicación de los trabajos basándose en un doble dictamen. Los trabajos serán publicados como «Estudios» debiendo tener una extensión entre 7.000 y 15.000 palabras. Los autores de los trabajos podrán realizar la corrección de las pruebas de imprenta, si así lo solicitan, y, si en el plazo de una semana natural no se recibe su corrección, se entenderá que el autor está conforme con la impresión recibida.
6. **Copyright.** Los trabajos inéditos publicados en esta Revista podrán ser reproducidos en otro lugar con la debida referencia a su publicación original en *Cuadernos Europeos de Deusto*.

Cuadernos Europeos de Deusto

Núm. 36/2007

Sumario

Presentación: La Unión Europea ante la inmigración	11
Estudios	
R. APARICIO GÓMEZ, Las «segundas generaciones» en España: marroquíes, dominicanos, peruanos	19
N. ARENAS HIDALGO, La credibilidad de una solicitud de asilo. Derecho comunitario y jurisprudencia de Estrasburgo (el caso <i>N v. Finland</i>)	57
L. CACHÓN RODRÍGUEZ, La inmigración y el mercado de trabajo en la Unión Europea	77
M. ^a P. CANEDO ARRILLAGA, La comunitarización del Derecho Internacional Privado en la Unión Europea y su incidencia en la política de inmigración	107
M. ^a E. CASANOVA DOMÈNECH, El régimen del azúcar UE-ACP: ¿un instrumento de cooperación al desarrollo?	127
M. ^a T. GIL-BAZO, The Protection of Refugees under the Common European Asylum System. The Establishment of a European Jurisdiction for Asylum Purposes and Compliance with International Refugee and Human Rights Law	153
Jurisprudencia	
C. GIMENO VERDEJO y M. ^a I. ROFES I PUJOL, <i>Comentario de la Jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas</i>	185
Crónica	
B. IÑARRITU, <i>Crónica comunitaria: La actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea</i>	203

La credibilidad de una solicitud de asilo. Derecho comunitario y jurisprudencia de Estrasburgo (el Caso *N v. Finland*)

Dra. Nuria Arenas Hidalgo
Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Huelva
Visiting Scholar Institute for the Study of International Migration
Georgetown University

Sumario: Introducción. A vueltas con un problema clásico: La corrección del amplio margen de apreciación estatal en la «credibilidad» de las solicitudes de asilo.—I. Particularidades del test de inclusión. Las obligaciones del solicitante de asilo y del examinador en la determinación de la condición de refugiado.—II. La «credibilidad» de una solicitud de asilo. La coherencia y consistencia del relato como criterios correctores.—III. Los «indicadores de persecución» en virtud del Derecho internacional de los refugiados y la jurisprudencia del TEDH: El test del artículo 3 CEDH.—IV. Límites al ejercicio de la discrecionalidad. Consideraciones finales: los Principios Generales.

Resumen: La investigación que aquí se presenta no aborda nuevos desafíos al Derecho internacional de los Refugiados sino que estudia un problema clásico, inherente al propio sistema de determinación de la condición de refugiado y del que puede decirse que existen escasos trabajos de investigación: la valoración de la «credibilidad» de las solicitudes de asilo en ausencia de evidencias de persecución. Se trata, probablemente, del mayor escollo al que se enfrentan diariamente los refugiados, es decir, la auténtica piedra de toque del sistema de asilo. En la determinación de la verosimilitud del relato, las autoridades, ya sean éstas administrativas o judiciales, gozan de auténticos poderes discrecionales que, a menudo, el legislador intenta corregir a través del establecimiento de indicios y parámetros de conducta. En este sentido, si bien se da la bienvenida a la disposición cuarta de la Directiva 2004/83/CE que traslada a suelo comunitario algunos de los principios básicos en la materia, el caso *N v. Finland* pretende poner el acento en el importante papel del TEDH, garante corrector de la discrecionalidad estatal en favor del espíritu de justicia y del objetivo humanitario del asilo.

Palabras clave: estatuto de refugiado; examen de las solicitudes de protección internacional; credibilidad; sistema europeo común de asilo; jurisprudencia del TEDH.

Abstract: *The study presented does not look into any new challenges facing the International Refugee Law; rather it considers a classic problem, inherent in*

the system for determining the refugee's condition, an area which shows a remarkable lack of research and which is, probably, the true touchstone of the system, the greatest stumbling block the refugees face on a daily basis: the evaluation of the degree of «credibility» in applications for asylum, in absence of proof of persecution. When determining the likelihood of the story offered, the authorities, whether local government or the courts, do in fact have genuine discretionary powers which, frequently, the legislator attempts to correct by establishing evidence of and parameters for behaviour. Whilst the fourth provision in Directive 2004/83/CE is welcomed, which shifts some of the basic principles in this field to Community territory, the case of N vs. Finland aims to highlight the importance of the role played by the TEDH as guarantor-corrector of the discretionary nature at State level in favour of the spirit of justice and the humanitarian objective of granting asylum.

Keywords: *refugee status; assessment of applications for international protection; credibility; common European asylum system; case law ECHR.*

Introducción. A vueltas con un problema clásico: La corrección del amplio margen de apreciación estatal en la valoración de la «credibilidad» de las solicitudes de asilo

Las últimas décadas han sido testigo de profusos y profundos debates en torno a la institución del asilo, en un intento de adaptar nuestro sistema normativo a los actuales desafíos que enfrentan los éxodos humanos. Poco se ha dicho, sin embargo, de una de las dificultades clásicas del procedimiento, la relacionada con la valoración de los hechos en aquellas demandas en las cuales el solicitante no es capaz de demostrar los motivos de persecución, casos en los que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación.

El procedimiento para la determinación de la condición de refugiado no se encuentra regulado expresamente en la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951¹ sino que cada Estado contratante puede establecer el que estime más apropiado, en virtud de su estructura constitucional y administrativa. No obstante y a pesar de las disparidades, por lo que respecta al modelo occidental, todo procedimiento, con independencia de su naturaleza, suele incorporar una evaluación de la solicitud presentada por el demandante, con derecho de apelación a órganos superiores². Es durante este examen,

¹ Naciones Unidas. *Treaty Series*, vol. 189.

² No existen estipulaciones en cuanto a si los procedimientos deben tener una naturaleza administrativa o judicial, o ser inquisitivos o acusatorios. Independientemente del mecanismo que pueda establecerse para identificar al refugiado, en última instancia la decisión final con respecto a determinar si el individuo ha logrado establecer o no «el temor fundado de per-

cuando el solicitante de asilo debe demostrar que cumple con los requisitos exigidos para merecer el estatuto de refugiado. Habida cuenta de las dificultades que suelen enfrentar para aportar pruebas concluyentes, se exige que su relato sea lo suficientemente *verosímil* como para gozar de la confianza de las instituciones. He aquí por tanto, la verdadera piedra de toque del sistema.

En palabras del *United Kingdom Immigration Appeal Tribunal*:

«(...) findings of credibility are one of the primary functions of the (asylum decision-maker) since they lead to the establishment of much of the factual matrix for the determination of the case. In some cases, but by no means all, the issue of credibility may be the fulcrum of the decision as to whether the claim succeeds or fails»³.

El examinador, en consecuencia, habrá de apreciar la validez de las pruebas y el crédito que deba atribuirse a las declaraciones del solicitante de asilo. «Verosimilitud», «credibilidad» son apreciaciones tremendamente subjetivas. El órgano responsable de su constatación conserva, así, amplias facultades de apreciación, siendo ésta una de las características más singulares del procedimiento. Se trata de una decisión fundamentalmente discrecional dada la imprecisión de su objeto. El órgano estatal obtiene dicha facultad derivada de una competencia no reglada.

No obstante, aunque la decisión ha de ser necesariamente discrecional, no puede ser arbitraria. Es por ello por lo que el dispositivo se ha de rodear de las suficientes garantías que vengán a suplir las deficiencias de la indeterminación.

En cualquier caso, preciso es notar que dicha potestad discrecional es una cualidad intrínseca al propio sistema, consecuencia de las peculiares particularidades del Derecho de asilo. La flexibilidad del procedimiento no deviene tan sólo de su carácter indeterminado sino del elemento material —la solicitud de asilo— sobre el que se proyecta en cada caso. Si bien se trata de una característica endógena y no necesariamente negativa en esencia o *per se*, es posible afirmar —y he aquí el motivo de este análisis— que rara vez es usada de forma «positiva», esto es, en favor del demandante, y ello por lo que respecta al actual paradigma de contención de flujos migratorios⁴.

secución» la toma el examinador con base en la evaluación de la solicitud presentada por el solicitante. ACNUR. *Nota sobre la Carga y el Mérito de la Prueba en las Solicitudes de Asilo*, 16/12/1998, para. 2.

³ *SW v. Secretary of State for the Home Department (Adjudicator's questions) Somalia (2005)*, UKIAT00037, para. 20.

⁴ En relación a la jurisprudencia europea: THOMAS, R. «Assessing the Credibility of Asylum Claims. EU and UK Approaches Examined», *European Journal of Migration and Law*, 2006; norteamericana: HEEBNER, K.A.D., «Protecting the truly persecuted: restructuring the flawed asylum system», *University of San Francisco Law Review*, 2005, p. 550; y australiana:

La aplicación de una estricta política migratoria puede llegar a tener efectos demolidores en la determinación de las solicitudes de asilo, a menudo consideradas en fraude de ley.

Un tema tan absolutamente determinante para la viabilidad de todo procedimiento de asilo no podía escapar a la armonización que, en dicha materia, preconizó el Tratado de Ámsterdam, y que acaba de cumplir con su primera fase de ejecución. Así y como núcleo del «sistema europeo común de asilo», se aprueba el 24 de abril de 2004 la *Directiva 2004/83/CE del Consejo por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países y apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida* (en adelante Directiva de Cualificación⁵), en cuya disposición cuarta se presentan los criterios comunes para la valoración de las demandas de asilo. Un nuevo intento de corrección normativa del margen de apreciación de las instancias nacionales.

A menudo se hace un llamamiento al legislador con objeto de que corrija los excesos de las potestades discrecionales a través de la incorporación de indicios o códigos de conducta. Una cierta orientación de lo que podría considerarse una demanda verosímil es imprescindible, pero siempre y cuando se consideren sus caracteres a modo de *patrón a seguir*. No se puede pretender encerrar el concepto, ni tampoco extraer de tal análisis la convicción de que se trata de una definición estática o definitiva. La norma de Derecho derivado pretende delinear el contorno o perímetro externo del concepto legal en cuestión. Se inferirán, por tanto, algunos criterios orientativos, pero que sólo nos pueden servir indiciariamente, pues no se trata de un juicio hermenéutico. La capacidad del legislador comunitario es, en consecuencia, claramente limitada.

En consecuencia y por lo que a este estudio se refiere, se hace necesario poner el acento en el poder de control del aparato judicial, especialmente, en la capacidad de los órganos jurisdiccionales de carácter internacional. A la espera de una activación de las competencias que el Tratado de Ámsterdam concedía al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, no ha de obviarse la importante contribución que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) puede ejercer en una interpretación sistémica de las normas de Derecho internacional, comunitario y nacionales en materia de asilo. Sin negar el papel trascendental que, a través de algunos casos ya históricos, ha jugado la jurisprudencia de Estrasburgo, por lo general, se ha tendido a considerar que, a la postre, los Tribunales internos podían otorgar mayor protección. En este

COFFEY, G.: «The Credibility of Credibility Evidence at the Refugee Review Tribunal», *International Journal of Refugee Law*, vol.15, n.º 3, pp. 377-416.

⁵ *DOUE*, L 304, 30/09/2004.

artículo se pretende revitalizar el valor del mecanismo de control instituido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) bajo la excusa del análisis del caso *N v. Finland*, de 30 de noviembre de 2005⁶. Una vuelta a los principios básicos de Derecho de los Refugiados en la interpretación del criterio de «credibilidad» que condena la férrea política europea de contención de flujos en los casos más graves, aquellos en los que resulta aplicable el fundamental y polivalente artículo 3 CEDH. El caso *N v. Finland* pone de manifiesto la compleja determinación de la veracidad de los hechos en los supuestos en los que resulta imposible adjuntar una prueba fehaciente de persecución y, por ende, el amplio margen de apreciación con el que cuentan las instancias estatales que, en definitiva, puede llevar a opiniones divergentes en casos similares. El Sr. N, antiguo miembro de las fuerzas especiales de protección del Presidente Mobutu, huye a Finlandia tras el golpe de Estado de Kabila en la República Democrática del Congo. Sus actividades como infiltrado confidente, así como su etnia —la misma que la del derrocado presidente— le hacen temer persecución, motivo por el cual, solicita asilo en la capital europea. Todas las instancias estatales consideraron el relato de sus actividades y la amenaza de persecución «inverosímil». Bajo el mismo presupuesto, por el contrario, la Corte dispuso que el relato podía considerarse «suficientemente consistente y creíble». Como demuestra este caso, el criterio de la credibilidad es de muy difícil concreción, no obstante, en este estudio se proponen tres fuentes de control: la definición de «credibilidad» por referencia a las obligaciones procedimentales (apartado primero); en relación a los criterios correctores dispuestos en Derecho comunitario (apartado segundo); y en base a los clásicos indicios de persecución, a los que se ha de añadir determinados límites al ejercicio de la discrecionalidad (apartados tercero y cuarto). En definitiva, se pretende establecer los principios básicos para una equilibrada determinación de las circunstancias del caso aplicable —especialmente cuando concurre la aplicación del artículo 3 CEDH—, en virtud del Derecho comunitario y la jurisprudencia de la Alta Instancia Judicial.

I. Particularidades del test de inclusión. Las obligaciones del solicitante de asilo y del examinador

El procedimiento de determinación del estatuto de refugiado resulta, dadas sus particularidades, excesivamente desestructurado. No se trata, en exclusiva, de la aplicación de una fórmula legal a un conjunto de hechos. Es verdad que se cuenta con el test de inclusión que implica la consideración

⁶ *Caso N v. Finland*, Application n.º 38885/02, 26/07/2005 (final 30/11/2005).

de la existencia de un «temor fundado» de persecución —estado de ánimo basado en una situación objetiva— por alguno de los motivos convencionales (art. 1 A 2 del Convenio ginebrino⁷). Sin embargo, debido a las particulares circunstancias que rodean toda demanda de asilo, existen auténticas dificultades para obtener elementos probatorios del mismo. De ahí que se trate de un sistema basado en la «predicción» y en la necesidad de «persuadir». De nada sirve que los motivos de persecución se adecuen a las exigencias convencionales si no es posible «convencer» al examinador de que el relato de los hechos es suficientemente creíble. La «credibilidad» resulta, finalmente, «the core of asylum process»⁸. La evaluación de la demanda en el marco del procedimiento de asilo no busca, por tanto, identificar a los refugiados con certeza absoluta sino *establecer la probabilidad de que lo sean*⁹. En este difícil ejercicio concurren ambos, el órgano responsable de la decisión y el solicitante de asilo. Si bien es cierto que según los principios generales del Derecho, la carga de la prueba incumbe a la persona que hace la aseveración, por lo que aquí respecta, el deber de averiguar y evaluar todos los hechos pertinentes corresponde, a su vez, a solicitante y examinador.

La Directiva de Cualificación recoge esta particularidad en el artículo 4.1:

«(...) Los Estados miembros tendrán el deber de valorar, con la cooperación del solicitante, los elementos pertinentes de la solicitud».

Por lo que respecta al sujeto que reclama protección, éste debe ser capaz de demostrar la existencia del temor fundado con el grado de probabilidad suficiente. En esta tarea se le exige que presente un informe veraz de los hechos que fundamentan su solicitud. En definitiva y en atención al Manual de Procedimiento del Alto Comisionado, son obligaciones ineludibles del solicitante:

- «i) decir la verdad y ayudar en todo lo posible al examinador a determinar los hechos del caso;
- ii) esforzarse por aportar en apoyo de sus declaraciones todos los elementos de prueba disponibles y dar una explicación satisfactoria en los ca-

⁷ Artículo 1 A 2: «El término “refugiado” se aplicará a toda persona que (...) debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él».

⁸ THOMAS, R. «Assessing the Credibility of Asylum Claims. EU and UK Approaches Examined», *op. cit.*, 2006, p. 79.

⁹ ACNUR. *Nota sobre la Carga y el Mérito de la Prueba en las Solicitudes de Asilo*, *op. cit.*, p. 1.

sos de falta de pruebas. Cuando sea necesario, debe esforzarse por obtener medios de prueba complementarios;

iii) proporcionar toda la información pertinente acerca de sí mismo y la experiencia por la que ha pasado, con todos los detalles que sean necesarios para que el examinador pueda determinar los hechos pertinentes. Se le debe pedir que proporcione una explicación adecuada en apoyo de su solicitud de que se le reconozca la condición de refugiado y que conteste a todas las preguntas que se le hagan»¹⁰.

En consecuencia y en aplicación de las mismas al caso *N v. Finland*, el demandante debía establecer con el «grado de probabilidad razonable»: que había sido agente secreto del ejército personal del Presidente Mobutu desde 1990; que había pertenecido al círculo íntimo del mismo; y que había trabajado como civil infiltrado con objeto de delatar a opositores al régimen. En este sentido, la Corte reconoció que había revelado nombres y rangos de comandantes de la guardia civil y puestos de mando de la FAZ (*Forces Armées Zairoises*); información usada para proteger al Presidente; y aquella relativa a los líderes opositores. Sin embargo, tanto para el *Directorate of Immigration*, como para la *Helsinki Administrative Court* y la *Supreme Administrative Court* el relato no resultó creíble. Si bien es verdad que el testimonio de la testigo, Mrs. K.K., con el que contó la Corte en el último momento, resultó decisivo para demostrar la credibilidad del demandante, el Tribunal Europeo sostuvo que aunque el relato en muchos puntos resultaba evasivo, los acontecimientos relatados sobre su pasado en la República Democrática del Congo debían ser considerados, en su conjunto, un relato suficientemente consistente y creíble. En concreto:

«The Court further finds it sufficiently credible that, although the applicant was not a senior in military rank, he could be considered to have formed part of the President's and the DSP commander's inner circle (...) the applicant's statement that as an official in the DSP he took part in various events during which dissidents seen as a threat to President Mobutu were singled out for harassment, detention, and possibly execution»¹¹.

El cumplimiento de las obligaciones de procedimiento coadyuva así a determinar la credibilidad general del demandante, al tiempo que se convierten en límite intrínseco a las potestades discrecionales del órgano responsable, el cual, se habrá de referir a las mismas con objeto de motivar su decisión, ya sea ésta en positivo o negativo. En otras palabras, no cabe aludir a la «inverosimilitud» sin más sino por referencia a las citadas obli-

¹⁰ ACNUR. *Manual de Procedimientos y Criterios para la determinación de la condición de refugiado*, Ginebra, 1992, para. 205, p. 55.

¹¹ *Caso N v. Finland*, paras. 155 y 156.

gaciones. En caso contrario, no se estaría ante una decisión discrecional sino arbitraria.

Por lo que respecta al examinador, la dificultad de aportar pruebas documentales que justifiquen las declaraciones verbales no puede impedir que la solicitud sea aceptada, siempre y cuando resulte compatible con los hechos de conocimiento público. Por tanto, el órgano responsable de adoptar la decisión ha de «contrastar la información sobre el país de origen». En el caso *N v. Finland* la valoración de la situación de la República del Congo es determinante para la resolución del caso. Tanto de la jurisprudencia del Tribunal europeo como del Derecho comunitario es posible inferir determinados requisitos relativos al deber de examinar: tanto sobre la naturaleza jurídica de la obligación como en relación al grado de la prueba.

En primer lugar, es necesario tomar en consideración que la obligación que asiste al órgano no es una mera obligación de comportamiento que se satisfaga en la utilización de cualesquiera informes sino que la decisión ha de tener su sustento en un análisis «exhaustivo» y «contrastado». Según el artículo 8.2.b) de la Directiva de Procedimiento, los Estados miembros garantizarán «que se obtenga información *precisa y actualizada de diversas fuentes*, por ejemplo, información del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), respecto a la situación general imperante en los países de origen de los solicitantes»¹². Si bien existe libertad respecto al tipo de fuente elegida para evaluar la capacidad del Estado para cumplir con sus obligaciones internacionales¹³, el resultado, en cualquier caso, «debe ser» una visión completa y objetiva; objetividad que se espere garantice en la utilización de diferentes fuentes que converjan en los

¹² Directiva 2005/85/CE del Consejo de 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, *DOUE* L 326, p. 13-34. La cursiva es de la autora.

¹³ Se ha criticado la utilización de informes gubernamentales procedentes del país de origen por falta de imparcialidad. THOMAS, R. «Assessing the Credibility of Asylum Claims. EU and UK Approaches Examined», *op. cit.*, p. 85.

El TEDH, y la propia normativa comunitaria, otorga una autoridad incontestable a los informes del Alto Comisionado. Con su utilización en el procedimiento, le reconoce capacidad para ejercer un control indirecto de la política de los Estados miembros respecto a los refugiados que están bajo su jurisdicción, al mismo tiempo que, en términos generales, sobre la protección debida de derechos humanos.

«Compared to other, international involvement in national legal and administrative systems, the exercise of the UNHCR's supervisory role is rather unique in this respect. In fact, it may be the only UN organisation that is directly involved in national law-making, national procedures and national decision-making».

TÜRK, Volver. «UNHCR's supervisory responsibility», *Revue Québécoise de Droit International*, 2001, p. 153.

mismos términos. El Estado no puede atender informes de forma parcial —como aquellos que, en el caso *N v. Finland*, consideraban el riesgo respecto a los oficiales de alto rango, pero sin atender a las particularidades en relación a la protección debida respecto a agentes no estatales¹⁴—.

En cuanto al grado de prueba, basta la mera posibilidad de sufrir una amenaza contraria al artículo 3 CEDH para que se disponga la credibilidad del demandante. «Probabilidad razonable», este es el grado de prueba exigido por la normativa comunitaria y que viene a corroborar la jurisprudencia de Estrasburgo. La necesidad de protección internacional es prospectiva, así, el temor del solicitante a ser perseguido o expuesto a un perjuicio grave e injustificado en el país de origen puede ser fundado si se demuestra objetivamente. El temor a ser perseguido o a sufrir un perjuicio grave puede ser fundado aunque no haya una probabilidad clara de que el individuo vaya a ser perseguido o a sufrir tal perjuicio, pero la *mera posibilidad o probabilidad remota* de que eso ocurra es una base suficiente para el reconocimiento de la necesidad de protección internacional¹⁵. Incluso el juez disidente de la *Helsinki Administrative Court*, a pesar de reconocer la falta de claridad y consistencia del relato y en atención a los informes de ACNUR (en concreto el de 1998) concluye determinar la existencia de una duda razonable que impide la devolución del Sr. N a su país de origen. En cambio la *Supreme Administrative Court* concluyó:

«(...) Even though the general security situation in Kinshasa, the capital of the DRC, is still very delicate, there is no well-founded reason to assume

¹⁴ Tanto los informes provenientes del Alto Comisionado, como los de British Home Office alertaron del riesgo que corrían los antiguos soldados que habían servido para el gobierno, con independencia de su rango:

«Among the other categories assessed to be at risk were high-ranking officers of the FAZ; members of the *garde civil* (with the exception of its commander-in-chief to whom exclusion clause in the Refugee Convention might be applicable); leading and active members of pro-Mobutu parties and other political allies (...); and Mobutu family member and close collaborators, especially those from the Ngbandi tribe or the Equateur region». 1998 Guideline, UNHCR.

«A UNHCR position paper of June 2002 urged States to exercise very serious caution in cases of involuntary return of individuals with a military profile or background (...)». 2002 Position Paper, UNHCR.

«It has to be borne in mind that in some of these armies a rank may not always mean what it does in better established armies. Particularly in DRC, a low-ranking soldier may politically have more power than a top general». 2002 Country Report. UNHCR.

«It was stated that the rank of the soldier might not always mean what it did in better established armies. It was stated that a low-ranking soldier may politically have more power than a top general, by virtue of his ethnic group and connections to influential persons». Country-of-origin assessment by British Home Office

¹⁵ COMISIÓN EUROPEA. Exposición de Motivos, Directiva de Cualificación, pp. 11-12.

that (the applicant) would face a risk of being subjected to serious human rights's violations or to inhuman or degrading treatment in his country of origin (...))»¹⁶.

Si efectivamente basta esa «duda razonable», la consideración de la *Supreme Administrative Court* no dispuso ese grado de prueba, el cual, como puede apreciarse resulta de obligado cumplimiento.

II. La «credibilidad» de una solicitud de asilo. La coherencia y consistencia del relato como criterios correctores

En virtud del artículo 4.5 de la Directiva de Cualificación:

«(...) si las declaraciones del solicitante presentan aspectos que no están avalados por pruebas documentales o de otro tipo, tales aspectos no requerirán confirmación si se cumplen las siguientes condiciones:

- a) el solicitante ha realizado un auténtico esfuerzo para fundamentar su petición;
- b) se han presentado todos los informes pertinentes de que dispone el solicitante y se ha dado una explicación satisfactoria en relación con la falta de otros elementos pertinentes;
- c) las declaraciones del solicitante se consideran coherentes y verosímiles y no contradigan la información específica de carácter general disponible que sea pertinente para su caso;
- d) el solicitante haya presentado con la mayor rapidez posible su solicitud de protección internacional, a menos que pueda demostrar la existencia de razones fundadas para no haberla presentado así; y
- e) se ha comprobado la credibilidad general del demandante»¹⁷.

La finalidad del entero procedimiento que regula el artículo 4.5 no es otra que la de constatar la credibilidad de la demanda. Se trata de un requisito *sine qua non* que da sentido al dispositivo, la condición de partida que condiciona el resto del procedimiento. Su desencadenante necesario. No se trata sólo de establecer un parámetro de control de la necesidad de protección sino que la coherencia o consistencia de la demanda resulta tan determinante que incluso se convierte en *ratio decidendi* de la decisión de interrumpir el procedimiento ordinario para la aplicación de aquel de carácter

¹⁶ *N. v. Finland*, para. 64.

¹⁷ Criterios similares pueden observarse en la jurisprudencia americana: «The Court is to determine whether the applicant's story is believable, consistent, and sufficiently detailed to provide a plausible and coherent account of the basis of his fear». Ver, *inter alia*, In re Dass, 20 I. & N. Dec. 120, 124 (BIA 1989). *Apud*. HEEBNER, K.A.D., «Protecting the truly persecuted: restructuring the flawed asylum system», *op.cit.*, p. 570.

«acelerado» —art. 23.4.g de la Directiva de Procedimiento¹⁸. La «credibilidad» de una demanda de asilo es un concepto indeterminado en derecho, un supuesto de difícil concreción *a priori*. Los criterios interpretativos pueden ayudar a modo de *mapa de situación*, dejando al margen la necesaria ductilidad del fenómeno. Toda evaluación de la verosimilitud de una solicitud de asilo está sujeta a una determinación *ad hoc*, supeditada a circunstancias históricas que irán marcando sus coordenadas en cada caso concreto.

La norma dispone una presunción de veracidad aplicable a los casos en los cuales resulta imposible aportar pruebas que avalen la amenaza de persecución. De esta forma pretende el legislador aportar su propia definición de credibilidad, con una fórmula en *numerus clausus* y acumulativos, pues habrán de concurrir todos a un tiempo. «Coherencia», «verosimilitud» o «consistencia» resultan cualidades ineludibles desde el inicio del procedimiento.

La fórmula resulta conforme con el principio de proporcionalidad —en atención a las circunstancias que rodean el procedimiento de asilo— y permite el suficiente margen de apreciación, especialmente, en lo que respecta al criterio de la «credibilidad general del demandante», supuesto que obliga al órgano responsable a proceder a una evaluación en constante referencia entre el elemento objetivo y subjetivo¹⁹.

En palabras de Coffey: «The assessment of applicant's credibility has been accepted by the courts as a necessary, legitimate and sometimes determinative part of merits review»²⁰.

Dicho esto, es lógica la necesidad de encontrar estándares de interpretación, especialmente en lo que respecta al concepto indeterminado de la «credibilidad general del solicitante». Pero no es menos cierto que la realidad no se deja encerrar en las reglas de la lógica formal. No siempre es posible predeterminar la conducta o la decisión del órgano que ha de resolver. Si a ello le añadimos que la norma puede legítimamente renunciar, *a priori*, a delimitar por completo un concepto legal o una pauta de conducta y, paralelamente, otorgar un margen de apreciación mayor al órgano llamado a resolver, las dificultades son evidentes. De hecho, el último caso en el que se

¹⁸ Las alegaciones incoherentes, contradictorias, inverosímiles o insuficientes se convierten en presupuesto de hecho para la aplicación de un procedimiento acelerado en el examen de las solicitudes de asilo.

¹⁹ En el caso *Abovian v. INS*, las autoridades decidieron conceder la solicitud de asilo en tanto en cuanto el relato había sido consistente y no había prueba en contrario del mismo, y ello a pesar de que, en opinión de algunos autores, se tratara de un relato poco creíble. En concreto se determinó: «(...) independent corroborative evidence is not required from asylum applicants where their testimony is unrefuted». HEEBNER, K.A.D., «Protecting the truly persecuted: restructuring the flawed asylum system», *op.cit.*, p. 567.

²⁰ COFFEY, G.: «The Credibility of Credibility Evidence at the Refugee Review Tribunal», *op. cit.*, p. 379.

ha pretendido una definición expresa del concepto, ha provocado resultados excesivamente restrictivos y contrarios al principio de proporcionalidad. La británica *Asylum and Immigration, Treatment of Claimants Act* de 2004 dispone presunciones de evidencia no razonable. Así, determina la credibilidad en relación a criterios pretendidamente neutros como: contar con pasaporte válido o contestar a las preguntas con «autoridad», condiciones que, en definitiva, no son eficaces para la consecución del objetivo de determinar la veracidad del relato, ignoran el necesario relativismo cultural y resultan, en general, excesivamente restrictivas²¹.

El órgano se halla investido de amplias facultades de apreciación en virtud del sistema establecido por el propio Derecho internacional de los Refugiados. Cuáles sean los estándares de su contenido es algo que no se avanza por la norma de Derecho derivado y ni siquiera puede extraerse sin más del Derecho internacional, salvo de forma indirecta de las recomendaciones de ACNUR.

El Alto Comisionado no determina qué comportamientos pueden disponer la credibilidad del demandante, sino que, en una redacción en negativo, subraya aquellos supuestos, los cuales, por sí mismos no pueden motivar la falta de credibilidad²².

En primer lugar, debe quedar al margen de toda apreciación arbitraria el hecho de que el solicitante muestre dificultades para contestar al examinador. Debido a las experiencias traumáticas que ha podido sufrir, existen muchas posibilidades de que no se encuentre en condiciones de hablar libremente o conserve recelos de cualquier autoridad. Puede ser, por tanto, que no se atreva a hablar francamente y hacer una relación completa de su caso.

²¹ *Asylum and Immigration, Treatment of Claimants, Act 2004*, s.8.3.e). El hecho de no contar con pasaporte válido o su destrucción sin una causa justificada o el mero hecho de no tener una explicación razonable a determinadas cuestiones que pudiera formular el examinador se considera en perjuicio de la credibilidad del demandante. Como critica Thomas, estos requisitos y, en especial, la presunción de veracidad que se pretende disponer de todo sujeto que, durante la evaluación de la solicitud, conteste con autoridad, no pueden considerarse indicios de credibilidad: Ver: THOMAS, R. «Assessing the Credibility of Asylum Claims. EU and UK Approaches Examined», *op. cit.*, p. 93.

El juez Gray J. en la sentencia *Kathiseran v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* (1998), llama la atención sobre cómo «the assesment of demeanour in the context of cross-cultural communication, where the applicant speaks through an interpreter, where the applicant comes from a culture with norms of verbal and non-verbal expression that the Tribunal member is unfamiliar with, where the applicant is in a subordinate position to the member and may have been subject to abuse and torture by authorities in his or her own country. It is all easy for the subtle influenced but nonetheless decisive bias». COFFEY, G.: «The Credibility of Credibility Evidence at the Refugee Review Tribunal», *op. cit.*, p. 387.

²² ACNUR. *Nota sobre la Carga y el Mérito de la Prueba en las Solicitudes de Asilo*, *op. cit.*, para. 9. *Manual de Procedimientos y Criterios para la determinación de la condición de refugiado*, *op. cit.*, para. 198 y 199, p. 54.

En segundo lugar y en relación a la existencia de lagunas en el relato, se hace necesario atender al lapso de tiempo transcurrido o la intensidad de los sucesos pasados, factores que pueden resultar determinantes a la hora de recordar con suficiente precisión todos los detalles de los acontecimientos ocurridos; de este modo cabe la posibilidad que el solicitante sea vago o impreciso al proporcionar detalles específicos de los hechos²³. Las declaraciones inexactas no son de por sí motivo para denegar la condición de refugiado y es responsabilidad del examinador evaluar esas declaraciones «a la luz de todas las circunstancias del caso».

Por último y como añadido de la sentencia en el caso *N v. Finland*, la Corte en virtud del carácter absoluto del artículo 3 CEDH, dispone que la valoración del riesgo no se vea perjudicada por la naturaleza del trabajo del solicitante en el DSP, ni por las faltas cometidas en el país de acogida²⁴. Efectivamente, lo que debe estar fuera de toda interpretación o margen de apreciación estatal es que estas personas se hallan protegidas contra toda devolución que pudiera violar el principio de *non refoulement*, el cual, en virtud del artículo 3 CEDH y del Convenio contra la Tortura, resultan en un derecho a no ser devueltos al país del que pudiera temerse que sufran tortura o trato inhumano o degradante, para lo que se cuenta con una importante jurisprudencia que lo avala. Esta obligación que deviene norma consuetudinaria y, al menos en Europa, puede predicarse su carácter de *ius cogens*, no admite derogaciones o excepciones de ningún tipo —por muy aberrante que nos puedan resultar las actividades del Sr. N.—. Es por ello por lo que, en palabras de la Corte, la protección que brinda el artículo 3 CEDH es superior a la ofrecida por el artículo 33 del Convenio de Ginebra de 1951²⁵.

En definitiva, el criterio base que se extrae, tanto de las recomendaciones de ACNUR como de la jurisprudencia de Estrasburgo se puede sintetizar en lo siguiente: ningún criterio, por sí sólo, puede ser «determinante». Toda exigencia de coherencia y consistencia ha de verse atemperada por las

²³ «In fact, from a clinical point of view, delayed disclosure of traumatic persecution is entirely consistent with the reality of that event». COFFEY, G.: «The Credibility of Credibility Evidence at the Refugee Review Tribunal», *op. cit.*, p. 415. El autor es psicólogo clínico.

²⁴ *N v. Finland*, para.166. En las conclusiones de las autoridades finlandesas no se hace constar que estos hechos mermen la credibilidad general del demandante, pero sí afectan a su condición de persona merecedora de protección internacional. La Corte recuerda, sin embargo, que las cláusulas de exclusión y cesación del Convenio de Ginebra son inaplicables en caso de que la devolución del demandante pudiera correr un riesgo prohibido por el artículo 3 CEDH.

²⁵ Artículo 33.1: «Ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas».

especiales circunstancias que rodean toda solicitud de asilo. Si bien se echa en falta una disposición que hiciera acopio de estos límites en la Directiva —en concreto, aquella que tomase en consideración las especiales circunstancias de vulnerabilidad en las que se halla el demandante—, no cabe duda de su carácter jurídicamente vinculante en todo caso.

III. Los «indicadores de persecución» en virtud del Derecho internacional de los refugiados y la jurisprudencia del TEDH

Los indicadores de persecución clásicos tienen que ver, a nivel subjetivo con el hecho de haber sufrido persecución previamente a la huida, así como a nivel objetivo, con la inestabilidad del Estado de origen. De esta forma, ACNUR determina:

«Los elementos que corresponde tener en cuenta son, en particular, si el solicitante ha sufrido persecución u otras formas de maltrato previamente y las experiencias de parientes y amigos del solicitante, como así también otras personas que se encontraran en su misma situación».

«En cuanto al país de origen, los elementos pertinentes a la situación imperante incluirán: condiciones socio-políticas generales, situación de derechos humanos y antecedentes que existieran al respecto; legislación nacional, políticas o prácticas de los agentes de persecución, en particular hacia personas que se encuentran en situación similar a la del solicitante, etc.»²⁶.

No obstante, ni el Convenio de Ginebra ni el Protocolo Adicional requieren que el refugiado haya huido en razón de la persecución o que ésta se haya producido fehacientemente. Se trata de un temor de futuro. Corresponde, pues, comprobar si hay suficientes indicios que permitan pensar que el retorno al país de origen puede suponer una amenaza para el solicitante de asilo. La credibilidad del solicitante y el peso de la evidencia son, así, de una importancia crítica²⁷.

Por lo que respecta a la valoración de las circunstancias del país de origen, las diferentes instancias nacionales que atendieron la demanda en el caso *N v. Finland* se basaron en la firma del Tratado de paz, como indicador de la mejora en la situación de la República del Congo, y por tanto, dispusieron posibilidades remotas de sufrir persecución bajo su égida. La Corte no hace ninguna valoración sobre la efectividad del Acuerdo de paz. Utiliza

²⁶ ACNUR. *Nota sobre la Carga y el Mérito de la Prueba en las Solicitudes de Asilo*, op. cit., para. 19.

²⁷ GOODWIN-GILL, G.S. *The Refugee in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 349.

informes del Alto Comisionado y otros entes (sin especificar) que alertan sobre factores de riesgo relativos a la etnia de los soldados, conexión con personas influyentes del antiguo régimen y sobre las actividades de infiltrados e informantes de las fuerzas armadas especiales del Presidente Mobutu, las cuales, puede que no sufran una amenaza por parte de las autoridades gubernamentales, pero sí de «particulares» —a menudo familiares de antiguos disidentes del régimen que fueron delatados— que persigan venganza. En la consideración del riesgo procedente de actores no estatales, la Corte exige dos requisitos fundamentales: existencia de un «riesgo real»; y que las autoridades «no sean capaces de evitar el riesgo proporcionando la protección adecuada». De esta forma, se reproducen los parámetros exigidos, en general, por la jurisprudencia de Estrasburgo y que, de igual forma, se recogen en la norma de Derecho derivado.

Por lo que se refiere a las obligaciones que asisten a los Estados en virtud del CEDH, si bien tienen derecho al control de la entrada, residencia y expulsión de extranjeros —siempre de conformidad con el Derecho internacional y sus obligaciones convencionales—, existe la obligación de no extraditar cuando exista un «riesgo real» de que la persona pueda ser tratada de forma incompatible con el artículo 3 en el país de destino (*vid. para. 158: N v. Finland*). En una aplicación sistemática del artículo 1 y 3 del CEDH, el Tribunal ha afirmado que los Estados tienen la obligación de adoptar medidas destinadas a asegurar que todo individuo bajo su jurisdicción no sea sometido a torturas o a tratos inhumanos o degradantes, incluso cuando los malos tratos sean administrados por agentes ciudadanos particulares²⁸.

En lo que respecta a las obligaciones comunitarias, la Directiva de Cualificación da cobertura a nivel europeo a la práctica de la mayoría de los Estados miembros según la cual el temor a ser perseguido o sufrir un perjuicio injustificado grave puede emanar de agentes no estatales cuando el Estado no pueda o no quiera ofrecer protección efectiva²⁹. Como afirmó la Comisión en la Exposición de Motivos de la Directiva de Cualificación, «la fuente de la persecución o del perjuicio injustificado grave se considera irrelevante. La cuestión relevante es si un solicitante puede obtener o no protección efectiva contra el perjuicio, o la amenaza de perjuicio, en el país

²⁸ Casos: *H.L.R. contra Francia*, de 29 de abril de 1997; y *A contra Reino Unido*, de 23 de septiembre de 1998.

²⁹ Artículo 6 c) de Directiva de Cualificación:

«Agentes de persecución o causantes de daños graves podrán ser, entre otros: c) agentes no estatales, si puede demostrarse que los agentes mencionados en las letras a) y b), incluidas las organizaciones internacionales, no pueden o no quieren proporcionar la protección contra la persecución o los daños graves definida en el artículo 7».

de origen. Si la persecución u otro perjuicio injustificado grave procede del Estado, entonces tal temor es fundado porque de facto no hay ningún camino viable de protección disponible en el país de origen. Si proviene de agentes no estatales, entonces el temor sólo es fundado si el Estado no quiere o efectivamente no puede proporcionar protección contra tal riesgo de perjuicio»³⁰.

De esta forma, la Alta Instancia Judicial, en una utilización de los criterios de la sentencia *H.L.R. v. Francia*, a contrario, dispone:

«The Court recalls the *H.L.R. v. France* it did not rule out the possibility that Article 3 may also apply where the danger emanates from persons or groups of persons who are not public officials. It is true that the Court went on to hold that even in such a scenario it must be shown that the *risk is real* and that the authorities of the receiving State *are not able to obviate the risk by providing appropriate protection* (...)

In these circumstances there is reason to believe that the applicant's situation could be worse than that of most other former Mobutu supporters, and that the authorities *would not necessarily be able or willing to protect him* against the threats referred to»³¹.

La ausencia de protección nacional efectiva, por falta de voluntad o incapacidad para cumplir con sus responsabilidades en la salvaguarda de derechos humanos, deviene materia de responsabilidad o interés internacional. Esta es la base del origen del Derecho de los Refugiados y ahora también para su evolución respecto a los peligros de agentes no estatales. Vuelve a ser el Estado, en definitiva, el que no proporciona la necesaria protección a sus ciudadanos. Anomalía que ha de ser corregida.

En definitiva y por lo que a la evaluación del caso se refiere, no se trata de una utilización abstracta de la información relativa al Estado de origen sino que es necesario establecer una relación constante con las particularidades del sujeto. Se requiere hacer una lectura *ad hoc*, en constante diálogo con las particularidades del caso.

Los diversos indicadores de persecución se hallan condicionados, entre otros factores, por la inercia histórica, por la evolución del propio sistema de Derecho Internacional de los Refugiados. Ha de leerse, pues, a la luz de los tiempos, siendo por tanto, criterios sujetos a determinación en función de los actuales desafíos que enfrenta todo exilio y por lo que aquí respecta también en relación a las amenazas que tienen un origen no estatal.

³⁰ Comisión Europea. Directiva de Cualificación, Exposición de Motivos, artículo 9, p. 13.

³¹ *N v. Finlandia*, paras. 163 y 164. La cursiva es de la autora.

IV. Límites al ejercicio de la discrecionalidad

La evaluación del riesgo de persecución, en tanto que estimación de futuro, no deja de tener una naturaleza especulativa y de probabilidad. Si bien pueden ser varios los factores influyentes en la determinación de los hechos por parte del operador jurídico, éste debe ajustarse, en exclusiva, a las circunstancias personales del solicitante, así como a los hechos relacionados con la situación en el país de origen. Quedan excluidos, en consecuencia, todos aquellos factores que se hallen al margen de la persecución y que pudieran ser utilizados en un abuso del poder discrecional —piénsese *inter alia* en los intereses de política exterior³²—. Discrecionalidad no quiere decir arbitrariedad y en la motivación de la resolución, ya sea administrativa o de carácter judicial, se ha de hacer referencia a las causas que, en estricta relación con las circunstancias del demandante y su país de origen, le hacen merecedor o no de la protección internacional.

De esta forma, los cambios en las condiciones del país de origen no pueden ser objeto de evaluación discrecional. El operador jurídico tiene la obligación de tomar en consideración todos los hechos pertinentes del caso y verificar, adecuadamente, los hechos alegados. En el caso *N v. Finlandia* el Estado se basa en el acuerdo de paz firmado entre las partes contendientes, *the Global and All-Inclusive Agreement on the Transition in the DRC* de diciembre de 2002, para afirmar el cambio en las circunstancias del país de origen y la ausencia de probabilidad de que se puedan producir nuevas persecuciones. Sin embargo y como ha afirmado el Alto Comisionado, aunque se produzca un cambio de régimen en el país, ello no siempre acarrea una total modificación de la actitud de la población³³. Efectivamente, el TEDH, en un estudio más exhaustivo, con informes externos y no sólo de fuentes gubernamentales, confirma el peligro.

Por otro lado y como decisión rodeada de apreciaciones subjetivas, la impresión personal que del demandante obtenga el examinador tiene una importancia inusual. No obstante, el órgano responsable no debe verse influenciado por consideraciones personales.

³² En el caso *Doherty v. INS* el *Second Circuit* consideró que el uso del poder discrecional por parte del órgano fue abusivo en cuanto se basó en consideraciones de «política exterior». No obstante, la autora advierte que en ausencia de una decisión definitiva por parte del Tribunal Supremo americano, los jueces no tienen prohibido hacer uso de consideraciones relacionadas con estos intereses u opiniones políticas. HEEBNER, K.A.D., «Protecting the truly persecuted: restructuring the flawed asylum system», *op. cit.*, p. 563.

³³ ACNUR. *Manual de Procedimientos y Criterios para la Determinación de la Condición de Refugiado*, *op. cit.*, para.136, p. 34.

«(...) el examinador tiene que aplicar los criterios con espíritu de justicia y comprensión, y en su juicio no debe influir, huelga decirlo, la consideración personal de que el solicitante sea un “caso indigno de atención”»³⁴.

Thomas considera que, a pesar de la advertencia del Alto Comisionado, «decision-maker’s own sense of the moral worthiness or deservingness of an individual claimant relative to the importance of maintaining immigration control may in practice perform a decisive or at least significant role in decision-making»³⁵.

Como las Cortes británicas han reconocido, lo que el órgano responsable hace con el material que se le ha presentado no deja de ser «own conscientious judgement»³⁶.

Consideraciones finales: los Principios Generales

Como se ha podido comprobar en las páginas anteriores, la determinación de la condición de refugiado resulta un ejercicio de una enorme dificultad que implica tareas tan dispares como «Fact-finding in regard to foreign countries, cross-cultural and interpreted examination of witnesses, ever-present evidentiary voids, and a duty to prognosticate potential risks rather than simply to declare the most plausible account of past events»³⁷. En este contexto, determinar la veracidad de los hechos en los casos en los que resulta imposible aportar una prueba fehaciente de la persecución agrava las dificultades, al tiempo que implica una potestad discrecional especialmente sensible a vaivenes políticos.

No obstante, en este estudio se ha pretendido subrayar la existencia de obligaciones ineludibles que asisten al órgano responsable de adoptar la decisión y que vienen, así, a corregir el excesivo margen de apreciación. La credibilidad de la demanda, su consistencia y coherencia, tanto de carácter interno como externo, habrá de motivarse en relación a las obligaciones procedimen-

³⁴ ACNUR. *Manual de Procedimientos y Criterios para la Determinación de la Condición de Refugiado*, *ibid.*, para. 202.

³⁵ THOMAS, R. «Assessing the Credibility of Asylum Claims. EU and UK Approaches Examined», *op. cit.*, p. 86.

El *Chief of Justice of the High Court* de Australia observó que: «(...) decisions as to credibility are often based upon matter of impression, and an unfavourable view taken upon an otherwise minor issue may be decisive». COFFEY, G.: «The Credibility of Credibility Evidence at the Refugee Review Tribunal», *op. cit.*, p. 378.

³⁶ *Kuranakaran*, n.º 3, 479 (Sedley LJ). *Apud.*, THOMAS, R. «Assessing the Credibility of Asylum Claims. EU and UK Approaches Examined», *op. cit.*, p. 86.

³⁷ COFFEY, G.: «The Credibility of Credibility Evidence at the Refugee Review Tribunal», *op. cit.*, p. 414.

tales y los indicios de persecución, siempre atemperados por las especiales circunstancias de vulnerabilidad que rodean este tipo de demandas —en aplicación del principio de justicia y comprensión—. Todo ello, además, habrá de hacerse sin perder de vista que en último extremo se ha de aplicar el *principio del beneficio de la duda*. Sorprende de manera especial la ausencia siquiera de algún considerando en la norma de Derecho derivado relativo a la ineludible aplicación de este principio, desajuste que podrá controlar el TEDH³⁸.

En definitiva, los principios generales son los que han de determinar el peso de la balanza, en una aplicación finalista, a modo de guía o pauta. La credibilidad de una demanda de asilo no es más que un criterio de racionalización en el ejercicio de determinación de la condición de refugiado. Se trata de un presupuesto legitimante siempre a expensas del resto de criterios, de las circunstancias del caso tanto de carácter subjetivo como objetivo.

Un adecuado ejercicio de la obligación de investigación que ha de ejercer todo órgano estatal lograría paliar muchas de las dificultades que entraña un concepto indeterminado como el de la credibilidad. Como ha señalado el profesor Hathaway:

«Further investigation may dispel doubts about credibility by explaining, for example, discrepancies between the applicant's account and country information, internal inconsistencies in the applicant's submission, or delays in the applicant's disclosure of crucial evidence. Expert evidence may explain why an apparently uncreditworthy presentation at a hearing is explicable in terms of cultural, linguistic, educational, psychological, medical or other factors. Further investigation may also of course confirm that fabrication or exaggeration has occurred».

Una investigación exhaustiva y contrastada se convierte, así, en pieza central del procedimiento —criterio decisivo igualmente en el caso *N. v. Finland*—, requisito de obligado cumplimiento —incluso en los procedimientos acelerados— cuyo rigor reflejará la calidad del proceso integrador y las perspectivas de futuro del derecho de asilo en la Europa comunitaria.

³⁸ «Puede suceder que después de haber hecho el solicitante un auténtico esfuerzo para acreditar la veracidad de su declaración todavía falta comprobar algunas de sus afirmaciones. Como se ha explicado antes (párrafo 196), es casi imposible que un refugiado “pruebe” en todos sus puntos los hechos expuestos, y si ello fuera condición indispensable la mayoría de los refugiados no verían concedida su condición de tales. De ahí que suela ser necesario conceder al solicitante el beneficio de la duda.

Por otra parte, el beneficio de la duda no debería concederse más que cuando se hayan obtenido y comprobado todos los elementos de prueba accesibles y el examinador esté convencido de la credibilidad general del solicitante. Las declaraciones del solicitante tienen que ser coherentes y verosímiles, y no estar en contradicción con los hechos conocidos».

ACNUR. *Manual de Procedimientos y Criterios para la Determinación de la Condición de Refugiado*, op. cit., paras. 203-204.